ISSN 0392-1867

per la storia
del pensiero
giuridico
moderno

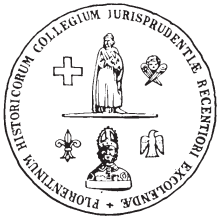
51

2022

QUADERNI FIORENTINI

GIUFFRÈ
GIUFFRÈ FRANCIS LEFEBVRE

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, 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); MICHEL TROPER (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

51

(2022)

GIUFFRÈ
GIUFFRÈ FRANCIS LEFEBVRE

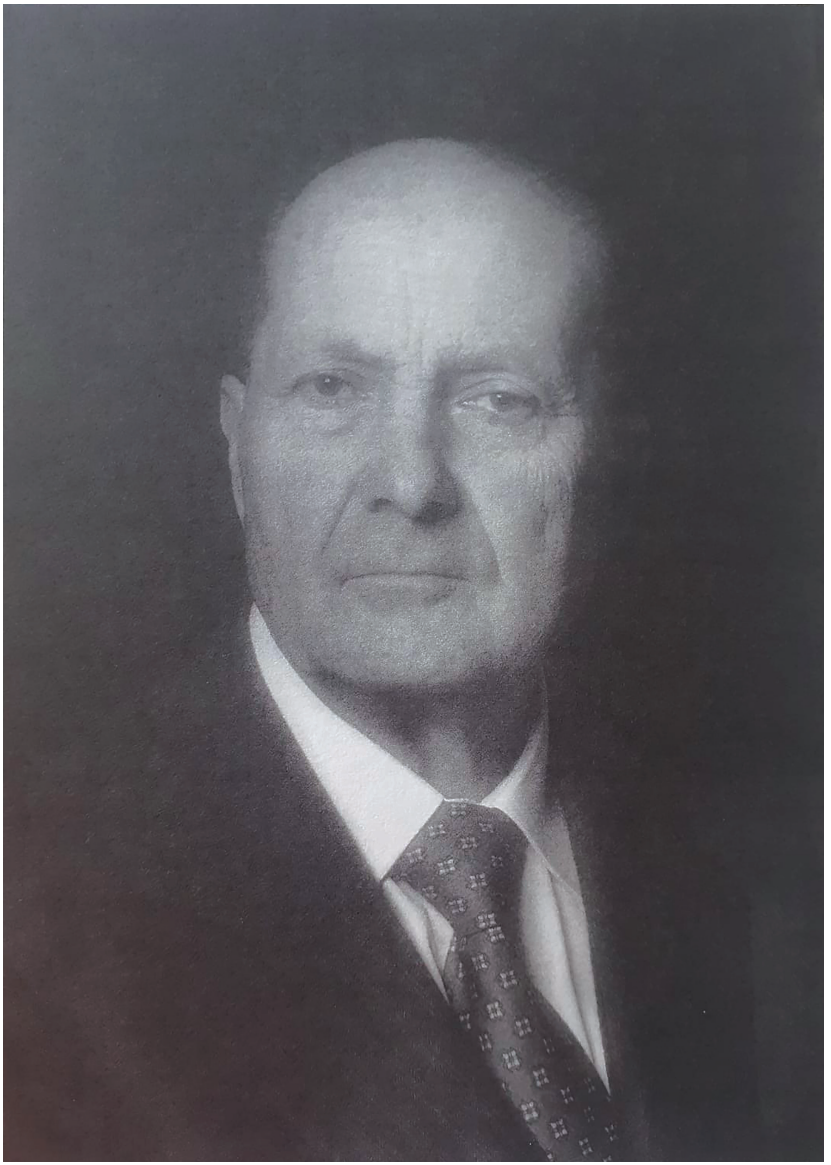
ISBN 9788828844228

ISSN 0392-1867

© Copyright Giuffrè Francis Lefebvre S.p.A. Milano - 2022
Via Busto Arsizio, 40 - 20151 MILANO - www.giuffrefrancislefebvre.it

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

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



Paolo Grossi

(Firenze 1933 - 2022)

Il 4 luglio Paolo Grossi ci ha lasciato.

Ha concluso la sua parabola terrena con la discrezione e, staremmo per dire, la signorile sprezzatura che gli erano proprie. La signora Alma, da lui conosciuta dai tempi dell'Istituto di diritto agrario e poi, dalla fondazione nel 1971 del Centro di studi per la storia del pensiero giuridico moderno, collaboratrice di una vita e per noi allievi una presenza più che amica e partecipe, ci ricordava che negli ultimi tempi Grossi, accennando ad una sua debolezza congenita dei tempi della gioventù, si augurava che al momento opportuno il suo cuore lo avrebbe aiutato. E il cuore lo ha aiutato.

Noi allievi così come tutte le persone che gli hanno voluto bene siamo ora nel dolore. Un dolore accresciuto dal fatto che in vista dell'ormai imminente novantesimo compleanno stavamo progettando tutta una serie di iniziative che speravamo gli fossero di gradita sorpresa. E tuttavia accanto ad esso cresce, se non a sovrastarlo, ad accompagnarlo il desiderio di esprimergli tutta la nostra riconoscenza e il nostro profondo affetto. Perché è stato certo un grande giurista, un innovatore nel campo della storia del diritto, uno straordinario organizzatore di cultura, un uomo che ha saputo porsi al servizio del nostro Paese nelle vesti di giudice costituzionale e tanto ancora. Ma soprattutto un vero, e perciò grande, Maestro di vita.

Lo è stato in quella che era la sua passione, la sua vocazione più sentita e che più intimamente lo esprimeva: quella per l'insegnamento e per l'università, nel suo senso originario di comunità di professori e studenti. Chi ha avuto il privilegio di partecipare (non di assistere, ché semplicemente assistere era impossibile) anche ad una sola sua lezione lo può testimoniare. E chi ha avuto la ventura di frequentare il suo mitico studio di via Puccinotti, accolto da lui sempre sul pianerottolo e poi a conclusione degli incontri amabilmente riaccompagnato fino all'ascensore, non può non ricordare tra le molte fotografie che segnavano alcuni momenti decisivi del suo percorso una fotografia di Don Milani con i suoi ragazzi di Barbiana.

I contenuti erano diversi ma l'attenzione esigente per noi giovani e quell'essere maestro in ogni sua fibra erano in tutto paragonabili.

E Maestro di vita lo è stato anche nel modo di farci comprendere il diritto. Nulla di astratto nel suo insegnamento. Il punto di partenza era di aiutare l'uomo della strada a superare il timore e la diffidenza che inevitabilmente gli suscitava un diritto concepito — nell'ottica propria del legalismo e positivismo moderno — come calante dall'alto, come fenomeno meramente potestativo e sanzionatorio, legato solo a decisioni politiche contingenti e mutevoli. Quello che lui chiamava « un recupero per il diritto », una vera e propria salvazione della sua dimensione essenziale. Una dimensione legata alle cose, alla concretezza delle situazioni reali, alla forza ordinante della vita concreta di tutti i giorni, alla capograssiana esperienza giuridica. Alla dimensione proveniente dal basso, terrestre, anzi, con parola che gli era cara, carnale del diritto. Ma incarnato era anche il suo insegnamento e il suo vivere radicato profondamente nella terra, nella campagna toscana: già ci mancano le sue prefazioni datate da Citille in Chianti, il suo rifugio dell'anima.

E carnale è stata da ultimo la sua convinta ricerca di una via di uscita dalle mitologie della modernità giuridica che esprimeva con il riferimento, anche graficamente peculiarissimo, ad una dimensione 'pos-moderna' dell'attività giuridica che ricollocasse al centro il ruolo della giurisprudenza come fonte e del giudicare come rendere giustizia, sullo sfondo degli odierni fenomeni della c.d. mondializzazione.

Una prospettiva che la sua attività di giudice costituzionale ha testimoniato con coerente evidenza.

In questo senso sono assolutamente degne di essere tenute a memoria come quelle che meglio ricapitolano la sua vita per l'insegnamento, la passione per la ricerca, la fedeltà alle istituzioni patrie, le parole dell'omelia del cardinale di Firenze: « Sta qui la differenza tra un intellettuale e un saggio, tra un docente e un maestro, un funzionario dello Stato e un servitore del bene comune, testimone di verità e di veracità, in grado di offrirci chiarezza e indicarci cammini sicuri ».

A testimoniare di questi cammini siamo e saremo chiamati ancora: e già il prossimo volume dei suoi amati *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno* a lui vorremmo infatti dedicare. Con commosso pensiero: grazie Paolo.

GIOVANNI CAZZETTA

PAGINA INTRODUTTIVA
UNITÀ DEL DIRITTO E IDENTITÀ CULTURALE DEL GIURISTA

1. Esiste un'unitarietà del diritto? Si può parlare ancora oggi di unità della dimensione giuridica o si tratta oramai di una chimera, di un consolatorio motivo retorico utilizzato per celare la frammentazione disciplinare e il moltiplicarsi di identità del giurista? È possibile fare ancora riferimento a fondamenti culturali 'comuni' alla scienza giuridica, a una sua complessiva unitarietà di metodo e di categorie, a un insieme di non effimeri fondamenti, a conoscenze 'di base' e 'caratterizzanti' indispensabili da trasmettere ai fini della formazione del giurista?

Qualche giorno fa, questi interrogativi da decenni pressanti sono approdati ancora una volta sul tavolo di lavoro del Consiglio Universitario Nazionale che, nell'adunanza del 24 marzo 2022, ha espresso un tormentato parere negativo su un progetto di Decreto indirizzato a modificare il 'Regolamento sull'autonomia didattica degli Atenei', con l'obiettivo di rafforzare l'interdisciplinarità e incrementare la flessibilità nei corsi di studio. Le questioni sollevate non riguardano esclusivamente l'autonomia didattica delle Università: intrecciano l'assetto della ricerca, l'organizzazione e la classificazione del sapere, la relazione tra unitarietà della conoscenza e specialismi disciplinari. Temi questi da sempre al centro dell'attenzione della nostra rivista (1).

(1) Si vedano, a mo' d'esempio, le *Pagina introduttive* ai QF 24, 25, 26 (1995, 1996, 1997) in cui Paolo Grossi insiste sull'autonomia dell'Università « come realizzazione effettiva di quanto garantito dall'art. 33 della Costituzione », sull'unità del diritto (« una unità che, essendo epistemologicamente fondata, non può sopportare nel suo

Dalla fine degli anni Novanta si sono susseguite molte riforme degli assetti scientifico-disciplinari, dei sistemi di reclutamento, dell'organizzazione didattica universitaria, senza risolvere e, anzi, spesso aggravando i problemi connessi alle complesse relazioni fra specialismi disciplinari e unità del sapere, classificazione dei saperi e trasmissione delle conoscenze, loro 'uso' nei corsi di laurea; corsi sempre più volti a inseguire contingenti utilità del momento e sempre più orfani dell'unitaria visione d'insieme offerta un tempo, almeno sulla carta, dalle Facoltà.

Il recentissimo parere del Cun si collega direttamente all'ultimo tratto di questo percorso apertosi nel gennaio 2018 con la proposta della ministra dell'Università, Valeria Fedeli, di ripensare la classificazione dei saperi in settori scientifico-disciplinari e di procedere a una revisione complessiva delle classi di corsi di studio al fine di semplificare e rendere più flessibili le tabelle e poter così meglio rispondere « alle mutate esigenze culturali e professionali delle società contemporanee ». Investito allora della questione, il Cun propose di distinguere tra 'raggruppamenti disciplinari' e 'domini di ricerca', i primi legati all'inquadramento disciplinare del docente e alla didattica, e i secondi, più flessibili, alla presentazione e alla valutazione dei progetti di ricerca (2). La proposta fu accusata di dissociare insegnamento e competenza scientifica, di appiattire ricerca e didattica su una logica quantitativa di mercato priva di un progetto culturale (3). La questione fu ripresa nel 2020 dal ministro Gaetano Manfredi e poi, nel febbraio del 2021, dalla nuova ministra, Maria Cristina Messa, e qualche mese dopo rilanciata con forza dalla richiesta, presente nel *Piano nazionale di ripresa e resilienza*, di una riforma delle classi di laurea caratterizzata da estrema flessibilità e dal rafforzamento delle competenze « multidisciplinari ». Forte di

---

seno confini divisorii troppo netti e, conseguentemente, lacerazioni ») e sull'indispensabile apporto delle discipline storico comparatistiche filosofiche alla comprensione critica del diritto positivo e all'unitarietà del diritto. Sul punto, si veda anche P. Grossi, *La storia del diritto in una Facoltà giuridica oggi*, in « Rivista di Storia del Diritto Italiano », XCIV (2021), pp. 37-56.

(2) Parere n. 22 del 7 maggio 2018.

(3) Così un documento del 25 aprile 2018, espressione dei rappresentanti nel Cun dell'Area di Ingegneria Civile e Architettura: *"In tema di Riordino e Classificazione dei Saperi. Alcune riflessioni dell'Area 08"*.

questo impulso, la 'revisione' è divenuta il decreto su cui si è pronunciato criticamente il Cun qualche giorno fa, segnalandone l'inadeguatezza a razionalizzare il sistema e a incrementare effettivamente flessibilità e spazi di interdisciplinarità: la razionalizzazione — si afferma nel parere — si riduce al troppo semplice assorbimento di alcune 'identità scientifico-didattiche' in artificiali raggruppamenti più ampi, i settori concorsuali, nati con la diversa finalità di organizzare il reclutamento dei docenti; la flessibilità e l'interdisciplinarità sono presentate in maniera contraddittoria, esigendo la riduzione dei vincoli (la riduzione del numero di crediti 'obbligatori' e il conseguente aumento della libertà di scelta per lo studente) e, nello stesso tempo, imponendo una « interdisciplinarità obbligatoria » (fissando vincoli riguardo alle materie 'affini e integrative' passibili di scelta). Una misura quest'ultima più volte introdotta e cancellata in un altalenante susseguirsi di contraddittori e sciatti interventi governativi sulla 'autonomia didattica' degli Atenei.

2. Andando al di là delle contraddizioni del progetto di decreto, giova però soffermarsi sulle questioni più generali sollevate da una così decisa spinta verso la flessibilità; in particolare appare cruciale chiedersi quale sia « il limite oltre cui il concetto stesso di classe di corso di studi perda significato » (4), quali siano i fondamenti disciplinari indispensabili per poter dire che quel corso di studi è quel corso di studi. Altri interrogativi appaiono strettamente collegati: a fronte di tanta sollecitata liberalizzazione, qual è il nesso tra ricerca e didattica? È possibile far riferimento a un numero fisso di materie (di settori scientifico disciplinari) e a una quantità fissa di conoscenze per affermare (per formare) una data identità culturale, per raggiungere un dato obiettivo formativo? E ancora: cosa tiene insieme un corso di studio universitario? Cosa gli conferisce identità?

Porre il problema del nesso tra ricerca e didattica, dell'unità del sapere non significa ovviamente ignorare che le sfide scientifiche più importanti e attuali richiedono sinergia e contaminazione, che oggi è sempre più difficile fissare confini tra discipline, tra ambiti, tra aree culturali caratterizzate da continue interazioni scientifiche.

(4) Il rilievo è del presidente del Cun, Antonio Vicino (Adunanza Cun del 26/1/2022).

L'attuale 'classificazione dei saperi' è organizzata in 14 Aree, 88 Macrosettori, 190 Settori Concorsuali, 383 Settori Scientifico Disciplinari. Partendo 'dal basso' abbiamo che i Settori scientifico disciplinari sono uniti in settori concorsuali (in molti casi però SSD e SC coincidono), in macrosettori concorsuali e in aree. Il SSD non sviluppa però rapporti soltanto con discipline convergenti verso lo stesso vertice, ma inevitabilmente anche con discipline collocate in altre Aree: una molteplicità di ponti lega, ad esempio, le discipline dell'Area giuridica non solo con l'Area delle Scienze economiche e statistiche e delle Scienze politiche e sociali, ma anche con Aree (apparentemente) molto lontane. Non solo, dunque, nessun SSD è un'isola, ma anche nessun'Area si configura come un arcipelago autonomo perché il moltiplicarsi dei ponti tende a trasformare i tanti arcipelaghi in un continente. Gli insegnamenti presenti nelle galassie di classi dei corsi di laurea (lauree magistrali, lauree magistrali a ciclo unico, lauree professionalizzanti, lauree interclasse, inter-ateneo) propongono infatti apparentamenti tra settori disciplinari culturalmente/scientificamente omogenei, compresenti entro macrosettori o aree, e con riferimento a un determinato obiettivo (al raggiungimento di un determinato titolo; titolo che nel nostro ordinamento ha 'valore legale') fissano insegnamenti e conoscenze da acquisire obbligatoriamente.

La tendenza a moltiplicare e frammentare insegnamenti e corsi di laurea (che assumono non di rado nomi e obiettivi formativi bizzarri) risponde indubbiamente alla necessità di abbattere barriere e vincoli non più corrispondenti 'alle mutate esigenze culturali e professionali delle società contemporanee'; ma asseconda anche (e talora soprattutto) una 'eccedenza del presente', un inseguimento di momentanee richieste del mercato e di effimere mode culturali spesso del tutto svincolate dalle effettive nuove articolazioni degli specialismi disciplinari.

Frammentazione e unitarietà sono espressione di convenzioni e di convinzioni culturali: il problema dei 'minimi inderogabili', dell'insieme minimo di conoscenze necessarie per raggiungere un determinato obiettivo formativo, segna i caratteri identitari di un certo sapere e, una volta proiettata a livello didattico, fissa la visita guidata obbligatoria che in un determinato momento storico si ritiene essenziale per fare ingresso in un certo ambito di sapere.

Certo, non si può ignorare che la fissazione dell'obbligatorietà e del suo peso, non obbedisce soltanto a nobili ragioni identitarie e alla ricerca di un ragionevole equilibrio tra ricerca e didattica, di un accurato dosaggio degli specialismi necessari per il raggiungimento di un determinato obiettivo, ma risponde anche a più prosaiche pretese di potere accademico, pretese che hanno scatenato in passato, e continuano a suscitare ancor oggi, poco lodevoli 'lotte per il credito'. Pur considerando questi aspetti, la questione di fondo resta però aperta: fino a che punto è possibile frammentare le conoscenze caratterizzanti e di base in vista di obiettivo formativi specifici senza porre in contrasto il nome e la cosa?

3. All'indomani del raggiungimento dell'unità politica dell'Italia, Pasquale Villari legava la questione della scuola al problema morale, sociale, intellettuale del Paese. La necessità di giungere alla « rigenerazione d'un popolo », all'affermazione di una identità nazionale, guidava le sue riflessioni riguardo ai rapporti da fissare tra grandi ordini di scuole (classiche e tecniche, antiche Università e nuovi Politecnici) e riguardo ai nessi fra 'unità di base' del sapere e specialismi disciplinari. Conseguenti le scelte: non si tratta — osservava — di trovare « il miglior ordinamento e regolamento » (del resto, aggiungeva, « noi abbiamo tentato tutti i sistemi e siamo scontenti di tutti ») ma di collegare scienza e vita senza seguire modelli assolutizzati e precostituiti, senza piegare forzatamente gli specialismi agli obiettivi da raggiungere; si tratta, dunque, di trovare un equilibrio tra forme del sapere, materie d'insegnamento e necessità del Paese, senza « volgere il sistema sino all'assurdo [... di] trovare un italiano per i capitani di lungo corso, ed un altro per i capitani di piccolo corso, un alfabeto per chi si dà all'agricoltura, ed un altro per chi si dà al caseificio » (5).

Se per Villari, in corrispondenza con la necessità di 'fare gli italiani', elemento fondamentale è l'affermazione di una base di conoscenza comune, cinquant'anni dopo la fioritura di specialismi disciplinari (oramai considerati espressione di « mondi diversi irre-

(5) P. Villari, *La scuola e la questione sociale in Italia*, in « Nuova Antologia », 1872, poi in Id., *Le lettere meridionali e altri scritti sulla questione sociale in Italia*, Firenze, Le Monnier, 1878.

ducibilmente estranei fra loro ») pone contemporaneamente in discussione la tenuta del nesso tra ricerca e didattica e l'unitarietà delle « scuole universitarie ». In uno studio dedicato agli ordinamenti della Facoltà di giurisprudenza, nel 1913, è un giovane giurista, Mario Ghiron, a chiedere ai riformatori di prendere atto della molteplicità delle specializzazioni, della « multiformità prepotente della vita » che dilania l'unità del sapere proposto dalle Facoltà giuridiche (6). In tanta differenziazione specialistica del sapere, la solo unitarietà possibile è quella « naturale » data dalla aggregazione di conoscenze « considerate presupposto necessario per il conseguimento dell'idoneità a qualche funzione sociale utile e retribuita »; un'unità che — a dire di Ghiron — si determinerebbe in modo « naturale » anche in un ordinamento totalmente privo di vincoli esterni derivanti dalla tradizione storica e dalla normativa statale (7). Nulla, però, è stabile. Specializzazione e frammentazione procedono assieme: l'irrompere « di nuovi gruppi di discipline, che, pari a ondate immani, si sprigionano a pochi decenni di distanza » impone sempre nuove corrispondenze tra specialismo ed esigenze della società e, nello stesso tempo, frammenta necessariamente la dimensione giuridica. Il susseguirsi di 'ondate' (fa riferimento all'ondata pubblicista e a quella del diritto sociale) complica l'assetto disciplinare e didattico: « si moltiplicano i fini per i quali gli studenti convengono nello studio legale, e si moltiplicano le professioni alle quali, uscendone, ciascuno può accedere »; si affermano più metodi di insegnamento, « una complessità e una molteplicità tale » che rende impossibile studiare « con l'agio di altri tempi », impossibile conoscere in maniera completa le materie giuridiche.

La drammaticità della situazione rendeva obbligata la conclusione del lavoro di Ghiron. Gli studi dovevano essere semplicemente ordinati in relazione alle professioni cui aspiravano gli studenti: « il

---

(6) M. GHIRON, *Studi sull'ordinamento della Facoltà giuridica*, Roma, Athenaeum, 1913.

(7) Anche in un tale ordinamento, infatti, le scelte convergerebbero spontaneamente sulle sole materie utili alla professione, all'obiettivo da raggiungere. Tale convinzione diminuisce enormemente la distanza tra i diversi possibili regimi di organizzazione della didattica: la totale assenza di vincoli riguardo alle materie da studiare, il percorso di studi prestabilito con soltanto taluni insegnamenti liberamente scelti e il regime con tutte le attività imposte si avvicinerebbero tra loro 'naturalmente'.

problema non consiste più nel determinare una quantità astratta, né nell'avvicinarsi ad un'ideale di compiutezza oramai irraggiungibile, ma consiste nel determinare un rapporto tra l'incluso e l'escluso, nel determinarlo in armonia con uno scopo ». La fine dell'unitaria Facoltà giuridica risultava così inevitabile, si poneva come espressione fedele delle 'mutate esigenze culturali e professionali delle società': « tanto più si suddividerà, tanto più ci si potrà avvicinare all'ideale », alla corrispondenza perfetta tra le discipline insegnate e « lo scopo ».

L'ordinamento disegnato da Ghiron rinunciava a pensare l'unità del giuridico, rinunciava a preparare il giurista e frazionava la Facoltà in tante « scuole speciali » (numerose quasi quanto i nostri corsi di laurea) protese ad affrontare problemi omogenei, a formare in vista di una meta *utile*.

4. Nati per contrapporsi alla « solitudine culturale » del giurista, per contrastare l'isolamento nei confini di una disciplina, e per questo vocati a porsi come luogo di incontro tra cultori di diversi specialismi giuridici (e di confronto con discipline 'non giuridiche' rilevanti per una piena comprensione della dimensione giuridica), i *Quaderni* hanno assunto sin dalle origini l'unitarietà del diritto a imprescindibile punto programmatico del proprio progetto culturale. I diversi profili non sono in contrasto fra loro. Iscritta com'è nella storia, l'unità del diritto non va infatti ricercata tra le nuvole di un ordine formale ossificato in specialismi orgogliosi della propria insularità, in un sistema chiuso e immobile nelle sue contingenti certezze; ma si realizza con 'gli altri', con molteplici 'aperture', acquisendo (anche grazie a tali aperture) consapevolezza della propria identità.

Assumendo la riflessione storico-filosofica a dimensione costitutiva della cultura giuridica, tentando di leggere sempre congiuntamente e sinergicamente paradigmi teorici e dati dell'esperienza, i *Quaderni* hanno costantemente prestato attenzione a una dimensione composita dell'unità del diritto; un'unità che si nutre di dialoghi e incontri, di ricerca di fondamenti culturali 'comuni' all'intera scienza giuridica. È questa l'unità del diritto che i *Quaderni* propongono da cinquant'anni e che intendono ancora oggi ricercare e promuovere di fronte al sempre più pressante e miope appiatti-

mento della formazione del giurista sull'*utile*. È questa, del resto, la complessa unità della dimensione giuridica posta in rilievo dal numero monografico dello scorso anno dedicato ad analizzare paradigmi teorici ed esperienze di *Pluralismo giuridico*, studiando la complessità e l'attualità di un'alternativa 'pluralistica' al 'monismo' statualistico otto-novecentesco, mettendo a fuoco le interrelazioni fra discorso politico-giuridico, letteratura coloniale, studi postcoloniali e antropologici. Ed è ancora questa la complessa unità del diritto che mi pare emerga anche oggi da questo denso cinquantunesimo numero miscellaneo dei *Quaderni*.

Modelli e dimensioni

BERNARDO SORDI

LE STRADE DELLA COMPARAZIONE TRA PUBBLICO E PRIVATO: UNO SGUARDO ALLE ORIGINI (*)

1. Il successo del diritto (privato) comparato. — 2. Fortuna e limiti degli 'atlanti' costituzionali. — 3. Steccati nazionali ed esigenze comparative nella 'terra senza codice' dell'amministrazione. — 4. Le direttrici della comparazione e delle imitazioni.

1. *Il successo del diritto (privato) comparato.*

Aprendo il Congresso internazionale di diritto comparato a Parigi, il 31 luglio 1900, Raymond Saleilles, con una certa enfasi e con un ottimismo probabilmente eccessivo, poteva considerare ormai esaurita la stagione della mera constatazione delle diversità legislative tra paesi « d'une civilisation similaire » (1). Il diritto comparato aveva già sviluppato un suo metodo e aveva delimitato un proprio, specifico, campo disciplinare; si era installato come strategico strumento di insegnamento di un diritto finalmente emancipatosi dalla mera esegesi dei testi normativi e restituito alla complessità dei suoi principi, teorie, sistemi, ma anche dei suoi risultati pratici e applicativi, alimentati, gli uni e gli altri, da circolazioni e da prestiti, ora volontari e consapevoli, ora più sotterranei, affidati alla storia, alle consuetudini, alle interpretazioni giudiziarie.

Così vivificato e sottratto alla meccanica e piatta contrapposi-

(*) Anticipo, grazie alla ospitalità dei *Quaderni*, questo scritto destinato a essere accolto anche nel *Liber Amicorum per Marco D'Alberti*, un maestro dallo sguardo lungo, che ha sempre pensato al diritto come un universo non circoscrivibile ai ristretti confini nazionali e al semplice punto del vigente.

(1) R. Saleilles, *Rapport sur l'utilité, le but et le programme du congrès*, in *Congrès international de droit comparé. Tenu à Paris du 31 juillet au 4 août 1900. Procès-verbaux des séances et documents*, Paris, LGDJ, 1905, vol. I, p. 9.

zione di leggi e istituzioni appartenenti a diverse tradizioni nazionali, il diritto comparato diveniva lo strumento chiave per sottrarsi al soffocante legalismo delle regole codificate e per oltrepassare le barriere spaziali, sin qui insuperabili, della statualità, aprendosi a una sorta di « pénétration réciproque » (2) e riscoprendo il diritto nella sua quotidiana vitalità.

Allo sbocciare del nuovo secolo, la comparazione aveva dunque molti obiettivi al suo arco. Discendevano direttamente dalla sensazione di una definitiva apertura degli orizzonti, dalla consapevolezza di vivere in una società non più circoscritta ai confini nazionali, di assaporare una inedita globalità, su cui imperava certo il conflitto tra Stati colonizzatori e colonizzati, ma con un solido fronte occidentale sul quale, al momento, non sembravano ancora incombere nubi troppo minacciose (3).

Primeggiava, però, su tutti, l'obiettivo, strettamente operativo, di creare « une sorte de droit commun de l'humanité civilisée » o almeno — come si esprimeva Edouard Lambert, più scettico sull'effettiva raggiungibilità di un diritto universale — quello di estrarre, dall'apparente diversità delle legislazioni, « le fond commun d'institutions et de conceptions qui y est latent » (4).

In entrambi i casi, la curiosità scientifica verso il pluralismo irredimibile dei tempi e degli spazi giuridici, recente acquisizione che scuoteva l'inveterato eurocentrismo del giurista ottocentesco, restava sullo sfondo, premessa remota eppure essenziale per dare avvio alla stessa comparazione, chiave di volta per una *Universalrechtsgeschichte* che da Henry Sumner Maine a John Henry Wigmore, da Frederick Pollock a Josef Kohler, riscopriva la lunghissima durata della linea e demitizzava la fallace certezza del punto (5).

---

(2) Ivi, p. 13.

(3) Un efficace quadro di sintesi in C.S. Maier, *Leviathan 2.0. Inventing Modern Statehood*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 2014, trad. it. a cura di Luigi Giacone, *Leviatano 2.0. La costruzione dello Stato moderno*, Torino, Einaudi, 2018, pp. 92 e ss., 152-57; 192 e ss.

(4) E. Lambert, *Conception générale et définition de la science du droit comparé, sa méthode, son histoire*, in *Congrès international de droit comparé*, cit., p. 38.

(5) Celebri espressioni di P. Grossi, *Il punto e la linea (l'impatto degli studi storici sulla formazione del giurista)*, ora in Id., *Società, diritto, Stato. Un recupero per il*

Nell'ottimismo d'inizio secolo, al giurista sembrava però ormai soprattutto possibile avviare un lavoro costruttivo rivolto al futuro, un lavoro epocale, che Lambert, certamente il più fattivo del gruppo degli organizzatori del convegno parigino, ancor prima della inaugurazione, nel 1920, dell'*Institut de droit comparé* di Lione, non esitava ad assimilare a quello fondativo svolto dai Loisel e dai Bourjon, di quei giuristi che agli albori della modernità giuridica, tra XVII e XVIII secolo, avevano sfruttato il ruolo pilota della *coutume* di Parigi, riuscendo a forgiare, dal magma dell'inestricabile pluralismo del reticolo consuetudinario medievale, *le droit commun de la France*: una unificazione descrittiva del diritto esistente, dal forte marchio dottrinale e non scevra di sovrapposizioni concettuali e sistematiche di provenienza romanistica (6).

Il momento sembrava particolarmente propizio. L'entrata in vigore del BGB, il primo gennaio dello stesso 1900, su cui immediatamente si concentravano gli sforzi per una sua traduzione francese, confermava la forza della forma codice, materializzando un *tertium comparationis* ridondante di contenuti normativi, di definizioni, di impianti sistematici, di lì a poco confermato, nell'inarrestabile successo di quella forma, dal codice svizzero di Eugen Huber, nel 1907, e persino dal codice pio-benedettino, dieci anni più tardi.

Mettersi a costruire un *fond commun*, un « dépôt des maximes communes » (7), imponeva, certo, confinazioni e rinunce. L'inarrestabile curiosità del comparativismo storico, portato ad affrontare gli ordini giuridici più distanti gli uni dagli altri, qui necessariamente doveva circoscriversi alle « civilisations analogues », scartando i percorsi più dissonanti, pena l'impossibilità di raggiungere la desiderata armonia.

---

diritto, Milano, Giuffrè, 2006, p. 3 e ss., che al Congresso parigino ha dedicato pagine illuminanti: *L'Europa del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2007, pp. 198-201.

(6) E. Lambert, *Etudes de droit commun législatif ou de droit civil comparé*. Première Série, *Le Régime successoral. Introduction. La fonction du droit civil comparé*, Paris, Giard et Brière, 1903, p. 1.

(7) Lambert, *La fonction du droit civil comparé*, cit., p. 916: « Il a pour rôle de dégager, de la confrontation des systèmes juridiques qu'il compare, le fond commun de conceptions et d'institutions qui y est latent; de rassembler ainsi un dépôt de maximes commun à ces législations et de l'enrichir constamment par des empiétements successifs sur le domaine du particularisme ».

L'operazione, del resto, non era semplicemente quella di tracciare una diafana tavola di principi comuni. Si trattava di mettere in piedi, al contrario, un nuovo modo di avvicinamento all'ordine giuridico, carico di proiezioni nella stessa dimensione nazionale, finalmente depurata dall'immobilismo dell'esegesi. Allo scoccare del primo centenario del *Code civil*, era ormai tempo di sostituire, all'imbalsamazione del codice e alla 'impotenza del legislatore', le dinamiche di un « droit vivant » (8), il cui flusso evolutivo, più che nella tranquillizzante e immobile orditura del testo normativo in libri, capitoli, sezioni, scorreva in un formante giurisprudenziale ancora da scoprire nella sua incessante evoluzione.

A Parigi confinazioni disciplinari non erano state poste, salvaguardando anzi una finestra di una certa rilevanza da dedicare ai destini comparativi del governo parlamentare (9) « chez les différents peuples modernes » (10) e ai percorsi del costituzionalismo in terra nordamericana e latinoamericana. Ma era nelle cose che la comparazione, se declinata in particolare nell'ardente compito operativo immaginato da Saleilles e da Lambert, possedesse un'anima eminentemente privatistica (11).

Proprio in questo campo, nell'ottimismo della *Belle Époque* (12), sembrava possibile raggiungere, tramite una interpretazione ragionata e un riavvicinamento delle diverse legislazioni, nella rispettosa osservanza della *summa divisio* tra Stati colonizzatori e colonizzati, « la construction progressive et doctrinale d'un droit

---

(8) Ivi, p. 28; p. 21.

(9) Sui cui sviluppi italiani riferiva Vittorio Emanuele Orlando, la cui partecipazione al convegno era però funestata dal regicidio di Umberto I, il 29 luglio 1900.

(10) *Congrès international de droit comparé*, cit., p. 70. Ricostruisce lo scarso entusiasmo comparativo dei giuspubblicisti al congresso, G. RICHARD, *De la prudence à la critique: quelques avatars du modèle dans la comparaison des droits publics (fin du XIX^e^ — début du XX^e^ siècles)*, in « Clio@Themis », 13 (2017).

(11) Una eccellente guida sul punto in C. PETIT, *Una fotografía de 1924, o el radio variable de la comparación jurídica*, in « Quaderni fiorentini », 50 (2021), p. 307 e ss.

(12) Assai diversa l'atmosfera del primo dopoguerra, specialmente in Germania, in cui le codificazioni appaiono muri invalicabili e la comparazione strumento essenziale per recuperare una circolazione del pensiero giuridico tedesco compromessa dall'enfasi tributata dai giuristi alla *Allmacht des Staates.* Emblematico E. RABEL, *Aufgabe und Notwendigkeit der Rechtsvergleichung* (1924), ora in ID., *Gesammelte Aufsätze*, Bd. 3., Tübingen, Mohr, 1967, pp. 1-21.

unitaire se formant par-dessus et au-delà des diversités juridiques particuliers » (13), immaginata da Saleilles. È il diritto privato, quindi, il terreno di eccellenza del confronto e dei primi tentativi di uniformazione. Il continente sta dimostrando, proprio in questi anni, che una strada unitaria, convergente verso il codice, è stata raggiunta e che proprio qui, nel diritto privato e nel diritto commerciale, era dunque più facile scoprire « il fondo comune di istituzioni e concetti, alla base delle diverse legislazioni » (14). Qui, il motto iscritto nello stemma della Società di legislazione comparata, fondata a Parigi nel 1869 da Edouard de Laboulaye — *Lex multiplex. Universa Curiositas. Ius Unum* (15) — risultava più direttamente applicabile.

Il diritto comparato, in questa prima declinazione scientifica, esprime le proprietà demitizzanti e le curiosità tipiche di un punto di osservazione di larga ampiezza e di lunga durata, ma è visto soprattutto come strumento unificante, per fissare un deposito di comuni valori, grazie a uno scavo che non si arresti alla semplice giustapposizione dei testi normativi, ma penetri sin nella loro applicazione giurisprudenziale. La curiosità verso il pluralismo giuridico subito si piega e si converte nella ricerca di un serbatoio di soluzioni per il legislatore nazionale. Il raggio spaziale è perciò rigorosamente ristretto alle sole nazioni civili. I risultati sono attesi per il « solo ambito del diritto privato » (16). Lo sguardo, per quanto tendenzialmente universale, tanto da spingersi per la prima volta, dalla prospettiva continentale, in profondità verso i paesi di *common law* o da avvicinarsi alla stessa realtà islamica, tende a concentrarsi sulle entità più direttamente comparabili e sui paesi accomunati dal processo di

---

(13) R. Saleilles, *Conception et objet de la science du droit comparé*, in *Congrès international de droit comparé*, cit., p. 181.

(14) Lambert, *Conception générale et définition de la science du droit comparé, sa méthode, son histoire*, cit., p. 38.

(15) Va da sé che oggi « the comparatist is not bound to do the same »: R. Sacco, *One Hundred Years of Comparative Law*, in « Tulane Law Review », 75 (2001), 4, p. 1163.

(16) Lambert, *Conception générale et définition de la science du droit comparé, sa méthode, son histoire*, cit., p. 38.

codificazione, confermando il solido « ancrage national » tipico del giurista tardo-ottocentesco (17).

Al di là di questo cerchio ristretto la comparazione non si arresta. In particolare, nell'itinerario culturale di Lambert, questa conserva intatta la sua validità, candidandosi a divenire, ben oltre il panorama europeo, nella confluenza di storia e comparazione, una scienza fondamentale di studio del fenomeno giuridico e della sua evoluzione. Una scienza in cui il comparatista giurista, tutto proteso verso il presente, verso il compito di unificare concetti e istituti giuridici, lasciava il posto al comparatista storico, chiamato a segnare, magari con forte proiezione evoluzionistica, il percorso di sviluppo della vita giuridica.

Lo sguardo diacronico, nell'uno come nell'altro caso, pur avvertito come essenziale, rimane in ogni caso funzionale a un programma pensato e costruito, in primo luogo, per il diritto vigente, per il diritto vivente; la storia si converte in sociologia. La vera utilità della comparazione scientifica sembra altrove, proiettata su un progetto da realizzare e sulla ricerca di quel *fond commun* che finalmente unisca le nazioni civili. Proprio per questo, in una fase di consolidazione del proprio statuto fondativo, la comparazione utilizza angoli di osservazione che rifuggono dalle diversità; predilige il linguaggio del diritto privato; tende a concentrarsi sullo spazio europeo continentale, in cui si è propagato il movimento di codificazione dei diritti nazionali (18).

2. *Fortuna e limiti degli 'atlanti' costituzionali.*

All'inizio del Novecento, rinfrancato dal successo europeo della forma codice, il cosmopolitismo giuridico conserva quindi il timbro inconfondibile del diritto privato e ancora convive con una

---

(17) J.-L. HALPERIN, *Associations, réseaux et ambitions nationales des comparatistes de la fine du XIXe siècle à la Seconde Guerre mondiale*, in « Clio@Themis », 13 (2017).

(18) « Seule les droits, si profondément particularistes, de l'Angleterre et de l'Ecosse semblent devoir échapper encore longtemps à ce phénomène »: LAMBERT, *Conception générale et définition de la science du droit comparé, sa méthode, son histoire*, cit., p. 41.

marcata nazionalità del diritto pubblico: una nazionalità vissuta nella molteplicità dei diversi regimi costituzionali e nella corrispondente individualità delle diverse storie politiche, espressione di una tirannia territoriale che rigorosamente torna a circoscrivere gli ordini politici e i relativi ordini giuridici all'interno dei confini statuali.

Lo spiegava molto lucidamente Albert Venn Dicey in alcune lezioni americane tenute a Boston, alla fine dell'Ottocento, riscoperte qualche anno fa nelle sue carte di Oxford e da poco pubblicate da uno studioso inglese, John Allison, particolarmente attento al dialogo tra *common law* e tradizione europea continentale, che ne firma una densa *Editor's Introduction* (19).

La stessa costituzione inglese — spiegava Dicey ai suoi studenti americani — doveva essere assegnata al rango delle *historical constitutions*, delle *unwritten constitutions*. Sul tavolo del giurista non c'era un testo da interpretare e commentare. C'era invece una secolare esperienza da decrittare e non lo si poteva fare se non attraverso la storia e la comparazione.

> History is comparison, though comparison need not be history. The historical method is at its best an illustration of the comparative method (20).

Storia e comparazione erano supporti essenziali del lavoro del giurista di diritto pubblico, ma andavano ben maneggiati. Bisognava dunque tenersi alla larga da una storia che fosse mero antiquariato: inutile ingombro per il giurista. E, però, gli istituti cardine del diritto costituzionale inglese, il *King in Parliament*, il sistema rappresentativo, il rapporto tra Lords e Comuni, il suffragio, e, scendendo verso il rapporto autorità-libertà, la stessa *Rule of Law*, avevano bisogno di una serrata comparazione, ora diacronica, ora sincronica, per divenire diritto vivente.

Anche il cultore del diritto pubblico trovava dunque nella storia e nella comparazione orizzontale uno strumento essenziale per

---

(19) J.W.F. Allison, *Editor's Introduction* to Volume II, The Oxford Edition of A.V. Dicey, *Lectures on Comparative Constitutionalism*, Oxford, OUP, 2019, pp. XI-XLVII.

(20) Dicey, *Lectures on Comparative Constitutionalism*, cit., p. 5.

il proprio lavoro di interprete. Per comprendere il ruolo della monarchia inglese e per tracciare la forma di governo vigente nel Regno Unito il giurista doveva necessariamente rivolgersi da un lato alla storia, nella cui lunga durata si celavano i processi di confluenza e di differenziazione del *Constitutionalism: Ancient and Modern* (21). E doveva pure rivolgersi, dall'altro lato, alla comparazione.

Con qualche sorpresa, considerato il costume di radicato insularismo proprio del giurista inglese, per Dicey, non solo il governo presidenziale americano, ma persino il *monarchisches Prinzip* del Secondo Reich avrebbero, *per differentiam*, instradato il giurista. Lo stesso celebre conflitto costituzionale prussiano, tra il 1861 e il 1866, aveva riscosso un notevole interesse oltremanica. E il braccio di ferro tra Bismark e il Reichstag non poteva essere sbrigativamente bollato come semplicemente *unconstitutional*. Bisognava capire invece l'equilibrio che questa battaglia senza vincitori né vinti (*drawn battle*) tra parlamento e governo, che aveva consolidato un *non parliamentary executive*, certo agli antipodi del modello inglese, aveva segnato nella distribuzione dei rispettivi poteri di legislativo ed esecutivo e non temere di raffigurarla anche prendendo a prestito analoghi conflitti emersi nel sistema presidenziale americano (22).

Nonostante queste aperture intellettuali, tutt'altro che irrilevanti, verso il diritto degli altri, esisteva, tuttavia, una sostanziale differenza rispetto al civilista alla Saleilles e alla Lambert. Nell'universo costituzionale, così intrinsecamente plurale e così profondamente segnato dalle rispettive storie politiche, un *fond commun* non poteva costituire un obiettivo praticabile, neppure per il solo mondo civilizzato. Né le ingegnerie costituzionali, né i meccanismi di importazione più o meno artificiali di quello o quell'altro modello avrebbero garantito possibilità di successo. « The very peculiar historical conditions » che avevano consentito il radicamento e lo sviluppo della costituzione inglese, di una *responsive constitution* dotata di un radicato sentimento di attaccamento popolare e di

(21) Su cui, in sintesi, merita ancora ripercorrere la pagina introduttiva di Nicola Matteucci alla edizione italiana di C.H. McIlwain, *Costituzionalismo antico e moderno*, Bologna, il Mulino, 1990, pp. 7-17.

(22) Dicey, *Lectures on Comparative Constitutionalism*, cit., pp. 8-9.

continua rispondenza all'opinione pubblica, non potevano essere artificialmente soppiantate da meccanici trapianti o da artificiosi innesti. Così come le forme presidenziali americane, espressione di un regime anche più democratico di quello inglese, pur oggetto di interessata attenzione da parte dei paesi latino americani, mai avrebbero potuto restituire i medesimi pregi a quelle diverse latitudini.

Non solo era dunque necessario procedere a complesse tassonomie dei diversi modelli costituzionali e delle rispettive forme di governo, ma occorreva soprattutto tener conto del fatto che non erano le forme o le norme, ma ben altrimenti la storia e la virtù civica a scandire i destini della costituzione: uno *spirit of institutions* che inevitabilmente separava, distingueva, invece di unire; addirittura contrapponeva, fosse stato questo il *military spirit* del costituzionalismo prussiano o il *civil administrative spirit*, inestricabilmente intrecciato al costituzionalismo francese.

Per un giurista dell'età vittoriana, come Dicey, così orgogliosamente consapevole dell'assoluta superiorità del modello inglese e del *legal turn of mind* pervicacemente costruito, per contrasto con l'universo continentale, nelle celebri pagine di *The Law of the Constitution* dedicate alla *Rule of Law*, la comparazione non era rivolta a ricercare prestiti dalle altre esperienze, non era comparazione alla ricerca di modelli da imitare. Rappresentava un oggettivo allargamento dell'orbita che poteva rendere più articolata e complessa la panoplia delle somiglianze e delle differenze. Rimaneva, tuttavia, soprattutto uno strumento conoscitivo, insieme alla storia, per appropriarsi sino in fondo dell'inimitabile spirito del diritto inglese.

Solo dopo il conflitto e grazie agli avvenimenti rivoluzionari che in tante parti di Europa, dalla Russia all'Austria, alla Germania, ne erano state le dirette conseguenze, sembrerà per un breve momento delinearsi la possibilità che quel percorso di armoniosa convergenza potesse avviarsi anche in terreno pubblicistico, grazie al fiorire di un « nouveau droit constitutionnel de l'Europe » e di un comune processo di « rationalisation du pouvoir » (23). Lo testimonierà nel 1928 lo sguardo ancora ottimistico di un esule russo di

(23) B. MIRKINE-GUETZEVITCH, *Les constitutions de l'Europe nouvelle*, Paris, Delagrave, 1928: un'opera che in dieci anni conosce ben dieci edizioni. Un profilo del

origine ucraina, trapiantato a Parigi nel 1920, Boris Mirkine-Guetzévitch, feroce critico degli esperimenti bolscevichi e autore di un atlante prezioso delle costituzioni della nuova Europa.

Quello di Mirkine-Guetzévitch era innanzitutto un utilissimo *recueil*, in grado di dar conto, grazie alla traduzione francese dei testi, cui aveva contribuito in modo determinante un giovane Charles Eisenmann, del prodigioso rinnovamento costituzionale del continente europeo nel primo dopoguerra: quei testi che, dalle realtà baltiche al fiorire delle nuove realtà statuali, sorte dalla disgregazione degli imperi dell'Europa centrale, sino alla Iugoslavia e alla Turchia, erano stati elaborati in rapida successione, al termine del conflitto, nel « bouillonnement politique, nationale et social » (24) che ne era derivato.

Quei testi, appunto, che accompagnavano i primi passi del continente verso lo Stato costituzionale, con la nascita di un nuovo « droit public européen » a scandire il cammino della democrazia, con l'allargamento del suffragio, il venir meno della Camera alta, il diffondersi di iniziativa legislativa popolare e referendum, ma anche i nuovi assetti federali della forma di Stato e i processi di giuridicizzazione del potere, con la diffusione di inediti sindacati di costituzionalità della legge, sullo sfondo dell'auspicato nuovo ordine internazionale sotto l'egida della Società delle nazioni (25) e soprattutto del primo radicarsi di una indivisibilità dei diritti scandita dall'imporsi nei fatti, ancor prima che nelle sedimentazioni teoriche, di un forte « sens social du droit » (26). Un ritratto potente delle modernizzazioni politiche in corso in quell'Europa degli anni Venti, in realtà ormai frastagliata e fragilissima, che stava già imboccando la parabola del totalitarismo delle « dictatures modernes » e del « cor-

---

personaggio in S. PINON, *Boris Mirkine-Guetzévitch et la diffusion du droit constitutionnel*, in « Droits », 46 (2007), p. 183 e ss.

(24) MIRKINE-GUETZEVITCH, *Les constitutions de l'Europe nouvelle*, cit., p. 10.

(25) Esprime la stessa consapevolezza di una funzione essenziale della comparazione « to a well grounded establishment of the League of Nations », F. CAMMEO, *The Present Value of Comparative Jurisprudence*, conferenza al *meeting* annuale dell'American Bar Association, Cleveland, fine di agosto 1918. Leggila, ristampata da Carlos Petit, in « Quaderni fiorentini », 22 (1993), p. 552 e ss.

(26) MIRKINE-GUETZEVITCH, *Les constitutions de l'Europe nouvelle*, cit., p. 37.

poratisme illusoire » (27), sprofondando in una nuova, drammatica, diaspora dei diversi destini nazionali.

3. *Steccati nazionali ed esigenze comparative nella 'terra senza codice' dell'amministrazione.*

L'amministrazione e il suo diritto a Parigi non erano stati contemplati. In un diritto amministrativo alle prese con le prime, grandi, trattazioni sistematiche e ancora in mezzo al guado dell'epocale, delicatissimo, passaggio dalla *puissance* al *service*, la comparazione scientifica difficilmente poteva costituire il fulcro dell'attenzione dell'amministrativista e soprattutto del suo obiettivo operativo. Lo impediva una sorta di gelosia dei singoli sistemi nazionali, ancora calati nella stretta individualità della propria storia istituzionale, nella frammentarietà della legislazione di riferimento, nella giurisprudenza di organi di giustizia amministrativa, in molte realtà continentali, ancora in fase di assestamento.

A un primo sguardo, non poteva perciò essere l'universo amministrativo il terreno giuridico più propizio per lo sviluppo di un nuovo metodo scientifico di comparazione, ora nel tempo, verticalmente; ora nello spazio, orizzontalmente. E ancora pochi erano stati infatti i tentativi, in definitiva ancora rudimentali, a partire da quello francese di Anselme Batbie (28), o da quello americano di Frank Goodnow (29), per altro privi di immediati seguaci, di affrontare il

---

(27) B. Mirkine-Guetzevitch, *Corporatisme et démocratie*, in « Revue de métaphysique et de morale », 42 (1935), p. 585; p. 590.

(28) Di cui merita riportare integralmente il titolo: *Traité théorique et pratique de droit public et administratif contenant l'examen de la doctrine et de la jurisprudence; la comparaison de notre législation avec les lois politiques et administratives de l'Angleterre, des Etats-Unis, de la Belgique, de la Hollande, des principaux Etats de l'Allemagne, et de l'Espagne; la comparaison de nos institutions actuelles avec celle de la France avant 1789; et des notions sur les sciences auxiliaires de l'administration, l'économie politique et la statistique*, 8 vols, Paris, Larose et Forcel, 1885-86[2]. L'opera è attentamente contestualizzata da J.-L. Mestre, *France. The Vicissitudes of a Tradition*, in *The Oxford Handbook of Comparative Administrative Law*, P. Cane, H.C.H. Hofmann, E. Ip, P.L. Lindseth (eds.), Oxford, OUP, 2021, pp. 28-30.

(29) F. J. Goodnow, *Comparative Administrative Law. An Analysis of the Administrative Systems National and Local, of The United States, England, France and Germany*, New York and London, Putnam, 1893.

tema *ex professo*, tracciando qualche linea comparativa di carattere generale. La stessa manualistica è avara di puntuali sguardi comparativi, con l'unica, parziale, eccezione della descrizione dei diversi modelli di giustizia amministrativa (30).

Eppure, l'amministrazione e il suo diritto, tanto ancora lontani da quella comparazione che iniziava a essere praticata come autonoma disciplina scientifica nel campo del diritto privato o che proseguiva una giustapposizione di modelli costituzionali, quasi ininterrotta a partire dall'esperienza delle due grandi rivoluzioni settecentesche, vivevano — ormai da decenni — di un fitto dialogo oltre i confini.

Quella comparativa si era infatti rivelata, sin dai primi passi della disciplina, all'inizio del XIX secolo, una esigenza profonda di conoscenza, particolarmente avvertita in una 'terra senza codice', ma priva pure dei grandi manifesti della codificazione costituzionale, qual è ancora oggi, ma soprattutto qual era in passato l'universo amministrativo. Una esigenza profonda di conoscenza che non poteva essere appagata, al contrario della dimensione civilistica, dalla semplice esegesi normativa, perché le leggi erano poche, ellittiche, spesso ermetiche, reticenti, infarcite di clausole generali dal contenuto indeterminato. Erano così la legge francese del 28 piovoso dell'anno VIII (17 febbraio 1800), concernente la divisione del territorio francese e l'amministrazione, pilastro essenziale — accanto al *Code civil* — di un ordine napoleonico che avrebbe fatto scuola nell'Europa dell'Ottocento; ma anche la successiva legge 24 maggio 1872 che all'avvento della Terza Repubblica consacrava l'avvenuta giurisdizionalizzazione del *Conseil d'Etat*. Così erano gli scarni principi della costituzione belga del 1831 che, in consapevole e deliberata antitesi al sistema francese, tracciavano le linee fondative di un sistema di giurisdizione unica ispirato ad un garantistico *régime judiciaire*. Così le clausole generali della nostra legge abolitiva del contenzioso (20 marzo 1865, n. 2248, All. E) o della legge del 1889 istitutiva della Quarta Sezione del Consiglio di Stato.

---

(30) V.E. ORLANDO, *Principii di diritto amministrativo*, Firenze, Barbera, 1890^2, pp. 311-12, il breve paragrafo dedicato a *I vari ordinamenti positivi* della difesa giurisdizionale.

Il giurista di diritto pubblico non poteva confinarsi in un metodo esclusivamente analitico-espositivo come quello fatto proprio, all'inizio dell'Ottocento, dagli esegeti del *Code civil*. In una 'terra senza codice' come quella amministrativa, se non si voleva rimaner fermi al semplice repertorio delle leggi amministrative, non ce ne era la possibilità.

E infatti, lessico e linguaggi, assetti disciplinari e costruzioni dottrinali, sino alla potente aspirazione sistematica di fine Ottocento, rifluita verso una convergente elaborazione di principi generali ad opera di una dottrina a forte base europea (31), si alimentavano di questo complesso interscambio e soprattutto di una estesa circolarità di parole d'ordine, di modelli argomentativi, di disegni politici, dal *Rechtsstaat* alla *Rule of Law*, dalla giustizia amministrativa al *selfgovernment*.

Lo stesso 'racconto' del *Rechtsstaat* — lo dimostrava un celeberrimo capitolo di Otto Mayer — passava attraverso una consapevole autorappresentazione delle peculiari « fasi storiche di sviluppo » (*geschichtliche Entwicklungsstufen*) che avevano visto la modernità abbandonare l'antico *Stato di giustizia* per lo *Stato di polizia* e che vedeva ora invece il giurista tardo ottocentesco all'opera per la costruzione del moderno *Stato di diritto*. Il giurista si era così fabbricato un proprio modello di comparazione verticale, di interpretazione del percorso storico, che scandisse il succedersi delle diverse tipologie statuali e potesse risultare funzionale al compito costruttivo del presente.

Anche l'amministrativista, dunque, da tempo si collocava sulla linea; così come dischiudeva il proprio orizzonte nello spazio del presente. In una parola, comparava, ma ancora di più dialogava, ibridava, recepiva, traduceva.

Nessuna omologazione, certo. Nessun trapianto meccanico. Le nazionalità restano invalicabili, così come resiste la forte individualità dei singoli sistemi di giustizia amministrativa.

Restano anche le gerarchie. E non sorprende che l'universo transalpino, il battistrada dell'intero modello continentale, si sentisse

---

(31) Per questa prospettiva, si può vedere quanto scriviamo in *Sur la valeur normative de la doctrine juridique dans le système administratif*, in « Droits », 60 (2014), spec. p. 169 e ss.

particolarmente orgoglioso e consapevole della propria autosufficienza, nonostante il *droit administratif* fosse, all'inizio, poco più di una raccolta esegetica di sparse leggi amministrative. Ma, nel prosieguo, quel diritto amministrativo si era fatto scienza e si era sviluppato attraverso un « chœur à deux voix », un contrappunto continuo e intenso tra giurisprudenza e scienza giuridica (32). Quando nel corso degli anni Cinquanta proprio Jean Rivero inizia a coltivare i primi concreti interessi scientifici della comparazione amministrativa (33), si deve riconoscere che gli amministrativisti francesi avevano per lo più ignorato il resto del mondo, malgrado gli sforzi di Gaston Jèze e di Henry Barthélemy di far confluire, all'inizio del Novecento, in una *Bibliothèque de droit public* particolarmente aperta e curiosa, le versioni francesi delle opere di Dicey, appunto, ma anche di Otto Mayer, Paul Laband, Frank Goodnow, Woodrow Wilson, James Bryce, Alpheus Todd.

La Francia era ricca di modelli da esportare, a partire dallo stesso *Conseil d'Etat*, nel suo carattere composito di organo consultivo e di giurisdizione collaterale all'amministrazione. Cui subito si aggiungevano gli istituti cardine di quel regime amministrativo: il *détournement de pouvoir*, la *décision exécutoire*, l'*établissement public*, il *service public*... Modelli da esportare come lo erano stati prima tanti altri frutti della Rivoluzione e della sedimentazione napoleonica, il *Code civil*, la piramide giudiziaria, la Cassazione e così via.

Forte dell'impianto rivoluzionario-napoleonico e di una straordinaria giurisprudenza pretoria del *Conseil d'Etat*, la Francia in campo amministrativo non era molto disponibile ad aprire spazi a trapianti e recezioni. Né nei confronti dell'Inghilterra, tanto che lo stesso Dicey, nella prefazione all'edizione francese doveva correggere il suo giudizio sul *droit administratif* definendolo « création

(32) J. RIVERO, *Apologie pour les "faiseurs de systèmes"*, in « Recueil Dalloz », 1951, *Chronique*, p. 23.

(33) J. RIVERO, *Cours de droit administratif comparé*, Paris, Les Cours de Droit, 1957; ID., *Droit administratif français et droits administratifs étrangers*, in *Livre du Centenaire de la Société de législation comparée. Un siècle de droit comparé en France (1869-1969)*, *Les apports du droit comparé au droit positif français*, Paris, LGDJ, 1969, p. 199 e ss.

remarquable et originale du génie français » (34) e riconoscendone l'importante evoluzione dagli scritti di Tocqueville da cui aveva preso le mosse; tanto nei confronti della Germania, di cui non poteva essere certo dimenticata l'onta di Sedan. E se Otto Mayer in grazia delle proprie competenze linguistiche, traducendosi da solo il suo *Deutsches Verwaltungsrecht*, faceva la sua comparsa nella *Bibliothèque de droit public*, doveva esser chiaro che una distanza siderale separava il diritto francese dal diritto amministrativo tedesco, ancora prigioniero di una veste autoritaria incompatibile con la *République*, come confermava Henry Barthélemy in una prefazione tanto celebre, quanto di inaudita durezza. Cui Mayer rispondeva, ironizzando sulle accuse ricevute in patria di 'francesizzazione forzata' e ribadendo il carattere prettamente 'germanico' del proprio lavoro (35).

La situazione è ovviamente tutt'altra in paesi dalla contrastata indipendenza come il Belgio e l'Italia.

Quando il Belgio nasce, da un atto rivoluzionario, nel 1830 fa sì un lavoro di attenta comparazione con la tradizione francese e olandese, ma per fissare un contro modello, per costruire una propria declinazione di liberalismo costituzionale: un *régime judiciaire* che — in una precisa e consapevole presa di distanza dalla Francia — esclude in radice garanzia amministrativa e *Conseil d'Etat*, proclama la giurisdizione unica, affida alla Cassazione il compito di dirimere i conflitti di attribuzione.

E nel momento in cui, nel 1946, il *Conseil d'Etat* nascerà in Belgio, il contesto storico sarà completamente mutato, determinando un profondo *décalage* temporale rispetto alla esperienza

---

(34) A.V. Dicey, *Introduction à l'étude du droit constitutionnel*, traduction française par André Batut et Gaston Jèze, Paris, Giard et Brière, 1902, *Préface de l'édition française*, pp. XXX-XXXII. Una traduzione che comunque, invece di riavvicinare i due modelli, diventa l'occasione per una loro ancor più rigida contrapposizione: S. Cassese, *La costruzione del diritto amministrativo: Francia e Regno Unito*, ora in Id., *Il diritto amministrativo: storia e prospettive*, Milano, Giuffrè, 2010, p. 42 e ss. Anche in questo caso, occorre attendere il primo dopoguerra per un primo, significativo, avvicinamento: F.J. Port, *Administrative Law*, London-New York-Toronto, Longmans, Green and Co., 1929, p. 296 e ss.; p. 327 e ss.

(35) H. Barthélemy, *Préface*, in O. Mayer, *Le droit administratif allemand*, Paris, Giard et Brière, 1903, pp. I-XI; O. Mayer, *Préface de l'édition française*, ivi, pp. XIII-XV.

francese e alla stessa esperienza italiana. Con effetti di differenziazione tutt'ora persistenti (36).

In Italia il quadro è ancora diverso. Il Consiglio di Stato nasce in Piemonte nello stesso anno della costituzione belga del 1831, ma ben lontano da quel costituzionalismo liberale e immerso al contrario in una rigida monarchia amministrativa. È creatura albertina. Accompagnerà con il suo Consiglio, persino l'emanazione dello statuto nel 1848. E al Consiglio di Stato sarà dedicato uno degli allegati delle leggi amministrative di unificazione nel 1865, l'all. D.

Nella penisola, dunque, il quadro determinato da comparazione e trapianti possiede tratti di spiccata individualità. L'eclettismo tipico del pensiero giuridico italiano dell'Ottocento è avido di modelli stranieri. Coltiva con attenzione interessata il confronto con quei modelli e la loro importazione. La vicenda abolitiva del contenzioso, nel 1865, ne è un simbolo, con un legislatore, Pasquale Stanislao Mancini su tutti, che al modello belga guarda con convinzione profonda. Eppure, l'eterogenesi dei fini è evidente e si finisce per introdurre un sistema di giurisdizione unica ben diverso da quello di Bruxelles, con un Consiglio di Stato che non solo trova confermato un piccolo, significativo, pacchetto di giurisdizione propria, ma che in prima battuta si vede persino assegnato il compito di risolvere i conflitti di attribuzione, determinando così il perimetro della giurisdizione del giudice ordinario, nel momento chiave di prima applicazione della riforma abolitiva, tra il 1865 e il 1877.

Così come ne è un simbolo il prosieguo, con l'improvvisa e radicale virata, sin dalla seconda metà degli anni Settanta, verso un inedito germanismo amministrativo e il prevalere al contrario di una soluzione interna, la Quarta sezione, che rende compatibile il vecchio disegno crispino, già emerso nelle tornate parlamentari del giugno 1864, con lo spaventiano « io non vi dico d'imitar la Germania ».

Quasi una conferma della tesi negazionista di Pierre Legrand, secondo cui *rules cannot travel* (37). O, almeno, la constatazione che il trapianto non è mai meccanico, e la sua radicazione nell'ordina-

---

(36) Come dimostra il recente volume di D. RENDERS, B. GORS, *Le Conseil d'Etat*, Bruxelles, Larcier, 2020.

(37) P. LEGRAND, *The Impossibility of Legal Transplants*, in « Maastricht Journal of European and Comparative Law », 1997, p. 114.

mento di destinazione avviene sempre attraverso un processo di *translation*, di vera e propria traduzione, secondo la convincente raffigurazione di François Ost: una traduzione che, in quanto tale, crea nuove composizioni originali e integrazioni di tipo ibrido (38).

4. *Le direttrici della comparazione e delle imitazioni.*

Neppure i modelli ottocenteschi si sviluppano quindi per compartimenti stagni. Presentano al contrario confini assai porosi alla reciproca integrazione normativa. Il legislatore nazionale, nonostante la costruzione del sistema degli Stati, continua a guardare « over the hedge » (39). Già nel XIX secolo si radica la pratica della legislazione comparata pensata come « outil de la légistique » (40), come serbatoio di soluzioni concrete in cui i diversi legislatori possono liberamente pescare. Ma parallelamente si rafforzano anche un interesse e una cultura comparativa diffusa, che vivono e si alimentano di carteggi (41), di riviste, di traduzioni e recensioni incrociate, di 'biblioteche' ed enciclopedie di divulgazione, di ricerche erudite e profonde sul diritto e sulla storia degli 'altri' (42) e poi, appunto, di congressi e di progetti organizzativi (43).

Si consolidano, nel pubblico, come nel privato, anche i feno-

---

(38) F. Ost, *Law as Translation*, in *The Method and Culture of Comparative Law. Essays in Honour of Mark Van Hoecke*, M. Adams, D. Heirbaut (eds.), Oxford-Portland, Hart, 2014, p. 69 e s.; pp. 84-86.

(39) Ivi, p. 75.

(40) J.-J. Bienvenu, *Une brève histoire du droit public comparé*, in « Revue internationale de droit comparé », 67 (2015), p. 296; S. Soleil, *Pourquoi comparait-on les droits au XIX^e^ siècle?*, in « Clio@Themis », 13 (2017).

(41) Ne ricordiamo due, per la loro stretta attinenza alle vicende e ai protagonisti qui trattati: *Briefwechsel Karl Josef Anton Mittermaier — Rudolf von Gneist*, hrsg. von Erich J. Hahn, Frankfurt am Main, Klostermann, 2000; *Recht im* Fin de siècle. *Briefe von Raymond Saleilles an Eugen Huber (1895-1911)*, hrsg. von Alfons Aragoneses, Frankfurt am Main, Klostermann, 2007.

(42) In cui ancora una volta — basti pensare a Lorenz von Stein e Rudolf von Gneist — sono sempre Francia e Inghilterra a calamitare le attenzioni.

(43) Non è possibile darne conto in dettaglio in questa sede. Ci limitiamo a ricordare, per l'importanza della iniziativa editoriale e per l'ampiezza di sguardo, la *Biblioteca di scienze politiche* diretta da Attilio Brunialti, edita in tre serie distinte dal 1884 al 1925 dall'Unione Tipografica Editrice di Torino.

meni di convergenza (44), resi palesi dalla circostanza che le grandi storie del diritto, sull'uno e sull'altro corno della *summa divisio*, accompagnando e assecondando la costruzione della società borghese e quindi dello Stato di diritto e della *Rule of Law,* sono storie integralmente europee.

Il fenomeno comparativo si muove però ancora per cerchi di diametro predefinito, che non valicano mai il confine del ristretto club delle nazioni civili. Solo per gli Stati colonizzatori si aprono le prospettive del dialogo e dei prestiti reciproci. Subito oltre quel confine si erge una frattura epocale, che sembra ancora immersa in *the early history of society*: una frattura che enfatizza i dislivelli di civiltà e impedisce le sincronie. Da Henry Sumner Maine in poi, lo stesso movimento storico si scandisce secondo i ritmi opposti delle 'società progressive' e delle 'società stazionarie' (45). Anche in questa ultima direzione, insieme arcaica e contemporanea, il positivismo imperante inizia a spingere le proprie curiosità, addentrandosi verso il primitivo, coltivando forme di paleontologia o di etnologia giuridica che contribuiscono sì a relativizzare il radicato eurocentrismo, ma che regimando in modo drastico il flusso e i meccanismi dei prestiti e delle circolazioni, restano prive di incidenza sui sistemi positivi dei paesi occidentali. Diritto comparato e diritto coloniale (46), universalismo e imperialismo possono pacificamente coesistere (47).

---

(44) Un'interessante visione *bottom-up* di convergenze e divergenze nei diritti amministrativi europei di fine Ottocento, in G. Della Cananea, *Il nucleo comune dei diritti amministrativi in Europa. Un'introduzione*, Napoli, Editoriale scientifica, 2019.

(45) Ci introducono, problematicamente, al pluralismo coloniale, P. Costa, *Il 'pluralismo' politico-giuridico: una mappa concettuale*, in « Quaderni fiorentini », 50 (2021), pp. 71-87; B.Z. Tamanaha, *Legal Pluralism Explained. History, Theory, Consequences*, Oxford, OUP, 2021, pp. 55-96.

(46) È il caso inglese, in cui la prima spinta alla comparazione, nel XIX secolo, nasce dall'esigenza del Privy Council, come Corte suprema dell'Impero, di applicare un numero considerevole di diritti stranieri: W. Hug, *The History of Comparative Law*, in « Harvard Law Review », 45 (1932), p. 1064.

(47) M. Koskenniemi, V. Kari, *A More Elevated Patriotism. The Emergence of International and Comparative Law (Nineteenth Century)*, in *The Oxford Handbook of European Legal History*, H. Pihlajamäki, M.D. Dubber, M. Godfrey (eds.), Oxford, OUP, 2018, p. 989; G. Frankenberg, *Critical Histories of Comparative Law*, in *The Oxford Handbook of Legal History*, M.D. Dubber, C. Tomlins (eds.), Oxford, OUP, 2018, p. 49.

La comparazione non è neppure paritaria e biunivoca. Segue e dipende invece da direttrici di penetrazione e influenza segnate da precise egemonie politiche e culturali. Anche prescindendo dal flusso unidirezionale, di tipo assimilativo, che muove dai paesi colonizzatori verso quelli colonizzati, già nel novero dei primi la comparazione divide i paesi di esportazione da quelli di recezione. Fissa pure delle precise graduatorie tra i diversi universi linguistici, malgrado i rilevanti, reciproci, processi — che dovremmo riuscire a quantificare con maggior precisione — di circolazione e di traduzione tra le principali lingue di esportazione del giuridico, il francese, l'inglese, il tedesco. Avvia trapianti destinati a produrre, nei diversi organismi in cui prendono vita, fenomeni nuovi e nuovi risultati istituzionali. Eppure, contemporaneamente, fissa delle barriere — l'influenza del pensiero di Dicey nel mondo anglo-americano ne è forse l'esempio più emblematico — talmente pronunciate da incidere non solo sugli assetti istituzionali, ma anche sugli stessi lessici giuridici e sulla circolazione dei principi generali.

L'affascinante pluralità delle storie, sullo sfondo di un groviglio di forti rivalità nazionali (48), ma anche di una *global history* che sempre di più condivide vicende, conflitti, cicli economici, trasformazioni sociali, nasce da qui: dal radicarsi, anche a livello universitario, di culture giuridiche che si modellano ormai secondo precisi confini legislativi nazionali, attentamente presidiati dalle sovranità statuali e legittimati ora anche da 'storie' e filosofie giuridiche di forte timbro nazionale. Eppure animati da una circolazione e da un dialogo a tratti impetuosi, spesso capillarmente condivisi — seppur sensibilissimi al mutare del clima politico internazionale (49) — e, parallelamente, innervati dal diffondersi di più lente, più sotterranee, ma spesso più effettive operazioni di trapianto istituzionale, con i risultati di 'traduzione' e di adattamento che sopra si è cercato di descrivere.

---

(48) HALPERIN, *Associations, réseaux et ambitions nationales des comparatistes*, cit.

(49) Significativi l'immediato, improvviso, ostracismo nei confronti della cultura tedesca che si manifesta in Francia allo scoppio del primo conflitto mondiale e i contemporanei turbamenti del consolidato germanismo degli intellettuali italiani. Cfr., rispettivamente, J.-M. BLANQUER, M. MILET, *L'invention de l'Etat. Léon Duguit, Maurice Hauriou et la naissance du droit public moderne*, Paris, Odile Jacob, 2015, p. 239 e ss.; G. CIANFEROTTI, *1914. Le università italiane e la Germania*, Bologna, il Mulino, 2016, p. 111 e ss.

TOMMASO GRECO

LA SOLIDARIETÀ NEL DIRITTO. SUI FONDAMENTI TEORICI DELL'ISTITUZIONALISMO

1. Il pendolo della giurisprudenza. — 2. « Da sotto ». La realtà e i concetti. — 3. *Ubi societas ibi ius*. — 4. Solidarietà come « regola di diritto ». — 5. Lo stato della solidarietà.

1. *Il pendolo della giurisprudenza.*

Se è vero ciò che scrive Maurice Hauriou, che « le istituzioni nascono, vivono e muoiono giuridicamente » (1), pensare le istituzioni vuol dire pensare giuridicamente. Riformulando una frase fatta talvolta utilizzata dai giuristi, possiamo dire che « diritto e istituzioni sono due facce della stessa medaglia », a significare che ogni pensiero delle istituzioni implica un pensiero giuridico, e viceversa, anche quando uno dei due lati rimane implicito e nascosto. Il nesso è sempre operante, ma è particolarmente evidente nei periodi di transizione, o come a qualcuno piace dire, di « crisi ». Tempi nei quali si assiste a un passaggio che investe le istituzioni, e dunque investe contestualmente in pieno la cultura giuridica (oltre che quella politica (2)).

---

(1) M. Hauriou, *Teoria dell'istituzione e della fondazione* (1925), in Id., *Teoria dell'istituzione e della fondazione*, a cura di W. Cesarini Sforza, Milano, Giuffrè, 1967, p. 13.

(2) Sul versante della filosofia politica ne sono testimonianza recente gli studi che nel nostro Paese stanno insistendo da qualche tempo sul tema delle istituzioni. Cfr. ad es. l'Almanacco di Filosofia e Politica diretto da Roberto Esposito, di cui sono usciti sinora due volumi interamente dedicati al tema istituzionale: *Crisi dell'immanenza. Potere, conflitto, istituzione*, a cura di M. Di Pierro e F. Marchesi, Macerata, Quodlibet, 2019; *Istituzione. Filosofia, politica, storia*, a cura di M. Di Pierro, F. Marchesi, E. Zaru, Macerata, Quodlibet, 2020, a cui vanno affiancati i due volumi di R. Esposito, *Pensiero istituente. Tre paradigmi di ontologia politica*, Torino, Einaudi, 2020; Id., *Istituzione*, Bologna, il Mulino, 2021. Sul rinnovato interesse per l'istituzionalismo, che da alcuni anni sta interessando la filosofia politica italiana, cfr. A. Scalone, *Il concetto di istituzione*

Il nesso tra cultura giuridica e assetti istituzionali, d'altra parte, è chiaramente riconosciuto — e, singolarmente, nello stesso anno, il 1934 — dai due dioscuri della scienza giuridica novecentesca. Da un lato, esso è esplicitamente alla base del famoso scritto schmittiano sui tre tipi di pensiero giuridico. Quando afferma che i vari modi della scienza giuridica non sono da considerare come forme di una « giurisprudenza sospesa in aria » ma « ricevono il loro rango nella connessione totale della situazione concretamente attuale e della realtà effettiva della nostra odierna vita giuridica » (3), Schmitt non fa altro che rinviare agli assetti politico-istituzionali dei quali poi si occupa nella seconda parte del suo scritto. Lo stesso nesso è implicitamente riconosciuto da Hans Kelsen quando, nella premessa ai *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, riconosce che ogni teoria avalutativa del diritto, quale la teoria pura ambisce ad essere, implica e richiede una stabilità degli assetti politici ed istituzionali. In un periodo che certo ha poco di stabile, e fa presagire cose anche peggiori, Kelsen scrive che « l'ideale di una scienza oggettiva del diritto e dello stato ha la prospettiva di essere riconosciuto universalmente solo in un periodo di equilibrio sociale », aggiungendo pure — a testimonianza della sua lucidità — che nulla gli pare in questi anni « essere più intempestivo che una dottrina del diritto che voglia salvaguardare la sua purezza » (4). E in effetti, proprio Schmitt gli dà indirettamente ragione quando chiude il suo scritto invocando una nuova cultura giuridica, più adeguata ad una realtà storica nella quale lo Stato « non ha più il monopolio del politico, ma è solo un organo del capo [*Führer*] del movimento » (5).

---

fra innovazione e continuità. A proposito di alcune pubblicazioni recenti, in « Nomos. Le attualità nel diritto », 2020, 3, pp. 1-16. Dal punto di vista della filosofia del diritto, una efficace sintesi dei diversi profili che il tema della istituzione impone di ripensare in epoca di crisi è offerto da F. MANCUSO, *Istituzione. L'incontro tra diritto e società*, in *Dimensioni del diritto*, a cura di A. Andronico, T. Greco, F. Macioce, Torino, Giappichelli, 2019, pp. 183-206.

(3) C. SCHMITT, *I tre tipi di scienza giuridica* (1934), trad. it. a cura di Giuliana Stella, Torino, Giappichelli, 2002, p. 43.

(4) H. KELSEN, *Lineamenti di dottrina pura del diritto* (1934), trad. it. di R. Treves, Torino, Einaudi, 1999, p. 45.

(5) SCHMITT, *I tre tipi di scienza giuridica*, cit., p. 73.

Considerazioni come queste, compresa quella kelseniana (6), dovrebbero essere sufficienti quanto meno a revocare in dubbio ogni illusione di pura e assoluta avalutatività della scienza giuridica, la quale è, e non può non essere — per la circolarità che essa instaura col suo oggetto — scienza normativa. Se ciò non può essere sufficiente per confondere il piano scientifico della descrizione con il piano ideologico della prescrizione (piani entrambi sempre presenti in ogni teoria (7)), è indubbio che essi vengano spesso a sovrapporsi se non altro perché, nel nostro campo, le assunzioni teoriche contribuiscono a strutturare la realtà che mirano a descrivere. Lo vediamo chiaramente affrontando il nostro tema: se pensare le istituzioni vuol dire pensare giuridicamente, e se pensare giuridicamente vuol dire pensare anche le istituzioni, allora non c'è pensiero giuridico che possa pretendere di trarsi fuori dalla storia e dalle sue articolate, e talora drammatiche, vicende.

Questo nesso trova conferma nel fatto che la cultura giuridica oscilla come un pendolo — come notò con una famosissima immagine Norberto Bobbio verso la fine degli anni '50 (8) —, muovendosi costantemente tra formalismo e antiformalismo. Se infatti, nei periodi in cui un ordine va (o sembra andare) in crisi, quest'ultima investe anche le categorie giuridiche con le quali quell'ordine è stato interpretato, o addirittura costruito e mantenuto, nel concreto bisogna osservare che quando un assetto costituzionale, nelle sue articolazioni istituzionali e politiche, si forma e si consolida, la scienza giuridica tende a privilegiare le vie del formalismo; quando invece quell'assetto mostra di non riuscire più a stare al passo con la realtà e con i tempi, il formalismo e il dogmatismo giuridici entrano in fibrillazione e cominciano a sfaldarsi: le forme consuete, i concetti e

---

(6) Non va dimenticato infatti che la descrittività della teoria scientifica kelseniana è frutto di quella che Norberto Bobbio chiamò una « metagiurisprudenza prescrittiva », dal momento che la teoria pura non è affatto una descrizione di ciò che i giuristi fanno bensì una indicazione ai giuristi relativa a ciò che essi dovrebbero fare. Cfr. N. Bobbio, *Essere e dover essere della scienza giuridica* (1967), in Id., *Saggi per una teoria generale del diritto*, Torino, Giappichelli, 1970; nuova ed. a cura di T. Greco, con introduzione di R. Guastini, Torino, Giappichelli, 2012.

(7) Cfr. N. Bobbio, *Teoria generale del diritto*, Torino, Giappichelli, 1993, p. 12.

(8) N. Bobbio, *Formalismo giuridico* (1958), in Id., *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milano, Edizioni di Comunità, 1972, p. 79.

gli istituti, difficilmente riescono a contenere ciò che nella realtà preme e che domanda un riconoscimento. Ne abbiamo una testimonianza evidente proprio a livello della vita istituzionale: sono i periodi nei quali gran parte dell'autorità giuridica, ad esempio, si sposta dal legislatore alla magistratura. È la voce dei giudici che si fa sentire in questi frangenti: il giudice smette di essere 'muto' e la sua voce diventa sempre più presente (9). È questo il segnale inequivocabile che c'è un 'problema' nell'ordine consolidato dello stato legislativo moderno, problema che si traduce in quello che i giuristi sono ormai abituati a chiamare il 'disordine delle fonti' (10).

In epoche come queste si ha un grande bisogno di giuristi sensibili, capaci di riaprire la porta che separa la scienza giuridica dalla realtà: perché, se nei periodi di stabilità quella porta può restare chiusa, in base alla presunzione che ciò che è scritto nei codici coincide con ciò che sta fuori dalla porta, nei periodi di rinnovamento, di transizione, di crisi (11), sono coloro che varcano la soglia a fornire le chiavi per riannodare il filo tra il diritto e la vasta e variegata realtà nella quale esso vive (12).

Si tratta, d'altra parte — è bene ribadirlo — non di riscoprire un qualcosa che è estrinseco rispetto al diritto; ma di ritrovare e riannodare un filo che è sempre presente, anche se in certi tempi può

---

(9) Tanto da far ricorrentemente parlare di « governo dei giudici », come ha fatto da ultimo anche S. CASSESE, *Il governo dei giudici*, Roma-Bari, Laterza, 2022.

(10) Di cui ha più volte parlato Paolo Grossi nei suoi scritti. Mi limito a citare il recente *Sistema delle fonti del diritto ed esperienza giuridica posmoderna in Italia*, in « Rivista internazionale di filosofia del diritto », 2021, 2, pp. 155-176. Ricordo anche U. BRECCIA, *Immagini della giuridicità contemporanea tra disordine delle fonti e ritorno al diritto*, in « Politica del diritto », 2006, 3, pp. 361-384. Da segnalare la recentissima, e come sempre acuta, riflessione di G. ZACCARIA, *Postdiritto. Nuove fonti, nuove categorie,* Bologna, il Mulino, 2022.

(11) Sul concetto di 'transizione' e sul suo legame con quello di 'crisi', oltre che sull'uso storiografico che ne è stato fatto, cfr. P. COSTA, *La "transizione": uno strumento metastoriografico?*, in « Diacronìa. Rivista di storia della filosofia del diritto », 2019, 1, pp. 13-41, in part. p. 33 e ss.

(12) « Quel che, forse, il giurista positivo non fa abbastanza — ha scritto di recente Paolo Grossi — è di aprire le finestre del proprio studio e dare uno sguardo attento fuori, fuori dove la società è preda di un continuo auto-ordinarsi, tacito, fattuale, senza brusche forzature ma sicuro nel tentativo di consolidare qualcosa di effettivo » (P. GROSSI, *Oltre la legalità*, Roma-Bari, Laterza, 2020, p. 74).

essere reso invisibile. Sappiamo bene, ad esempio, che di questo filo c'è bisogno in numerosi momenti della vita del diritto formalizzato, quando si tratta di riempire di contenuto norme generiche — si pensi alle clausole generali o ai principi costituzionali — che possono essere concretizzate soltanto rimettendo in gioco la realtà sociale.

Ecco perché non c'è nulla di singolare nel fatto che il tema teorico dell'istituzionalismo torni in auge ogni volta che un determinato assetto istituzionale viene messo in questione. Ciò dimostra infatti che quel pensiero si colloca al fondo di ogni assetto formalizzato e si propone come terreno fecondo su cui ogni pensiero delle istituzioni è chiamato a rigenerarsi (13). Quella che viene ciclicamente individuata come « crisi del diritto » non è altro che crisi di alcune forme determinate assunte dal diritto, il che implica sempre, nella sostanza, un *ritorno* del diritto alle sue *origini* (14).

2. *« Da sotto ». La realtà e i concetti.*

Se dunque, in generale, si può dire che « è sempre da fuori che viene il pensiero, quando si tratta di mettere in questione una visione delle cose non più rappresentativa degli eventi in corso » (15), l'irrompere del pensiero istituzionalistico nel panorama della teoria giuridica dimostra che questo 'fuori', nella teoria del diritto, in realtà è un 'sotto'. Perché per parlare di 'fuori' dovremmo assumere

---

(13) Di questa 'forza' e della ineludibilità del pensiero istituzionalistico dà ampiamente conto M. La Torre, *Norme, istituzioni, valori. Per una teoria istituzionalistica del diritto*, nuova ed. Torino, Giappichelli, 2021. E si possono sottoscrivere le parole del curatore della nuova edizione del classico libro di Santi Romano, quando scrive che « *L'ordinamento giuridico* compie cento anni [...] ma la sua capacità di fare il presente tira via ogni ruga e gli restituisce un'energia vitale che si riverbera in ogni pagina » (M. Croce, *La tecnica della composizione. Per una storia futura de* L'ordinamento giuridico, in S. Romano, *L'ordinamento giuridico*, a cura e con un saggio di M. Croce, Macerata, Quodlibet, 2018, p. 188).

(14) I termini utilizzati nel testo rinviano ai lavori con i quali Paolo Grossi ha, da qualche decennio ormai, e instancabilmente, richiamato la cultura giuridica a rimettere in discussione il formalismo e il normativismo e ad assumere un punto di vista ordinamentale. Cfr. almeno, per richiamare le parole impiegate nel testo, *Ritorno al diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2015.

(15) R. Esposito, *Da fuori. Una filosofia per l'Europa*, Torino, Einaudi, 2016, p. 6.

acriticamente il punto di vista ristretto della teoria giuridica positivistica, che considera come appartenente ad un 'fuori' extragiuridico ogni discorso che non rientri nelle sue categorie e nelle sue forme. Il pensiero istituzionalistico, invece, ha avuto ed ha il merito di riportare il diritto (e le istituzioni) su quel terreno dal quale esso riceve sempre la sua linfa e di cui rivendica la piena giuridicità. È il discorso che fu fatto ad esempio da Mortati con la sua *costituzione in senso materiale* (16).

Il discorso pisano del 1909 (17), nel quale Santi Romano dichiarava totalmente superato, e quindi inutile, lo strumentario concettuale della scienza giuridica ottocentesca, centrata com'era sulla figura dello Stato e sulla teorica della sovranità, nel momento in cui dava « l'impressione di voler metaforicamente spalancare ai rumori del mondo le finestre dell'aula magna » nella quale esso veniva letto (18), era tutto rivolto a chiamare in causa quel che 'da sotto', e in maniera sempre più evidente e insistente, veniva a dire che si era prodotta una frattura tra la realtà e i concetti mediante i quali la scienza dei giuristi pretendeva di rappresentarla (19). Se la « luminosa concezione dello Stato » sembrava stesse subendo « un'eclissi » (20), o addirittura, come si esprimeva un giurista fran-

---

(16) Cfr. C. Mortati, *La Costituzione in senso materiale* (1940), ristampa inalterata con una premessa di G. Zagrebelsky, Milano, Giuffrè, 1998.

(17) Lo si può trovare ristampato in riproduzione anastatica in *Ricordando Santi Romano*, a cura di E. Ripepe, con interventi di Paolo Grossi (*Lo Stato moderno e la sua crisi. A cento anni dalla prolusione pisana di Santi Romano*) e di A. Romano (*Su Santi Romano. Lo Stato moderno e la sua crisi e L'ordinamento giuridico*), Pisa, Pisa University Press, 2013.

(18) E. Ripepe, *La teoria dell'ordinamento giuridico: Santi Romano*, in *Il contributo italiano alla storia del pensiero. Diritto*, Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana, 2012, p. 477.

(19) Si veda la sintetica ma efficace contestualizzazione proposta da S. Cassese, *La prolusione romaniana sulla crisi dello Stato moderno e il suo tempo*, in « Le carte e la Storia », 2012, 1, pp. 5-8.

(20) S. Romano, *Lo Stato moderno e la sua crisi. Saggi di diritto costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1969, p. 9. Un approccio storicistico, quello di Romano, che verrà poi abbandonato nell'opera più celebre del 1917-18, secondo l'interpretazione di E. Ripepe, *Su Paolo Grossi filosofo del diritto*, in « Rivista di filosofia del diritto », 2016, 1, in particolare p. 13 e ss. Per una recentissima lettura del discorso romaniano nel quadro della rinascita e delle vicende del pluralismo giuridico del Novecento si può rinviare a M.

cese sul quale mi soffermerò più avanti, lo Stato era da dichiarare « morto » (21), era perché emergeva sempre più decisamente « tutto un movimento [...]; costituito da molteplici e svariate energie » (22), un movimento « nel quale si moltiplicano e fioriscono con vita rigogliosa ed effettiva potenza, una serie di organizzazioni ed associazioni » (23); un « movimento sociale » che soprattutto mostrava di sapersi governare « con delle leggi proprie » (24).

È questa realtà che il variegato e multiforme movimento antiformalista andava indagando (25), nella piena convinzione che ci si trovasse davanti a fenomeni *giuridici* di per se stessi, che non ricevevano cioè la loro giuridicità dallo Stato ma la producevano in virtù della loro *organizzazione*.

Non si trattava di una scoperta recente, se si pensa che analoghe e pionieristiche considerazioni erano state fatte persino dai grandi classici della filosofia greca e latina (si pensi alla ricorrente questione della natura di una banda di briganti). Ma si trattava però, questo sì, di considerazioni fatte non in punta di teoria, bensì in prospettiva pratica, là dove la presa d'atto di questa realtà emergente si traduceva, implicitamente e talvolta esplicitamente, nella proposta di un nuovo modo di guardare al diritto, alla vita del diritto, alla presenza e al ruolo delle istituzioni nel contesto sociale. Il discorso investiva infatti ogni piega della vita giuridica: la constatazione di

---

CROCE, M. GOLDONI, *The Legacy of Pluralism. The Continental Jurisprudence of Santi Romano, Carl Schmitt and Costantino Mortati*, Stanford, Stanford University Press, 2020.

(21) L. DUGUIT, *Il diritto sociale, il diritto individuale e la trasformazione dello Stato* (1908), intr. di L. Bagolini, Firenze, Sansoni, 1950, p. 62: « lo Stato è morto: o, piuttosto, è in procinto di morire la forma romana, *regalistica* giacobina, napoleonica, collettivistica, che sotto questi diversi aspetti non è che una sola forma dello Stato ».

(22) ROMANO, *Lo Stato moderno e la sua crisi*, cit., p. 10.

(23) Ivi, p. 12.

(24) Ivi, p. 15.

(25) L'inquadramento sintetico offerto in P. GROSSI, *L'Europa del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2007, p. 219 e ss. trova più ampio svolgimento, da un punto di vista particolare ma assai significativo, in ID., *Il diritto civile in Italia fra moderno e posmoderno. Dal monismo legalistico al pluralismo giuridico*, Milano, Giuffrè, 2021. Un panorama esaustivo è offerto da *L'antiformalismo giuridico. Un percorso antologico*, a cura di A. Tanzi, Milano, Cortina, 1999. Rinvio altresì a T. GRECO, *Le teorie antiformalistiche e l'istituzionalismo giuridico*, in *Prospettive di filosofia del diritto del nostro tempo*, Torino, Giappichelli, 2010, pp. 181-217.

una giuridicità che non si esauriva nello statual-legalismo trascinava con sé una serie di conseguenze che riguardavano la dottrina delle fonti, i rapporti tra i poteri, la concezione della scienza giuridica.

Si pensi, per fare un esempio, al discorso avviato nel primo dopoguerra da Giuseppe Capograssi. Nel *Saggio sullo Stato* del 1918 egli constatava che lo Stato era diventato un « povero gigante scoronato » proprio nel momento in cui la sua « corporatura [era] divenuta titanica » (26); nelle *Riflessioni sull'autorità e la sua crisi*, del 1921, analizzava le forze sociali che mettevano in questione l'autorità dello Stato sottolineando che ciò che esse rivendicavano, talvolta inconsapevolmente, non era altro che un'autorità diversa da quella dello Stato, un'autorità originaria parificata « in nobiltà in dignità in diritto » a quella dello Stato stesso (27); e infine, ne *La nuova democrazia diretta*, del 1922, la certezza che il diritto stesse tornando « ad essere formato dalla libera manifestazione dell'esperienza sociale » (28) si traduceva nell'analisi di ciò che la nuova realtà produceva sul piano delle istituzioni, e che egli sintetizzava appunto con il titolo del suo libro. Un libro che, peraltro, veniva pubblicato nello stesso anno nel quale si avviava un esperimento politico che, proprio in reazione a quanto stava avvenendo, avrebbe spazzato via ogni ipotesi di democrazia 'nuova' e 'dal basso', e avrebbe piuttosto fatto un discorso sulle istituzioni tutto calato dall'alto, con i suoi caratteri gerarchizzati e autoritari.

Pochi anni più tardi, uno scrittore come Georges Simenon, viaggiando per la difficile Europa del 1933 sintetizzava questo percorso notando dapprima di aver visto « cooperative, associazioni operaie o contadine diventare più importanti dei parlamenti », e sottolineando poi come fosse evidente che tutto ciò avrebbe comportato necessariamente lo slittamento « verso forme politiche ed economiche nuove » (29).

---

(26) G. Capograssi, *Saggio sullo Stato* (1918), in Id., *Opere*, vol. I, Milano, Giuffrè, 1959, p. 5.

(27) G. Capograssi, *Riflessioni sull'autorità e la sua crisi* (1921), in Id., *Opere*, vol. I, cit., p. 256.

(28) G. Capograssi, *La nuova democrazia diretta* (1922), in Id., *Opere*, vol. I, cit., p. 407.

(29) G. Simenon, *Europa 33*, Milano, Adelphi, 2020, p. 29.

La presa d'atto di una crisi, in ogni caso, si traduceva nella prefigurazione di un nuovo ordine, le cui coordinate venivano cercate nella realtà emergente, caratterizzata da una rinnovata presenza di nuovi corpi intermedi (30). Questo è un tratto comune tra i giuristi più attenti. Un anno prima del discorso pisano di Santi Romano, il giurista francese cui rinviavo poc'anzi, Léon Duguit, nell'*Avvertenza* alla seconda edizione di un suo importante lavoro, a chi lo aveva accusato di aver elaborato una teoria che rappresentava « un'adesione clamorosa alle dottrine sindacaliste », rispondeva che « il sindacalismo non è né una dottrina né un partito, ma è un fatto, un fatto degno di considerazione », che perciò non andava misconosciuto (31). Ma soprattutto asseriva che il suo intento era stato quello di dimostrare « come questo fatto sia insieme la causa e l'effetto della scomparsa della credenza nella sovranità nazionale e dello stato giacobino che era fondato su una tale credenza », e anche « come il sindacalismo contenga un germe potente di organizzazione dei servizi pubblici » (32).

Un ordine nuovo emergeva dunque dalla magmatica realtà sociale, e questo ordine veniva appunto 'dal basso' « secondo un movimento non guidato dalla volontà dei pochi, né strappato dalla violenza dei molti, ma scaturito dalla stessa natura delle cose » (33). La sua novità stava innanzi tutto nelle modalità della sua origine, che erano nettamente contrapposte a quelle che generalmente si realizzano dentro una struttura istituzionalizzata, che procedono secondo rapporti verticali, formalizzati e gerarchizzati.

A testimonianza del fatto che questi discorsi ricorrono ciclicamente, basti prendere un lavoro di Norberto Bobbio del 1942, *La consuetudine come fatto normativo*, per ritrovarvi gli stessi movimenti teorici: l'indicazione di un luogo della giuridicità diverso dal

---

(30) Cfr. P. Grossi, *Le comunità intermedie tra moderno e pos-moderno*, a cura di M. Rosboch, Genova, Marietti, 2015, p. 59 e ss.

(31) Sulla collocazione di Duguit nel dibattito su questo tema, cfr. M. Panarari, *Léon Duguit e il suo tempo*, in L. Duguit, *Le trasformazioni dello Stato. Antologia di scritti*, a cura di A. Barbera, C. Faralli, M. Panarari, Torino, Giappichelli, 2003, in part. p. 18 e ss.

(32) Duguit, *Il diritto sociale...*, cit., p. 35.

(33) Esposito, *Da fuori. Una filosofia per l'Europa*, cit., p. 53.

piano statual-legalistico, una dottrina delle fonti non chiusa e non formalistica, una teoria della pluralità degli ordinamenti (34).

Del resto, è proprio questo che avviene nei momenti di transizione, quanto meno in quelli che non siano determinati da una forza soverchiante e organizzata, come testimonia la nascita del nostro ordinamento repubblicano. Chiudendo i lavori della Costituente, un anziano Vittorio Emanuele Orlando, rappresentante illustre della vecchia scuola pubblicistica, notava come la sua concezione del diritto, basata sulla imposizione della regola da parte di una volontà consapevole, si era dovuta arrendere a una visione differente, nella quale « il diritto viene concepito non come una imposizione dall'esterno, ma come un qualche cosa di organico, che si sviluppa da sé: pianta, che mette nella terra le sue profonde radici, che alimenta il suo tronco, i suoi rami, le sue foglie, anche le più alte, raccogliendo dall'aria, dalla luce, dalla profondità dell'*humus* le ragioni della sua esistenza » (35). Parole che suonano certamente dolci all'orecchio dello storicista — sempre attento a rivendicare l'origine sociale del diritto come un qualcosa che non può essere obliato, pena lo smarrimento della funzione più propria del diritto (36) —; ma che possono essere accolte anche dal positivista più fiero, purché sia disposto a riconoscere, insieme a colui che le ha pronunciate, l'esistenza e l'inevitabilità di « quella stessa forza spontanea, quella forza organica, direi, in certo senso naturale, da cui dipende lo sviluppo delle istituzioni, che opera, se occorre, anche

---

(34) Cfr. N. BOBBIO, *La consuetudine come fatto normativo* (1942); nuova ed. con una importante introduzione di P. Grossi, Torino, Giappichelli, 2010 (l'introduzione è ora riprodotta in P. GROSSI, *Nobiltà del diritto. Profili di giuristi*, Milano, Giuffrè, 2014, pp. 73-96).

(35) V.E. ORLANDO, intervento all'Assemblea Costituente, seduta del 22 dicembre 1947, in *Atti dell'Assemblea Costituente* consultabili all'indirizzo http://legislature.camera.it/_dati/costituente/lavori/Assemblea/sed347/sed347nc.pdf, p. 3600 *a*.

(36) Cito tra tutti, nuovamente, l'esempio di Paolo Grossi, Presidente emerito della Corte Costituzionale, che si è prodigato senza risparmio di energie in questa battaglia teorica, dai rilevanti risvolti pratici. Per una sintesi mi permetto di rinviare a T. GRECO, *Storicità del diritto. La bandiera di una battaglia*, in *La storicità del diritto. Esistenza materiale, filosofia, ermeneutica*, a cura di A. Ballarini, Torino, Giappichelli, 2018, pp. 143-159.

indipendentemente da un testo scritto e lo viene adattando a quelli che sono i veri bisogni storici » (37).

È un invito anche questo a guardare alle *origini* delle istituzioni, a quel luogo — la realtà sociale — nel quale le istituzioni trovano non solo la loro ragion d'essere ma pure il principio del loro movimento: principio inteso certamente come 'inizio', ma inteso pure — non voglio dire soprattutto — come elemento normativo che ne guida i movimenti. Ed è proprio su questo aspetto, alla ricerca di questo elemento normativo, che mi soffermerò nelle pagine seguenti.

3. Ubi societas ibi ius.

Lo sforzo teorico dell'istituzionalismo può dunque essere presentato come una ricerca dell'*origine*. Parafrasando un passaggio del lavoro che Roberto Esposito ha dedicato all'Europa, si potrebbe forse dire che « il senso d'insieme » di tutta la composita corrente 'sociale' della teoria giuridica « sta in un dispositivo teoretico che espone [il diritto] alla prova dell'origine e cerca l'origine nel cuore del [diritto] » (38).

Ora, indubbiamente, all'inizio del secolo XX, questo punto di origine viene individuato in un luogo preciso e sfuggente al tempo stesso, ma che soprattutto è nettamente differente rispetto a quello nel quale era stato posto dalla dottrina giuridica dell'ultimo secolo. Se questa aveva posto il principio e l'origine del diritto e delle istituzioni nel *potere*, la dottrina che sta emergendo li pone invece inequivocabilmente nella *società*. Scrive Eugen Ehrlich, nel 1913, nella sua *Introduzione alla sociologia del diritto,* che se dovesse sintetizzare l'enorme mole della sua opera il modo migliore sarebbe il seguente: « Anche nel tempo presente, come in ogni altra epoca, il centro di gravità dello sviluppo del diritto non si trova nella

(37) ORLANDO, intervento all'Assemblea Costituente, cit., p. 3600 *b*.

(38) Il passo di Esposito è relativo alla natura di quello che egli chiama *Italian Thought*, ed è il seguente: « se si considerano alcune delle categorie più dense elaborate in Italia — *imperium*, *sacertas*, *immunitas* — il loro senso d'insieme sta in un dispositivo teoretico che espone la contemporaneità alla prova dell'origine e cerca l'origine nel cuore del contemporaneo » (*Da fuori. Una filosofia per l'Europa*, cit., p. 13).

legislazione, né nella scienza giuridica, né nella giurisprudenza, ma nella società stessa » (39). Ed era di due anni prima il lavoro con cui Alessandro Levi, un filosofo del diritto purtroppo assai spesso dimenticato, procedeva a un esame dei fondamenti dell'ordine giuridico guardando nella medesima direzione (40).

Ubi societas ibi ius è dunque la massima iniziale, il tema originario a partire dal quale si producono molte variazioni interessanti. Questo 'tema' conduce ad esiti talvolta radicali, i quali, proprio muovendo dall'origine, investono anche la *struttura* del diritto, come dimostra ovviamente e principalmente la tesi romaniana della pluralità degli ordinamenti giuridici.

Si tratta di tesi che, per la genericità con la quale è stata assunta, ha condotto spesso non tanto ad equivoci, quanto a una banalizzazione — anzi, ad un annacquamento che equivale ad un annullamento — del suo valore teorico, come avviene quando ci si limita a dire — ed è cosa che avviene frequentemente nei lavori introduttivi alla conoscenza del diritto —, che non può esserci società senza diritto e viceversa. Il valore di quella sentenza, tuttavia, sta propriamente nel mettere la *socialità* all'inizio e al centro del mondo giuridico, cosa di cui ben consapevoli sono gli autori ai quali facciamo qui riferimento, e senza che ciò implichi necessariamente la trasformazione di una teoria (giuridica) del diritto in una teoria sociologica (del diritto) (41).

Secondo una considerazione schematica, questi autori andrebbero tenuti distinti, a seconda che siano veri e propri teorici dell'istituzione, come Hauriou o Romano, oppure siano teorici del rapporto giuridico, come ad esempio l'appena richiamato Alessandro Levi. Proprio il caso di Levi, tuttavia, come quello di Cesarini Sforza, dimostra d'altra parte che le due teorie non sono in alternativa, ma anzi si richiamano e si integrano. Levi ha infatti il merito,

---

(39) E. EHRLICH, *I fondamenti della sociologia del diritto* (1913), trad. it. a cura di A. Febbrajo, Milano, Giuffrè, 1976, p. 3. Su questo autore si possono leggere ora le interessanti riflessioni raccolte in *Un dialogo su Eugen Ehrlich. Società, potere, diritto. Con due saggi sulla questione sociale*, a cura di G. Ridolfi, Pisa, Ets, 2021.

(40) A. LEVI, *La société et l'ordre juridique*, Paris, Octave Doin et Fils Éditeurs, 1911.

(41) Lo sottolinea, a proposito di Santi Romano, RIPEPE, *La teoria dell'ordinamento giuridico: Santi Romano*, cit., p. 476 e s.

solo talvolta sommessamente rivendicato, di aver presentato prima di Romano una teoria dell'istituzione e soprattutto una teoria della pluralità degli ordinamenti giuridici (i *Contributi ad una teoria filosofica dell'ordine giuridico* sono del 1914). E però la sua teoria giuridica muove non dalla nozione di istituzione, bensì da quella di *rapporto giuridico*: « È questo, a nostro modo di vedere — scrive in un saggio del 1920 — il corpo semplice della realtà giuridica, non perché esso non sia, a sua volta, decomponibile nelle sue note, ma nel senso che, determinando proprio esso lo specifico aspetto intersoggettivo sotto il quale il criterio giuridico coglie la esperienza, non vi è alcun concetto giuridico che non faccia capo ad esso o perché allo stesso riconducibile come a suo fattore o perché sotto il medesimo sussumibile come suo termine o elemento » (42).

Non è qui il caso di soffermarsi sui problemi interni che sono presenti nella teoria di Alessandro Levi (43). Ai nostri fini serve soltanto sottolineare come sia proprio la normatività della relazione a integrare quella socialità del diritto che, articolandosi, si fa istituzione. Ci basta constatare altresì che la teoria del rapporto giuridico è presentata con piena consapevolezza di cosa significhi mettere al centro del diritto e dell'ordinamento, non la norma, bensì la relazione tra i soggetti: significa, infatti, che la normatività della relazione non giunge dall'esterno ma è un requisito interno al rapporto stesso, e significa che essa si estrinseca nella complementarietà delle

---

(42) A. Levi, *Saggi di teoria del diritto*, Bologna, Nicola Zanichelli Editore, 1924, p. 68. Sulla centralità del rapporto giuridico anche nella teoria di Cesarini Sforza, cfr. M. Spanò, *Zona Cesarini. Linee per una rilettura de* Il diritto dei privati, in W. Cesarini Sforza, *Il diritto dei privati*, a cura e con un saggio di M. Spanò, Macerata, Quodlibet, 2018, in part. p. 130 e ss.

(43) Al momento di individuare l'origine della giuridicità del rapporto, Levi finisce infatti per farla dipendere dalla norma che istituisce il rapporto, ciò che fa venir meno, ovviamente, l'originarietà del rapporto medesimo. Lo notava, con la consueta lucidità, Norberto Bobbio nei suoi *Studi sulla teoria generale del diritto*, Torino, Giappichelli, 1954. Cfr. anche, più sinteticamente, Id., *Teoria generale del diritto*, cit., p. 15 e ss. Il § 11 di A. Levi, *Teoria generale del diritto*, Padova, Cedam, 1953, p. 30 è emblematico in tal senso. Ma si veda anche il § 5 dell'opera di W. Cesarini Sforza, *Il diritto dei privati*, a cura di S. Romano, Milano, Giuffrè, 1963, p. 11, là dove si definisce il rapporto giuridico come « l'interdipendenza delle azioni di due soggetti (o 'persone' in senso giuridico), stabilita da una norma in guisa che uno di essi sia titolare di un diritto verso l'altro e l'altro sia investito di un obbligo verso il primo ».

posizioni soggettive, vale a dire nel rapporto tra diritti e doveri, come riconosce anche Cesarini Sforza quando scrive che il rapporto giuridico è un « complesso di relazioni tra diritti e obblighi » (44). L'ordine giuridico — e dunque il concetto stesso di ordinamento — viene per questa via a popolarsi di una fitta trama di rapporti, di relazioni, di connessioni, i quali chiedono di essere riconosciuti anche dall'ordinamento statuale e lo fanno a partire da una 'consistenza' che è già sentita come giuridica.

Una concezione come questa, peraltro difesa poi anche da Guido Fassò nel suo libro su *La storia come esperienza giuridica* (45), è tutt'altro che innocua per la teoria del diritto tradizionale, perché mette in questione alcune delle idee in essa più consolidate: quella della *coattività* come carattere essenziale per la giuridicità delle norme, dal momento che la giuridicità viene fatta discendere dalla regolarità dei rapporti sociali; quella della *statualità* come origine esclusiva della giuridicità, poiché la relazione si colloca su un terreno sociale che non coincide più con quello statuale; quella della *unicità* dell'ordinamento giuridico, dal momento che la pluralità delle relazioni e delle organizzazioni sfocia nella tesi della pluralità degli ordinamenti giuridici.

4. *Solidarietà come « regola di diritto ».*

Vorrei trarre però da queste premesse conseguenze ancora più radicali soffermandomi sul principio di interdipendenza sociale connesso all'idea del rapporto giuridico. Si tratta di un argomento di cui occorre cogliere in pieno la portata teorica se non si vuole cadere anche qui nella facile banalizzazione. Parlare di rapporti giuridici e di interdipendenza sociale può voler dire, infatti, semplicemente (e semplicisticamente), rinviare a tutte le relazioni giuridiche che costituiscono l'esito necessario di ogni norma giuridica. Nessun teorico del diritto potrebbe negare che l'ordinamento giuridico può esser

(44) CESARINI SFORZA, *Il diritto dei privati*, cit., p. 9 (§ 4).

(45) Cfr. G. FASSÒ, *La storia come esperienza giuridica* (1953), a cura di C. Faralli, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2016. Cfr. a questo proposito F.H. LLANO ALONSO, *L'idea di storia come esperienza giuridica in Guido Fassò*, in « Rivista di filosofia del diritto », 2017, 2, pp. 297-312.

considerato anche dal punto di vista della società e delle relazioni giuridiche in esso operanti. Un rapporto è infatti l'esito necessario di ogni norma giuridica: rapporto tra governanti e governati; tra debitore e creditore, tra membri di una società, ecc. Tutt'altro significato assume, però, la scelta di porre la relazione come *prius*, luogo concreto nel quale la norma stessa si produce, e alla quale ogni norma giuridica deve mantenersi fedele. Perché in questo caso, venendo socialità e giuridicità a coincidere sin dall'inizio, ne discende un principio che investe tutta la vita del diritto (46).

Tale principio è stato espresso nella maniera più chiara da Léon Duguit, il giurista francese già poc'anzi richiamato, il quale lo ha tradotto in una vera e propria « regola di diritto ». Una regola che deriva dalla stessa socialità umana, senza la quale nessuna società potrebbe esistere, e che dimostra perciò che la società e il diritto hanno « per fondamento il fatto della solidarietà sociale » (47).

Prima di approfondire tale concezione vanno fatte due precisazioni, una con riguardo all'autore, l'altra con riguardo al tema della solidarietà.

Duguit non è propriamente un teorico dell'istituzionalismo. Non allo stesso modo, almeno, in cui lo è Maurice Hauriou. Egli è considerato un realista legato ai presupposti del positivismo filosofico, il che ha portato spesso « a sottovalutare la portata e le potenzialità filosofiche della sua opera » (48). Certamente, il contributo che egli ha dato alla scienza giuridica mediante il concetto di solidarietà è stato del tutto trascurato, e forse a torto.

Ma la precisazione più importante per capire la portata della proposta di Duguit va fatta a proposito del tema della solidarietà. 'Solidarietà' è termine che, soprattutto nella Francia a cavallo tra la fine del secolo XIX e i primi decenni del secolo XX, travalica i confini della nascente sociologia giuridica, nella quale Durkheim

---

(46) Ne sono un'ottima illustrazione le pagine che alla solidarietà dedica B. PASTORE, *Semantica della vulnerabilità, soggetto, cultura giuridica*, Torino, Giappichelli, 2021, pp. 54-63.

(47) DUGUIT, *Il diritto sociale...*, cit., p. 44.

(48) V. RAPONE, *Diritto pubblico e teoria della conoscenza: la « volontà di potenza statuale » al vaglio della critica realistica*, saggio introduttivo a L. DUGUIT, *Il diritto e lo Stato. La dottrina francese e quella tedesca* (1917), a cura di V. Rapone, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2012, p. 5.

aveva lasciato un segno cruciale (49), e individua una sorta di campo di battaglia nel quale si gioca il rapporto tra il diritto del codice napoleonico e le esigenze di una società piena di urgenti bisogni (50). Il solidarismo costituisce una forza rinnovatrice della cultura politica della III Repubblica, mentre il *buon giudice* Paul Magnaud aggira più volte lo spirito individualistico e proprietario del codice napoleonico per farvi rientrare l'attenzione per i più deboli e sfortunati (51). Non a caso, è stato efficacemente osservato, « la solidarietà giuridica assunta come fondamento delle leggi sociali, come strumento per la socializzazione del diritto, è accompagnata dal timore di una negazione del 'vero' volto del giuridico, dalla difficoltà di accettare un conflitto sociale diverso dallo scontro e dall'accordo 'giusto' tra individui proprietari. Le pagine dei giuristi che fra Otto e Novecento assumono solidarietà come idea-guida per le riforme oscillano tra il riferimento a un modello di società 'organica' e il richiamo alla necessità di ripristinare l'ordine sociale 'giusto' scaturente dalle relazioni tra individui proprietari » (52).

Bisogna tenere presente che il discorso di Duguit non muove da queste preoccupazioni e da queste esigenze politico-sociali, sebbene torni poi a incontrarle. Per comprendere appieno le conseguenze della sua visione sul piano « della struttura intima e della natura stessa dello Stato », occorre segnalarne la profonda differenza rispetto al modo in cui la solidarietà aveva occupato la scena pubblica (e forse anche al modo in cui ancora siamo abituati a trattarne). Era consueto, infatti, considerare la solidarietà alla

---

(49) Cfr. P. Musso, *La solidarité: généalogie d'un concept sociologique*, in *La Solidarité. Enquête sur un principe juridique*, sous la direction de Alain Supiot, Paris, Odile Jacob, 2015, pp. 93-107; J. De Lucas, *El concepto de solidaridad*, Ciudad de México, Fontamara, 1993.

(50) Ne ricostruisce la storia, più politica che giuridica, M.C. Blais, *La solidarité. Histoire d'une idée*, Paris, Éditions Gallimard, 2007. Se ne veda anche l'ottima ricognizione teorica offerta da Pietro Costa in *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa*. Vol. 3. *La civiltà liberale*, Roma-Bari, Laterza, 2001, pp. 99-136. Si tratta di un dibattito che ha avuto grande influenza anche fuori dai confini nazionali francesi, come mostra *Solidaridad y derechos humanos en tiempos de crisis*, M. Losano (ed.), Madrid, Dykinson, 2011.

(51) Cfr. M. Robertazzi, *Giurisprudenza e responsabilità morale: il "buon giudice" Magnaud*, in « Universitas », 2018, 28, pp. 85-112.

(52) G. Cazzetta, *Costruire solidarietà. Storia e diritti, contesti e sistema*, in « Quaderni fiorentini », 44 (2015), in particolare p. 1065.

stregua di una « aggiunta » rispetto a tutto ciò che le istituzioni e l'ordinamento già rappresentavano. Essa veniva a porsi come un obiettivo di giustizia che le istituzioni possono perseguire, se sono animate da determinati valori politici e sociali. In particolare, rispetto ai valori fondativi dell'ordinamento stesso, che erano generalmente individuati nella tutela dell'ordine, della libertà e dell'eguaglianza, la solidarietà veniva a costituire un risultato auspicato, quale conseguenza della garanzia delle condizioni strutturali di base. Insomma, la solidarietà è sempre appartenuta più al discorso politico che a quello propriamente giuridico. Quando si sposta su quest'ultimo piano è perché si è tradotto quel valore politico in una norma positiva, magari di rango costituzionale (53), che si è appunto fatta carico di obiettivi politici di tipo solidaristico (54), generalmente tradotti nel sistema dei diritti sociali (55). Raramente, quindi, si è individuato nella solidarietà un principio intrinsecamente giuridico: e ciò, per la ragione che questo passo presuppone in una certa misura, se non il rifiuto, almeno una messa in discussione di quelle che Paolo Grossi ha chiamato le « mitologie giuridiche della modernità » (56), a cominciare dalla prospettiva individualistica di fondo.

---

(53) Cfr. ad es. A. Costanzo, *Declinazioni normative della solidarietà*, in *Struttura e senso dei diritti. L'Europa tra identità e giustizia politica*, a cura di F. Sciacca, Milano, Bruno Mondadori, 2008, pp. 169-185.

(54) Mi pare questa la prospettiva di fondo presente sia nel lavoro di Stefano Rodotà, *Solidarietà. Un'utopia necessaria*, Roma-Bari, Laterza, 2014, sia nel volume di K. Bayertz, M. Baurmann, *L'interesse e il dono. Questioni di solidarietà*, a cura di P.P. Portinaro, Milano, Edizioni di Comunità, 2022, mentre appare più adeguata la prospettiva di F.J. Ansuátegui Roig, *Solidaridad, deberes y constitución: algunos apuntes conceptuales*, in « Diritto costituzionale », 2019, 2, pp. 11-35. Estremamente significativo è il fatto che spesso le pubblicazioni dedicate al tema della solidarietà non riservano uno spazio autonomo al rapporto tra solidarietà e diritto, a meno che, ovviamente, non si tratti di lavori specificamente giuridici.

(55) Cfr., nella vasta letteratura sull'argomento, G. Peces-Barba, *Escritos sobre derechos fundamentales*, Madrid, Eudema, 1988, p. 195 e ss.; T. Casadei, *I diritti sociali. Un percorso filosofico-giuridico*, Firenze, Firenze University Press, 2012; F.J. Ansuátegui Roig, *Rivendicando i diritti sociali*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 2014. Si veda altresì il vol. XLVI (2017) dei « Quaderni fiorentini » interamente dedicato al tema dello stato sociale.

(56) Cfr. P. Grossi, *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, Giuffrè, 1998. Non a caso, proprio Grossi può scrivere che « negare la intrinseca — cioè nativa, originaria

Nel discorso di Duguit essa assume invece proprio il ruolo di elemento fondativo, e ponendosi alle origini delle istituzioni, ne detta per ciò stesso il principio di legittimità (57). Occupa lo spazio cioè di quello che Hauriou pone come primo elemento di ogni istituzione: « l'idea direttiva dell'impresa », che non è da confondere con quella di scopo perché non è esterna all'impresa, come è appunto uno scopo, ma le è interna (58). Se è quindi indubbio che la solidarietà si presenti nel discorso di Duguit alla stregua di un « fatto » — come giustamente viene sempre messo in rilievo — si può forse fare ricorso ad una distinzione alla quale ha fatto spesso riferimento Gustavo Zagrebelsky (59) per far intendere meglio la differenza rispetto al discorso corrente. Possiamo dire che, mentre nell'uso comune la solidarietà è un *valore*, nel discorso di Duguit essa è un *principio*; un qualcosa che non sta davanti a noi come un obiettivo da raggiungere (e che può essere fallito, senza inficiare la validità dell'impalcatura istituzionale che lo ha perseguito), bensì come un elemento che sta alle nostre spalle e ci guida, dettando la linea del cammino da percorrere (60). Un cammino, va da sé, che a quel principio deve attenersi, se non vuole perdere ogni credibilità. Ciò significa, tra le altre cose, che questo principio deve perdere ogni astrattezza e affermarsi in pieno nella sua « storicità » (61).

Fatte queste necessarie precisazioni possiamo passare final-

— giuridicità del principio di solidarietà enunciato nitidamente nell'articolo 2 avrebbe il deplorevole risultato di mostrarci ancora irretiti da quelle mitologie giuridiche della modernità, che sono scese tanto suadentemente nella statua interiore del giurista italiano fino a conformarne una sorta di pseudo-ossatura » (ID., *Oltre la legalità*, cit., p. 72).

(57) Se ne veda l'ampia trattazione di V. RAPONE, *Sovranità* o *solidarietà? La prospettiva giusrealista in Léon Duguit (1859-1928)*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2020, in part. p. 13 e p. 81 e ss. (Cap. II).

(58) HAURIOU, *Teoria dell'istituzione e della fondazione*, cit., p. 15.

(59) Cfr. ad es. G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia. Tre capitoli di giustizia costituzionale*, Bologna, il Mulino, 2008, p. 205.

(60) Mentre i valori contengono « l'autorizzazione all'azione o al giudizio diretto al risultato » e non contengono « un preventivo criterio di legittimità dell'azione o del giudizio » (ivi, p. 206), i principi, nella loro natura di *beni iniziali* « chiedono di realizzarsi attraverso attività *conseguenzialmente determinate* ». L'agire per principi, in altre parole, « è intrinsecamente regolato e delimitato dal principio medesimo e dalle sue implicazioni » (ivi, p. 208).

(61) Cfr. CAZZETTA, *Costruire solidarietà*, cit., p. 1060.

mente all'analisi della proposta di Duguit. Quella che egli chiama « regola di diritto » si presenta allo stesso tempo come descrittiva e normativa. *Descrittiva*, conformemente ai canoni del positivismo filosofico, in quanto individua un fatto che deriva dalla natura sociale degli uomini (62); *normativa* in quanto, per la sua stessa natura di fatto inaggirabile, non può non condizionare la produzione del diritto. Sul primo piano, il discorso di Duguit è insistentemente rivolto alla critica delle teorie che egli chiama individualistiche, le quali hanno avuto certamente molti meriti, ma anche il torto fondamentale di muovere da un presupposto indimostrato e indimostrabile, qual è quello dell'individuo isolato titolare di diritti (63). La conclusione cui egli giunge, in base alla quale « l'idea dell'uomo sociale è il solo possibile punto di partenza di una dottrina giuridica » (64), conduce immediatamente al secondo piano, che è quello normativo. Si legga questo brano significativo:

> La parola solidarietà [...] esprime una concezione ad un tempo reale e feconda, ma che è importante precisare [...] La solidarietà è un fatto. La nozione chiara di tale fatto rappresenterà una molla per l'azione, potrà persino fondare una regola di condotta; ma la solidarietà in se stessa non è una regola di condotta [...] La dottrina della solidarietà non comanda, constata che nella realtà gli uomini sono solidali gli uni con gli altri, ovvero hanno bisogni comuni che possono soddisfare soltanto in comune, e hanno attitudini differenti e bisogni diversi che non possono soddisfare se non attraverso lo scambio di mutui servizi. La conseguenza è che, se l'uomo vuole vivere, non può farlo che agendo conformemente alla legge della solidarietà (65).

Su questo piano — ed è il motivo per il quale esso qui ci interessa — Duguit si spinge a delineare una vera e propria teoria delle istituzioni e della loro legittimità. Basti l'esempio di quanto il giurista afferma a proposito della legge. Allo sguardo del realista che

---

(62) DUGUIT, *Il diritto sociale...*, cit., p. 43.

(63) Cfr. ad es. DUGUIT, *Il diritto e lo Stato*, cit., p. 110 e ss.

(64) Ivi, p. 111.

(65) L. DUGUIT, *Études de droit public*, Paris, 1901; trad. it in ID., *Le trasformazioni dello Stato*, cit., pp. 59-60.

rifiuta ogni finzione e ogni metafisica politica, questa non è affatto espressione né di una fantomatica volontà generale (che per Duguit è appunto solo una finzione pericolosa), né della volontà dello Stato, ma bensì « della volontà di alcuni individui che la votano ». Poste però le premesse che abbiamo visto, essa potrà ambire a valere, potrà essere efficace, solo se si fa espressione della regola di diritto, solo a patto cioè che si presenti come uno sviluppo o come « l'attuazione di questa regola » (66) che consiste nella solidarietà. Questa teoria della legge, che Duguit considera « essenzialmente sociale », di fatto « costringe i governanti a non emanare che leggi sul cui carattere giuridico non si possa sollevare alcun dubbio » (67).

Sono parole significative, che tolgono davvero ogni incertezza sul fatto che la solidarietà possa essere intesa esclusivamente come un 'fatto'. La solidarietà sociale, che costituisce la regola di diritto, è capace di descrivere le origini della società ma anche di dettare le condizioni alle quali essa può sussistere. Essa viene a rappresentare una sorta di principio supremo dell'ordinamento giuridico al quale dovrà attenersi innanzi tutto il legislatore nella sua attività di produzione normativa. Possiamo dire che essa costituisce il luogo nel quale si situa il confine tra fattualità e normatività: una specie di *Grundnorm* kelseniana, che però non si limita ad un ruolo formale e sistematizzante ma ambisce, per la sua natura, a dare contenuto sostanziale all'ordinamento. Forse, ancora meglio, possiamo dire che essa rappresenti il principio materiale di ogni ordinamento giuridico. Ecco perché, a proposito di Duguit, più che per qualunque altro autore della sua epoca, può essere affermato che « il richiamo dell'aspetto della socialità si indirizza verso il recupero di fattori chiamati a orientare la vita giuridica secondo criteri di sostanzialità e a operare sulla politica nell'ottica della ricerca delle modalità di funzionamento più rispondenti alle esigenze » del tempo (68).

Sebbene non sia semplice dire più concretamente in cosa

---

(66) DUGUIT, *Il diritto sociale...*, cit., p. 74.

(67) Ivi, p. 77.

(68) A. SCERBO, *Istituzionalismo giuridico e pluralismo sociale. Riflessione su alcuni filosofi del diritto francesi*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2008, p. 9.

consista tale principio (69) — ma in questo non diversamente da quanto avviene per altri concetti tipici dell'antiformalismo e dell'istituzionalismo, primo tra tutti quello di organizzazione — possiamo dire, con uno studioso del pensiero di Duguit, che esso contiene il rinvio a quel legame di « interdipendenza che situa gli uomini in posizione 'debitoria' l'uno di fronte all'altro » (70). Da questo punto di vista, il discorso di Duguit sembra fornire argomenti per avanzare qualche dubbio rispetto alla possibilità di ricondurre totalmente il campo giuridico alla sfera della *immunitas*. Nel momento in cui include il legame sociale dentro il diritto, e anzi addirittura *ricava il diritto dal legame sociale*, Duguit ci avverte che il diritto non serve soltanto ad alzare muri e confini, ma anzi ha nel suo codice genetico il mantenimento e lo sviluppo della relazionalità umana. O per dir meglio, esso coincide con questa. Una visione del diritto che certamente ha avuto pochissima fortuna nella teoria giuridica del Novecento, come dimostra la vicenda di altri autori, pure lontani geograficamente e temporalmente (si pensi ad esempio a Lon Fuller (71)).

Del tutto *en passant* si può notare, in conclusione, che il riferimento alla solidarietà sociale e alla *règle de droit* permette di fuoriuscire dall'alternativa interna al pensiero pluralistico e istituzionalistico tra l'approccio romaniano, che assume il punto di vista del diritto pubblico, e l'approccio cesariniano che assume invece quello del diritto privato. La solidarietà sociale, infatti, riguarda allo stesso tempo le relazioni tra privati e l'appartenenza al cerchio più ampio della società. Costituisce anzi il luogo teorico nel quale pubblico e privato si incontrano; il confine sul quale la relazione diventa appartenenza.

---

(69) La polisemicità del termine emerge molto bene dai saggi raccolti in *La Solidarité*, cit.

(70) Rapone, *Diritto pubblico e teoria della conoscenza*, cit., p. 14.

(71) Tra le opere di Fuller l'unica che è generalmente conosciuta è *La moralità del diritto* (1964). Ma in altre sue opere si può trovare piena elaborazione di una teoria giuridica che sfugge alla stretta tra positivismo e giusnaturalismo, e tenta di elaborare una visione sociale (orizzontale) del diritto. Cfr. A. Porciello, *Princìpi dell'ordine sociale e libertà individuale. Saggio sulla* jurisprudence *di Lon L. Fuller*, Pisa, Ets, 2016, nonché T. Greco, *Un boulevard per Lon Fuller*, in « Ordines. Per un sapere multidisciplinare sulle istituzioni europee », IV (2018), 2, pp. 256-273.

5. *Lo stato della solidarietà.*

Vediamo, a questo punto, come Duguit sviluppa il suo discorso per comprenderne anche gli esiti sul piano del pensiero delle istituzioni. Egli muove da una critica radicale della statualità moderna, centrata sull'idea della sovranità, per presentare una diversa visione del rapporto tra individuo e comunità, centrata su un'idea rinnovata della libertà.

In un ciclo di conferenze tenute in America nel 1920, ad esempio, nel contesto di una critica radicale al principio di sovranità (siamo nello stesso anno in cui anche Kelsen pubblica il suo libro su questo tema), Duguit presenta ai suoi ascoltatori una « concezione solidaristica » della libertà dalla quale discendono una serie di conseguenze interessanti, che investono in un primo momento il cittadino, ma che poi si rivolgono soprattutto ai governanti — verrebbe da dire che si 'ritorcono' contro di essi —, finendo per investire la struttura stessa dello Stato.

Vista dalla parte del cittadino, la concezione solidaristica conduce a vedere nella libertà un dovere piuttosto che un diritto: poiché è membro di una società, egli ha una serie di obbligazioni che consistono, da un lato, nel dovere « di non fare nulla che sia di ostacolo alla libertà degli altri », e dall'altro lato il dovere di esercitare la propria libertà, intesa come una vera e propria funzione sociale (72). La libertà, insomma, « non è più un diritto, ma un dovere [...], un dovere negativo, quello di non ostacolare l'altrui attività » e « un dovere positivo, il dovere di agire, il dovere, per l'individuo, di sviluppare la propria attività con la maggior energia possibile » (73). In altre parole, « essendo l'uomo per sua natura un essere sociale e non potendo vivere che in società, egli è, per ciò stesso, obbligato a conformarsi nella sua condotta alle condizioni la cui realizzazione è indispensabile per il mantenimento e lo sviluppo della vita sociale » (74). È noto quanto questo discorso generale si

---

(72) L. Duguit, *Sovranità e libertà* (1920); trad. it. a cura di V. Rapone, Torino, Giappichelli, 2007, pp. 209-210.

(73) Ivi, p. 215.

(74) Ivi, p. 211.

riversi in una critica della logica individualistica dei diritti (75), e in particolare del diritto individuale (e moderno) per eccellenza: quello della proprietà, chiamata a rispondere al criterio dell'« utilità sociale » (76).

Se è indubbio che ci troviamo di fronte ad una concezione organicistica della società (77), che non può non destare sospetti in chi concepisce quest'ultima come un composto di individui liberi, autonomi e razionali che si legano tra loro tramite contratto (78), va però detto che Duguit non si limita a ricordare ai cittadini quali sono i loro doveri nei confronti della società (79), ma anzi trae le conseguenze del suo discorso soprattutto in relazione ai compiti dei governanti e a ciò che ne deriva per l'organizzazione dello Stato.

Il punto di rotazione del suo discorso è costituito dalla considerazione che l'adempimento degli obblighi assegnati ai cittadini non può realizzarsi senza l'intervento positivo dello Stato. Un intervento che può essere pensato, secondo Duguit, solo muovendo dalla concezione solidaristica e non da quella individualistica (80). Come può il cittadino conformarsi ai propri doveri se lo Stato non crea le condizioni adatte affinché egli possa farlo? Ad esempio: « avendo l'individuo il dovere di istruirsi, è un obbligo per lo Stato dare ad

---

(75) Rinvio, a questo proposito, alle analisi di COSTA, *Civitas. Storia della cittadinanza*, cit., p. 125 e ss. e di RAPONE, *Sovranità* o *solidarietà*, cit., p. 229 e ss., e di A.M. LÓPEZ Y LÓPEZ, *Gény, Duguit y el derecho subjetivo: evocación y nota sobre una polémica*, in « Quaderni fiorentini », 20 (1991), pp. 161-179.

(76) Cfr. DUGUIT, *Le trasformazioni dello Stato*, cit., p. 207 e ss. Muovendo da questa posizione, interessanti riflessioni 'applicative' sono in *Léon Duguit and the Social Obligation Norm of Property. A Translation and Global Exploration*, P. Babie, J. Viven-Wilksch (eds), Singapore, Springer, 2019.

(77) « La dottrina solidarista considera che gli individui sono come delle cellule che compongono un corpo vivente, che non può vivere senza l'attività delle cellule che lo compongono, e che queste non possono vivere isolate » (DUGUIT, *Sovranità e libertà*, cit., p. 212). Sugli itinerari di questa concezione nella scienza giuridica italiana è da leggere lo studio di P. COSTA, *Lo Stato immaginario. Metafore e paradigmi nella cultura giuridica italiana fra Ottocento e Novecento*, Milano, Giuffrè, 1986.

(78) Cfr. per tutti N. BOBBIO, *Individualismo e organicismo*, in « Mondoperaio », 1983, n. 1-2, pp. 99-103.

(79) Ad esempio, quello di lavorare (DUGUIT, *Sovranità e libertà*, cit., p. 218), di rendere produttiva la proprietà (p. 219), di non « fare nulla che sia di natura tale da compromettere la propria sanità fisica, la loro intelligenza, il loro valore morale » (p. 220).

(80) Cfr. ivi, p. 221.

ognuno la possibilità di acquisire, gratuitamente, un minimo d'istruzione » (81). Un discorso lineare che non esita a giungere ad estreme conseguenze: secondo il giurista francese, infatti, « se un individuo, a causa dell'età o della malattia o dei suoi impedimenti, si trova nell'impossibilità di procurarsi con il suo lavoro i mezzi di sussistenza, lo Stato deve intervenire per darglieli » (82).

Ci sono due considerazioni che si possono fare, a questo punto. Da un lato, è evidente che la regola di diritto obbliga i detentori del potere ad essere i custodi del principio solidaristico che sta alla base della società: poiché non sono altro che « i servitori dei governati », essi « sono obbligati a creare, organizzare ed assicurare tutti i servizi indispensabili per realizzare il sistema dei bisogni, ovvero il mantenimento e lo sviluppo della solidarietà sociale » (83). Dall'altro lato, e soprattutto, ci troviamo di fronte a una *règle de droit* che destruttura radicalmente lo Stato centralizzato e ricostruisce la società a partire da un principio che non è più quello verticale della sovranità, bensì quello orizzontale della cooperazione.

La nozione che Duguit sostituisce alla sovranità è quella di « servizio pubblico »: tutta una serie di funzioni vengono svolte non più — dall'alto — attraverso una catena lineare e necessariamente gerarchizzata di poteri, bensì attraverso un intreccio di funzioni, le quali vengono assegnate e svolte con l'unica prospettiva del mantenimento della solidarietà. Ciò, non solo spiega il sorgere di una nozione, sconosciuta al linguaggio e alla grammatica della sovranità, che è quella di responsabilità pubblica (84), ma soprattutto conduce ad una nuova teoria delle istituzioni e dello stato costituzionale. Se muovendo dalla teorica della sovranità e dalla connessa teoria dei diritti individuali

---

(81) *Ibidem*.

(82) Ivi, p. 222.

(83) Ivi, p. 224. « Venuto meno il principio di sovranità, per Duguit la legittimazione dello Stato risiede nella capacità di produrre servizi a favore della comunità, di modo che allo Stato-persona si sostituisce lo Stato-servizio pubblico » (SCERBO, *Istituzionalismo giuridico e pluralismo sociale*, cit., p. 19).

(84) « Se qualcuno subisce un danno particolare, se la cooperativa ha funzionato male, oppure se le circostanze sono tali che dei danni vengono a riguardare taluni piuttosto che altri, allora la società tutta intera deve intervenire per riparare il pregiudizio subito da alcuni. La cassa dello Stato è, in qualche modo, una cassa di mutua assicurazione a profitto dei membri della società » (DUGUIT, *Sovranità e libertà*, cit., p. 226).

sembra impossibile giungere a una vera e propria limitazione della sovranità stessa (perché, o si nega la sovranità o si negano i diritti), muovendo dalla solidarietà intesa come principio fondativo del diritto non si può che giungere a una teoria della limitazione dei poteri dello Stato, la quale impone una certa struttura alle loro relazioni.

Allo stato monolitico e onnipotente, unico collettore delle volontà individuali, e allo stesso tempo unico contraltare agli individui polverizzati, si sostituisce una realtà plurale e articolata, centrata sulla presenza dei sindacati. Il sindacalismo non è, per Duguit, cosa che interessi solo la classe operaia, ma esprime un principio generale di « riorganizzazione delle società moderne, riorganizzazione che sarà fondata su una struttura giuridicamente definita di differenti classi sociali e sullo stabilirsi di una forte coordinazione reciproca » (85).

Una visione che implicitamente dialoga con le correnti del pluralismo politico diffuse nell'Europa del tempo e che certamente allude a una organizzazione della rappresentanza basata sugli interessi e sulle professioni (86), ma che qui interessa principalmente per gli esiti che essa determina sul piano giuridico-istituzionale. Una organizzazione come quella qui prefigurata, elaborata esplicitamente in antitesi all'idea della sovranità dello stato e del legislatore, sfocia infatti nella proposta di un potere giudiziario superiore chiamato a vigilare sul mantenimento del principio della solidarietà: « è necessario un sistema che permetta di scartare l'applicazione di una legge contraria ai principi della libertà, quali li abbiamo definiti [vale a dire quelli della concezione solidaristica della libertà], che sia anche un sistema tale da poter sanzionare la libertà dello Stato, sia che faccia una legge contraria al diritto sia che dimentichi di organizzare i servizi pubblici dei quali il diritto impone gli oneri » (87). Con una affermazione che non poteva essere più contrastante con la tradi-

---

(85) Ivi, p. 237.

(86) Cfr. C. Palazzolo, *Dal fabianesimo al neofabianesimo. Itinerario di storia della cultura socialista britannica*, Torino, Giappichelli, 1999; Id., *La cultura politica britannica fra Ottocento e Novecento. Scenari interpretativi*, Pisa, Ets, 2014, in part. p. 63 e ss.; P.G. Puggioni, *I gruppi sociali fra politica e diritto. Problemi giuridici nel pluralismo di F. Maitland, J. Figgis e H. Laski*, in « Materiali per una storia della cultura giuridica », 2021, 2, pp. 515-541.

(87) Duguit, *Sovranità e libertà*, cit., p. 246.

zione politica e giuridica francese, Duguit individua tale sistema in « un'alta giurisdizione, il cui sapere e la cui imparzialità siano al di sopra di ogni sospetto, e davanti alle decisioni della quale ognuno si inchini, governanti e governati, nonché lo stesso legislatore, competenza, tale, dico, da decidere se la legge fatta è contraria o conforme al diritto, e da annullare le leggi illegali » (88).

L'impalcatura istituzionale pensata da Duguit rivela il significato ultimo del principio di solidarietà sociale, che può essere sintetizzato dicendo che esso rappresenta un modo di pensare il tema classico della filosofia politica, vale a dire quello dell'ordine e del suo implicito rapporto col conflitto. È certamente un principio ordinante, quello della solidarietà, e lo è nel momento in cui struttura, e tiene insieme, i diversi livelli della società, del diritto e del potere. Muovendo dalla società, che è il terreno su cui esso si radica, e manifestandosi nella sua natura giuridica, esso investe i livelli istituzionali orientando le loro azioni e i loro scopi.

Quale sia l'esito e il contributo concreto di un pensiero come questo è difficile dire. Possiamo però affermare, con certezza, che se è vero, come è vero, che gli assetti sociali e istituzionali sono frutto anche del pensiero giuridico, un pensiero come quello di Duguit ha l'indubbio merito di attirare la nostra attenzione su un nesso che il pensiero moderno aveva, non tanto trascurato, ma addirittura esplicitamente negato o avversato, tutto concentrato com'era sulla compresenza di individualismo e sovranità, a partire dai quali aveva forgiato le istituzioni dello Stato moderno.

Se davvero « per produrre solidarietà serve un ambiente 'abilitante' » (89), allora questo ambiente occorre che sia preparato innanzi tutto dai giuristi, cultori di una scienza che ricorrentemente e diffusamente rifiuta di calarsi nell'arena ma che invece deve essere con fermezza richiamata alle proprie responsabilità, in una fase in cui, di nuovo, « la battaglia nel e sul diritto appare aperta e incerta » (90).

---

(88) Ivi, p. 247.

(89) RODOTÀ, *Solidarietà. Un'utopia necessaria*, cit., p. 100.

(90) ESPOSITO, *Istituzione*, cit., p. 107.

MATTIA VOLPI

IL PENSIERO ECONOMICO DI TOCQUEVILLE E LA CRITICA SOCIALE DEL CAPITALISMO

1. La critica morale all'economica politica: oltre Say, ma prima di Villeneuve-Bargemon. — 2. Il problema del pauperismo: carità privata o diritto al lavoro? — 3. Padroni e proletari, nuova aristocrazia e alienazione: i motivi marxisti nella *Démocratie*.

1. *La critica morale all'economica politica: oltre Say, ma prima di Villeneuve-Bargemon.*

Prima di entrare nel merito delle riflessioni di Tocqueville sul capitalismo, è opportuno indagare quale sia stata l'effettiva consistenza della sua cultura economica e quali siano stati i suoi modelli. A riguardo, bisogna subito chiarire che le questioni propriamente economiche furono piuttosto periferiche rispetto agli interessi di Tocqueville. La sua formazione economica, del resto, non era fondata su solide basi teoriche, ma si basava su letture non organizzate dei testi del tempo. Come rileva Díez del Corral: « Tocqueville fu lettore di libri di economia, ma non si propose mai di raggiungere una padronanza scientifica della materia: le sue divagazioni su questioni economiche sono condotte in una prospettiva eminentemente politica e culturale » (1).

È lo stesso Tocqueville che, in una lettera del gennaio 1837

(1) L. Díez del Corral, *Tocqueville. Formazione intellettuale e ambiente storico*, trad. it. di O. Bin, Bologna, il Mulino, 1996, p. 22. Per un giudizio simile si veda anche J.-C. Lamberti, *Tocqueville et les deux Démocratie*, Paris, PUF, 1983, p. 231 e ss. Per una ricostruzione generale della formazione intellettuale dell'autore si veda A. Jardin, *Alexis de Tocqueville*, trad. it. di C.M. Carbone, Milano, Jaca Book, 1994, pp. 61-75. Un testo molto ricco di informazioni sul pensiero economico dell'autore è invece quello di R. Swedberg, *Tocqueville's Political Economy*, London, Princeton University Press, 2009, pp. 73-125 in particolare.

all'amico Nassau Senior (l'erede di Smith nella Scuola Classica dell'economia politica), dichiara con onestà intellettuale: « Ho spesso riconosciuto con voi il mio difetto di nozioni sufficienti in questo importante settore delle conoscenze umane e che voi eravate la persona più in condizione di fornirmele » (2). In realtà, il confronto continuo con Nassau e la lettura delle sue opere (sempre nel 1837 l'economista inglese regala a Tocqueville una copia di *Outline of the Science of Political Economy*) non condizionò il pensiero economico di Tocqueville (3). Troppo lontani dal suo orizzonte culturale erano l'esaltazione della grande proprietà fondiaria, il modello capitalistico e la fede nel mercato regolato da una mano invisibile.

Sempre in quest'ottica, non bisogna sovrastimare l'inclusione di Adam Smith, insieme a Montesquieu e Rousseau, tra i maestri delle scienze politiche e sociali (4). Tale riconoscimento si basa infatti essenzialmente su un aspetto metodologico: nella *Wealth of Nations* Smith avrebbe fatto un corretto utilizzo del metodo sociologico, assegnando ai fattori sociali un ruolo centrale nella produzione dei fenomeni storici. Inoltre, certamente Tocqueville era entrato in contatto con le opere di Malthus, che sembra rappresentare la chiave di lettura privilegiata per comprendere la questione del pauperismo in Inghilterra. In una lettera del 1835 indirizzata al futuro ministro dell'istruzione dell'Impero Asburgico, Léon Thun, Tocqueville raccomanda proprio la lettura del *Saggio sul principio della popolazione* di Malthus, inteso come strumento fondamentale per capire le contraddizioni della società inglese (5).

---

(2) Cfr. *Œuvres complètes* di GALLIMARD (in seguito *O.C.*), libro VI, vol. 2, p. 79. Si è scelta la traduzione riportata nel saggio introduttivo di M. TESINI, *Tocqueville e l'economia politica del suo tempo*, in A. de TOCQUEVILLE, *Il pauperismo*, a cura di M. Tesini, Roma, Edizioni Lavoro, 1998, pp. 11-98.

(3) Più in generale, sulla impermeabilità di Tocqueville nei confronti delle sue fonti, si veda ancora DÍEZ DEL CORRAL, *Tocqueville*, cit., pp. 25-30.

(4) Cfr. il *Discours d'ouverture* del 3 aprile 1852 all'*Académie des sciences morales et politiques* in *O.C.*, libro XVI, pp. 339-349 e nell'edizione delle *Œuvres* della « Bibliothèque de la Pléiade » (in seguito *O.*), vol. I, pp. 1215-1226. Cfr. anche A. de TOCQUEVILLE, *Scritti, note e discorsi politici*, a cura di U. Coldagelli, Torino, Bollati Boringhieri, 1994, p. 444.

(5) *O.C.*, libro VII, p. 283. Sul punto, anche TESINI, *Tocqueville e l'economia politica del suo tempo*, cit., p. 75.

Ma sono due gli autori con i quali Tocqueville si confronterà maggiormente, pur maturando posizioni autonome e distanti da entrambi: Jean-Baptiste Say e Alban de Villeneuve-Bargemon. Esponenti dell'alta cultura economica, erano considerati i due maggiori interpreti francesi dell'economia politica classica e i due più autorevoli critici delle teorie utopiste (come il socialismo radicale di Fourier, Proudhon, Blanc e Cabet). L'economia politica in generale, nella Francia del tempo, era considerata una conoscenza stabile in funzione dell'equilibrio istituzionale e della conservazione dell'ordine e della sicurezza sociale (6). In questa prospettiva, il libero mercato e il sistema capitalistico venivano considerati dei postulati non contrattabili in cui si inserivano i rapporti economici della società.

Tocqueville si confronta con questo clima culturale: anch'egli ritiene che il capitalismo sia la condizione naturale di vita dell'umanità democratica, la necessaria declinazione economica del processo di realizzazione dell'uguaglianza nella storia. E tuttavia, Tocqueville diffida della correlazione tra progresso economico e miglioramento delle condizioni di vita; anzi, ritiene piuttosto che valga il contrario: il paradiso degli economisti classici, retto da numeri e leggi matematiche, coinciderebbe piuttosto con la degradazione completa dello spirito umano. Se fermare l'andamento della storia è impossibile, occorrerebbe però preservare almeno il primato della dimensione politica e morale della vita, contro i condizionamenti della logica economica (7).

È su questo terreno che Tocqueville prende le distanze da Say. Per l'autore del *Corso completo di economia politica pratica* (8) (uno

---

(6) Cfr. il saggio di Y. Breton, *Les économistes, le pouvoir politique et l'ordre social en France entre 1830 et 1851*, in « Histoire, Économie, Société », IV (1985), 2, pp. 233-252.

(7) Occorre tenere presente il clima culturale della Monarchia di luglio: il liberalismo di Guizot stabilmente al potere, le politiche liberiste per modernizzare la Francia, i sentimenti di ammirazione per la politica economica inglese, l'affermazione di una classe intellettuale fortemente debitrice della Scuola classica dell'economia. Per una panoramica di tutti questi temi, si vedano: M. Augello, *Il dibattito in Francia su economia e società e soluzione "industrialista" (1814-1830)*, in « Rassegna economica », XXII (1981), 1, pp. 7-38; Id., *Charles Dunoyer. L'assolutizzazione dell'economia politica liberale*, Roma, Editori dell'Ateneo & Bizzarri, 1979.

(8) Oltre al *Cours complet d'économie politique pratique* (1828/1829) di Say si ricordano anche il *Traité d'économie politique* (1803) e le *Lettres a M. Malthus sur*

dei pochi libri che Tocqueville portò con sé nel viaggio in America), il libero mercato non significherebbe soltanto benessere materiale e ricchezza diffusa, ma anche pace, cooperazione e crescita morale. Oltre alla retorica della correlazione tra progresso materiale e implicazioni spirituali, a Say si deve la formulazione della cosiddetta « legge dei mercati » o « legge degli sbocchi » (9). Secondo l'autore, le crisi economiche e l'indigenza delle classi più povere sarebbero il naturale prezzo da pagare per i continui assestamenti del mercato: un problema transitorio e sopportabile, alla luce del fatto che nel sistema capitalistico l'offerta di beni sarebbe sempre capace di creare la propria domanda. Il mercato, infatti, con la propria capacità autoregolativa, offrirebbe da sé il rimedio alle crisi e porterebbe necessariamente al raggiungimento di un nuovo e più stabile equilibrio economico. Nessun rischio, dunque, di generare saturazione o accumulazioni: tutto quanto venga prodotto, rappresentando la variabile indipendente, viene sempre venduto.

L'ottimismo di Say, basato sulla naturale razionalità del mercato, non era però cieco rispetto alle caratteristiche dei beni oggetto della libertà degli scambi. A differenza della scuola inglese, che considerava i prodotti sotto un medesimo punto di vista, Say distingue tra consumi « illuminati » e consumi « volgari » e sostiene che una società moralmente avanzata orienterebbe il mercato verso la diffusione di beni più adatti a produrre un autentico benessere: « i consumi — si legge — saranno infatti tanto più ragionevoli quanto più sarà elevato il livello di cultura di una nazione » (10). Queste

---

différents sujets économie politique, notamment sur les causes de la stagnation générale du commerce (1820).

(9) Formulata già nel *Traité d'économie politique*, la legge di Say viene menzionata per la prima volta da John Stuart Mill nel 1808 e in breve tempo viene accolta dalla comunità degli economisti classici (Ricardo, Malthus, James Mill) come un postulato fondamentale. Per un'analisi storica della legge si veda T. SOWELL, *Say's Law: An Historical Analysis*, Princeton, Princeton University Press, 1972. Su Say si veda E. SCHOORL, *Jean-Baptiste Say: Revolutionary, Entrepreneur, Economist*, London, Routledge, 2012 e R. WHATMORE, *Republicanism and the French Revolution: An Intellectual History of Jean-Baptiste Say's Political Economy*, Oxford, Oxford University Press, 2001.

(10) J.-B. SAY, *Cours complet d'économie politique pratique*, Paris, Chamerot Libraire, 1833, p. 554. Si utilizza la traduzione riportata in TESINI, *Tocqueville e l'economia politica del suo tempo*, cit., p. 83.

considerazioni allontanano in parte Say dall'astratto liberismo di matrice illuministica e lo avvicinano a un'economia politica morale che si confronta ancora con i valori della tradizione.

Come si può notare dalle considerazioni compiute sin qui, la sensibilità di Tocqueville si muove in tutt'altra direzione. Tocqueville riprende da Say la considerazione del capitalismo come fatto storico inevitabile, ma la sua accettazione è di segno diametralmente opposto ed è interamente immune dall'esaltazione razionalistica che invece accompagna l'opera di Say (11) e degli altri economisti classici. La diffusione su larga scala di beni materiali, infatti, oltre a richiedere lo sfruttamento degli operai delle grandi industrie, alimenterebbe i desideri e i difetti dell'individualismo democratico, degradando il cittadino a un puro consumatore di beni e servizi. Proprio nel benessere materiale diffuso Tocqueville scorge infatti uno dei più pericolosi fattori di imbarbarimento dell'umano in quanto tale: dedito unicamente ai propri interessi particolari, l'uomo democratico spezzerebbe i legami con la dimensione politica, lasciando libero il campo a nuove forme di dominazione (12). Non si dimentichi che, a differenza degli altri pensatori liberali, il concetto di « libertà » per Tocqueville è strettamente legato a quello di partecipazione politica e dunque al tema della consapevolezza (13).

---

(11) Si vedano le considerazioni di Say sull'unificazione del mondo sotto le comuni leggi dell'economia capitalistica, in SAY, *Cours complet d'économie politique pratique*, cit., p. 313 e ss., e p. 138 e ss. La potenza del capitalismo sarebbe tale da abbattere le varie identità nazionali e da creare una comunanza universale tra popoli. Say prevede dunque un futuro di pace, di cooperazione e di benessere diffuso per le società completamente industrializzate. Un tema già largamente presente (sebbene da Say declinato in modo nuovo) a partire dalle riflessioni di Constant e di Saint-Simon e destinato, con la filosofia di Comte, a diventare un vero e proprio assioma della riflessione sull'industrialismo.

(12) È del resto questo il filo rosso che attraversa tutta la seconda *Démocratie*. Si vedano in particolare i capitoli X-XI-XII-XIII-XIV della seconda parte del terzo libro, in *O.*, II, pp. 641-655. In edizione italiana, A. de TOCQUEVILLE, *La democrazia in America*, trad. it. di G. Candeloro, Milano, BUR, 2015, pp. 543-555 (in seguito *D.A.*).

(13) Per una lettura che avvicina il liberalismo di Tocqueville agli schemi del repubblicanesimo, si vedano: D. COFRANCESCO, *Alexis de Tocqueville. L'archetipo aristocratico e il "primato della politica"*, in « Il Pensiero Politico », XXII (1989), 3, pp. 433-461; ID., *La "libertà aristocratica". Considerazioni su Alexis de Tocqueville*, in « Trimestre », XXII (1989), 2, pp. 167-189; I.R. BOESCHE, *The Strange Liberalism of*

Proprio nel superamento del modello delineato da Say, Tocqueville si avvicina all'altro grande esponente dell'economia politica francese, quel Villeneuve-Bargemon che nel 1834 aveva pubblicato la monumentale opera: *Economia politica cristiana o ricerche sulla natura e le cause del pauperismo in Francia e in Europa* (14). Una semplice annotazione biografica è sufficiente per cogliere tutta la distanza con Say: mentre quest'ultimo era un industriale del cotone, Villeneuve-Bargemon era discendente di una famiglia di antica nobiltà ed era stato prefetto dapprima di Napoleone e poi dei Borbone, per poi ritirarsi a vita privata con l'ascesa di Luigi Filippo.

Fortemente conservatore e vicino all'ambiente controrivoluzionario, Villeneuve-Bargemon diviene subito uno dei più feroci critici del sistema inglese, da lui considerato la massima espressione di quella « teologia degli interessi materiali » già denunciata da Charles de Coux e da Lamennais (15). Il capitalismo inglese si fonderebbe infatti « sulla produzione senza freni, sulla concorrenza universale, sulla sostituzione del lavoro umano con quello delle macchine e sulla riduzione dei salari; sulla costante eccitazione dei bisogni fisici e sulla degradazione morale dell'umanità » (16). Questa distorsione sarebbe imputabile all'economia politica inglese,

---

Alexis de Tocqueville, Cornell, Cornell University Press, 1987; A. COUTANT, *Une critique républicaine de la démocratie libérale: « De la démocratie en Amérique » d'Alexis de Tocqueville*, Paris, Mare et Martin, 2007; M. VIROLI, *Repubblicanesimo*, Roma-Bari, Laterza, 1999, p. 82 e ss.; M. LLOYD, *In Tocqueville's Shadow: Hannah Arendt's Liberal Republicanism*, in « The Review of Politics », LVII (1995), 1, pp. 31-58; L. JAUME; *Tocqueville. Les sources aristocratiques de la liberté. Biographie intellectuelle*, Paris, Fayard, 2008. Ma sul tema, più interessante ancora sarebbe una lettura della riflessione politica di Tocqueville alla luce del *tertium genus* di libertà (la concezione « neoromana ») proposto da Q. SKINNER in *La libertà prima del liberalismo*, trad. it. di M. Geuna, Einaudi, Torino, 2001.

(14) Si è consultata la prima edizione pubblicata, reperibile sul portale « Gallica » della Bibliothèque nationale de France. A. de VILLENEUVE-BARGEMON, *Économie politique chrétienne, ou Recherches sur la nature et les causes du paupérisme en France et en Europe, et sur les moyens de le soulager et de le prévenir*, Paris, Paulin Libraire-Éditeur, 1834.

(15) Si veda *« L'Avenir » (1830-1831). Antologia degli articoli di Félicité-Robert Lamennais e degli altri collaboratori*, a cura di G. Verucci, Roma, Storia e Letteratura Edizioni, 1967, pp. 199-203 e 243-247.

(16) VILLENEUVE-BARGEMON, *Économie politique chrétienne*, cit., vol. I, p. 13., traduzione mia.

che si sarebbe resa autonoma tanto dal principio di equilibrio della filosofia classica quanto dall'etica cristiana, incentrata sul valore della carità e sul dovere di aiutare gli ultimi (17). Insomma, l'Inghilterra incarnerebbe l'esatta antitesi dei sentimenti premoderni dell'autore, di quel conservatorismo agricolo di matrice cattolica che trovava nelle periferie rurali della Francia le ultime attestazioni concrete.

Occorre a questo proposito notare che Villeneuve-Bargemon è uno dei primi autori a collegare l'etica religiosa a un preciso atteggiamento economico. Nello specifico, egli associa al cattolicesimo un'economia agricola organizzata sulla piccola proprietà terriera e sul lavoro personale, inteso come valore umano; per contro, il protestantesimo, trasformando l'idea cattolica delle opere buone nella ricerca del successo, alimenterebbe l'aristocrazia industriale e lo sfruttamento dell'operaio, di fatto ostacolando l'emancipazione delle masse (18).

Il problema della miseria operaia era ben noto anche a Tocqueville, che ne condivideva inoltre la valutazione morale e ne riconduceva l'origine alla mentalità protestante. Sono note le impressioni terribili che l'autore ricavò dalla visita di Manchester, compiuta nel corso del primo viaggio in Inghilterra: la città assomiglierebbe a un « labyrinthe infect », a una « cloaque infect », da cui « il più grande fiume dell'industria umana si origina per fecondare l'universo »; ancora, sarebbe una « égout immonde » da cui « l'or pur s'écoule », mentre l'umanità si degrada e « l'uomo civilizzato torna a essere quasi un selvaggio » (19). « Quale bruto deve diventare — si legge in nota — un uomo che faccia in continuazione la stessa cosa per dodici ore al giorno, tutti i giorni della sua vita salvo la domenica! » (20). Espressioni che sembrano attinte a piene mani dal

---

(17) Per approfondire questo aspetto, si vedano le interessanti riflessioni in TESINI, *Tocqueville e l'economia politica del suo tempo*, cit., pp. 29-30.

(18) VILLENEUVE-BARGEMON, *Économie politique chrétienne*, cit., vol. I, p. 60 e ss. Peraltro, in qualità di prefetto del Dipartimento del nord, quello storicamente più industrializzato e più protestante dell'intera Francia, nel 1828 egli si confrontò direttamente con il problema del pauperismo su larga scala.

(19) Cfr. A. de TOCQUEVILLE, *Viaggi*, a cura di U. Coldagelli, Torino, Bollati Boringhieri, 1997, pp. 568-570. *O.*, I, pp. 502-504.

(20) Ivi, p. 570 in nota. *O.*, I, p. 1435.

tredicesimo capitolo del primo libro dell'*Économie politique Chrétienne* (21). Le considerazioni di Tocqueville sulla condizione operaia a Manchester includono anche una riflessione sulla religione, anch'essa in linea con le posizioni di Villeneuve-Bargemon: « La religione protestante, che tanto ascendente ha sull'anima delle classi alte in Inghilterra, mi pare ne abbia poco sulle basse. L'opposto del cattolicesimo » (22).

All'influenza di Villeneuve-Bargemon si deve probabilmente l'avvicinamento di Tocqueville ad alcune esperienze del cattolicesimo sociale (23). Mi riferisco in particolare all'adesione alla Société d'Économie Charitable, promossa da Melun con lo scopo di migliorare in modo concreto la condizione lavorativa dei più poveri, e alla collaborazione con il giornale da essa fondato, le « Annales de la charité », nel cui primo articolo Melun attribuiva allo stato penetranti poteri di intervento e direzione in ambito economico. Quest'ultima precisazione può forse spiegare il progressivo allontanamento di Tocqueville dalla Société, insieme alla considerazione che molti suoi membri avessero assunto un atteggiamento di compiacenza nei confronti di Luigi Bonaparte (24).

Ed è proprio sul tema dell'intervento dello stato nel mercato che Tocqueville prende le distanze anche da Bargemon. Sebbene i due autori si facciano interpreti di una critica su basi morali delle forme assunte dall'industrialismo e della stessa economia politica classica, differiscono tuttavia nella prospettazione dei rimedi al male. Per Bargemon, la necessità di porre un freno al disordine della produzione e alla degradazione umana nel sistema di fabbrica

---

(21) Cfr. VILLENEUVE-BARGEMON, *Économie politique chrétienne*, cit., vol. I, p. 387 e ss. Il titolo stesso del capitolo è eloquente: « De la féodalité nouvelle ».

(22) TOCQUEVILLE, *Viaggi*, cit., p. 570 in nota. *O.*, I, p. 1435. Sul differente spirito economico e sociale prodotto dal cattolicesimo e dal protestantesimo si vedano le note del viaggio in Irlanda, ivi, pp. 553-684. *O.*, I, pp. 490-609.

(23) Sul cattolicesimo sociale in Francia, si vedano: G. HOOG, *Histoire du catholicisme social en France, 1871-1931*, Paris, Domat-Montchrestien, 1946; J.-B. DUROSELLE, *Le origini del cattolicesimo sociale in Francia (1822-1870)*, trad. it. di D. Tabet, Roma, Cinque Lune, 1974; L. IMBER, *Le catholicisme social de la Restauration à la Première Guerre mondiale*, Paris, Perspectives Libres, 2017.

(24) Cfr. LAMBERTI, *Tocqueville et les deux démocraties*, cit., *passim*. Si veda anche TESINI, *Tocqueville e l'economia politica del suo tempo*, p. 32 e p. 84.

passerebbe attraverso l'intervento diretto dello stato, capace di orientare il mercato verso la giustizia sociale e di avvicinarlo ai principi della carità cristiana (25).

Diversa la posizione di Tocqueville, per il quale il capitalismo, con le contraddizioni e gli eccessi a esso inerenti, rappresenterebbe la naturale declinazione economica del modello sociale e politico democratico: l'unica forma che la produzione potrebbe assumere nell'epoca del livellamento delle condizioni di vita. E questo, per l'autore, non sembra in alcun modo evitabile su larga scala. Nessuna negazione aprioristica della modernità può infatti essere opposta agli ideali produttivistici di Adam Smith e di Say; anzi, se un merito va riconosciuto alla Scuola Classica dell'economia, questo per Tocqueville consiste nell'accettazione del mercato come un fatto storico non contrattabile della modernità. Il tentativo di Bargemon di conciliare i principi dell'economia con i valori cristiani, nella speranza di costruire un capitale dal volto umano, sarebbe dunque destinato a fallire, innanzitutto perché non terrebbe conto delle leggi generali della storia. La passione per i beni materiali, il culto del denaro, il disinteresse per la condizione altrui e soprattutto l'affievolimento del sentimento religioso renderebbero infatti impossibile il recupero, anche solo parziale, di quei legami umani che la razionalità moderna ha spezzato per sempre (26).

In Tocqueville è quindi completamente assente la previsione di una via d'uscita generale alla dominazione del capitale. E anzi, la considerazione della dimensione economica come declinazione della più generale trasformazione verso la società interamente democratizzata (e non come fenomeno indipendente, retto da proprie leggi) sottopone tale sfera ai vincoli della stessa necessità sovra-storica che governa l'evoluzione dell'uomo nel suo complesso (27). Viene da sé,

---

(25) Cfr. l'introduzione e il capitolo XVII di VILLENEUVE-BARGEMON, *Économie politique chrétienne*, cit., vol. I, pp. 27-97 e 444-462 e tutto il vol. III.

(26) Cfr., per esempio: *D.A.*, p. 650 e p. 653. *O.*, II, pp. 748-749 e p. 754; *O.*, III, p. 806. Più in generale, è questo il tema che fa da sfondo all'*Ancien Régime*. Cfr. A. de TOCQUEVILLE, *L'Antico Regime e la Rivoluzione*, a cura di G. Candeloro, Milano, BUR, 2015. *O.*, III, pp. 43-231.

(27) Fin dalla prima *Démocratie* (1835) la progressiva realizzazione dell'uguaglianza delle condizioni viene considerata un fatto irresistibile, provvidenziale, che trascina con sé, sconvolgendolo radicalmente, ogni aspetto della società (le leggi, i

quindi, che non esistano soluzioni sistemiche ai mali della modernità. Il riscatto morale dell'*homo oeconomicus* è pensabile soltanto come un ideale biografico (28), o forse un'utopia, che ha nella fede privata e nell'etica della consapevolezza i propri difficili riferimenti.

2. *Il problema del pauperismo: carità privata o diritto al lavoro?*

Il tema del pauperismo, e del pauperismo inglese in particolare, è certamente molto noto, per cui non è necessario in questa sede ricostruirne la storia (29). Ai fini del presente paragrafo, che si propone di mettere in luce l'orientamento di Tocqueville in rela-

---

costumi, la religione, l'economia). A riguardo, Colangelo parla giustamente di creazione di « una datità socio-politica generalizzata ». Cfr. C. COLANGELO, *Uguaglianza immaginaria. Tocqueville, la specie, la democrazia*, Napoli, La Città del Sole, 2005, p. 24. Per i riferimenti diretti si veda l'introduzione alla prima *Démocratie*, in *D.A.*, p. 22. *O.*, II, p. 3 e ss.

(28) Esemplificativo è il finale del già richiamato *Discours d'ouverture* del 3 aprile 1852 all'*Académie des sciences morales et politiques* in *O.C.*, vol. I, pp. 1225-1226. Cfr. anche TOCQUEVILLE, *Scritti, note e discorsi politici*, cit., pp. 450-452. Qui Tocqueville afferma espressamente che il rimedio ai problemi creati dall'economia industriale risiede nell'individuo stesso, nella sua mentalità e nella sua moralità, e non nelle leggi dello stato.

(29) Si segnala soltanto che la prima legislazione sui poveri in Inghilterra, la cosiddetta « Old Poor Law » del 1601, delineava un modello di assistenza organizzato intorno alle *workhouses*, nelle quali gli indigenti venivano, di fatto, internati e costretti al lavoro in cambio di vitto e alloggio. Questo modello di assistenza interna venne integrato nel 1795 con lo « Speenhamland System », che prevedeva l'erogazione di sussidi in denaro (*outdoor relief*) direttamente corrisposti alle famiglie più bisognose. Entrambe le direttrici di intervento subirono fin da subito forti critiche, incentrate sul fatto che il mantenimento dei più poveri si fondasse su un supplemento di tassazione dei proprietari agricoli, a loro volta costretti a diminuire la retribuzione dei propri braccianti, i quali diventavano così i nuovi poveri. Per approfondire la genesi e l'evoluzione storica del fenomeno del pauperismo, si vedano: G. HIMMELFARB, *The Idea of Poverty. England in the Early Industrial Age*, New York, Vintage, 1985; G.R. BOYER, *An Economic History of the English Poor Law, 1750-1850*, Cambridge, Cambridge University Press, 1990; S. KING, *Poverty and Welfare in England, 1700-1850: A Regional Perspective*, Manchester, Manchester University Press, 2000; J.D. MARSHALL, *The Old Poor Law, 1795-1834*, London, Macmillan, 1985; P. SLACK, *The English Poor Law, 1531-1782*, London, Macmillan, 1990. Per una panoramica delle critiche, cfr. M. DAUNTON, *Progress and Poverty: an Economic and Social History of Britain 1700-1850*, Oxford, Oxford University Press, pp. 447-474 (il capitolo « Poor Relief and Charity »). Per una testimonianza delle condizioni di vita all'interno delle *workhouses*, cfr. S. FOWLER, *Workhouse:*

zione alla legislazione sui poveri del 1834 e al dibattito sul diritto al lavoro del 1848, è sufficiente dare brevemente conto del contesto storico e del clima culturale con il quale l'autore si confrontò direttamente (30).

Quando Tocqueville compie il primo viaggio in Inghilterra (1833), la società inglese è profondamente scossa dalla polemica contro la vigente legislazione sugli indigenti (ancora sostanzialmente ispirata alla Old Poor Law del 1601) (31). Il modello assistenzialistico adottato e consolidato prevedeva due direttrici di intervento dello stato a favore dei più poveri: l'isolamento nelle *workhouses* e i sussidi in denaro. Questo sistema suscitò le reazioni dei principali esponenti della cultura economica (e non solo) del tempo: per Malthus, l'assistenza pubblica avrebbe condotto a una crescita della popolazione sproporzionata rispetto alla produzione alimentare e quindi a un eccesso di manodopera (la cosiddetta « catastrofe malthusiana » (32)); per Ricardo, i sussidi in denaro nello specifico avrebbero alimentato il circolo vizioso della povertà, consentendo ai poveri di lavorare meno e di preparare le condizioni sociali per una rivoluzione dal basso (33). Anche John Stuart Mill, che con Tocqueville si confrontò costantemente (34), prese le distanze dalle politiche

---

The People: The Places: The Life Behind Closed Doors, Barnsley, The National Archives, Pen & Sword Books Ltd, 2014.

(30) Sulle riflessioni di Tocqueville sul fenomeno del pauperismo, si vedano: Tesini *Tocqueville e l'economia politica del suo tempo*, cit., pp. 34-72; M. Battini, S. Chignola, L. Jaume, *Discussione su "Viaggi" e "Il Pauperismo" di Alexis de Tocqueville*, Bologna, il Mulino, 1999, pp. 103-126; Swedberg, *Tocqueville's Political Economy*, cit., pp. 126-145.

(31) Per una ricostruzione del dibattito sul tema, si vedano: A. Brundage, *The making of the new Poor law: the politics of inquiry, enactment, and implementation, 1832-1839*, New Brunswick, Rutgers University Press, 1978; J. Knott, *Popular Opposition to the 1834 Poor Law*, London, Macmillan, 1986; D. Englander, *Poverty and Poor Law Reform in Nineteenth-Century Britain, 1834-1914: From Chadwick to Booth*, London, Routledge, 1998.

(32) Cfr. E.A. Wrigley, R. Smith, *Malthus and the Poor Law*, in « Historical Journal », LXIII (2020), I, pp. 33-62.

(33) Cfr. Boyer, *An Economic History of The English Poor Law*, cit., p. 57.

(34) Il carteggio tra Tocqueville e Mill si articola lungo l'intera biografia dei due autori, con la rilevante esclusione del periodo 1844-1856. Per approfondire, si veda M.L. Cicalese, *Il dialogo politico fra Stuart Mill e A. de Tocqueville*, Milano, FrancoAngeli,

di assistenza pubblica, considerate inadatte a educare il popolo a quella « sana prudenza » capace di tenere lontane le difficoltà materiali (35).

In altri autori, come Joseph Townsend e Frederic Eden (36), le critiche non si limitarono a mettere in luce le contraddizioni economiche dei sussidi, ma si indirizzarono all'analisi dei meccanismi psicologici prodotti dall'assistenzialismo sugli indigenti: rassegnazione, senso di inferiorità morale, perdita della volontà di lavorare e del desiderio di migliorare con i propri sforzi la propria condizione. È certamente quest'ultima, e non quella fatta propria dall'economia liberista, la prospettiva di critica più affine alla sensibilità di Tocqueville.

E tuttavia, nelle sue riflessioni sul pauperismo in Inghilterra, Tocqueville compie una grave leggerezza, ignorando completamente la portata storica delle riforme del 1834 e il dibattito che portò alla loro emanazione. Nel 1832, con la vittoria del partito *whig*, si crearono le condizioni ideali per convogliare i malumori dell'opinione pubblica in un progetto di legge che cambiasse radicalmente la Old Poor Law. A questo scopo venne subito istituita la « Royal Commission into the Operation of the Poor Laws », i cui membri più autorevoli erano il riformatore Edwin Chadwick, l'economista e imprenditore Nassau William Senior e il vescovo John Sumner.

Ne risultò un lungo *dossier* (37), sostanzialmente ispirato a tre teorie: il malthusianesimo, secondo il quale l'assistenza sistematica ai più poveri sarebbe incompatibile con la discrasia tra aumento

---

1988. Si segnala inoltre il commentario alla *Démocratie* che Mill scrisse e pubblicò sulla propria rivista: J.S. MILL, *Tocqueville on democracy in America*, in « London and Westminster review », XXX (1835), II, pp. 85-129, poi in ID., *Essays on politics and culture*, a cura di A. Brady, New York, Random House, 1962, pp. 173-212.

(35) J.S. MILL, *Principi di economia politica*, trad. it. di A Campolongo, Torino, Utet, 1983, p. 534 e ss.

(36) Ci si serve ancora della panoramica critica offerta da BOYER, *An Economic History of the English Poor Law*, cit., p. 51 e ss.

(37) Si può consultare direttamente il *dossier* nella « Online Library of Liberty », all'indirizzo https://oll.libertyfund.org/titles/1461, oppure si veda W. NASSAU Sr., E. CHADWICK, *Poor Law Commissioners' Report of 1834. Copy of the Report made in 1834 by the Commissioners for Inquiring into the Administration and Practical Operation of the Poor Laws. Presented to both Houses of Parliament by Command of His Majesty*, London, Darling and Son, 1905.

aritmetico delle risorse e incremento geometrico della popolazione; la « legge ferrea dei salari » di Ricardo, in base alla quale nel lungo periodo la retribuzione del lavoratore tenderebbe sempre al salario minimo necessario alla sopravvivenza (e dunque la tassa sui poveri, essendo a carico delle classi benestanti, imporrebbe ai datori di lavoro una riduzione dei salari); infine l'utilitarismo di Bentham, in particolare il principio della *less eligibility* (38), secondo il quale il ricorso all'assistenza pubblica doveva essere bilanciato da un forte deterrente che scoraggiasse i bisognosi dal chiedere il sussidio: si trattava di rendere le condizioni di vita e di lavoro all'interno delle *workhouses* più dure, e dunque meno preferibili, rispetto a quelle di qualsiasi altro lavoratore libero. Così facendo, soltanto chi si fosse realmente trovato in condizioni di assoluta miseria avrebbe preferito consegnarsi a quella che di fatto era una forma di sopravvivenza in prigionia.

Dopo due anni di lavori e discussioni, nel 1834 il primo ministro Earl Grey ratificava il Poor Law Amendment Act, passato alla storia come « New Poor Law », la nuova legislazione sul pauperismo che recepiva quasi interamente le istanze di riforma della Commissione. Per quanto riguarda il sistema di assistenza *indoor*, veniva adottato il criterio della *less eligibility* nel peggiorare sensibilmente le condizioni delle *workhouses*, mentre i sussidi in denaro (*outdoor relief*) venivano limitati alle categorie più vulnerabili: anziani, malati, invalidi, donne e bambini. Iniziava così una nuova epoca delle istituzioni assistenziali inglesi, destinata a influenzare le politiche sociali anche degli altri paesi europei.

Tutto questo viene sottovalutato da Tocqueville, che banalizza l'entusiasmo dell'opinione pubblica per la riforma e ne ignora completamente la portata innovativa. Questo errore di valutazione appare ancora più incomprensibile se si tiene conto della corrispondenza con personalità come Nassau Senior (39) (peraltro presidente della Commissione riformatrice), lord Radnor e Stuart Mill, e se si

---

(38) Fu certamente Chadwick a indirizzare la commissione verso le teorie di Bentham, del quale si considerava discepolo. Per approfondire, si veda S.E. FINER, *The life and times of Sir Edwin Chadwick*, London, Methuen, 1952.

(39) Sul carteggio tra Tocqueville e Nassau William Senior, si veda la raccolta *Correspondence & Conversations of Alexis de Tocqueville with Nassau William Senior*

considerano i due soggiorni in Inghilterra nel 1833 e nel 1835. Eppure, la sua posizione non ammette aperture: « Gli inglesi dei nostri giorni — si legge nel *Mémoire sur le paupérisme* del 1835 — hanno riconsacrato nella nuova legge il principio fissato duecento anni or sono da Elisabetta. Come questa sovrana, essi hanno imposto alla società l'obbligo di soccorrere il povero. È quanto basta: tutti gli abusi che ho cercato di descrivere sono racchiusi nel principio basilare come la più grande quercia nella ghianda che può star celata nelle mani di un bambino » (40).

Nonostante la valutazione mal si applichi alla riforma del 1834, nata proprio per prendere le distanze dallo spirito assistenzialistico della legislazione precedente, rimane comunque una testimonianza indicativa delle opinioni di Tocqueville. Scorrendo le pagine del *Mémoire*, si entra nel cuore della critica mossa al sistema di pubblica carità, intesa non solamente nei suoi risvolti economici, ma anche e soprattutto sotto il profilo psicologico e morale.

Vi sarebbe una beneficenza privata, che spinge ogni essere umano ad alleviare il male che incontra, e una pubblica, legale, esercitata dalla società per provvedere in modo capillare alla salvezza dei propri membri. Mentre la prima « è antica come il mondo e ha preso inizio con le miserie umane » (41), la seconda è nata per impulso del protestantesimo e si è sviluppata soprattutto in Inghilterra. Le vicende britanniche rappresentano dunque per Tocqueville un comodo strumento per osservare le ripercussioni sociali delle politiche di carità pubblica: « Sono passati quasi due secoli e mezzo da quando i nostri vicini hanno compiutamente affermato il principio della carità legale e si possono ora valutare le fatali conseguenze che sono derivate dall'adozione di tale principio » (42).

I giudizi che seguono (43) delineano la sensibilità di Tocqueville, come anche le sue convinzioni profonde: la diffidenza per l'estensione del potere pubblico; la consapevolezza della stretta

---

from 1834 to 1859, a cura di T.K. Abbott e M.C.M. Simpson, London, Henry S. King & Co, 1872. Le lettere sono inoltre raccolte in *O.C.*, Libro VI, vol. II.

(40) TOCQUEVILLE, *Il pauperismo*, cit., p. 128. *O.*, I, p. 1177.

(41) Ivi, p. 115. *O.*, I, p. 1165.

(42) Ivi, p. 118. *O.*, I, p. 1167.

(43) Ivi, pp. 118-131. *O.*, I, pp. 1167-1180.

correlazione tra pauperismo e industrialismo, nel quadro della più generale accettazione delle leggi del capitale (e dunque anche rassegnazione per il destino dei più poveri); una antropologia di segno realista, incentrata sui limiti, sui vizi e sulle contraddizioni degli esseri umani; la convinzione che, nonostante la costante interazione, la sfera psicologica sia preponderante sulle cause materiali; l'inscindibile nesso tra libertà e dignità umana, con la conseguenza che soltanto chi sia libero interiormente (a prescindere dal ruolo occupato nella società e dal livello di benessere materiale raggiunto) possa sottrarsi al dominio dello stato tutore.

La carità legale avrebbe così alimentato la naturale inclinazione degli uomini all'ozio, trascurando i due meccanismi che invece li spingerebbero a lavorare: « la necessità di vivere e il desiderio di migliorare le condizioni dell'esistenza » (44). Questo « germe empoisonné » avrebbe creato « una classe sfaccendata e pigra, che vive a spese della classe industriale e lavoratrice » (45) e che confonde le concessioni con i diritti e i vizi con le sfortune della sorte. La pretesa del povero di ottenere i sussidi della società sarebbe inoltre il preludio della sua degradazione morale: « invece di elevare, abbassa l'animo dell'uomo che ricorre a essi » (46). « Nessuna prospettiva — si legge infatti poco oltre — rimane alla coscienza e all'azione in un essere così circoscritto da ogni lato, che vive senza speranza e senza timore, poiché guarda al futuro allo stesso modo di un animale, ignaro delle incostanze del destino e quanto lui concentrato nel presente e in ciò che il presente può offrire di godimenti abietti e passeggeri, propri di una natura abbruttita » (47). Questa degradazione morale sarebbe inoltre irreversibile, perché l'indigente scambierebbe il proprio stato di inferiorità e di dipendenza legale con un diritto inalienabile a essere mantenuto: « e non arrossisce nel reclamare la carità pubblica, avendo quest'ultima perduto agli occhi della popolazione ogni carattere spiacevole o umiliante » (48).

---

(44) Ivi, p. 118. *O.*, I, p. 1168.

(45) *Ibidem*.

(46) *Ibidem*.

(47) Ivi, p. 123. *O.*, I, p. 1172.

(48) Ivi, p. 126. *O.*, I, p. 1175. Tocqueville attribuisce la riflessione all'amico Lord Radnor.

Insomma, il giudizio che Tocqueville esprime nel *Mémoire* è netto e sarebbe superfluo continuare con il commento del testo. Quello che invece occorre ancora considerare è l'argomento a sostegno della carità privata, verso cui, come si è detto, si orientano le preferenze dell'autore: la beneficenza spontanea stabilirebbe dei legami reciproci tra chi dona e chi riceve, delle connessioni di tipo morale in grado di legittimare le gerarchie sociali. Il ricco, infatti, sarebbe portato a interessarsi della sorte di colui al quale ha donato; il povero, per parte sua, avendo ricevuto un dono del quale non aveva diritto, proverebbe riconoscenza (49). Questa dinamica faciliterebbe inoltre la comunicazione solidale tra la popolazione, alleggerendo quella polarizzazione in classi sociali contrapposte prodotta dal sistema capitalistico.

E tuttavia, un autore realista come Tocqueville non poteva credere davvero che l'elemosina privata bastasse per salvare il *sunken sixth* (« il sesto sprofondato ») della popolazione. La carità « è uno dei mezzi, non può essere il solo. Che resta dunque da fare? » (50). Occorrerebbe impedire che gli uomini abbandonino la terra per diventare operai delle industrie: solo la proprietà terriera, infatti, genererebbe la previdenza, la parsimonia e la preoccupazione di perdere ciò che si ha. Se questa inversione di tendenza non fosse possibile (e Tocqueville sa bene che la storia non si ripete), bisognerebbe « trovare il sistema di dare all'operaio dell'industria, come al piccolo coltivatore, lo spirito e le abitudini della proprietà » (51). Ciò potrebbe essere raggiunto in due modi: dando all'operaio un interesse nella gestione della fabbrica (e quindi cercando di ristabilire quella comunanza di interessi economici che legavano il signore feudale ai propri sottoposti) oppure creando una proprietà indipendente per favorire il risparmio sui salari (per esempio mediante una ristrutturazione delle casse di risparmio).

Con queste ultime considerazioni si apre il secondo *Mémoire* (52) sul pauperismo, che analizza questioni più tecniche rispetto al primo. La critica morale alla carità pubblica lascia infatti

---

(49) Ivi, p. 130. *O.*, I, p. 1179.
(50) *Ibidem*.
(51) Ivi, p. 138. *O.*, I, p. 1187.
(52) Ivi, pp. 133-149 e nelle *O.*, I, pp. 181-197.

spazio all'analisi dei possibili strumenti per prevenire il dilagare della povertà (essenzialmente le casse di risparmio e i monti di pietà).

Al pauperismo Tocqueville dedica altri lavori tra il 1843 e il 1846 (53): si tratta di quattro relazioni annuali, redatte su incarico del Consiglio generale della Manica, volte a monitorare il problema degli *enfants trouvés* (i bambini abbandonati) a seguito della chiusura dell'istituto della ruota. L'analisi e la contestualizzazione di questi scritti, tutto sommato minori, non rientrano nei propositi di questa ricerca. È però importante segnalare che per il tramite di questi lavori la riflessione socio-politica dell'autore si confronta con la realtà concreta (per di più delle terre della Manica, quelle in cui Tocqueville era vissuto), uscendone in parte modificata.

Il risultato più evidente di questo cambio di prospettiva sul problema della povertà è probabilmente il manifesto programmatico della « Jeune gauche », il raggruppamento politico costituito da Tocqueville, Dufaure e Billault in risposta alla conferma di Guizot nelle elezioni del 1846 (54). In esso confluiscono le linee di intervento politico e le misure sociali considerate dall'autore più adatte per contrastare il dilagare della povertà e per coinvolgere nella vita politica le masse emarginate della popolazione. Tra i provvedimenti auspicati si ritrova il proporzionalismo fiscale, la diminuzione degli oneri pubblici per i più poveri, la promozione di istituzioni finalizzate al miglioramento delle condizioni di vita degli indigenti e la previsione di interventi diretti per combattere la miseria (55).

---

(53) Ivi, pp. 157-207, *O.C.*, libro X, pp. 593-607, 648-664, 674-680, 685-691.

(54) Cfr. JARDIN, *Alexis de Tocqueville*, cit., pp. 383-388.

(55) TOCQUEVILLE, *Scritti, note e discorsi politici*, cit., pp. 10-12 e 76-79. Cfr. *O.C.*, libro III, vol. 2, pp. 729-731 e 742-744. Si segnala, ma sul punto sarebbe utile approfondire, che nel 1839 era stata pubblicata da Joseph-Marie de Gérando la monumentale opera sull'assistenza pubblica (J.-M. DE GÉRANDO, *De la bienfaisance publique*, Bruxelles, Société belge de librairie: Hauman et comp.ie, 1839), che godette di grande successo in Francia. Nell'assenza di riferimenti diretti al testo, si può comunque ipotizzare che Tocqueville ne fosse venuto a conoscenza e avesse modificato le proprie idee anche a causa dell'influenza del noto professore di diritto amministrativo. Gérando, che aveva già scritto nel 1824 *Le Visiteur de pauvre*, viene richiamato da Tocqueville soltanto in un luogo (peraltro non con riferimento al pauperismo, bensì al diritto amministrativo): in una relazione letta nel 1846 all'*Académie de Sciences morales et politiques*. Cfr. A. de TOCQUEVILLE, *La rivoluzione democratica in Francia*, a cura di N. Matteucci, Torino, Utet, 1969, p. 234 e ss.

Occorre tuttavia dare la giusta misura a questa svolta ideologica, per evitare di attribuire a Tocqueville un'evoluzione verso forme di socialismo liberale (*à la* Mill) che non corrispondono alla realtà. Mette bene in guardia contro questo possibile rischio Mario Tesini, che nella più volte richiamata introduzione agli scritti di Tocqueville sul pauperismo propone una spiegazione alternativa: « Non si trattava, evidentemente, di una conversione di Tocqueville al socialismo. Ma in termini più acuti rispetto alla maggior parte dei liberali del suo tempo egli aveva avvertito la necessità, sul piano istituzionale, di estendere in modo graduale la sfera dei diritti politici [...] e, sul piano sociale, l'urgenza di fare della condizione materiale e intellettuale delle classi popolari la preoccupazione principale dei legislatori » (56).

Si tratterebbe, in altri termini, più di una dimostrazione di realismo politico e di comprensione del corso degli eventi, che di una rinnovata sensibilità sociale (57), in linea, peraltro, con il primo dei propositi della *nouvelle science politique* (58): quello di accettare l'evoluzione della storia e di imparare a convivere, cercando di educarla, con l'uguaglianza completa delle condizioni. Tocqueville è dunque consapevole che le istanze provenienti dal basso avrebbero presto trionfato: « il senso della rivoluzione è l'uguaglianza, la distribuzione più uguale dei beni di questo mondo. Che i nuovi

---

(56) TESINI, *Tocqueville e l'economia politica del suo tempo*, cit., pp. 59-60.

(57) Si riveda il *Discours d'ouverture* del 3 aprile 1852 all'*Académie des sciences morales et politiques* in *O.*, I, pp. 1225-1226 e in TOCQUEVILLE, *Scritti, note e discorsi politici*, cit., pp. 450-452, che può a pieno titolo essere considerato la cifra teorica di molte riflessioni dell'autore sul metodo e sul ruolo delle scienze politiche. È in particolare la parte conclusiva del discorso quella più interessante per questa analisi, perché in essa viene problematizzato il rapporto tra la cultura, la politica e la povertà. Tocqueville contesta l'idea che « esista un rimedio specifico contro questo male ereditario e incurabile della povertà e del lavoro », e ancor più « questa idea falsa, fonte di tanti mali », che spetterebbe allo stato risolverlo. È nel povero stesso il rimedio alla povertà, « nella sua attività, nella sua frugalità, nella sua previdenza; nel buono e intelligente impiego delle sue facoltà [...]. E che se, infine, l'uomo deve il suo benessere in parte alle leggi, lo deve molto a se stesso: si potrebbe anzi dire che ne è debitore soltanto a se stesso; infatti la legge vale quel che vale il cittadino ». C'è dunque un destino individuale, che eccede dalla dimensione politica, nel cui solco si realizza la missione morale di ogni uomo.

(58) Cfr. l'introduzione alla prima *Démocratie* in *D.A.*, p. 22. *O.*, II, p. 3.

governi o le nuove classi arrivate al potere possono sostenersi soltanto facendo quanto possibile in tal senso » (59). Ma crede anche che tale transizione debba essere accompagnata in modo graduale dalle leggi e dalle istituzioni, a cui spetterebbe il difficile compito di armonizzare le richieste dei più poveri con i beni della classe media.

È una posizione complessa quella di Tocqueville. Da un lato, i suoi toni marxisti contro l'egoismo borghese non giungono mai a prospettare un ordine economico-sociale nuovo; dall'altro lato, la sua formazione liberale lo induce a guardare con diffidenza ogni forma realmente incisiva di intervento della politica nell'economia. Nell'unificazione in un solo corpo del potere politico e di quello economico Tocqueville vede infatti il più grande pericolo per le società moderne. Come si legge in una nota pagina della *Démocratie*: « Il sovrano [...] è il capo e spesso il padrone di ogni cittadino e giunge fino a essere il suo amministratore e il suo cassiere » (60).

A questo riguardo, è esemplificativo il celebre discorso contro il diritto al lavoro, che Tocqueville pronuncia in parlamento nel settembre del 1848 (61). Sul riconoscimento di un diritto universale al lavoro l'Assemblea costituente aveva a lungo discusso: la legge vigente, proposta da Vivien a seguito delle giornate di giugno, riconosceva al posto del diritto al lavoro soltanto la carità legale ai disoccupati, agli invalidi e ai bisognosi. Misure più conservative, di cui Tocqueville si riconosceva peraltro come uno degli ispiratori. Qualche mese dopo, tuttavia, dall'11 al 15 settembre, veniva presentato in assemblea un emendamento che mirava a ripristinare il diritto al lavoro nella sua forma più estesa. È contro questo emendamento proposto dal deputato Mathieu che si scaglia Tocqueville, in quello che è considerato il discorso più importante della sua carriera politica (62). Il testo può essere considerato la sintesi teorica delle riflessioni dell'autore sul rapporto tra politica ed economia. È,

---

(59) TOCQUEVILLE, *Scritti, note e discorsi politici*, cit., p. 78. Testo integrale in *O.C.*, libro III, vol. 2, p. 744.

(60) *D.A.*, p. 724. *O.*, II, p. 826.

(61) Si veda TOCQUEVILLE, *Scritti, note e discorsi politici*, cit., pp. 170-185. *O.*, I, pp. 1139-1152.

(62) Sul dibattito costituzionale intorno al diritto al lavoro, si veda il testo di P. CRAVERI, *Genesi d'una Costituzione. Libertà e socialismo nel dibattito costituzionale del 1848 in Francia*, Napoli, Guida, 1985, p. 68 e ss.

di fatto, un atto di accusa contro il socialismo, considerato in modo molto generale come quell'ideologia politica che si propone di regolamentare in modo capillare la sfera economica, fino a diventare « le grand et unique organisateur du travail » (63). « Socialista », e come tale da respingere, sarebbe dunque l'emendamento Mathieu. E « socialisti » sarebbero stati i moti di quello stesso anno, causati da « teorie esagerate circa il ruolo che era in grado di assolvere il potere sociale nei rapporti tra l'operaio e il padrone; dottrine ultra-centralizzatrici che avevano finito per convincere schiere di individui che dipendeva dallo stato non soltanto salvarli dalla miseria, ma dare loro agiatezza e benessere » (64).

Tocqueville attribuisce al socialismo tre caratteristiche negative: innanzitutto il materialismo, « un appello energico, continuo, immoderato, alle passioni materiali dell'uomo » (65); in secondo luogo la lotta alla proprietà privata, considerata l'origine di tutti i mali della società; infine la sfiducia nella libertà e nella ragione umana, che attesta « un profondo disprezzo per l'individuo preso in se stesso » (66) e da cui consegue l'idea che lo stato debba essere « le maître de chaque homme », il « son précepteur, son pédagogue » (67). Tocqueville ha certamente in mente il modello di società delineato dai socialisti utopisti: Fourier, Cabet, Owen, Babeuf, Proudhon, Buonarroti, alcuni dei quali vengono peraltro espressamente citati nel testo. Gli fa invece difetto la conoscenza del nascente socialismo scientifico di Marx, a cui alcune accuse (per esempio quella di voler creare « una società di api o di castori [...] piuttosto che di uomini liberi e civilizzati » (68)) non potrebbero essere estese.

Per Tocqueville, il socialismo rappresenterebbe dunque il modello di società più distante dalla natura umana. « Socialismo » significherebbe infatti « uguaglianza nel bisogno e nella ser-

---

(63) TOCQUEVILLE, *Scritti, note e discorsi politici*, cit., p. 172. *O.*, I, p. 1140.

(64) Lettera del 10 aprile 1848 a Nassau William Senior, in A. de TOCQUEVILLE, *Vita attraverso le lettere*, a cura di N. Matteucci e M. Dall'Aglio, Bologna, il Mulino, 1996, p. 280. Testo francese in *O.C.*, libro VI, p. 101.

(65) TOCQUEVILLE, *Scritti, note e discorsi politici*, cit., p. 173. *O.*, I, p. 1142.

(66) *Ibidem*.

(67) *Ibidem*.

(68) Ivi, p. 177. *O.*, I, p. 1145.

vitù » (69), dunque duplice dipendenza da un governo che guida e protegge, ma anche che opprime i propri sudditi e che allo stesso tempo ne organizza i bisogni e il lavoro. È, in altri termini, il rischio che le istituzioni economiche si trasformino in nuovi strumenti al servizio dell'onnipotenza del potere politico ciò che spaventa maggiormente Tocqueville, il cui discorso si ricongiunge alla critica del centralismo amministrativo già mossa dieci anni prima nella seconda *Démocratie*: « Non vi è nulla che dia ai lavoratori un diritto sullo stato; non vi è nulla che costringa lo stato a mettersi al posto della previdenza individuale, al posto dell'economia, dell'onestà intellettuale; non vi è nulla che autorizzi lo stato a intromettersi nelle attività industriali, a imporre loro regolamenti, a tiranneggiare l'individuo per meglio governarlo » (70).

Contro questa tensione insita nelle società moderne (e che nel socialismo si realizzerebbe in modo compiuto) vengono perfino richiamate le conquiste liberali della Rivoluzione, altrove (71), com'è noto, duramente criticata dall'autore: « chi ha spezzato tutte quelle catene che da ogni parte ostacolavano il libero movimento delle persone, dei beni, delle idee? Chi ha restituito all'uomo la sua grandezza individuale, che è la sua vera grandezza? Proprio la Rivoluzione francese. È stata la Rivoluzione francese ad abolire tutti questi ostacoli, a spezzare tutte quelle catene che voi vorreste ristabilire sotto un altro nome » (72).

A questo riguardo, per Tocqueville la Rivoluzione avrebbe avuto l'ulteriore merito di introdurre la carità cristiana nella politica, maturando una più alta concezione dei doveri morali dello stato nei confronti dei bisognosi (soltanto l'applicazione del principio della carità legittimerebbe, infatti, l'ingerenza pubblica nell'economia privata (73)). È forse fin superfluo sottolineare la scarsa adesione alla realtà di queste ultime riflessioni dell'autore sul presunto messaggio

---

(69) Ivi, p. 179. *O.*, I, p. 1147.

(70) Ivi, p. 185. *O.*, I, p. 1152. La riflessione si ricollega strettamente al cap. V della parte IV della seconda *Démocratie*.

(71) La critica alla Rivoluzione francese è il filo rosso del terzo libro dell'*Ancien Régime*. Cfr. *O.*, III, pp. 169-231.

(72) Tocqueville, *Scritti, note e discorsi politici*, cit., p. 176. *O.*, I, pp. 1144-1145.

(73) Ivi, pp. 184-185. *O.*, I, pp. 1151-1152.

evangelico portato avanti dalla Rivoluzione francese, il cui nucleo teorico principale risiede proprio nella sostituzione dei principi cristiani con i valori laici ispirati al culto della ragione.

Comunque sia, si è ormai fatta chiarezza sulle idee politico-sociali di Tocqueville. A dominare è una concezione astensionistica dello stato, basata non su principi liberisti, ma sul timore della sovrapposizione tra centralismo politico e dirigismo economico. E tuttavia, Tocqueville dimostra anche di sapersi adattare alle vicende del paese reale, tanto che di fronte a questioni ineludibili (come il pauperismo) modifica le proprie posizioni teoriche, in favore di un intervento concreto (anche) da parte dello stato. Un aiuto, però, che non deve mai assumere le vesti della carità legale, strutturalmente deresponsabilizzante, ma che deve sempre presentarsi come un soccorso ispirato ai principi della carità cristiana.

3. *Padroni e proletari, nuova aristocrazia e alienazione: i motivi marxisti nella* Démocratie.

Per concludere la ricostruzione del pensiero economico-sociale di Tocqueville, non si può prescindere dall'analisi di alcune riflessioni contenute nella seconda *Démocratie*. Si ricordi che l'opera venne pubblicata nel 1840: è dunque una testimonianza cronologicamente intermedia tra i primi scritti sul pauperismo e il discorso contro il diritto al lavoro; ma allo stesso tempo rappresenta la sintesi teorica più completa del pensiero sociologico, economico e politico dell'autore. Le considerazioni di natura economica sono contenute principalmente in due capitoli: il ventesimo della seconda parte (74), in cui vengono analizzate le nuove classi sociali create dal sistema industriale, e il capitolo quinto della terza parte (75), dedicato alle nuove forme contrattuali in cui si scandisce il rapporto tra padrone e servitore nelle società democratiche.

Partiamo proprio da quest'ultimo tema. Tocqueville rileva che la transizione dalla società aristocratica, improntata sulle distinzioni, alla società democratica, basata sull'uguaglianza delle condizioni, ha prodotto un cambiamento radicale nel rapporto servo-padrone: « la

(74) *D.A.*, pp. 573-576. *O.*, II, pp. 671-675.
(75) Ivi, pp. 593-600. *O.*, II, pp. 690-699.

democrazia non impedisce che queste due classi di uomini esistano, ma cambia il loro spirito e modifica i loro rapporti » (76). Presso i popoli aristocratici, tra servo e padrone sarebbero esistiti forti legami morali, capaci di colmare la distanza materiale e sociale che di fatto esisteva tra le due classi. Il padrone avrebbe infatti considerato il proprio servitore come una parte di sé, magari secondaria e inferiore, ma pur sempre una componente imprescindibile della propria persona. Il servo, per parte sua, avrebbe finito per immedesimarsi nel proprio padrone, partecipando interamente del suo destino e vivendo attraverso la sua personalità. Questa relazione organica si sarebbe dunque estesa fino a creare una confusione completa delle due esistenze (77).

Di segno diverso i legami domestici nelle società democratiche (e gli Stati Uniti del tempo per Tocqueville ne offrirebbero l'esempio più avanzato), nelle quali l'essenza del rapporto di servitù sarebbe completamente trasfigurata dalla forza psicologica dell'eguaglianza immaginaria e dalla mobilità della scala sociale. In questo nuovo scenario, non ci sarebbero più gerarchie stabili tra gli individui, ma si troverebbero tutti, formalmente, in condizioni di parità. Il diritto di comandare e il dovere di obbedire si baserebbero, infatti, unicamente sul libero e momentaneo accordo tra le parti: « nei limiti di questo, l'uno è servitore, l'altro padrone; al di fuori sono due cittadini, due uomini » (78). Fino a qui l'analisi di Tocqueville non presenta elementi significativi di originalità. Il riconoscimento della centralità del contratto nelle società moderne, inteso come unica origine del potere e unica giustificazione dell'obbedienza, rappresentava un patrimonio culturale ormai ampiamente consolidato nell'Europa del tempo. Originale è invece la disamina delle conseguenze contraddittorie che si verrebbero a creare nelle società dei contratti. Il contratto di servitù (ma questo, come si vedrà tra poco, vale per qualunque contratto di lavoro), sancendo la misura della prestazione lavorativa, spezzerebbe l'unità morale e la comunione di scopo che anticamente legavano il servo al padrone. Si verificherebbe, in altri termini, una rottura irreparabile del legame esisten-

(76) *D.A.*, p. 593. *O.*, II, p. 690.
(77) *Ibidem*.
(78) Ivi, p. 596. *O.*, II, p. 695.

ziale tra i due individui, in favore di una connessione meramente professionale, collocabile come tale a un livello decisamente più periferico di intimità.

Per il tramite del contratto consensuale (prodotto a sua volta dall'uguaglianza delle condizioni) si sarebbe dunque perduto quel millenario modello patriarcale dei legami umani, fondato da un lato sulla soggezione e sull'obbedienza al superiore, e dall'altro lato sui sentimenti di cura e di protezione per i propri sottoposti (79). La nozione democratica dell'obbedienza avrebbe così sostituito quella aristocratica della soggezione, perdendo tuttavia l'intero contenuto etico e producendo uno spaesamento nelle parti coinvolte. È di fatto una definizione di « anomia » lo stato di disordine morale che Tocqueville descrive: « le linee che dividono l'autorità dalla tirannide, la libertà dalla licenza, il diritto dal fatto, appaiono ai loro occhi intralciate e confuse; nessuno conosce in modo preciso ciò che è né ciò che può né ciò che deve » (80). Il padrone, infatti, « crede ancora di appartenere a una specie particolare e superiore, ma non osa dirlo e si lascia attrarre fremendo verso il livello comune » (81); il servitore, per parte sua, consente di servire, ma si vergogna di obbedire, perché è portato « a considerare chi comanda come un ingiusto usurpatore del proprio diritto » (82).

È necessario comprendere a fondo questa dinamica, perché l'analisi psicologica del rapporto servo-padrone costituisce il meccanismo basilare per spiegare alcune questioni socio-economiche della società capitalistica nel suo complesso. L'estraneità e la conflittualità tra il servo e il padrone, infatti, si estremizzerebbero nel contesto produttivo delle grandi industrie, nelle quali, per effetto della progressiva divisione delle mansioni, i lavoratori sarebbero sempre più numerosi e, presi isolatamente, sempre più deboli e

---

(79) Sul punto Tocqueville torna insistentemente. È evidente l'influsso della cultura controrivoluzionaria (in particolare di Chateaubriand, a cui peraltro lo univano legami parentali) ed è ancora più evidente l'anticipazione di temi che verranno formulati in modo organico da Weber. Sul rapporto con Chateaubriand mi permetto di rinviare a M. VOLPI, *Il suddito democratico. Libertà e uguaglianza nel pensiero giuridico-politico di Tocqueville*, Modena, Mucchi Editore, 2020, pp. 150-160.

(80) *D.A.*, p. 600. *O.*, II, p. 699.

(81) Ivi, p. 599. *O.*, II, p. 698.

(82) *Ibidem*.

subordinati. Per contro, l'industria nel suo complesso trarrebbe un enorme vantaggio dalla divisione del lavoro: oltre ad aumentare la produzione, attirerebbe « hommes très riches et très éclairés », che « consacrent à l'industrie leurs richesses et leurs sciences » (83), assumendo così i tratti di una nuova aristocrazia.

Questa nuova condizione sociale indurrebbe gli operai a unirsi in soggetti collettivi dotati di un proprio spirito di corpo, costringendo i proprietari delle industrie, timorosi di salvaguardare la propria potenza economica, a fare altrettanto. Si verrebbe così a creare una pericolosa polarizzazione sociale, in virtù della quale i padroni e gli operai entrerebbero in contatto non più come individui, ma come classi.

A più riprese Tocqueville sottolinea come il microcosmo aristocratico creato dall'industria presenti soltanto gli aspetti negativi dell'antica aristocrazia. Si tratterebbe di un sistema fortemente gerarchico, estraneo a quei legami di solidarietà che avrebbero da sempre contrassegnato l'aristocrazia: un sistema in cui « quelques hommes très opulents » esercitano il completo potere economico su « une multitude très misérable » (84). Mentre nel passato la nobiltà « era obbligata dalla legge, o si riteneva obbligata dai costumi, a soccorrere i propri servi e alleviarne le miserie » (85), la nuova aristocrazia industriale, « dopo avere impoverito e abbruttito gli uomini di cui si serve, li abbandona in tempo di crisi alla carità pubblica » (86). E ancora: « l'industriale domanda all'operaio solo il lavoro, l'operario aspetta da lui solo il salario. L'uno non si impegna a proteggere, né l'altro a difendere, ed essi non sono legati in modo permanente né dall'abitudine né dal dovere » (87).

La critica del modello di produzione capitalistico rappresenta certamente uno dei più stretti punti di contatto con Marx (88). Ed,

---

(83) Ivi, pp. 574-575. *O.*, II, pp. 672-673.

(84) *Ibidem*.

(85) *Ibidem*.

(86) *Ibidem*.

(87) *Ibidem*.

(88) Come anticipato, un confronto organico tra i due autori richiederebbe ben altro spazio. Si può tuttavia anticipare che Tocqueville probabilmente non è mai entrato in contatto con le opere di Marx (mentre Marx conosceva quelle di Tocqueville, come risulta da K. Marx, *La questione ebraica*, in Id., *Scritti politici giovanili*, a cura di L. Firpo,

effettivamente, nella ricostruzione delle conseguenze economiche, sociali, ma anche psicologiche, della divisione del lavoro la sintonia tra i due autori è completa. È in particolare nel *Manifesto del partito comunista* (scritto nel 1848, quindi circa dieci anni dopo rispetto alla seconda *Démocratie*) che si ritrovano le pagine più tocquevilliane dell'opera di Marx. Anche per il filosofo di Treviri, infatti, i nuovi rapporti di produzione del capitalismo hanno distrutto « tutti quei variopinti vincoli che nella società feudale legavano l'uomo ai suoi naturali superiori » e li hanno sostituiti con relazioni contrattuali fondate sul « nudo interesse » e sullo « spietato pagamento in contanti » (89). La stessa polarizzazione in classi contrapposte, l'una che controlla i mezzi di produzione e l'altra che possiede soltanto la propria forza lavoro, deriverebbe per entrambi dal processo di accentramento delle grandi proprietà.

Le direzioni di analisi si dividono a un livello più alto di astrazione, nel momento cioè in cui i due autori riflettono sul senso

---

Torino, Einaudi, 1950, pp. 361-362). Come Marx, e a differenza di molti autori ascrivibili al filone liberale, tuttavia, anche Tocqueville si dimostra sensibile al problema delle diseguaglianze economiche e dello sfruttamento delle fasce basse della popolazione. E per parte sua Marx, come Tocqueville e in contrasto con i pensatori socialisti precedenti, si confronta criticamente con il paradigma egualitario promosso dalle società democratiche. Non è il livellamento verso il basso delle classi sociali la direzione auspicata da Marx e non è verso la società del benessere materiale diffuso che si orienta la teoria politica dell'autore del *Capitale*. Si può sostenere che entrambi mettano a segno una sistematica critica dell'edificio sociale, economico, politico e morale del mondo democratico, che si estende all'intero paradigma antropologico prodotto dalla razionalità moderna. La *pars destruens* presenta dunque forti assonanze, così come il proposito ultimo delle rispettive riflessioni: quello cioè di liberare l'umanità dalle nuove forme di dominazione politica e di sottrarla almeno in parte al processo di imbarbarimento della società capitalistica. Un bel confronto (sebbene ancora carico ideologicamente) è quello di R. Aron, *Tocqueville and Marx*, in Id., *History, Truth, Liberty*, Chicago, University of Chicago Press, 1985, pp. 165-195. Cfr., inoltre: R. Boesche, *Tocqueville and Marx: not opposites*, in « The Tocqueville Review », XXXV (2014), 2, pp. 167-196; N. Capdevila, *Tocqueville et Marx: Démocratie, capitalisme, révolution*, Paris, PUF, 2012; D. Losurdo, *Democrazia o bonapartismo. Trionfo e decadenza del suffragio universale*, Torino, Bollati Boringhieri, 1993, pp. 17-25 in particolare. Si veda infine la ricca raccolta di saggi: *La democrazia allo specchio. Tocqueville e Marx*, a cura di G. M. Tessarolo e M. Zolli, Pisa, Edizioni della Normale, 2020.

(89) Cfr. K. Marx, F. Engels, *Manifesto del partito comunista*, a cura di M. Monaldi e B. Lotti, Milano, BUR, 1998, p. 53 e ss.

complessivo e sulle prospettive future del capitale. Per Marx, com'è noto, il completo sviluppo del sistema industriale capitalistico sarebbe la condizione strutturale necessaria alla maturazione della rivoluzione proletaria (90). Nella filosofia della storia dell'autore, infatti, il paradigma economico-politico che accompagna il potere della borghesia sarebbe un'esperienza transitoria, destinata a essere sostituita da una nuova pagina della storia umana (quella della dittatura del proletariato prima e della società senza classi dopo). Gli operai della grande industria rappresenterebbero dunque l'avanguardia (ancora inconsapevole) della società, gli strumenti di cui nell'immediato futuro si servirà la storia per sovvertire, una volta ancora, i nessi strutturali dei rapporti tra gli uomini.

Dall'analisi del capitale Tocqueville matura invece riflessioni lontane dal messaggio escatologico marxista. A ben vedere, infatti, la grande industria occuperebbe ancora uno spazio ridotto all'interno delle nazioni. E soprattutto rappresenterebbe un esempio in controtendenza rispetto alla più generale dialettica democratica fondata sul livellamento delle condizioni, sulla mobilità sociale e sulla diffusione della ricchezza a strati sempre più vasti della popolazione. Per questo, la comparsa di nuove e violente gerarchie, la concentrazione delle ricchezze nelle mani di pochi, la crescita smisurata del potere economico e politico degli industriali, non sarebbero segnali di un imminente e generale collasso del sistema: « nel suo complesso l'aristocrazia industriale [...] è una delle più dure che mai siano apparse sulla terra, ma al tempo stesso una delle più ristrette e meno pericolose » (91). Si ricordi infatti che per Tocqueville il capitalismo è pur sempre la declinazione economica del modello socio-politico democratico.

---

(90) La prospettiva è già espressa in K. MARX, *Per la critica della filosofia del diritto di Hegel*, in ID., *La questione ebraica e altri scritti giovanili*, a cura di R. Panzieri, Roma, Editori Riuniti, 1971, p. 108 e ss. Com'è ampiamente noto, il tema vero e proprio della rivoluzione proletaria viene concepito nei dieci punti del *Manifesto*, e di « dittatura del proletariato » Marx parlerà per la prima volta nella lettera a Joseph Weydemeyer del 5 marzo 1852, per poi sviluppare il punto nella *Critica del programma di Gotha* del 1875. Cfr. anche K. MARX, *Per la critica dell'economia politica*, a cura di F. Bazzani, Firenze, Clinamen, 2011. La considerazione della società capitalistica come fase intermedia della storia è invece già presente nel *Manifesto*.

(91) *D.A.*, pp. 575-576. *O.*, II, p. 675.

E tuttavia, le grandi differenze tra le condizioni degli operai e quelle degli industriali imporrebbero alcune contromisure. Negli anni della stesura della *Démocratie* il problema non è ancora avvertito in modo urgente: viene auspicata, in generale, la conservazione di un ordine sociale capace di frenare gli effetti perversi della concentrazione delle ricchezze e di promuovere la diffusione della proprietà, unica strada realmente efficace per evitare il conflitto tra capitale e forza lavoro. Con l'approssimarsi del 1848, la convinzione dell'improbabilità della rivoluzione (92) viene meno e con essa aumenta la sensibilità di Tocqueville per i temi sociali (lo si è visto a proposito del pauperismo e del diritto al lavoro). Rimane però la consapevolezza di fondo che, qualunque fosse stata l'anima ispiratrice della rivoluzione, sarebbe stato impossibile un sovvertimento profondo delle istituzioni e dei valori della società democratica.

Un'ultima questione merita di essere richiamata ed è la disamina che Tocqueville compie della degradazione umana cui sarebbe sottoposto l'operaio nel sistema di fabbrica. È il tema marxista dell'alienazione del lavoratore. Tocqueville è chiaro sul punto: « nulla tende più della grande divisione del lavoro a materializzare l'uomo e a togliere al suo lavoro anche le tracce dello spirito » (93). Un lavoratore che dedicasse tutte le giornate soltanto a una fase particolare della fabbricazione di un oggetto, infatti, finirebbe sì per svolgere con abilità il proprio lavoro, ma perderebbe allo stesso tempo « la faculté générale d'appliquer son esprit à la direction du travail » (94). Insomma, l'umanità del lavoratore si degraderebbe con la progressiva acquisizione delle abilità tecniche e degli automatismi richiesti dal mestiere.

Sono considerazioni forti, formulate in un periodo dominato da un lato dallo spirito progressista dei liberali tardo-dottrinari (*à la* Gui-

---

(92) Si confrontino le riflessioni della seconda *Démocratie* (*D.A.*, pp. 667-677. *O.*, II, pp. 768-782, « Pourquoi les grandes révolutions deviendront rares »), riprese in uno scritto del 2 gennaio 1843 apparso sul « Le Siècle » col titolo di *La majorité ne veut pas de révolution, et pourquoi* (in TOCQUEVILLE. *Scritti, note e discorsi politici*, cit., pp. 41-44, in *O.C.*, libro III, vol. 2, pp. 99-101), con il discorso del 27 gennaio 1848 (ivi, pp. 79-94, in *O.C.*, libro III, vol. 2, pp. 745-758).

(93) *D.A.*, p. 400. *O.*, II, p. 470.

(94) Ivi, p. 573. *O.*, II, p. 672.

zot (95)) e dall'altro dalla filosofia positivista di Comte. Criticando sul piano antropologico gli effetti della divisione del lavoro (un fatto considerato ormai come una conquista definitiva del progresso umano), Tocqueville si pone in netta discontinuità con le ideologie del proprio tempo e getta un ponte ideale con l'opera di Marx.

Nell'analisi del processo di produzione, l'economia politica era rimasta sostanzialmente ad Adam Smith. Celebre il suo esempio della fabbrica di spilli (96), con cui l'autore scozzese aveva illustrato i vantaggi della divisione delle mansioni: se dieci operai, facendo ognuno una decima parte di uno spillo, riescono ogni giorno a produrre quarantottomila spilli, un lavoratore isolato impiegherebbe un giorno a fabbricarne uno interamente da solo.

Non è dunque un caso che Tocqueville si serva proprio dell'esempio della fabbrica di spilli per mettere in luce il risultato drammatico della divisione del lavoro: « cosa ci si potrà attendere da un uomo che ha impiegato vent'anni della sua vita a fare capocchie di spillo? [...] Il suo pensiero si è fermato per sempre vicino all'oggetto giornaliero del suo lavoro; il suo corpo ha contratto alcune abitudini fisse, dalle quali non gli è più permesso di allontanarsi » (97). È a tutti gli effetti una forma di prigionia quella che tratteggia Tocqueville: una prigionia di tipo nuovo, perché sottometterebbe l'operaio a cose e non più a persone: « egli non appartiene più a se stesso, ma alla professione che ha scelto. [...] Una teoria industriale più forte delle leggi e dei costumi lo ha attaccato a un mestiere, e spesso a un luogo, ch'egli non può lasciare. Gli ha assegnato nella società un posto determinato da cui non può uscire e lo ha reso immobile in mezzo al movimento universale » (98).

Alla luce di queste considerazioni, si può concludere sottolineando come già in Tocqueville, soprattutto tra le pagine della

---

(95) Cfr. M. VALENSISE, *François Guizot et la culture politique de son temp*s, Paris, Gallimard, 1991.

(96) Cfr. A. SMITH, *Inquiry into the nature and causes of the Wealth of Nations* (1776), libro I, cap. I. Si veda anche l'opera di C. BABBAGE, *On the Economy of Machinery and Manufactures* (1832), cap. XVIII, in cui vengono riprese fedelmente le analisi di Smith, a riprova del prestigio indiscutibile di cui godeva ancora l'autore scozzese.

(97) *D.A.*, p. 573. *O.*, II, p. 672.

(98) *Ibidem*. Riflessioni simili si trovano anche in *D.A.*, cap. VII, pp. 605-607 e *O.*, II, pp. 702-705.

seconda *Démocratie*, si trovi una penetrante analisi delle conseguenze antropologiche prodotte dall'adozione esasperata del modello industrialista. Inoltre, ed è il dato scientificamente più fecondo, questa analisi approda a risultati davvero affini a quelli a cui nel giro di pochi anni sarebbe giunto anche Marx (i quattro tipi di alienazione vengono distinti per la prima volta nei *Manoscritti economico-filosofici del 1844* (99)): una prova decisiva dell'affinità intellettuale tra i due autori, che suggerisce allo stesso tempo di approfondire, in modo finalmente libero dalle ideologie e dai pregiudizi culturali (100), l'immaginario dialogo tra questi due giganti del pensiero.

---

(99) Si veda K. MARX, *Manoscritti economico-filosofici del 1844*, a cura di N. Bobbio, Torino, Einaudi, 1968, in particolare il terzo manoscritto.

(100) Si ricordi che nel Novecento la quasi totalità degli interpreti ha considerato Tocqueville una sorta di « anti-Marx ». Il primo critico che si è espresso in questo senso è stato J.-P. MEYER, *Prophet of the mass age: a study of Alexis de Tocqueville*, Darlington, J. M. Dent, 1939. A partire dagli anni Sessanta la critica si è polarizzata, nel tentativo di individuare uno stabile fondamento teorico alla battaglia ideologica allora in corso. Si vedano a tal proposito: S.M. LIPSET, *Political Man: The Social Bases of Politics*, New York, Doubleday, 1963; R. BENDIX, *Nation-Building and Citizenship*, New York, Doubleday, 1969; R. ARON, *Le tappe del pensiero sociologico*, a cura di A. Devizzi, Milano, Mondadori, 2011, pp. 139-201 e 213-251; ID., *Delle libertà. Alexis de Tocqueville e Karl Marx. Libertà formali e libertà reali*, a cura di S. Cerutti, Milano, SugarCo Edizioni, 1991; si vedano inoltre i successivi lavori di M. REINHARDT, *The Art of Being Free. Taking Liberties with Tocqueville, Marx, and Arendt*, New York, Cornell University Press, 1997, pp. 20-58 e 90-141; S. WOLIN, *Politics and Vision: Continuity and Innovation in Western Political Thought*, Princeton, Princeton University Press, 2004, p. 434 e ss.; ID., *Tocqueville Between Two Worlds: The Making of a Political and Theoretical Life*, Princeton, Princeton University Press, 2001, pp. 347-48; J. ELSTER, *Alexis de Tocqueville. The First Social Scientist*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, p. 6 e ss. Tratteggia correttamente l'eccessiva contrapposizione ideologica anche G. OSKIAN, *Tocqueville e le basi giuridiche della democrazia*, Bologna, il Mulino, 2014, p. 15. Questo aspetto è ben evidenziato anche da M. TESINI, *Tocqueville tra destra e sinistra*, Roma, Edizioni Lavoro, 1997, p. 131 in particolare, laddove l'autore mette in luce la complessità del pensiero di Tocqueville e l'impossibilità di comprenderlo all'interno delle categorie politiche tradizionali. Più nello specifico, prendendo le distanze dalla contrapposizione netta tra Tocqueville e Marx, Tesini scrive: « È abbastanza evidente che nel contesto del post-1989, a tale rapporto si possa guardare in una luce diversa. E del resto, nella valutazione di alcune vicende del loro tempo, Marx e Tocqueville presentano anche tutt'altro che marginali punti di assonanza ».

La dimensione giuridica

MARIA SOLE TESTUZZA

LO *IUS SENSUUM* NELLE ARCHITETTURE TEORICHE DI ALCUNE *DISSERTATIONES* GIURIDICHE DI FINE SEICENTO (*)

> « Sensibilità nella storia: un argomento per dilettanti raffinati... Presto, presto, torniamo alla vera storia! ».
> Lucien Febvre, *Come ricostruire la vita affettiva di un tempo: la sensibilità e la storia*, 1941.

1. Per una storia giuridica dei sensi. A partire da alcune celebri sollecitazioni ottocentesche. — 2. Una dimensione del soggetto e uno strumento dell'interprete. — 3. Il mondo delle cose sensibili. — 4. *Crambem eandem recoquere certe taediosum est...* — 5. L'esperienza quotidiana, viva e vissuta attraverso i sensi. Una ricca casistica e una sapiente e aggiornata lettura giuridica.

1. *Per una storia giuridica dei sensi. A partire da alcune celebri sollecitazioni ottocentesche.*

Nei suoi *Manoscritti economici e filosofici del 1844* il giovane Marx riflette sull'importanza dei sensi e sul loro sviluppo storicamente determinato: se da una parte « non solo nel pensiero, ma anche con tutti i suoi sensi l'uomo si afferma nel mondo oggettivo » (1), dall'altra « l'educazione [Bildung] dei cinque sensi »,

(*) Questa ricerca nasce nell'ambito del Progetto Starting Grant (Pia.ce.ri.) Linea 3 — Università di Catania *"Un corpo carico di astrazioni". Pratiche giudiziarie e linguaggi giuridici nell'Europa Moderna* ed è maturata nel corso di un soggiorno di ricerca presso l'Universidad Autónoma de Madrid — UAM, Facultad de Derecho, Área de Historia del Derecho. Ringrazio in particolare per l'opportunità e l'accoglienza Marta Lorente, M. Julia Solla, Laura Beck, Héctor Domínguez, Antonio Luque.

(1) K. Marx, *Manoscritti economico-filosofici del 1844*, prefazione e traduzione di N. Bobbio, Torino, Einaudi, 1975, p. 118.

scrive, « è un'opera di tutta la storia del mondo sino ad oggi » (2). Lontani dall'essere una dotazione eterna e universale, confinati piuttosto a un contesto e a un'identità particolari, o meglio divenienti e connessi con i consorzi storici umani, al pari di ogni altra costruzione culturale, spiega, « [...] i *sensi* dell'uomo sociale sono *diversi* da quelli dell'uomo non sociale » (3).

Queste celebri considerazioni, che, ragionando sulla maturazione della moderna società capitalistica, nascevano dall'opposizione tra dimensione corporeo/naturalistica e dimensione corporeo/sociale e dalla valorizzazione dell'uomo comunitario saranno alla base « della metafisica riduzionista del materialismo storico e dell'inevitabile sbocco, messianico e conclusivo, della storia nella società socialista » (4).

Al di là però della concezione del corso storico, nell'invitare a riflettere su cosa contribuisca, nel concreto fluire delle esperienze sociali e nel dinamismo delle attività umane, a rendere umani i sensi dell'uomo, « non solo i cinque sensi, ma anche i cosiddetti sensi spirituali, i sensi pratici (il volere, l'amore ecc.) » (5), queste pagine appaiono ancora molto contemporanee e sollecitano preziosi interrogativi e associazioni feconde anche allo storico del diritto (o al giurista *tout court*) che sia attento al dibattito epistemologico sulla giurisprudenza come scienza e alla relativa riflessione metodologica.

Stringendo accordi e scambi con discipline vicine al sapere giuridico, sollecitati dal confronto con le sfide del « nostro presente, informatico, liquido e postfordista » (6) e da una (relativamente)

---

(2) Ivi, p. 119.

(3) Ivi, pp. 118-119.

(4) Su questo punto lungamente dibattuto nella letteratura critica e per un limpido confronto con la successiva e diversa visione marxiana del corpo umano, quale corpo che coincide con l'astrazione della forza-lavoro, si veda la recente lettura di R. FINELLI, *I due corpi di Marx: Corpo glorioso e corpo inglorioso*, in ID., *Per un nuovo materialismo. Presupposti antropologici ed etico-politici*, Torino, Rosenberg & Sellier, 2018, pp. 159-172. Altresì cfr. D. HOWES, *HYPERESTHESIA, or, The Sensual Logic of Late Capitalism*, in *Empire of the Senses: The Sensual Culture Reader*, a cura di D. Howes, Oxford-New York, Routledge, 2005, pp. 281-303; J. FRACCHIA, *Bodies and Artefact. Historical Materialism as Corporeal Semiotics*, Leiden-Boston, Brill, 2022.

(5) MARX, *Manoscritti economico-filosofici del 1844*, cit., p. 119.

(6) FINELLI, *I due corpi di Marx*, cit., p. 168.

recente riscoperta della storia del corpo in chiave trasversale e in una prospettiva di natura sociale dell'identità (7) viene infatti da chiedersi: nella storia europea i « signori del diritto, giudici, legislatori e professori » che ruolo e significato hanno assegnato ai sensi? (8) Come questi protagonisti del *Theatrum Europaeum* — nell'interazione stretta e continua con la politica e contando su una eccezionale legittimazione sociale (9), seppure in contesti storici tanto diversi da

---

(7) La storiografia, preparata dalle riflessioni innovatrici della *École des Annales*, alla storicizzazione del corpo e dei sensi ha dedicato ormai una lettura multiprospettica soprattutto a partire dagli anni Settanta e Ottanta. Per un quadro di insieme sui tanti microcosmi disciplinari e sulle varie declinazioni metodologiche coinvolti basti il rinvio al saggio di R. Porter, *La storia del corpo*, in *La storiografia contemporanea*, a cura di P. Burke, Bari, Laterza, 1993 e l'ampia introduzione a *Corpi e storia*, a cura di N.M. Filippini, T. Plebani, A. Scattigno, Roma, Viella, 2002. Per quanto mi riguarda, estremamente stimolanti sono state le conferenze dedicate da « Micrologus » ai tanti temi « corporali » (la visione, il cadavere, il cuore, la pelle umana, l'alchimia, il sangue e il ritratto, l'eredità, il piacere e il dolore, la longevità, etc.). Qui si segnala in particolare il volume che fornisce un quadro complesso dello statuto e della considerazione dei sensi nel Medioevo, « Micrologus », X (2002), *I cinque sensi / The Five Senses*. Più nello specifico, in ambito anglosassone, lo studio dei sensi (l'ambito dei *sensory studies* o della *sensory history*) è emerso negli ultimi tre decenni come uno dei campi di indagine tra i più dinamici e in espansione nella tradizione dei *cultural studies*: C. Classen, *Worlds of Sense: Exploring the Senses in History and Across Cultures*, London-New York, 1993; R. Jütte, *A History of the Senses: From Antiquity to Cyberspace*, Cambridge-Malden, 2005; M. Smith, *Producing Sense, Consuming Sense, Making Sense: Perils and Prospects for Sensory History*, in « Journal of Social History », XL (2007), pp. 841-858; Id., *Sensing the Past: Seeing, Hearing, Smelling, Tasting, and Touching in History*, Berkeley, 2008; *Empire of the Senses: The Sensual Culture Reader*, a cura di D. Howes, cit.; D. Howes, *Charting the Sensorial Revolution*, in « Senses & Society », I (2006), pp. 113-128; Id., *The Expanding Field of Sensory Studies*, August 2013, http://www.sensorystudies.org/sensorial-investigations/the-expanding-field-of-sensory-studies/; R. Newhauser, *Foreword: The Senses in Medieval and Renaissance Intellectual History*, in « Senses & Society », V (2010), pp. 5-9; M. Jay, *In the Realm of the Senses: An Introduction*, in « The American Historical Review », CXVI (2011), 2, pp. 307-315; *A Cultural History of the Senses in the Middle Ages*, a cura di R. Newhauser, London, Bloomsbury Academic, 2014; *A Cultural History of the Senses in the Renaissance*, a cura di H. Roodenburg, London, Bloomsbury Academic, 2014; *The Five Senses in Medieval and Early Modern England*, a cura di A. Kern-Stähler, B. Busse, W. de Boer, Leiden-Boston, Brill, 2016.

(8) Così il titolo dato alla traduzione italiana del libro di R.C. Van Caenegem, *I signori del diritto: Giudici, legislatori e professori nella storia europea*, Milano, Giuffrè, 1991.

(9) Sull'autorevolezza dei giuristi (giurista accademico, giurista-legislatore, giudice) nella storia europea e il loro specifico e secolare rilievo per la costruzione di una

apparire difficilmente accostabili — li hanno messi a tema? Con quali modalità ed effetti, in risposta a quali necessità, aspettative e bisogni reali, di volta in volta, li hanno costituiti nella loro apparente oggettività e ne hanno codificato le espressioni, estromettendone alcune e promuovendone altre? Infine, col sottostare o, al contrario, nel superare ogni complessità o determinatezza della natura e della vita biologica, fino a che punto le procedure di lettura di questa specifica « comunità professionale » li hanno assunti come strumenti di conoscenza e di perseguimento della verità?

Pur credendo profondamente nell'interesse e nella fertilità di ricostruzioni storiografiche che, anche per aggirare il rischio di rimanere soffocate da prassi e tecniche sclerotizzate, si sforzano di offrire coordinate consapevolmente schematiche, direzioni di fondo e larghe aperture, e auspicando perciò che nuove, ampie e aggiornate « cornici » permettano di dissodare un campo così ricco e invoglino a esplorarne gli angoli più inconsueti, non sarà tentata in questa sede l'ambiziosa impresa di delineare intorno a simili interrogativi una possibile mappa storico-giuridico concettuale.

A fronte di un nucleo tematico la cui estensione raggiunge a tratti le dimensioni più incontrollabili e tortuose, per la molteplicità delle potenziali prospettive di ricerca, la cospicuità, la dispersione, la ricchezza, l'eterogeneità delle fonti, e la difficoltà delle questioni teoriche coinvolte, può risultare certamente meno avventato procedere per piccole tappe. Conforta del resto la convinzione che ad un più articolato disegno si possa arrivare, oltre che per sintesi, individuando cioè le proporzioni della composizione generale, anche gradatamente per somma e giustapposizione delle parti, o per generazione di nuove ipotesi, via via più informate e continuamente messe in discussione, come è nella natura partecipativa e dialogica di ogni pensiero complesso.

La problematizzazione delle relazioni tra diritto e « sensibilità umana », interne al discorso dei giuristi, sarà qui dunque tentata assumendo un punto focale abbastanza circoscritto: privilegiare un testo che si presenta come un caso storicamente esemplare e, senza trasformarlo in un astratto modello da cui derivare azzardate gene-

---

sensibilità e una coscienza europea, basti il rinvio a P. GROSSI, *L'Europa del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2007.

ralizzazioni, seguirne prudentemente il percorso di elaborazione e gli intrecci culturali che gli fanno da sfondo, e lavorare nelle intersezioni che esso offre, cioè a dire « connettere quel che vi è in quel testo con il tessuto dell'intertestualità da cui quel testo si origina e in cui andrà a confluire » (10).

2. *Una dimensione del soggetto e uno strumento dell'interprete.*

Volgendo lo sguardo indietro di qualche secolo, a consegnarci una densa e suggestiva riflessione *sub specie iuris* sul « ministero dei sensi » è il giovane Samuel Stryk (11).

Nel novembre del 1665 il giurista è poco più che venticinquenne. Dopo aver studiato teologia a Wittenberg e, in seguito, aver lì intrapreso gli studi di diritto, si avvia a concluderli a Francoforte sull'Oder. Con la sola licenza, senza il titolo dottorale che conseguirà l'anno dopo, è già professore straordinario di Novelle presso la stessa università viadrina e in qualità di *Auctor* e *Praeses*, dà alle stampe, riunendole in un trattato, cinque dissertazioni accademiche nate sotto la sua supervisione nel corso di lezioni ed esercitazioni con gli studenti e pubblicamente disputate (12).

---

(10) U. Eco, *Lector in fabula*, Milano, Bompiani, 1979, p. 5.

(11) Sulla figura di Samuel Stryk (1640-1710), cfr. R. Schoell, *Stryk (Samuel de)*, in *Biographie universelle, ancienne et moderne*, T. 44, Paris, chez L.G. Michaud, 1826, pp. 81-84; K. Luig, *Samuel Stryk (1640-1710) und der "Usus modernus pandectarum"*, in *Die Bedeutung der Wörter. Studien zur europäischen Rechtsgeschichte. Festschrift für Sten Gagnér zum 70. Geburtstag*, a cura di M. Stolleis, München, C.H. Beck, 1991, pp. 219-235; H. Hof, *Stryk, Samuel*, in *Deutsche und Europäische Juristen aus neun Jahrhunderten*, a cura di G. Kleinheyer, J. Schröder, Tübingen, 2017^{6}, pp. 432-436; T. Repgen, *Stryk, Samuel*, in « Neue Deutsche Biographie », 25 (2013), pp. 606-608; J. Schröder, *Specimen Usus Moderni Pandectarum/Specimen of the Modern Application of the Pandectas*, in *The Formation and Transmission of Western Legal Culture: 150 Books that Made the Law in the Age of Printing*, a cura di S. Dauchy, G. Martyn, A. Musson, H. Pihlajamäki, A. Wijffels, Cham, Springer, 2016, pp. 235-238.

(12) S. Stryk, *Aisthētologia Nomikē Sive Tractatus Iuridicus De Iure Sensuum: In Quo Nobilissimae de Sensibus singulis in specie proponuntur quaestiones, ac materiae fere omnes, quae in Iure ad Sensuum experimenta...*, Francofurti ad Oderam, Literis Johannis Ernesti, 1665. Dal frontespizio di questa prima edizione si ricava che Stryk ha già conseguito il titolo di licenziato e che è attivo come professore straordinario presso la sede viadrina.

L'invenzione riguarda innanzitutto la scelta del tema che le lega: i cinque sensi umani. Come spiegherà qualche anno dopo (13), puntualmente allegando il diritto giustinianeo e la sua glossa accursiana, nella lingua del diritto in realtà le parole « senso » e « sentire » si prestavano a usi più ricorrenti: stavano ad indicare, infatti, ciò che il proferente una certa espressione voleva significare (14), o il significato che l'interprete doveva piuttosto assegnarvi (15); altrove, invece, erano utilizzati come sinonimo di capacità di ragione e di giudizio (16). Ma è alla loro accezione più rara, quella fisiologica, o propria, relativa all'apprensione delle cose sensibili attraverso, appunto, i sensi corporali, che egli intendeva rivolgere la propria ricerca (17).

Nell'indicare l'ordine delle dissertazioni (*de Visu, de Auditu, de Gustu, de Olfactu, de Tactu*) e i nomi dei rispettivi *Respondentes* (18), Stryk dichiara di aver rispettato la sequenza temporale della discussione, ma la successione adottata, a sua volta, segue una stabile ge-

---

(13) Si confronti il Proemio della nuova edizione ampliata del Trattato (Francofurti ad Oderam, Impensis Haeredum Jobi Wilhelmi Fincelii, 1671). Di questa nuova versione assumo come riferimento testuale per le citazioni l'edizione del 1737: *De iure sensuum. Tractatus in quo quae in utroque Jure de Sensibus disposita dilucide explicantur in illustri Academia Brandenburgica decem publicis disputationibus*, Francofurti ad Viadrum, Impensis Joh. Godofr. Conradi, qui in particolare, pp. 5-6.

(14) D. 33.6.15.

(15) C.6.28.3; D.34.4.3.9; Gl. *sequendum est* ad D.18.1.6.1.

(16) D.9.1.1.3; Gl. *sensu caret* ad D.9.1.1; D.41.2.32.2; D.24.22.7; C.3.28.33; D.33.5.8.2.

(17) D.28.1.20; Gl. *non minus*, ad D.41.2.18.

(18) Rispettivamente della Dissertazione *De Visu*, Johannes Rädelt (Züllichio-Silesius, jam Syndicus Crosnensis); *De Auditu*, Peter Schultz (Francofurt Marchicus, JUD et Prof. Juris in hac Universitate Ordinarius); *De Iure Surdorum Et Mutorum*, Peter Pohlmann (Magdeburgensis, J.U.L. et Senator Magdeburgensis); *De Olfactu*, Joachim Helcher (Glov. Silesius, Syndicus Anclamensis); *De Gustu*, Daniel Büttner (Mindensis Westphalus, J.U.L., et Prof. Gymans. Hamburg); *De Tactu*, Adam Wolff Sigismund (Sagan Siles.). Sulla struttura della disputa che presuppone il coinvolgimento di un rispondente (*respondens* o *defendens*) che, sotto la direzione di un professore o docente (*praeses*), deve difendere pubblicamente una serie di tesi contro le obiezioni presentate da un avversario, e sulla conseguente difficile attribuzione delle dissertazioni o di specifiche parti di esse al *Respondens* o al *Praeses* per la confusione che ha spesso segnato la loro edizione a stampa, si ricordano le osservazioni raccolte in H. COING, *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte*, II/1, München, C.H. Beck Verlag, 1977, pp. 575-578.

rarchia. Nella storia della cultura occidentale, infatti, secondo una tradizione che l'antichità consegna alla riflessione scolastica, e che questa a sua volta plasma dandole una connotazione morale, una vera e propria graduatoria che va dal più perfetto al meno perfetto permetteva di distinguere i sensi « alti », la vista e l'udito (superiori e più spirituali, *maxime cognoscitivi*, perché meno soggetti ad alterazioni fisiche e più simili nell'atto conoscitivo all'intelletto) da quelli bassi, il gusto, l'odorato e il tatto (inferiori e meno nobili perché più vincolati dalla materia e coinvolgibili dalle passioni) (19). Un ordine così consueto si era fatto abitudine e, almeno in questo primo esordio (20), non aveva bisogno perciò di alcuna esplicita giustificazione.

Più importante è invece spiegare al « benevolo lettore » che le ragioni di una riflessione intorno al *diritto dei sensi* non risiedevano in una smodata ambizione (21), o non si risolvevano, come scriverà sempre qualche tempo dopo, in un'esercitazione accademica oziosa (22).

Il cultore seicentesco delle lettere, in particolare quello che proviene dall'Accademia tedesca, è ben consapevole che le disputazioni universitarie, offerte in letture pubbliche o private, rappresentano un'irrinunciabile occasione di apprendimento, un momento di stimolo all'ingegno, alla memoria all'emulazione e alla competizione intellettuale, e un cruciale metodo di verifica e di esame. Il nostro giurista — non a caso destinato ad acquisire nel corso della sua vita

---

(19) Tommaso d'Aquino, *Somma Teologica*, I, q. 78, a. 3: « [...] poiché funziona senza mutazione fisica dell'organo e dell'oggetto, [la vista] è il senso più spirituale e perfetto, e più universale. Viene poi l'udito, seguito dall'odorato. Essi comportano entrambi una mutazione fisica da parte dell'oggetto; tuttavia il moto locale è più perfetto, e, in ordine di natura, anteriore rispetto al moto di alterazione, come prova Aristotele. Invece il tatto e il gusto sono i sensi più materiali [...] ». Su questa tradizionale gerarchizzazione, in gran parte basata sulle teorie aristoteliche della percezione dei sensi (*De anima*, libro III, cap. 1), cfr. Jütte, *A History of the Senses*, cit., p. 61 e ss.; C. Casagrande, *Sistema dei sensi e classificazione dei peccati (secoli XII-XIII)*, in « Micrologus », X (2002), pp. 33-53; Newhauser, *Foreword: The Senses*, cit.

(20) Sul punto si ritorna brevemente nel Proemio della nuova versione ampliata e in apertura della trattazione di ciascun senso, cfr. S. Stryk, *De iure sensuum*, ed. cit.

(21) Stryk, *Lectori Benevolo*, in Id., *Aisthētologia Nomikē Sive Tractatus Iuridicus De Iure Sensuum*, cit.

(22) Così scrive nella *Praefatio ad lectorem* della nuova versione ampliata del 1671.

larga fama per il considerevolissimo numero di opere stampate in forma di dissertazione e per il suo talento nell'insegnare un diritto romano saldamente radicato nella prassi giudiziaria — ci tiene però a ribadire il fondamentale servizio che la disputa offre in particolare allo studio della giurisprudenza. L'interrogazione e il confronto dialettico, la ricerca di argomentazioni e somiglianze che questa presuppone è infatti perfettamente coerente con la *civilis sapientia* e prepara ad affrontare le insidie del foro (23).

Nessuna materia, nel « pelago inesauribile del diritto » — a suo giudizio — doveva perciò essere sottratta a questo tipo di trattazione, tantomeno una sparsa e dispersa, e d'argomento disparato come era il diritto dei sensi, la cui rilevanza e pervasività nel

(23) È appena il caso di ricordare che la scuola giuridica europea sin dalla metà del XII secolo, per la rinnovata riscoperta dei *Topica* aristotelici, aveva acquisito dimestichezza con la disputa e l'aveva ricompresa nel suo arsenale metodologico, riconoscendola come prezioso ed efficace strumento che, ad un tempo, allenava, con il suo uso agonistico, alla competizione intellettuale e offriva occasione di dare risposta a questioni proposte dalla pratica processuale e sprovviste di una univoca e chiara soluzione normativa. Sul ruolo fondamentale di tale metodologia ci si limita a rimandare a M. Bellomo, *"Legere, repetere, disputare". Introduzione ad una ricerca sulle "quaestiones" civilistiche* (1974), ora in Id., *Medioevo edito e inedito*, I, *Scholae, Universitates, Studia*, Roma, Il Cigno Galileo Galilei, 1998, pp. 51-97. Con riferimento in particolare alle disputazioni universitarie tedesche della prima età moderna, specie di area protestante, — disputazioni che abbandonano gradualmente il formato scolastico della *quaestio*, adottando piuttosto la forma di dissertazioni monografiche — è stata avviato ormai un importante lavoro di indicizzazione bibliografica. Su questa produzione esiste, inoltre, una nutrita letteratura che ne ha sottolineato sia il valore come fenomeno letterario, rilevante per studiare la retorica barocca, la storia delle università e dell'editoria accademica, e la storia culturale, politica ed economica, sia, più specificamente, come fonte per la storia della giurisprudenza e della sua ricettività al cambiamento sociale. Cfr. F. Ranieri, *Juristische Dissertationen deutscher Universitäten, 17.-18. Jahrhundert*, 2 vols., Frankfurt am Main, Klostermann, 1986; W. Allweiss, *Von der Disputation zur Dissertation*, in *Dissertationen in Wissenschaft und Bibliotheken*, a cura di R. Jung, P. Kaegbein, Berlin, Boston, K.G. Saur, 2014, pp. 13-28; K. Härter, *Ius publicum und Reichsrecht in den juristischen Dissertationen mitteleuropäischer Universitäten der Frühen Neuzeit*, in *Science politique et droit public dans les facultés de droit*, a cura di J. Krynen, M. Stolleis, Frankfurt am Main, Klostermann, 2008, pp. 485-528; *Disputatio 1200-1800. Form, Funktion und Wirkung eines Leitmediums universitärer Wissenskultur*, a cura di M. Gindhart, U. Kundert, Berlin/New York, De Gruyter, 2010; e di recente L. Scholz, *A Distant Reading of Legal Dissertations from German Universities in the Seventeenth Century*, in « The Historical Journal », LXIV (2021), 3, pp. 1-31.

mondo giuridico tuttavia poteva sfuggire solo a chi ne fosse straniero (*hospes*). Con ciò, non negava che, nell'esame delle fonti, alla grande abbondanza di riferimenti al senso della vista e dell'udito corrispondeva, con riguardo agli altri sensi, una maggiore penuria di spunti. Una simile sproporzione non lo aveva dissuaso comunque dal provare a individuare, collazionare e trattare per ciascuno dei sensi, nel poco tempo che i suoi impegni gli lasciavano a disposizione, una serie di questioni fondamentali (24).

A dimostrazione di un interesse che non intende sopirsi, qualche anno dopo, nel dicembre del 1671, ormai pienamente lanciato nella carriera accademica, ma non ancora succeduto nella cattedra di Pandette al più noto giureconsulto del Brandeburgo, il suocero Johann Brunnemann, Stryk ripubblica il trattatello aggiungendovi un *Proemium* e altre cinque disputazioni, elaborate da altri allievi sotto la sua guida esperta. Sotto il titolo *Tractatus de jure sensuum: in quo quae in utroque jure de sensibus disposita, dilucide explicantur in illustri Academia Brandenburgica*, sono così elencate nel seguente ordine le dissertazioni: 1. *De Visu*, 2. *De Iure Coecorum*, 3. *De Auditu*, 4. *De Iure Surdorum & Mutorum*, 5. *De Olfactu*, 6. *De Gustu*, 7. *De Tactu*, 8. *De Memoria*, 9. *De Iure Oblivionis*, 10. *De Iure Cogitationum agit Propositus* (25).

La nuova pubblicazione godrà di una certa risonanza. Pressoché un *unicum*, raro e prezioso nel genere (26), conoscerà per un secolo numerose ristampe (27).

---

(24) S. Stryk, *Lectori Benevolo*, in Id., *Aisthētologia Nomikē Sive Tractatus Iuridicus De Iure Sensuum*, cit.

(25) I nomi dei nuovi *Respondentes* sono rispettivamente: *De Iure Coecorum*, Nicolaus Starck (Crempa-Holsatus, J.U.L. & Vice Praeses civitatis Gluckstadiensis); *De Iure Surdorum Et Mutorum*, Peter Pohlmann (Magdeburgensis, J.U.L. et Senator Magdeburgensis); *De Memoria*, Heinrich Adam Wilhelm (Vratisla. Silesius); *De Iure Oblivionis*, Sebastian Heinrich Trescho (Hildelsiensis, J.U.D., et Adv. Magdeburg); *De Iure Cogitationum*, Alexander Stein (Brunsvicensis, J.U.D.).

(26) Se, per verificare la circolazione in questo contesto didattico-scientifico di una specifica e riconoscibile speculazione sul piano terminologico e contenutistico intorno al « diritto dei sensi », si accetta di restringere la ricerca lasciandosi guidare dall'impiego della espressa formulazione verbale « ius sensuum » nel titolo delle tante dissertazioni edite in questi anni, è dato registrare solo la pubblicazione di un'altra dissertazione che sviluppa, molto sinteticamente, il tema su basi giuridico-filosofiche,

A partire, almeno, dalla terza, quella del 1685 (28), rivolta evidentemente sempre più a un pubblico di lettori colti non meno che di addetti ai lavori, come è nel gusto dell'epoca, la nuova edizione circolerà arricchita di una curiosa antiporta.

Vale la pena di stare un po' a osservarla. Una architettura e un intreccio di cornici incastonano il nome dell'autore e il titolo dell'opera. Nella composizione domina la personificazione della Giustizia come tende ormai a consolidarsi nella moderna iconografia specie di area tedesca, con spada, bilancia e — particolare che le attribuisce la sua ben nota ambiguità — benda sugli occhi (29). Racchiuse nelle due nicchie laterali dell'edificio fanno, poi, bella mostra di sé le immagini antropomorfizzate della Fama — assillo e rompicapo per generazioni di giuristi (30) — e dell'Inganno. Sotto di esse, a volere invitare a diffidare da una conoscenza debole ed

---

riconoscendo come celeberrimo il contributo di Stryk ([Präses:] J.J. ZENTGRAF (1643-1707); [Respondent:] J.A. SCHMUTZ, *De iure sensuum*, Straßburg, Spoor, 1692.

(27) SCHOELL (*Stryk*, cit.) indica come ultima edizione quella del 1775. Io ho potuto contare nove edizioni (1685, terza edizione; 1692, quarta edizione; 1701, quinta edizione; 1717; 1726; 1737) di cui l'ultima è del 1753 (*imprensis Iohan. Christiani Kleybii*). Nelle *Dissertationes iuridicae Francofurtenses*, pubblicate negli *Opera omnia* di Samuel Stryk e del figlio Johann Samuel (*Opera omnia: Tam Tractatus, quam Disputationes hactenus etiam nondum conjunctim editas, magnaque cura partim collecta continentia. 2 Dissertationum Juridicarum Francofurtensium Volumen II*, Francofurti et Lipsiae, 1743), non è stata inserita nessuna delle dieci dissertazioni.

(28) Non ho potuto esaminare la seconda edizione.

(29) L'irruzione dell'immagine della giustizia come « donna bendata » ha goduto di ampia attenzione da parte della più autorevole storiografia: è d'obbligo il riferimento alle ricerche di M. SBRICCOLI, *La benda della Giustizia. Iconografia, diritto e leggi penali dal medioevo all'età moderna* (2008), adesso in ID., *Storia del diritto penale e della giustizia: scritti editi e inediti, 1972-2007*, I, Milano, Giuffrè, 2009, pp. 155-208; A. PROSPERI, *Giustizia bendata. Percorsi storici di un'immagine*, Torino, Einaudi, 2008; M. STOLLEIS, *L'occhio della legge. Storia di una metafora*, edizione italiana a cura di A. Somma, Roma, Carocci, 2007.

(30) Sul termine *fama* (nel suo significato di conoscenza diffusa e indiretta di un fatto) e sulla raffinata ermeneutica dei giuristi dell'età premoderna volta alla sua formalizzazione giuridica e a regolarne ampiezza e limiti di applicazione nel mondo del diritto, si rinvia alle ricerche di F. MIGLIORINO, *Fama e infamia: Problemi della società medievale nel pensiero giuridico nei secoli XII e XIII*, Catania, Giannotta, 1985; ID., *Il corpo come testo*, Torino, Bollati Boringhieri, 2008, p. 62 e ss.; ID., *Introduction: The Historical Semantics and Cultural Contexts of Fame*, in *A Cultural History of Fame*. II. *In the Medievale Age*, a cura di F. Migliorino, London, Bloomsbury Academic, 2022.

erronea perché dall'origine incerta, non nata cioè dall'esperienza diretta, o perché priva di ulteriori riscontri, è incisa l'iscrizione: *Et fama fallax, fallunt et oculi*. Per la raffigurazione inserita nella cornice centrale posta alla base è fatta infine una scelta apparentemente strana per introdurre un lavoro giuridico. A ben guardare è però un segnale inequivoco che i nuovi linguaggi non sono confinati più nei libri di astronomia, medicina, anatomia, fisica o chimica, ma sono pronti a investire il diritto, prima ancora che la storia naturale, l'antropologia e la geografia del mondo. Viene preso in prestito infatti l'immaginario scientifico con i suoi metodi sperimentali. Nel chiuso ambiente di una stanza, si offre la scena affollata di un'autopsia sormontata dal motto *Nusquam tuta fides*, il grido di Didone tradita (31). Ancora una volta, un richiamo a non cadere in una facile credulità, a non affidarsi ad autorità lontane, ma a sottoporre il giudizio a « sensate esperienze » e a prove e dimostrazioni più certe, discusse e soggette a possibili confutazioni. Il raffinato repertorio allegorico e l'operazione chirurgica descritta, trasformata quasi in un emblema, in un solo colpo d'occhio, con la forza dell'unione di parole e immagini e senza rinunciare all'enigma, riescono a sintetizzare l'intero contenuto del volume e a tradurre e comunicare all'osservatore non troppo casuale « l'intuizione creativa e la piegatura ideologica della trattazione » (32).

Nel confronto con un orizzonte in cui il cartesianesimo conduceva ad esaltare l'intelletto e a dubitare o trascurare, in quanto confuso e ingannevole, il fondamentale contributo dell'attività sensoriale e a infrangere, così, l'antico ideale dell'unitarietà del soggetto, con poche battute introduttive, rivolgendosi al nuovo lettore, Stryk chiarisce la sua differente preferenza. Quasi a gettar luce sulla « porta » barocca che con il suo codice iconografico dà accesso al volume e a voler chiamare in causa i nuovi modelli, afferma infatti: « Certe nihil frustraneum in hominem voluit Natura. Omnia sociali nexu adeo sibi iuncta, ut ne minimum abesse queat commode.

(31) Eneide, 4, 373.

(32) F. Cantù, *Un viaggio tra le immagini della cultura moderna. Per un'introduzione alla lettura*, in G. Palumbo, *Le porte della storia. L'Età Moderna attraverso antiporte e frontespizi figurati*, Roma, Viella, 2012, p. X.

Praecipuum ratio ac intellectus est » (33). La conoscenza dell'uomo non è dunque circoscrivibile al sensibile, ma — dichiara il giurista — è impossibile negare l'imprescindibile valore strumentale che la natura ha voluto assegnare ai sensi (34). La spiegazione che fornisce del processo conoscitivo umano, con la sua piena e a un tempo prudente approvazione della percezione dei sensi, sembra conservare aspetti e dottrine elaborate dalla tradizione aristotelica, principalmente dalla linea tomista, e, allo stesso tempo, accogliere il nuovo approccio dell'epistemologia empiristica, ma si ferma quasi sulla soglia (35). Seppure più ampiamente sviluppata nel nuovo proemio, la sua non è una disinteressata speculazione, è piuttosto ciò che gli permette di dare voce ad una analogia e di organizzare il tema intorno al diritto, centro gravitazionale dei suoi sforzi. Con uno sguardo rivolto in particolare alla scena del processo e con una mentalità che, nonostante la circolazione di nuove istanze e paradigmi teorici, si rifiuta ancora di definire il ruolo del giurista nei limiti angusti di una « tecnica » dai termini rigorosamente logico-dimostrativi, ritiene infatti che la dipendenza iniziale del diritto dall'esperienza diretta e viva dei sensi trovi conferma nel nesso stringente che questo intrattiene con il fatto (36). Per il suo accertamento e per fissare punti solidi di interpretazione e di valutazione dell'azione umana, tanto nella raccolta quanto nell'esame dei materiali, delle testimonianze e delle tracce che documentano ciò che è successo, nei delitti come nel conoscere dei contratti, il giudice deve aspirare alla verità del discorso, ed è, perciò, inevitabilmente costretto a rivolgersi all'accurato scrutinio dei sensi, propri e altrui.

Poste queste premesse, non stupisce dunque che Stryk, così interessato alla finalità operativa del sapere giuridico, al continuo e quotidiano operare della giurisprudenza, e alle sorprese e le anoma-

---

(33) S. Stryk, *Praefatio ad lectorem*, in *De iure sensuum*, ed. cit.

(34) Ivi: « Ad hunc vero, ut pateret aditus, sensuum concessit ministerium, quo negotia inter homines occurentia, infallibili subsidio, Intellectui dijudicanda sisterentur ».

(35) Sull'impatto della « nuova scienza » in particolare nel contesto della scolastica spagnola si veda il quadro di recente tracciato da J.M. Gómez París, *Chapter 21 Scholastics and novatores*, in *A Companion to the Spanish Scholastics*, a cura di H.E. Braun, E. De Bom, P. Astorri, Leiden, The Netherlands, Brill, 2021, pp. 559-584.

(36) Ivi: « Naturam uti in plerisque aliis, ita quoque in sensuum ratione habenda, imitatur Iurisprudentia ».

lie che le pratiche nel bel mezzo di un intricato itinerario interpretativo potevano offrire, includa nella nuova edizione altre due *speciales* disputazioni, a intervallo delle originarie dedicate ai cinque sensi esterni e riproposte — come dichiara — senza alcuna variazione. Il focus cade ora sugli *status* umani diversificati anche per alcune forme specifiche di invalidità, nonché sul fitto reticolo di azioni, interazioni, conflitti, solidarietà mediati da schemi comportamentali e modelli comunicativi socialmente condivisi. Il nuovo oggetto di studio sono in particolare i soggetti affetti da cecità e sordità — a voler forzare le tinte, due tra le più antiche « minoranze » —, la loro condizione e le loro straordinarie sfide linguistiche e giuridiche.

Ogni nuova lettura chiama a un passaggio ulteriore, con l'inclusione di nuovi percorsi o a integrazione dei vecchi. Ad ampliamento e completamento dell'opera, infine, assumendo dai *Physici* la tradizionale classificazione mutuata da Tommaso e vulgata e ricomposta in grandi sintesi dalla Scolastica cinquecentesca e seicentesca (37), ne ha raccolte altre tre riguardanti i c.d. sensi interni, o almeno i soli tra essi che, a suo avviso, si prestavano ad un'utilissima indagine giuridica. A venire in considerazione nei nuovi testi è la memoria, « Phantasiae famula ac ministra primaria », capace di trattenere e restituire all'uomo ciò che con la sensibilità esterna ha percepito (o al contrario di lasciare spazio al suo rovescio, ovvero l'oblio (38)), e la facoltà cogitativa, decisiva per la produzione di pensieri, come detto, affatto estranei alle più genuine operazioni giudiziarie (39).

Dal sommario prospetto, il lavoro così composto, nato dalla fruttuosa solidarietà tra docente e discenti e dalla composizione di fonti diverse, non lascia ormai nulla a desiderare nel suo genere. In un compendio di temi suscettibili di una recitazione complessivamente chiara e ben comprensibile, (in un contesto dato) riesce

---

(37) I sensi interni, secondo il modello tomistico, sono quattro: il senso comune, la facoltà immaginativa (la fantasia), e, più nobili, la facoltà estimativa e la memoria. Cfr. TOMMASO D'AQUINO, *Somma Teologica*, I, q. 78, a. 4.

(38) All'oblio è interamente dedicata una delle tre dissertazioni finali: S. STRYK, *Dissert. IX. De jure oblivionis*.

(39) S. STRYK, *Praefatio ad lectorem*, in *De iure sensuum*, ed. cit.

infatti a dare rilievo e contenuto giuridico a ciò che oggi saremmo tentati di descrivere come un inestricabile groviglio: la *scientia sensualis*.

3. *Il mondo delle cose sensibili.*

Nel 1671, sotto la restaurata monarchia degli Stuart, Heinrich Oldenburg (40) — letterato tedesco, nato a Brema ed educato nella locale accademia riformata, ma integratosi definitivamente in Inghilterra sin da quando, negli anni di Cromwell, è incaricato di negoziare il rispetto della neutralità della città anseatica durante la prima guerra anglo-olandese (1652-1654) — è, da quasi un decennio, il primo Segretario della *Royal Society* di Londra. La giovane società, riconosciuta e patrocinata con convinzione da Carlo II nel 1662 (41), era nata qualche tempo prima (1660) per iniziativa personale dei c.d. *virtuosi*, a « genteel and amateur scientific community » (42). Il gruppo di influenti e benestanti intellettuali-scienziati-filosofi, nella pur perdurante commistione di saperi eterogenei e non estranei a interessi alchemici ed ermetici, erano determinati a condividere, almeno nelle dichiarazioni di metodo (o di intenti), sotto il motto *Nullius in verba* — in linea dunque con l'architettura ereditata dallo sperimentalismo di Bacone —, lo scetticismo nei confronti delle autorità tradizionali e a promuovere il progresso delle nuove conoscenze scientifiche.

Con la sua prodigiosa rete di contatti, filata con cura anno dopo anno anche grazie ai suoi tanti viaggi, Oldenburg è inoltre attivissimo redattore delle *Philosophical Transactions*, la rivista scientifica da lui fondata nel 1665. Destinato a diventare nel corso del Settecento l'organo ufficiale della Società, il periodico, in questi

---

(40) M.B. HALL, *Henry Oldenburg: Shaping the Royal Society*, Oxford University Press, 2002; EAD., *Oldenburg, Henry, (c. 1619-1677)*, in *Oxford Dictionary of National Biography*, Oxford University Press, 2004.

(41) Cfr. M.A. PETERS, T. BESLEY, *The Royal Society, the making of 'science' and the social history of truth*, in « Educational Philosophy and Theory », LI (2019), 3, pp. 227-232.

(42) D. ATKINSON, *Scientific Discourse in Sociohistorical Context, The Philosophical Transactions of the Royal Society of London, 1675-1975*, Mahwah, NJ, Lawrence Erlbaum, 1999, p. 28.

anni, si limita ancora solo ad affiancarne, in un proficuo scambio, le attività. Se la *Royal Society of London*, secondo il nome ufficiale, è pensata *for Improving Natural Knowledge*, la rivista di Oldenburg mira invece a divenire, come recita la seconda parte della sua intestazione, un agile strumento di diffusione delle nuove idee scientifiche: *Giving Some Account of the Present Undertakings, Studies, and Labours, of the Ingenious in Many Considerable Parts of the World*. Il suo ideatore, sostenuto da una eccezionale operosità e aiutato da indubbie capacità linguistiche (utilizza l'inglese, l'olandese, francese, tedesco, italiano e latino in modo quasi intercambiabile), pubblica dunque in questa sede estratti di lettere, recensioni e riassunti di libri, istruzioni di viaggio e resoconti di scoperte, osservazioni ed esperimenti che, attraverso i suoi tanti canali di comunicazione, gli provengono dal brulicante mondo della filosofia naturale del Seicento, un mondo in cui filosofia e scienze naturali formano ancora un'unità organica e indissolubile.

È così che a principio di agosto, dalla capitale inglese, lo ritroviamo a scrivere a un suo corrispondente. Con lui si scusa per non avergli fatto conoscere la sua opinione in merito ai quesiti che gli aveva posto in una lettera passata e promette di rimediare, con una più meditata riflessione, al più presto in una futura missiva. Nel frattempo però, insieme ad alcune altre brevi comunicazioni, gli chiede un consiglio di lettura. Come spesso accade nei suoi numerosissimi scambi epistolari, la preghiera è quella di inviargli i testi che gli indicava qualora li avesse considerati meritevoli; in cambio, da parte sua, vi era l'impegno di ripagarlo con la spedizione dall'Inghilterra di nuovi autori (43).

Il destinatario, che di lì a qualche anno diventerà un suo caro amico — a conferma del fatto che i legami personali « apparentemente accidentali » sono in realtà « basati su casualità socialmente costruite di incontri e di frequentazioni comuni » (44) e sull'affinità

(43) La lettera del 5 agosto si legge in latino in *Der Briefwechsel von Gottfried Wilhelm Leibniz mit Mathematikern*, ed. C. J. Gerhardt, Berlin, Mayer & Müller, I, 1899, pp. 66-67. La corrispondenza si legge anche in inglese in *The Correspondence of Henry Oldenburg*, ed. e trad. A. Rupert Hall. M. Boas Hall, VIII, 1671-1672, Madison, Milwaukee, and London, 1971, p. 182.

(44) P. Bourdieu, *Homo academicus*, Bari, Edizioni Dedalo, 2013, p. 39.

di *habitus* —, è un suo giovane brillante compatriota, un lettore informatissimo i cui interessi, alimentati da una vocazione pansofica e da ambizioni universalistiche, riflettono le infinite pieghe del sapere: Gottfried Wilhelm von Leibniz (45).

Con il giovanissimo genio sassone condivide alcune fondamentali vedute culturali. Su di entrambi aveva influito « la tradizione post-ramista della Germania nordoccidentale » (46) ed entrambi aspirano, per dirla con Leibniz, con evidenti echi agostiniani, non a « riempire i bagagli di libri pieni solo di vento », ma a « realizzare, per quanto possibile, qualcosa di utile mediante essi » (47).

Probabilmente, le informazioni richieste non servono questa volta a Oldenburg per il suo « notiziario », giacché non riguardano attività sperimentali, ma due libri giuridici, come lo stesso li definisce, appena editi, di cui ha tratto notizie dalle pagine del nuovissimo *Catalogus* delle fiere di Francoforte. La *Philosophical Transactions*, a differenza del « cugino francese » *Journal des Sçavans*, non segnala di norma testi di diritto (48). È dunque più verosimile che da instancabile frequentatore di biblioteche e da bibliofilo che riceve, scambia, compra e fa comprare libri all'interno di una ragnatela sorprendente di conoscenze, l'iniziativa si inscriva nella sua continua e

---

(45) Sulla corrispondenza tra Oldenburg e Leibniz, iniziata nell'estate del 1670 quando Leibniz prende per la prima volta contatto con Oldenburg, e la loro amicizia destinata a crescere grazie al continuo confronto intellettuale tramite scambi epistolari e future frequentazioni — Oldenburg introdurrà Leibniz nei circoli filosofici inglesi —, cfr. N. Malcolm, *Leibniz, Oldenburg, and Spinoza, in the Light of Leibniz's Letter to Oldenburg of 18/28 November 1676*, in « Studia Leibnitiana », 35 (2003), 2, pp. 225-43; M.R. Antognazza, *Leibniz. Una biografia intellettuale*, Milano, Hoepli, 2015, [Online-Version], cfr. in particolare Parte I, capitolo II e cap. III.

(46) Ivi, Parte I, capitolo II. Su Petrus Ramus (1515-1572), la diffusione della sua autorità nei territori tedeschi, e il suo impatto anche nel mondo del diritto cfr. M. Stolleis, *Storia del diritto pubblico in Germania. I. Pubblicistica dell'impero e scienza di polizia 1600-1800*, Milano, Giuffrè, 2008, pp. 91-92; R. Ramis Barceló, *El derecho en el enciclopedismo del siglo XVI*, in « Revista de estudios histórico-jurídicos », XL (2018), pp. 423-441; Id., *Los márgenes de la Reforma, Petrus Ramus, el calvinismo y la autonomía del saber político*, in « Hispania Sacra », LXX (2018), 141, pp. 51-63.

(47) Antognazza, *Leibniz. Una biografia intellettuale*, cit., Parte I, capitolo II.

(48) D. Banks, *Creating a specialized discourse: the case of the* Philosophical Transactions, in « *Asp* » [En ligne], LVI (2009), URL: http://journals.openedition.org/asp/98.

insistente esplorazione del mercato librario alla ricerca meticolosa di testi che possano soddisfare la crescente attrazione della Repubblica delle lettere per l'*Orbis sensualium* (49).

I volumi da cui è rimasto attratto perché sembrano promettere una singolare trattazione sono il *De jure manium, seu de ritu, more, et legibus prisci funeris* di Jacobo Guther (50), un'opera che come altre seguiva la perturbante attitudine necrofila del secolo, e il *De iure sensuum* del nostro Samuel Stryk. La selezione è interessante perché, filtrando l'estro e la cupezza del Seicento europeo, quasi in un distillato ci restituisce l'intensa e poliedrica passione del tempo per il corpo e i « toni crudi della vita » (51). Una passione che, se altrove spingeva a ripensare radicalmente anche quello artificiale della comunità politica (52), qui è circoscritta al corpo naturale e alla sua dimensione giuridica: il cadavere, « corpo in sé », come lo concepisce ormai l'anatomia della scienza, e i sensi, potenti espressione del « corpo fuori di sé, aperto al mondo, proteso sulle cose » (53).

Con difficoltà, il letterato anglo-tedesco avrebbe potuto pensare a qualcuno più incline e più capace per un orientamento tecnico sul tema. Il giovane Leibniz non vanta solo una formazione giuri-

---

(49) Prendo a prestito il titolo della famosa « enciclopedia » illustrata per l'infanzia (*Orbis sensualium pictus*, Norimberga, 1658) con cui il suo autore, il pedagogo e pensatore pansofico moravo, Jan Amos Comenio, si prefiggeva di avvicinare al sapere utilizzando l'esperienza sensibile, prima fra tutte quella visiva, cfr. P. Rossi, *Clavis universalis. Arti della memoria e logica combinatoria da Lullo a Leibniz*, Bologna, il Mulino, p. 203 e ss. Prefigurano l'età nuova le affermazioni che si leggono nella prefazione dell'opera: « [...]. Dico et alta voce repeto, prostremum hoc reliquorum omnium esse fundamentum: quia nec agere nec loqui sapienter possumus, nisi prius omnia, quae agenda sunt et de quibus loquendum est, recte intelligamus. In intellectu autem nihil est; nisi prius fuerit in sensus [...] ». Oldenburg viene in contatto con Comenio tra il 1630 e il 1660. Antognazza, *Leibniz. Una biografia intellettuale*, cit., Parte I, capitolo II.

(50) J. Guther, *De jure manium, seu de ritu, more, et legibus prisci funeris*, sumptibus haered. Schürerianorum & Joh. Fritzschii, Lipsiae, 1671. Anche in questo caso si trattava di una nuova edizione, perché la prima pubblicazione è parigina e risale al 1615 (Parisiis, Sumptibus Nicolai Buon).

(51) J. Huizinga, *L'autunno del Medioevo*, introduzione di E. Garin, Firenze, Sansoni, 1966, pp. 3-8; 28-30.

(52) Inevitabile è in tal senso il riferimento a Hobbes che nei decenni appena precedenti aveva portato a termine e pubblicato il *De cive* (1642), il *Leviathan* (1651), il *De corpore* (1655), il *De homine* (1658).

(53) U. Galimberti, *Il corpo*, Milano, Feltrinelli, 2018, p. 120.

dica (54). In questi anni coltiva le riflessioni su questioni di logica, metafisica, fisica, etica, politica, e teologia che polarizzeranno gran parte delle sue energie per il resto della sua vita, segue il successo delle scienze naturali e meccaniche, e progetta anche per i paesi di lingua tedesca la creazione di una rivista semestrale finalizzata a recensire le nuove pubblicazioni (55), ma ha già anche lavorato con Hermann Andreas Lasser al riordinamento del diritto civile dell'Elettorato di Magonza ed è stato nominato assessore dell'Alta corte magontina. Sin nei suoi primi scritti, poi, insieme all'attenzione per la codificazione di una lingua artificiale e universale, chimera tipicamente cinque-seicentesca che condivide con Oldenburg (56), ha espresso la convinzione che al diritto si possa attribuire una struttura conoscitiva precisa e rigorosa come quella propria delle scienze della natura e delle scienze matematiche e ha dimostrato grande entusiasmo verso la ricerca di nuove vie di insegnamento e apprendimento delle discipline giuridiche. In vista di un metodo più rispettoso « degli ordini e delle forme della realtà fisica, sensibile e razio-

(54) Leibniz, dopo aver ottenuto il titolo di *magister philosophiae*, discutendo (e subito dopo pubblicando) lo *Specimen quaestionum philosophicarum ex jure collectarum* (1664), consegue il baccellierato in Giurisprudenza (1665) e il dottorato in filosofia con la *Dissertatio de arte combinatoria* (1666). Nel 1667 diventa *doctor juris* discutendo la *Dissertatio de casibus perplexis*, presentata (e pubblicata) l'anno prima. Nel 1671, che qui segnatamente ci interessa, è già autore della *Nova Methodus discendae docendaeque jurisprudentiae* (1667), e della *Ratio corporis iuris reconcinnandi* (1668), l'ambiziosa opera con cui si era riproposto di ridurre il *corpus iuris* in un compendio. Sulla formazione e gli scritti giovanili di interesse giuridico di Leibniz, cfr. C. VASOLI, *Enciclopedia, pansofismo, e riforma metodica del diritto nella "Nova Methodus" di Leibniz*, in « Quaderni fiorentini », II (1973), pp. 37-109; ID., *L'enciclopedismo del Seicento*, Napoli, Bibliopolis, 1978, pp. 74-88; B. PIERI, *Il giovane Leibniz e lo stato del diritto comune nella giurisprudenza del tempo*, in *Honos alit artes. Studi per il settantesimo compleanno di Mario Ascheri*, a cura di P. Maffei, G.M. Varanini, Firenze, University Press, 2014, III, *Il cammino delle idee dal medioevo all'antico regime. Diritto e cultura nell'esperienza europea*, pp. 363-374; ID., *Lo ius commune tra ipotesi giusnaturalistiche e tentativi di razionalizzazione. La proposta consolidativa di Leibniz*, in G.W. LEIBNIZ, *Saggio di questioni filosofiche estratte dalla giurisprudenza e Dissertazione sui casi perplessi in diritto*, a cura di A. Artosi, B. Pieri, G. Sartor, Torino, Giappichelli, 2016, pp. 29-48.

(55) ANTOGNAZZA, *Leibniz. Una biografia intellettuale*, cit., Parte I, capitolo II e cap. III.

(56) ROSSI, *Clavis universalis*, cit., p. 221 e ss.

nale » (57), si è dunque già profondamente interrogato sulla funzione del diritto, sul suo « uso giudiziario », e sull'« attitudine che i giudici dovevano tenere riguardo al diritto stesso », contro il rischio di una totale discrezionalità (58).

C'era da aspettarsi perciò, con riguardo in particolare al nostro tema, che potesse nutrire una speciale curiosità intorno ai « sensi », esterni e interni, quali possibili « strumenti » che, contro ogni arbitrio, rendevano accessibili alla mente umana quel sistema di nessi logici e leggi universali che stava indagando (59). Così come, era altresì possibile immaginare che avesse sfogliato con una certa sufficienza, se non aperta diffidenza, il nostro trattato e lo avesse subito accantonato. L'opera del resto dava sì l'occasione di una straordinaria visione della corporeità, ma lo faceva seguendo l'impostazione abbastanza tradizionale della tarda età del diritto comune. Senza adottare l'occhio formalizzante delle scienze naturali e matematiche, presupponeva infatti una divisione della giurisprudenza prevalentemente tratta *a concreto* o *ex facto*, secondo le più diverse qualificazioni fisiche ed etiche e non attraverso gli auspicati procedimenti e schemi generali e astratti (60).

Conoscere cosa pensi di un lavoro un lettore esperto, onesto e acuto, specie al di fuori dell'ufficialità e della cerimonialità della recensione, è sempre un gran privilegio, ma il parere di un simile ingegno, peraltro tanto intelligentemente « militante » nella società del suo tempo e sostanzialmente estraneo alle logiche disciplinari di impianto universitario — è banale ammetterlo — oggi come ieri, può significare molto di più: affidarsi nella propria scelta al suo insindacabile giudizio. Con un certo gusto del paradosso, possiamo però affermare che non corriamo un simile rischio. Non ci è dato infatti di leggere la sua risposta.

---

(57) VASOLI, *Enciclopedia, pansofismo*, cit., p. 48.

(58) PIERI, *Il giovane Leibniz*, cit., p. 369.

(59) Sulle qualità sensibili percepibili dalla mente, G.W. LEIBNIZ, *Nova Methodus Discendae Docendaeque Iurisprudentiae*, in *Philosophische Schriften*, Band 2: 1663-1672, VI, I, Herausgegeben von der Leibniz-Forschungsstelle der Universität Münster, Berlin, Akademie Verlag, 2012, pp. 285-287. Cfr. VASOLI, *Enciclopedia, pansofismo*, cit., pp. 55-62.

(60) LEIBNIZ, *Nova Methodus*, cit., pp. 297-299.

Sappiamo che in questi anni Leibniz ha notizia di Stryk, o almeno ne segnala la fama quando nel revisionare più tardi la sua *Nova Methodus*, nella parte in cui dedica un accurato spazio alle opere mnemotecniche, lo indica come celeberrimo, attribuendogli però la probabile paternità del *Chartiludium juridicum*, il mazzo di carte da gioco che era stato in realtà inventato nel secolo precedente dal francescano strasburghese Thomas Murner per facilitare l'apprendimento del diritto giustinianeo (61).

Non ci è noto comunque, se in questa occasione Leibniz — quando sono ancora di là da venire la grande trattazione di Stryk del Digesto secondo l'uso dei tempi « moderni », così come il suo riconosciuto impegno presso la nuova Università di Halle (62) — abbia espresso, in modo spontaneo e immediato, entusiasmo o al contrario scarso o nullo interesse per il suo insegnamento, e se, in particolare, in merito al trattato *De iure sensuum*, all'alternativa radicale e laconica di un *blast* o un *blessing*, abbia preferito un'argomentazione più approfondita, contraddistinta da osservazioni di metodo e dalla rilevazione di eventuali pregi e difetti.

La prima nuova lettera a Oldenburg che il carteggio conservato e pubblicato ci restituisce è infatti una dell'ottobre successivo e non fa alcuna menzione della richiesta: la missiva lascia però inten-

---

(61) Si vedano in questo caso le aggiunte recate nella revisione, cfr. ivi, p. 276. Sulla datazione della revisione vedi G. GRUA, *G.W. Leibniz, Textes inédits*, Paris, Presses universitaires de France, 1948, II, p. 704. Sul francescano Thomas Murner, laureato in teologia e giurisprudenza, che, promotore di un nuovo concetto didattico (« Solvite problema ludentes »), ebbe una certa fortuna all'inizio del XVI secolo come maestro di mnemotecnica, e sul suo *Chartiludium Institute summarie*, cfr. A. ERLER, *Thomas Murner als Jurist*, Frankfurt a. M., Vittorio Klostermann, 1956; C. ALBERICI, *Un mazzo di carte istruttivo tedesco per insegnare le Istituzioni di Giustiniano*, in « Rassegna di Studi e di notizie », I (1974), 2, pp. 37-60; J. PAUSER, *"Welch Frevel! Jetzt erscheinen die kaiserlichen Edikte gar noch als Spielkarten". — Thomas Murners juristisches Lehrkartenspiel über die "Institutionen" Justinians*, in « Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte », XVIII (1996), pp. 196-225; F.J. WORSTBROCK, *Murner, Thomas*, in *Deutscher Humanismus 1480-1520. Verfasserlexikon*, Bd. 2, Lieferung 2, Berlin-New York, De Gruyter, 2013, pp. 300-368.

(62) S. STRYK, *Specimen usus modernus pandectarum*, I, Frankfurt/Oder, 1690; II, Halle, 1694; III, Halle, 1709; IV-V, Halle, 1712 (a cura di Johann Samuel Stryk).

dere che tra i due ci si siano state nel frattempo altre comunicazioni e chissà forse anche alcune spedizioni di libri (63).

La lacuna di questa storia non può essere colmata nemmeno tentando di trovare qualche indizio in quel che rimane della ricca biblioteca personale del segretario della *Royal Society* (64). Sebbene il dato di per sé non sia particolarmente decisivo a escludere che Oldenburg abbia mai ricevuto copia dei libri in questione (come detto, era un gestore attivo della propria collezione libraria, per dono o vendita era solito cedere i volumi di cui non sentiva più il bisogno, e, come prova la consistenza del fondo, sono pochi i libri di interesse giuridico che trattiene), si deve constatare che in nessuno dei tre elenchi editi è indicato il volume del professore dell'università viadrina, e anche se a noi interessa solo per la sua sorte occasionalmente intrecciata a quest'ultimo, non vi è alcun riferimento nemmeno al testo di Guther (65).

Gli archivi, continuamente distrutti e ricostruiti, richiedono allo storico uno sforzo interpretativo e narrativo che faccia parlare tanto i « pieni » quanto i « vuoti ». Resta certo la domanda: quale sarà stato il giudizio di Leibniz? Ma a prescindere dalla risposta, il nostro carteggio incompleto è in grado di spalancarci una finestra sulle grandi nuove epistemi che, per gli straordinari successi delle scienze fisico-naturali, informano la storia europea del Seicento e che, come un'onda, investono e trasformano anche il sapere dei giuristi coevi.

I protagonisti eccellenti (diretti e indiretti) di questo colloquio a distanza, Leibniz e Stryk, come molti loro contemporanei, si

---

(63) Il carteggio in effetti restituisce anche una seconda lettera del 28 settembre diretta da Oldenburg a Leibniz con cui il segretario della *Royal Society*, come anticipato nella precedente missiva, offre delle osservazioni alle questioni scientifiche che gli erano state poste dal suo interlocutore; cfr. *Der Briefwechsel von Gottfried Wilhelm Leibniz mit Mathematikern*, cit., pp. 67-69; *The Correspondence of Henry Oldenburg*, cit., pp. 277-278. A questa segue la lettera di Leibniz del 15 ottobre 1671, che però come detto non fa alcuna menzione dei libri, cfr. *Der Briefwechsel von Gottfried Wilhelm Leibniz mit Mathematikern*, cit., pp. 69-73; *The Correspondence of Henry Oldenburg*, cit., pp. 292-295.

(64) N. Malcolm, *The Library of Henry Oldenburg*, in « The Electronic British Library Journal », 2005.

(65) Ivi, pp. 20-55.

trovano « a misurarsi con situazioni e casi del tutto nuovi e irriducibili ai canoni giustinianei » e, in un quadro che vede ormai erodersi l'antica unità dell'istruzione giuridica, avvertono l'esigenza di un ripensamento della dottrina e della « sua adeguazione metodica ai bisogni di una società già profondamente mutata » (66). In un contesto simile a quello che aveva indotto medici, fisici, matematici e filosofi della natura a coltivare « propositi riformatori », alla « ricerca di un ordine e di una certezza difficilmente raggiungibili », hanno ormai ampliato la portata dei loro scritti e si aprono verso una concezione complessa e articolata del metodo scientifico e del ragionamento giuridico (67). Ora confrontandosi con la costruzione di un linguaggio rigoroso e compiendo una revisione sistematica del problema della scienza giuridica, ora rivolgendosi all'esperienza dei sensi e recuperando i dati empirici presenti in dottrina e giurisprudenza, seguono gli itinerari vasti e curiosi della cultura barocca e si avviano così, con gli esiti più vari, a chiudere una tradizione secolare traghettandola con grande forza in una nuova stagione.

4. Crambem eandem recoquere certe taediosum est...

« Riscaldare lo stesso cavolo è certamente noioso e non costituisce prova di erudizione », insegna agli studenti, rivisitando il proverbio greco reso celebre da Erasmo nei suoi *Adagia* (68), l'allievo di Stryk, Justus Henning Böhmer (69). Divenuto, al fianco del suo mentore, nei primi anni del XVIII, professore straordinario di diritto nella università fridericiana di Halle, si propone di addestrare all'*ars disputatoria* e di fornire un metodo per la redazione delle dissertazioni. In uno scritto rivolto alle giovani leve del diritto

(66) VASOLI, *Enciclopedia, pansofismo*, cit., p. 70.

(67) Ivi, pp. 70-71. Cfr. I. BIROCCHI, *Alla ricerca dell'ordine. Fonti e cultura giuridica nell'età moderna*, Torino, Giappichelli, 2002, p. 64 e ss.

(68) ERASMO DA ROTTERDAM, *Adagia*, Basileae, apud Joannem Frobenium, 1518, XXXVIII: « Crambe bis posita mors », p. 137.

(69) Su Böhmer (1674-1749), destinato a diventare, con il suo *Jus ecclesiasticum protestantium*, uno dei più notevoli canonisti del suo tempo, H. LIERMANN, *Böhmer, Justus Henning*, in « Neue Deutsche Biographie », 2 (1955), p. 392 [Online-Version]; P. LANDAU, *Justus Henning Böhmer*, in *Juristen. Ein biographisches Lexikon*, a cura di M. Stolleis, München, C. H. Beck, 1995.

raccoglie perciò una serie di consigli e istruzioni e predispone sintetici e aggiornati inventari di temi. Tra i vari avvertimenti, ricorda che scegliere di approfondire una materia « volgare », ovvero comune e ordinaria, è generalmente segno di candidati pigri (70). Lo *Studiosus Iuris* deve certamente stare attento a non impelagarsi con argomenti *de lana caprina*, e deve perciò dare prova di assumere ad oggetto della propria discussione qualcosa di interessante e non superfluo, e che preferibilmente, in via diretta o indiretta, non si esaurisca in una questione di nuda teoria ma abbia una qualche incidenza nella prassi (71). È auspicabile tuttavia che si orienti, con prudenza e accortezza, su qualche controversia che sia stata trattata poco o non abbastanza dagli altri (72). Fermo ciò, — afferma il professore tedesco — nulla esclude che, dietro parere del proprio *Praeses*, sia pur sempre possibile optare per temi più noti e dibattuti. Del resto, anche questi — osserva — come accade per tutte le questioni probabili, tanto numerose specie nel mondo giuridico, si possono prestare ragionevolmente e utilmente a nuove disquisizioni (73).

Non vi è dubbio però che il suo illustrissimo maestro sia un ineguagliabile modello di originalità, interessato come è a inquadrare attraverso le categorie giuridiche, con precisione, metodo, e serrata logica argomentativa, *materiae rariores, minimique vulgares* (74). La sua produzione scientifica — una produzione che ormai al principio del nuovo secolo può essere contenuta a stento in uno scaffale di biblioteca e che come detto trova nelle dissertazioni la sede privilegiata — riflette il dinamismo e i travagli della società coeva. Nel recepirne esigenze pratico-forensi, contraddizioni, suggestioni e propositi teorici, ambisce a ricercare le risposte nella

---

(70) Sul punto, cfr. anche la prefazione di C.L. Dietherr von Anwanden al *Thesaurus practicus Christophori Besoldi*, Norimbergae, Sumptibus Johannis Andreae Endteri, 1666.

(71) J. Henning Böhmer, *Succincta manuductio ad methodum disputandi et conscribendi disputationes juridicas*, Halle, Orphanotropheum, 1703, pp. 14-15, pp. 72-75. Sul punto si veda anche S. Stryk, *Interesse controversiarum iuris in foro*, Halle, Acad. Typograf., 1697.

(72) Ivi, p. 53 e ss.

(73) Ivi, pp. 75-76.

(74) Ivi, p. 77.

trama — confusa e disordinata per l'osservatore odierno — di statuti particolari, consuetudini territoriali, legislazione imperiale, interpretazioni medievali ed esegesi umanistiche che nell'area germanica è cresciuta intorno all'asse centrale dell'antico *ius romanum* (75).

Vediamo dunque, su tali basi, cosa ci dice Stryk quando, appena all'inizio di questo rigoglio di creatività, da giovanissimo accademico, ma già interprete acuto della stagione nuova, decide di indagare, in accordo con lo spirito dei tempi, l'affidabilità/attendibilità del *sensorium* e di studiarne sul piano giuridico gli effetti.

La sua disamina, come abbiamo già avuto modo di vedere, e come lo stesso chiarisce più diffusamente nel proemio inserito nella nuova edizione del trattato *De iure sensuum*, muove dal fondamentale presupposto scolastico: « nihil est in intellectu quod prius non fuerit in sensu » (76). Concependoli come potenti « veicoli », « satelliti del corpo umano, suoi nunzi ed esploratori » — secondo l'efficace immagine mediata dal giurista napoletano seicentesco Camillo Borelli (77) —, disposti e ordinati da Dio in modo tale da essere ricettacolo di quanto succede nel mondo esterno, spiega che i cinque sensi corporali svolgono un ruolo essenziale. Senza la loro trasmissione, l'intelletto non sarebbe infatti in grado di conoscere, ed è grazie ad essi che nella mente umana si imprimono le arti, la cultura letteraria, e ogni genere di sapere, non meno che i *divina ac humana jura*.

Nella percezione sensoriale esterna — precisa però Stryk — l'uomo non differisce molto dall'animale, dal momento che anche una fiera è capace di fare un'esperienza diretta e viva della realtà. Quanto più perciò ci si abbandona agli stimoli dei sensi, tanto più si è prossimi al consorzio delle belve. È solo infatti nell'esercizio della

---

(75) Per entrare nel vivo del laboratorio giuridico seicentesco e in particolare su questa rielaborazione razionalistica e storicizzante del diritto romano che mostra da una parte la continuità del diritto comune in Europa, e dall'altra la sua graduale sostituzione con il *ius patrium* cfr. BIROCCHI, *Alla ricerca dell'ordine*, cit., p. 51 e ss. Più specificamente con riguardo all'area tedesca e al contributo di Stryk cfr. ivi, p. 63 e ss.

(76) S. STRYK, *Prooemium, De sensibus in genere*, in *De iure sensuum*, ed. cit., p. 2.

(77) C. BORELLI, *De magistratuum edictis tractatus*, Venetiis, Apud Iuntas, 1620, Lib. I, cap. XIV, n. 39, f. 47v.

facoltà raziocinante che l'uomo supera in ogni misura ogni essere bruto. Al nostro giurista non interessa, come accade ai filosofi del secolo — ad esempio a Descartes e poi a John Locke —, indagare se tra natura umana e ferina ci sia una differenza di grado o quantità, o piuttosto di genere e qualità (78). Importante è per lui asserire che per penetrare nella vera conoscenza e pervenire a una corretta interpretazione della realtà, in linea con la tradizione aristotelica, non bastino gli organi sensori, né l'anima senziente — che si hanno del resto in comune con gli animali — ma sia necessaria la disposizione della retta ragione (79).

Con tale prospettiva e cautela, prima di passare alla discussione delle difficoltà, dei dubbi e dei casi perplessi che nell'orizzonte del diritto riguardavano il modo di intendere i singoli sensi, le loro prestazioni e corrispondenze normative, la sua analisi prende dunque preliminarmente avvio dalla illustrazione di alcune questioni più generali che, nella continua circolarità tra pratica e teoria, implicavano una generale « capacità di sentire ».

Con pochi cenni ci guida così in un primo affresco di professioni e attività giuridiche che presuppongono il pieno dominio delle facoltà sensitive.

Mettendo da parte, sin da subito, il saldo ormeggio del diritto romano, indica innanzitutto il caso del notaio, dal Medioevo protagonista essenziale della vita civile europea. La fonte dalla quale inizia la sua riflessione è un'ordinanza imperiale del 1512 che esplicitamente, a pena di falso, proibiva a questo importante operatore del

---

(78) Su come muti tra Cinquecento e Seicento, nel passaggio dall'orizzonte della scolastica a quello del giusnaturalismo, il modo di tracciare il confine tra natura umana e natura animale, cfr. P. Harrison, *Descartes on Animals*, in « The Philosophical Quarterly », XLII (1992), 167, pp. 219-227; A. Besussi, *La gerarchia delle creature in Locke. Osservazioni e problemi*, in « Il Politico », LV (1990), 2, pp. 275-292. In particolare, su quanto questo processo sia decisivo per la definizione del primo spazio politico moderno, sono interessanti le osservazioni in merito al mondo protestante di A.S. Brett, *Changes of State. Nature and the Limits of the City in Early Modern Natural Law*, Princeton, Princeton University Press, 2011; Ead., *Rights of and over Animals in the Ius Naturae et Gentium (Sixteenth and Seventeenth Centuries*¸ in « AJIL Unbound », 111 (2017), pp. 257-261, ora anche in *Studies in Global Animal Law*, a cura di A. Peters, Berlin, Springer, 2020, pp. 17-24.

(79) Stryk, *Prooemium, De sensibus in genere*, cit., pp. 3-5.

diritto di formalizzare negli atti pubblici del suo ministero ciò che non avesse acquisito con i propri sensi corporei (*leiblichen Sinnen*) (80). A commento della disposizione occorreva però aggiungere qualche chiarimento: per garantire la veridicità dei fatti e delle circostanze che si erano verificate in sua presenza, al notaio servivano certamente la vista e l'udito. Nell'atto di mutuo, a voler proporre un'ipotesi concreta, per la sua natura reale, avrebbe dovuto quindi certificare tramite essi che dinnanzi a lui era avvenuta la consegna della *numerata pecunia*. Di contro però, come confermava la norma allegata, era possibile affermare, che, quando erano chiamati in causa il gusto, il tatto e l'olfatto, questi non fosse sempre tenuto a farne esperienza personale e che potesse, senza detrimento della credibilità delle sue attestazioni, fare affidamento su testimoni che dichiarassero di aver provato, toccato o annusato. Così dunque, sarebbe stato valido il documento con cui il notaio certificava il perfezionamento di una vendita di vino sottoposta alla condizione della degustazione, qualora fosse stato il compratore ad assaggiare e approvare in sua presenza il prodotto. In questo tipo di contratto, importava del resto il gusto di chi comperava non del notaio, con la conseguenza, come volevano le pandette (D.18.1.34.5), che una volta prestato il suo beneplacito, la parte non avrebbe più potuto recedere (81).

Una considerazione massima di tutti i sensi si doveva poi avere nel campo davvero pervasivo della prova.

Il testimone, ad esempio, autorità eccellente nel processo, doveva rendere ragione di ciò che dichiarava, e per farlo, come insegnava un'autorevolissima dottrina che da Bartolo e Baldo arrivava sino a Filippo Decio e Lessius, doveva deporre solo su fatti appresi in prima persona. Accettata questa premessa — spiega Stryk — bisognava però sciogliere un cruciale dubbio: come era allora

---

(80) Su questa *Reichsnotariatsordnung* dell'imperatore Massimiliano I, in cui furono consolidati i principi della buona pratica notarile, cfr. M. SCHMOECKEL, *Die Reichsnotariatsordnung von 1512. Entstehung und Würdigung*, in *Handbuch zur Geschichte des deutschen Notariats seit der Reichsnotariatsordnung von 1512*, a cura di M. Schmoeckel, W. Schubert, Baden-Baden, Nomos Verlag, 2012, pp. 29-74.

(81) STRYK, *Prooemium, De sensibus in genere*, cit., pp. 7-9. La questione è più ampiamente ripresa e sviluppata nella dissertazione *De gustu*, in STRYK, *De iure sensuum*, cit., cap. II, p. 279 e ss.

possibile riferire su tutti i dati immateriali (*res omnes incorporales*) che non cadevano immediatamente sotto i sensi corporali? La teoria del *sensibile per accidens*, cara alla scolastica, veniva in soccorso per rispondere all'interrogativo: alcuni attributi delle cose erano conoscibili solo attraverso facoltà connesse ma diverse dai sensi esterni concretamente in esercizio. Valeva dunque per la giurisprudenza ciò che valeva per la fisica: il *dominium*, la *jurisdictio*, la *servitus*, lo *jus venandi*, così come il *furor*, o l'*ebrietas* — dunque i diritti e i rapporti di diritto, come pure le qualità, le specie, i modi e la quantità delle cose — erano oggetto di conoscenza dell'intelletto. Ai sensi esterni, invece, tutto ciò era accessibile non *per se*, ma solo accidentalmente (*ex accidenti*), cioè a dire per la materialità degli effetti da soppesare in rapporto alla specifica causa (*ex effectu et exercitio de causa*). Al teste perciò doveva credersi solo se avesse avuto una percezione materiale di questi ultimi dati (82).

Riflessioni analoghe potevano farsi anche con riguardo al giuramento suppletorio. Come noto, il suo scopo nel giudizio era quello di completare o integrare il materiale probatorio. Ma come avrebbe dovuto scegliere il giudice la parte alla quale deferirlo? Stryk difende senza alcuna titubanza l'opinione di quanti ritenevano che questo mezzo di prova dovesse essere prestato da chi potesse vantare sui fatti della causa rimasti controversi una conoscenza *ex sensu corporeo*. Se poi tanto l'attore quanto il convenuto si fossero ritrovati in una simile situazione, la decisione del magistrato si sarebbe dovuta orientare sulla cognizione più sicura (*certior scientia attendenda*), ovvero quella più diretta. A colui che dichiarava di avere notizia del fatto per averlo ascoltato *de relato* o per fama, doveva infatti essere preferito chi rivendicava un'esperienza immediata perché ad esempio aveva personalmente visto o toccato (83). Nessun spazio, nonostante alcune pareri contrari, doveva comunque essere lasciato alla possibilità di deferire il giuramento alla parte che era pronta a pronunciarsi solo sulla base di fragili convinzioni

(82) STRYK, *Prooemium, De sensibus in genere*, cit., pp. 9-11.

(83) Sulla validità della testimonianza *de relato* nel diritto canonico e nel diritto civile, cfr. A. BASSANI, *Sapere e credere. Parte prima. La veritas del testimone de auditu alieno dall'alto medioevo al diritto comune*, Milano, Giuffrè, 2012; EAD., *Udire e provare: i testimoni de auditu alieno nel processo di diritto comune*, Milano, Giuffrè, 2017.

personali (*super credulitate*), avvalorate da un mero grado di probabilità.

A più forte ragione, andava infine rimarcato su queste basi il ruolo del giudice. Muovendo dall'implicita premessa che la giurisprudenza fosse conoscenza reale (della realtà temporali e umane) e che, conseguentemente, il giudizio fosse il frutto di una approfondita investigazione, il professore tedesco spiega che il modo di procedere del magistrato dovesse essere di tipo dimostrativo secondo l'accezione aristotelica. Per valutare i dati dedotti e deducibili nel corso del processo, si trattava cioè di confidare nelle innate facoltà umane, sensoriali e intellettuali, e saper ben coniugare evidenza e ragione. La salvaguardia di questo duplice ancoraggio doveva perseguirsi nelle cause civili, e massimamente in quelle criminali, rispetto alle quali ancora più forte doveva essere lo sforzo di trovare spiegazioni soddisfacenti: *debet enim judex in delictis subtilis esse investigator*. Pertanto, ad esempio, per apprezzare la verosimiglianza degli indizi, indispensabili per poter legittimamente avviare l'inquisizione o disporre la tortura, il magistrato non doveva solo applicare a queste più remote risultanze un rigoroso ragionamento inferenziale, ma doveva tenere fermo l'alto valore dei sensi. Per valutarne l'attendibilità occorreva dunque appurare si trattasse di circostanze fattuali che fossero fondate almeno su più testimonianze concordi da parte di chi adduceva non mere ipotesi o congetture, ma piuttosto la propria chiara esperienza (84).

Infine, in anni in cui la caccia alle streghe non solo è ancora ben lontana dallo scomparire dalla scena culturale europea per rifugiarsi sul piano del grottesco e delle stravaganze, ma conosce al contrario proporzioni inedite e tinte particolarmente sanguinarie specie nei territori dell'Impero (85), Stryk polemizza contro una

(84) STRYK, *Prooemium, De sensibus in genere*, cit., pp. 11-12.

(85) Sulla diffusione di tale fenomeno nell'area germanica, di recente M.R. DI SIMONE, *I giuristi e le streghe: dalla Constitutio Criminalis Carolina alla Constitutio Criminalis Theresiana*, in *Dalla magia alla stregoneria. Cambiamenti sociali e culturali e la caccia alle streghe*, a cura di A. Ciattini, Napoli, La città del sole, 2018, pp. 107-140; EAD., *Il crimen magiae nelle fonti normative austriache*, in *Honos alit artes*, cit., IV, *L'età moderna e contemporanea. Giuristi e istituzioni tra Europa e America*, pp. 207-216; EAD., *Le donne e il crimen magiae. Il dibattito tedesco sulla prova dell'acqua tra XVI e XVII secolo*, in « Historia et Ius », XX (2021), paper 9.

facile persecuzione del *crimen magiae*. Non si trattava di non credere a chi rivendicava i portenti della propria magia ottenuta attraverso il patto con il diavolo, né di negare che, con il permesso celeste (*ex permissione divina*), l'azione demoniaca delle streghe potesse nuocere realmente, ma di riconoscere che talvolta Satana si limitasse a illudere e a generare nelle menti delle malefiche la convinzione che un fatto realmente naturale fosse invece il frutto artificiale dei loro sortilegi. Per procedere con l'inquisizione speciale non bastava perciò una semplice confessione della donna. Il giudice, piuttosto, doveva preliminarmente constatare il corpo del reato. Era necessario infatti che accertasse con i propri sensi, ed eventualmente giovandosi della perizia di medici ed esperti, che il crimine, le sue circostanze, i danni e le lesioni si fossero effettivamente verificati in modo corrispondente a quanto dichiarato dalla sospetta. La prassi era d'insegnamento: a fronte di presunti infanticidi confessati da streghe, un diligente interrogatorio dei genitori delle piccole vittime era in grado di mostrare quanto spesso l'evento fosse naturale e diretta conseguenza della salute cagionevole del bambino. Certamente non il risultato di arti diaboliche. Come prescritto più in generale dalla *Constitutio criminalis Carolina*, accurate domande, secondo un preciso campionario, dovevano perciò essere rivolte anche alla sospettata per riscontrare e vagliare la veridicità delle circostanze confessate (86).

In merito alla raccolta delle prove relative al *crimen magiae* e con riguardo agli elementi di giudizio che doveva ricavarne il giudice, restava per ultimo da notare che ancor un minor credito dovesse essere riservato alle deposizioni contro eventuali complici (87). Chi infatti — domandava il giurista — non era a cono-

(86) *Die Peinliche Gerichtsordnung Kaiser Karls Constitutio Criminalis Carolina*, Halle a. S., Verlag Buchhandlung des Waisenhauses, 1900, art. 54 e 60, pp. 29-32. Cfr. Stryk, *Prooemium, De sensibus in genere*, cit., pp. 13-14.

(87) Sull'elaborazione e l'applicazione dei criteri probatori riguardanti la c.d. testimonianza del complice nel processo romano-canonico e nella prassi di alcune corti dell'Europa moderna cfr. G. Chiodi, *Nel labirinto delle prove legali: la testimonianza del complice nel processo penale d'età moderna*, in « Rivista Internazionale di Diritto Comune », XXIV (2013), pp. 113-179; Id., *Ad praesumptionem o ad plenam fidem? Il valore probatorio della testimonianza del complice nel diritto canonico medievale*, in « Italian Review of Legal History », II (2017), pp. 1-37.

scenza dei molti casi di donne innocenti, inquisite e sottoposte a tortura per la sola ragione che qualche strega aveva affermato di averle viste con loro sul monte Brocken (Blocksberg) — la più alta e tenebrosa cima della catena dello Harz, sede per eccellenza dei sabba nella credenza popolare tedesca — impegnate in lascivi balli con il demonio?

Una volta di più, è importante dissipare ogni equivoco. Questa dimostrazione di sconcerto verso simili accuse e spargimenti di sangue, e di compassione e solidarietà alle imputate può essere letto solo in modo affrettato e parziale come un « luminoso » precorrimento. Il giovane Stryk non intendeva affatto « archiviare » come « fantasticherie ammuffite » i « prodigi simpatetici di Digby e Vallemont » e i « fenomeni notturni del Blocksberg » (88). Tali racconti non gli appaiono ancora come « insulsaggini » da cui mondare il pensiero (89) e il suo intervento non ha nulla dei toni estremi con cui Christian Thomasius, suo futuro collega ad Halle, già agli inizi del Settecento, contesterà radicalmente l'esistenza del delitto di magia e l'assurdità conseguente dei processi contro le streghe (90).

Lo studioso condivideva infatti con i principali rappresentanti della letteratura demonologica — e senza che nulla lasci trasparire in questa sua sostanziale adesione un prudente atteggiamento di facciata — che non era una banalità o una sciocchezza, né tantomeno da eretici credere che donne votate al diavolo, per mezzo di un magico trasporto aereo, si riunissero in suo onore e servizio. Certo, sforzandosi di conciliare le diverse e contradditorie voci dei giuristi e teologi, antichi e novissimi (Institor e Sprenger, Delrio, Paolo Grillandi, Fermosino Rodriguez, Benedikt Carpzov), ammetteva di

---

(88) I. KANT, *Ulteriori considerazioni sui terremoti avvertiti da qualche tempo*, in *Voltaire, Rousseau, Kant. Sulla catastrofe. L'Illuminismo e la filosofia del disastro*, introduzione e cura di A. Tagliapietra, Milano, Mondadori, 2004, p. 99.

(89) *Ibidem*.

(90) C. THOMASIUS, *De crimine magiae*, in ID., *Dissertationum academicarum varii imprimis iuridici argumenti*, II, Halae Magderburgicae, Impensis viduae gebaveri et filii, 1774, II, p. 701 e ss. Al *De crimine magiae* (1701), farà seguito la *Disputatio juris canonici de origine ac progressu processus inquisitorii contra sagas* (1712). Tali opere erano state precedute da due scritti contro il crimine di eresia: il *De iure principiis circa haereticos* e l'*An haeresis sit crimen*, entrambi del 1697. Cfr. M.A. CATTANEO, *Delitto e pena nel pensiero di Christian Thomasius*, Milano, Giuffrè, 1976, p. 130 e ss.

essere più propenso a ritenere che la partecipazione a simili convegni avvenisse con le anime, e non con i corpi e che l'evento avesse perciò una natura spirituale. In ogni caso, come insegnava la tradizione, dal punto di vista giuridico ciò che contava era la difficoltà di controllare l'effettiva esistenza di queste azioni occulte (91).

Senza dunque la tentazione di rovesciare la « conoscenza di sfondo » (92) — fatta di tanto solide credenze, ipotesi e aspettative —, bensì muovendo proprio da questo retroterra e sul filo della continuità, la disamina si focalizza sul piano tecnico-normativo e si sviluppa intorno all'argomento puramente sensoriale.

Il giudice, in considerazione del carattere indegno delle venefiche, doveva astenersi dall'accettare come certe e sicure simili deposizioni. Non era, tuttavia, solo un problema di infamia. Posta la straordinarietà e soprannaturalità dell'evento e considerato che l'intervento demoniaco era in grado di corrompere le percezioni di questi soggetti e di instillare nelle loro menti fantasie depravate, l'inaffidabilità delle dichiarazioni doveva essere tenuta ferma soprattutto per l'impossibilità di arrivare nel giudizio, sia da parte del giudice che da parte delle donne, a un'incontrovertibile conferma sensoriale del fatto. Ciò significava non che fossero completamente inammissibili tali confessioni o prove testimoniali, ma che il magistrato non le avrebbe potute utilizzare per disporre il carcere e la tortura di una altra innocente, se questi elementi avessero costituito l'unico indizio nelle sue mani.

A una soluzione diversa si sarebbe potuti arrivare se le attestazioni avessero riguardato invece circostanze materialmente intellegibili: l'insegnamento di arti magiche, la realizzazione di vendite sospette, il godimento di cattiva fama nel campo della stregone-

---

(91) DI SIMONE, *Le donne e il crimen magiae*, cit. Sulla persistenza anche nel Settecento di tale argomento tendente a ridimensionare e a definire con maggior precisione, ma in modo prudente e conservativo, la portata del reato e la sua repressione si veda anche EAD., *La stregoneria nella cultura giuridica del Settecento italiano*, in « Atti Acc. Rov. Agiati », 246 (1996), ser. VII. vol. VI, A, pp. 235-253. Su queste caute posizioni tradizionali si confronti altresì M. ASCHERI, *« Streghe » e « devianti »: alcuni « consilia » apocrifi di Bartolo da Sassoferrato?*, in *Scritti di storia del diritto offerti dagli allievi a Domenico Maffei*, a cura di M. Ascheri, Padova, Antenore, 1991, pp. 203-234.

(92) K.R. POPPER, *Nuvole e orologi*, in ID., *Conoscenza oggettiva. Un punto di vista evoluzionistico*, Roma, Armando, 1975, p. 318.

ria (93). In tutte queste ipotesi, la deposizione — vertendo su dati o stati di fatto che cadevano, come già spiegato, anche solo indirettamente sotto il dominio dei sensi e che da questi venivano ricondotti al ragionamento — avrebbe acquistato un pieno valore anche contro una donna « innocentissima ».

Sotto questa luce — concludeva dunque in generale il giurista — appariva chiaro che l'esperienza ordinaria, cioè l'osservazione e l'esperimento delle cose in quanto sensibili, e il ricorso nell'attività conoscitiva a procedimenti empirici di indagine dovessero costituire la principale fonte ispiratrice e lo strumento guida attraverso cui valutare il repertorio di « risposte » ricevibili nel mondo del diritto.

5. *L'esperienza quotidiana, viva e vissuta attraverso sensi. Una ricca casistica e una sapiente e aggiornata lettura giuridica.*

Dopo aver accordato all'esperienza corporale il suo potente primato, e, solo per questa via, auspicato un contenimento di tutto ciò che di « irrazionale », incerto e inadeguato poteva avere ingresso nel processo, era adesso possibile dedicarsi più specificamente agli interrogativi posti dalla realtà quotidiana, viva e vissuta attraverso i singoli, particolari, sensi.

Come dimostra anche il prudente *incipit* fenomenologico di tipo realistico appena esaminato, l'agire pratico del diritto e il sapere ad esso riferito, per Stryk, non potevano essere studiati in alcun modo secondo le categorie del pensiero teoretico, né tantomeno indagati — a dispetto di quanto i successi delle nuove conoscenze scientifiche e lo sviluppo della tecnica incoraggiavano a credere — con l'ambizione di rinvenire leggi causali universali e necessarie o l'aspirazione di racchiudere la pluralità dell'esistente in schemi astratti presi a prestito dalla matematica. Si tratta piuttosto di muoversi sul terreno della generalizzazione di osservazioni empiriche e, più tradizionalmente, di rivolgersi al mondo della vita: il grande « spazio pubblico » comune in cui gli uomini entrano in

(93) STRYK, *Prooemium, De sensibus in genere*, cit., pp. 13-21. Sul valore della fama nei processi di stregoneria cfr. M. CAVINA, *Una fama diabolica. Profili del problema probatorio nel processo di stregoneria*, in *La fiducia secondo i linguaggi del potere*, a cura di P. Prodi, Bologna, il Mulino, 2007, pp. 143-154.

relazione, si incontrano, stringono intese, si separano e cadono in conflitto, mettendo in scena rapporti drammatici (94). Le disputazioni raccolte sono dunque elaborate guardando ai tanti affari umani che accadevano con una certa regolarità, ma non secondo necessità, e per i quali — come testimoniava il metodo tradizionale di giuristi e teologi — bisognava accontentarsi di un diverso grado di precisione e di perseguire solo la verità del probabile.

Con riguardo alla casistica e ai materiali raccolti, le trattazioni appaiono perciò come compilazioni critiche ed eclettiche concentrate soprattutto sui risvolti processuali di cui peraltro, annotandosene data, si allega spesso la diretta esperienza. Nel dover però condensare una compiuta riflessione su temi tanto strutturalmente complessi e dispersi nei gangli delle pratiche e della comunicazione giuridica, la selezione e i raccordi in esse operati hanno l'effetto da una parte di stabilire più solide concatenazioni tra gli elementi evocati e dall'altra di aprirli, prolungarli e ramificarli verso nuove sintesi e problematizzazioni. Entrano così in gioco la presentazione di nuovi attori, svariate citazioni di nuovi eventi, e la rivalutazione di quelli già noti: le stratificazioni degli assetti normativi precedenti si confondono con le metamorfosi dei nuovi contesti. Senza voler confluire in grandi sistemi razionalistici, questo prodotto maturo di una mentalità fondamentalmente induttiva e attenta agli aspetti valutativi e pragmatici del discorso del giurista finisce dunque per rivelare un forte potenziale costruttivo.

Non è possibile, in questa sede, riferire sulle molte questioni incontrate e risolte nel corso di ciascuna dissertazione. Attraverso una prima presentazione del nostro trattato, abbiamo cercato di cogliere con rapide pennellate l'avanzata dell'episteme moderna che fa del dato empirico e dell'*orbis sensualium* l'oggetto privilegiato della conoscenza e che sollecita anche i giuristi a ricercare nuovi modi d'impostare il problema della scientificità della giurisprudenza. Ma vi è molto di più.

L'insegnamento di Stryk ci incoraggia a tornare altrove, in maniera più dispiegata e approfondita, sui nuovi problemi e le nuove tematiche che, per tramite dei singoli sensi, si impongono all'atten-

---

(94) H. ARENDT, *Vita activa*, Milano, Bompiani, 1994, cap. II, *Lo spazio pubblico e la sfera privata*, pp. 18-57.

zione dell'uomo di legge. Nell'approfondire questo processo di rinnovamento ci si riproporrà così di fare leva sui tanti nessi che inseriscono queste esercitazioni accademiche sia nella giurisprudenza di diritto comune, tradizione che le sopravanza e ricomprende, sia nell'esperienza giuridica del proprio tempo, loro ineludibile riflesso. Se ci rammarichiamo di non poter qui indicare e sviluppare tutti i temi tipici di questa « fame del nuovo », concludiamo però con il darne una campionatura significativa che mostra quanto promette di essere ricca e affascinante questa complessiva lettura, e quanto della lunga transizione tra l'antico e il moderno, sia capace di farci cogliere i varchi, fissare le continuità, localizzare i tanti rovesciamenti, o lo sviluppo di nuove sperimentazioni collettive.

Tra le pagine dedicate alla vista capita ad esempio di imbattersi in una analitica disamina intorno all'*inspectio ocularis* del giudice. Il potere del magistrato di accedere ai luoghi coinvolti nella controversia e lì di verificare direttamente gli atti e i fatti oggetto del processo, è innanzitutto considerato come un fondamentale mezzo istruttorio specie nelle cause riguardanti i confini. L'esame di questo tipo di controversie è utile allo storico per accostarsi, su basi romanistiche, alla coeva concettualizzazione tanto dello spazio geografico privato, ancora prevalentemente rurale, quanto di quello pubblico, un « territorio » marcato, sempre più « sensibilmente », da frontiere tra stati semi-indipendenti e autonomi (95).

Lo sguardo del giudice è poi seguito nel momento in cui entra nell'istituzione carceraria. Nel paesaggio urbano, la prigione è ormai anche essa « cosa pubblica » e, a seguito della progressiva scissione ideologica tra il momento del giudicare e quello del detenere, è *hodiernis moribus* prevalentemente pensata non più come un luogo di custodia cautelare ma come un luogo di reclusione punitiva. Per il suo funzionamento e per assicurare la più docile sottomissione del reo, si avverte però la necessità di « umanizzare » al suo interno i trattamenti. La dissertazione mostra perciò come si faccia strada,

(95) STRYK, *De visu*, in ID., *De iure sensuum*, cit., cap. I, pp. 25-29. Sui confini pubblici e le regole della loro determinazione cfr. P. MARCHETTI, *Diritto e confini tra tardo Medioevo ed età moderna*, Milano, Giuffrè, 2001; ID., *Spazio politico e confini nella scienza giuridica del tardo Medioevo*, in *Confini e frontiere nell'età moderna. Un confronto tra discipline*, a cura di A. Pastore, Milano, FrancoAngeli, 2007, pp. 65-80.

sotto la stretta vigilanza del magistrato, un'inedita prospettiva squisitamente fisico-igienista, mondana e materialmente « antispiritualista » (96).

Dalle celle delle prigioni e dal corpo dei condannati, passando per l'autopsia dei cadaveri, l'ispezione giudiziale si sposta anche sul ventre vivo delle donne e poi ancora sugli ermafroditi. Per le prime, sia a fine civilistici che a fini penalistici, ci si chiede se e in che misura sia lecita l'indagine volta a verificare, tramite l'ausilio di medici e ostetriche, la gravidanza o la verginità, per i secondi, a scopo matrimoniale o successorio, se sia possibile appurare, per mezzo della visita e in conformità alla più aggiornata letteratura medico-legale, il sesso biologicamente prevalente (97).

Nella parte in cui si approfondisce il senso dell'udito, il grande rivale della vista, è possibile confrontarsi poi, ancora più distintamente, con una concezione fortemente antropomorfica del mondo: la voce umana, che nasce e si conforma in ogni individuo, è assunta come principale chiave di accesso e di azione nella realtà giuridica. È infatti la *Vox hominis* — scrive Stryk — che di norma interviene per concludere un contratto, o che precede o accompagna un delitto, quando addirittura non serve a perpetrarlo (98). Fino a che punto dunque l'*auditus*, senza che gli occhi siano in grado di riscontrare il dato, può essere autonomamente accettato come criterio per apprezzare quanto è veramente accaduto (99)? Il rischio di cadere in errore viene esaminato non solo quando la voce registrata dal testimone racconta le ragioni e i sentimenti del corpo in cui abita, ma anche quando riferisce della *fama*, la pubblica opinione di una moltitudine di uomini. Si tratta di ben definire una conoscenza indiretta che a differenza del *notorium* e del *manifestum* — secondo l'insegnamento degli antichi maestri medievali — per le sue lacune non è evidentemente indubitabile, ma che pur merita considerazione fin tanto che non scade in un malevolo *rumor*. Per il giudice europeo — come conferma la lezione del nostro professore seicentesco — è ormai tempo di tenersi definitivamente

---

(96) Stryk, *De visu*, in Id., *De iure sensuum*, cit., cap. I, pp. 32-35; *De Olfactu*, ivi, cap. I, pp. 240-242.

(97) Stryk, *De visu*, ivi, cap. I, pp. 37-42.

(98) Stryk, *De auditu*, ivi, cap. I, p. 136 e ss.

(99) Ivi, cap. III, p. 151 e ss.

lontano dal mare aperto dell'oralità, e di sfuggire, con il supporto degli schemi precettivi legali, dalla rete disordinata delle dicerie che nascono dalla vita collettiva, sapendo distinguere nel fitto traffico della comunicazione sociale (100).

È quindi la volta dei suoni molesti. In un mondo che non conosce ancora l'avvento dei motori e l'inquinamento acustico delle produzioni industriali, ma in cui il ritmo chiassoso di certe botteghe artigiane condiziona la vita cittadina, ci si chiede se, e a che condizioni, sia possibile allontanare, anche in via preventiva, la fonte del disturbo. La questione è specificamente affrontata dalle università di Lipsia, Wittenberg e Jena. Col rivendicare il potere di escludere (lo *ius expellendi*) dalle aree universitarie un'attività artigianale che sia causa di un rumore incompatibile con il silenzio dello studio si tenta di difendere, in una stagione in cui il fragore delle armi mette a tacere la voce della scienza « armis cedit Toga », uno dei pochi privilegi corporativi che i dottori possono ancora vantare a tutela delle loro attività intellettuale. La discettazione sul punto è però interessante anche per esplorare la storia dei rapporti tra governo, pianificazione del territorio e cittadinanza. Permette infatti da una parte di mettere a fuoco un'azione di controllo spaziale esercitato dalle comunità per impedire in certe zone urbane la localizzazione di insediamenti destinati a lavorazioni che creano disagi per la collettività. Dall'altra consente di osservare come nell'affrontare il delicato problema della limitazione del diritto di proprietà in vista dell'utilità pubblica, alcuni governi locali primomoderni esprimano ancora una chiara priorità: tutelare l'istruzione per incrementare il bene pubblico (101).

Come detto, il trattato si sofferma anche sulla sorte che aspetta coloro che, condannati ad una perenne notte, sono nati o diventati ciechi e coloro il cui udito è stato perso nel corso della vita, o — caso considerato ben più disgraziato — è assente dalla nascita o dalla tenera età, cioè prima dell'acquisizione del linguaggio verbale. Lungi

---

(100) Ivi, cap. III, pp. 143-144, vedi anche cap. IV, p. 167 e ss. MIGLIORINO, *Introduction*, cit.

(101) STRYK, *De auditu*, in ID., *De iure sensuum*, cit., cap. II, pp. 148-151. La questione è analogamente posta con riguardo agli odori sgradevoli provenienti dall'esercizio di *artes faetidae* cfr. ivi, *De Olfactu*, cap. III, pp. 266-268.

dal confinarli nello stretto recinto dell'umanità minore, insieme con furiosi, infanti, e privi di intelletto (102), l'analisi colpisce perché, seppure in un modo abbastanza conservativo, anticipa l'interesse e la comprensione con cui i *Philosophes* guarderanno a queste realtà (103). Introdotta dalla citazione dell'ulpianeo *ius suum tribuere*, la riflessione muove infatti dal presupposto che non si possa escludere che queste singolarissime individualità siano comunque in grado, quasi per compensazione, di accogliere dalla natura altri pregi e qualità: come tali debbono essere perciò tanto riconosciute nelle loro specifiche invalidità, quanto sostenute e tutelate dalla legge nelle loro eventuali situazioni di favore, abilità, o pretese di azione (104). Con queste premesse, riorganizzando i numerosi profili controversi esaminati dalla *scientia* medievale e ridiscussi dalla dottrina coeva, sono così criticamente esposte e inquadrate le capacità dei « ciechi » e « dei sordo-muti », e, allo stesso tempo, dando spazio alle nuove letture, offerti ampi e vivaci squarci sui « ritrovati » del secolo. Ad essere menzionata è ad esempio la « Brevissima descrizione dell'alfabeto veramente naturale ebraico », con la quale il cabalista fiammingo Franciscus Mercurius van Helmont, un altro amico e corrispondente di Leibniz, appena qualche anno prima (1667), aveva inteso fornire un metodo attraverso cui istruire i nati sordi non solo a comprendere gli altri parlanti, ma a usarne il linguaggio (105).

Nel testo si passa poi a dimostrare la non superfluità nel mondo del diritto delle impalpabili impressioni olfattive. Tra le

---

(102) Sulla considerazione giuridica delle debilità corporee nella stagione bassomedievale, e per un quadro di sintesi della produzione storiografica sul tema cfr. P. Silanos, Homo debilis in civitate. *Infermità fisiche e mentali nello spettro della legislazione statutaria dei comuni cittadini italiani*, in *Deformità fisica e identità della persona tra Medioevo ed Età moderna*, *(San Miniato, 21-23 Settembre 2012)*, a cura di G.M. Varanini, Firenze, University Press, 2015, pp. 31-91.

(103) Su questo mutamento di prospettiva in chiave giuridica cfr. I. Del Bagno, *Da incapaci a disabili. Minorati sensoriali e cultura dei diritti*, Torino, Giappichelli, 2021, in particolare, p. 37 e ss.

(104) Stryk, *De jure coecorum*, in Id., *De iure sensuum*, cit., p. 92.

(105) A.K. Klijnsmit, *Spinoza and the grammarians of the Bible*, in *The History of Linguistics in the Low Countries*, a cura di J. Noordegraaf, K. Versteegh, E.F.K. Koerner, Amsterdam, Benjamins, 1992, p. 182 e ss. Cfr. Stryk, *De jure surdorum et mutorum*, in Id., *De iure sensuum*, cit., cap. I, p. 186.

allegazioni di norme giustinianee, statuti cittadini, trattati sulle epidemie, nuove misure demandate *Reipublicae curae ac politia*, il lettore contemporaneo apprende in modo indiretto quanto l'assunzione degli odori sgradevoli quale segno di « immondizia » e quale fattore capace di compromettere di per sé la salubrità e la fruibilità degli ambienti pubblici e dei luoghi di residenza o lavoro privati — e dunque la qualità della vita umana — si presenti come un tratto distintivo della società occidentale: un dato categorizzante che per i secolari processi di urbanizzazione viene affermandosi quando non è ancora definita la fisionomia della attuale civiltà meccanica e tecnologica e la svolta ecologica è ben lontana dall'essere immaginata (106).

La dissertazione sul gusto rivela al contrario un più brusco capovolgimento. Nelle maglie del discorso del giurista seicentesco della Germania riformata il ruolo del peccato di gola, con la sua connotazione etico-religiosa, e la nozione di contaminazione con la sua antica carica simbolico-magica tendono ormai a ridursi e a perdersi. In una cultura che ha imboccato la via della secolarizzazione emergono certo ancora i riferimenti alla giusta misura nel dedicarsi ai piaceri del cibo e delle bevande e alle interdizioni alimentari in tempo di digiuno, ma l'analisi è prevalentemente all'insegna di un insieme di valori laici alternativi a quelli presenti nell'insegnamento ecclesiastico e mira a sottolineare soprattutto il dovere del cittadino verso l'ordine politico (107). Accanto all'interesse per gli scambi commerciali, l'attenzione è, infatti, in gran parte rivolta al problema della sicurezza alimentare e dell'igiene pubblica e alla punizione di comportamenti fraudolenti o nocivi (108).

La disamina dell'ultimo senso esterno mette allo scoperto invece più radicate sopravvivenze. La pluralità di significati simbolici legati alla percezione tattile, come è noto, rappresenta nel diritto europeo l'apporto più evidente e persistente — ancora nel cuore dei tempi moderni, quando pure si stanno variamente configurando istanze individualistiche e scientiste — di una cultura arcaica incentrata sui valori predominanti del comunitarismo, della ritualità e

(106) STRYK, *De olfactu*, ivi, cap. II, p. 242 e ss.
(107) STRYK, *De gustu*, ivi, cap. V, p. 309 e ss.
(108) Ivi, cap. II e cap. V, p. 279 e ss.

della sacralità. Non stupisce perciò che i contenuti giuridici inerenti all'impiego del tatto raccolti nella disputazione ruotino soprattutto intorno al simbolismo gestuale delle mani: strumento unico e raffinato dell'« animale politico », non a caso privilegiato dall'antico diritto romano. È così che, oltre al confronto con il tradizionale corredo delle forme solenni dello *ius civile*, e le nozioni prettamente materialistiche della *vindicatio* e del possesso, al riconoscimento del tatto illecito, seppure in chiave prevalentemente mondana (*tactus illicitus in genere est qui vel jure probibitus expresse, vel alias contra pudorem naturalem et bonos mores est*) (109), si aggiunge un'ampia disamina del giuramento e dei suoi numerosi elementi non verbali, desunti dal linguaggio del corpo. Nel testo si cerca di dar ragione della funzione strategica che questa antica istituzione, fatta anche di convenzionali azioni manuali, continua a svolgere nei territori protestanti dell'Impero all'incrocio di diritto, religione e politica (110).

Con riguardo al tema tattile, non si evita naturalmente anche l'insidioso terreno delle prove: la condivisa condanna del rito del ferro infuocato (111), non impedisce, infatti, tanto di credere e fare affidamento sulle stigmate impresse dal contatto con il diavolo e di assumerle ai fini del processo come segni utili a identificare i maghi (112) quanto di ragionare approfonditamente sull'utilizzo della *cruentatio cadaveris* (113).

Si arriva infine ai sensi interni: in primo luogo alla memoria. In un orizzonte che sin dal primo Rinascimento ha visto generazioni di uomini colti (teorici della retorica, filosofi, logici, cultori di scienze

---

(109) Stryk, *De tactu*, in Id., *De iure sensuum*, cit., cap. II e cap. V, p. 335 e ss.

(110) Ivi, cap. I, p. 316 e ss.

(111) Sulla sopravvivenza di questo tipo di prove ancora in età moderna specie nell'Europa protestante e sulla polemica contro tale uso in seno alle università germaniche, di recente Di Simone, *Le donne e il crimen magiae*, cit.; M. Cavina, *La prova mistica dell'acqua fredda. Diritto tradizionale, diritto dotto e stregoneria (secc. XVI-XVII)*, in « Historia et Ius », XXI (2022), paper 2.

(112) Stryk, *De tactu*, in Id., *De iure sensuum*, cit., cap. IV, p. 355 e ss.

(113) Ivi, cap. III, sul dibattito accademico tedesco intorno a questo tipo di prova « mistica », Cavina, *La prova mistica dell'acqua fredda*, cit., p. 22 e ss. Sulla sua « laboriosa codificazione medico-legale » cfr. C. Pedrazza Gorlero, *L'accusa del sangue. Il valore indiziario della* cruentatio cadaveris *nella riflessione di Paolo Zacchia (1584-1659)*, in « Historia et Ius », III (2012), paper 4.

occulte, medici e enciclopedisti) dedicarsi alle differenti tradizioni dell'arte del ricordare (quelle ispirate a Cicerone e Quintiliano, quelle derivanti dai commenti medievali del *De memoria et reminiscentia* di Aristotele, e quelle legate ai testi di Ramon Llull) (114), la trattazione muove dal presupposto che i difetti della memoria possano essere attenuati o eliminati. Tuttavia, ciò che interessa nel testo non è approfondire in generale i rimedi naturali o le tecniche artificiali che possono aiutare l'opera della natura, ma soffermarsi sul contributo che il diritto fornisce, nella vita quotidiana del foro, per ovviare alla fragile capacità mnemonica umana. A tale proposito, si ricorda così ad esempio che, per poter contare sulla fedeltà della memoria, la giurisprudenza ammetteva in via del tutto eccezionale, ma con confini ben più ampi da quelli segnati *iure veteri*: l'esame dei testimoni *ad perpetuam memoriam*; la ritrattazione delle dichiarazioni testimoniali; e nelle cause civili una *dilatio* all'esecuzione giudiziale delle prove. Di contro, prevedeva anche una serie di cautele volte a valutare il peso delle reticenze (115).

Nell'opera non manca con ciò di essere valorizzata anche la rimozione volontaria del passato. Di questa pratica si offre un'articolata lettura tutta incentrata sulla dialettica pubblico/privato. Al riguardo, sono esaminati infatti i casi in cui è il potere pubblico a condannare all'oblio e al silenzio gli autori di crimini enormi e atroci (la *damnatio memoriae*), o, con intenzione opposta, a ordinare alle vittime, mediante amnistia, un obbligo di dimenticanza delle ingiustizie subite per pacificare il paese dilaniato dal conflitto e dalla guerra civile. Si ricorda però che ci sono anche i casi in cui sono i privati cittadini a convenire spontaneamente cosa ricordare e cosa cancellare nelle loro cause (116). Traspare in tal senso una certa consapevolezza della fondamentale implicazione politica del governo giuridico della memoria: non si tratta di trasmettere mecca-

(114) ROSSI, *Clavis universalis*, cit., p. 25 e ss.

(115) STRYK, *De memoria*, in ID., *De iure sensuum*, cit., cap. II, e III, p. 376 e ss.; *De iure oblivionis*, ivi, cap. II, p. 410 e ss.

(116) STRYK, *De memoria*, ivi, cap. IV, p. 396 e ss.; *De iure oblivionis*, ivi, cap. IV e V, p. 428 e ss.

nicamente una narrazione storica, ma di ricostruirla attraverso una precisa selezione dei fatti (117).

Sempre attraverso la consueta saldatura di teoria e prassi, chiude infine il lavoro la riflessione sulla funzione cogitativa umana, la facoltà celebrare che — messi da parte in modo prudente i termini metafisici tratti dallo « studio dell'anima » e dei suoi segreti e liberata perciò, almeno sul piano giuridico, dai moralismi tradizionali — è ormai prevalentemente considerata come la capacità della mente di costruire, a partire da impressioni sensibili, rappresentazioni della realtà circostante e di elaborare comportamenti che si traducono in azione (118). Un'ultima scelta dunque che, con alle spalle un passato maestoso, dà voce piena e valida alle nuove visioni e ai nuovi « volumi di senso ».

(117) STRYK, *De memoria*, ivi, cap. I, p. 369.
(118) STRYK, *De jure cogitationum*, ivi, cap. I, p. 447 e ss.

FRANCESCO SERPICO

« *VITIUM ET CRIMEN VALDE DIFFERUNT* ». SECOLARIZZAZIONE E GIUSTIZIA PENALE NEL *DE ORIGINE PROCESSUS INQUISITORII* DI CHRISTIAN THOMASIUS

1. *Säkularisation – Säkularisierung*. — 2. La critica thomasiana al processo inquisitorio. — 3. Contro l'*heretificium*. — 4. Modelli processuali a confronto. — 5. Verità, prova, probabilità. — 6. 'Provincializzare' Thomasius?

1. Säkularisation – Säkularisierung.

In un articolo apparso nel 2015 sulle colonne di *Modern Intellectual History*, Ian Hunter ha analizzato la complessa storia semantica del termine 'secolarizzazione'. A dispetto del suo uso nel linguaggio corrente dove il vocabolo indica l'esclusione del fattore religioso dalla vita sociale e politica, l'autore ha evidenziato come nel lessico della prima età moderna esso fosse direttamente connesso al conflitto confessionale in Germania e alle discussioni tra teologi e giuristi circa le pretese dell'autorità civile volte al governo della sfera ecclesiastica e religiosa. Fu solo a partire dal tardo XVIII secolo che il termine in parola cominciò ad acquisire un significato simile a quello odierno per indicare una netta contrapposizione all'immaginario della società e delle istituzioni dell'antico regime; un significato destinato ad affiorare — spesso polemicamente — nel lessico corrente ogni qualvolta i termini del dibattito pubblico inducono a interrogarsi e a rimettere in discussione le mobili frontiere tra diritto e religione (1).

(1) I. Hunter, *Secularization: the birth of modern combat concept*, in « Modern Intellectual History », 12 (2015), 1, pp. 1-32. La discontinuità semantica del termine « secolarizzazione » è stata oggetto di un'analisi approfondita anche nel monumentale *Ge-*

Le notazioni dello studioso australiano forniscono preziose indicazioni metodologiche per la storiografia giuridica. Nella terminologia specialistica il lemma secolarizzazione è spesso associato al tema della secolarizzazione del diritto penale, che indica l'affermazione della distinzione tra sfera civile e sfera religiosa nell'ambito delle azioni punibili e la definitiva monopolizzazione da parte dell'autorità civile nella repressione dei reati (2). In tal senso, l'invito rivolto a non proiettare sull'età moderna una serie di schemi concettuali propri dell'epoca attuale comporta la necessità di analizzare il fenomeno della secolarizzazione del diritto penale come un processo assai complesso all'interno del quale l'esclusione di qualsiasi riferimento etico-religioso dal novero delle condotte punibili rappresentò, più che un approdo condizionato dalle premesse raziona-

---

schichtliche Grundbegriffe, in particolare dalla voce curata da Hans Wolfgang STRÄTZ ed Hermann ZABEL, *Säkularisation, Säkularisierung*, in *Geschichtliche Grundbegriffe. Historisches Lexikon zur politisch-sozialen Sprache in Deutschland*, O. Brunner, W. Conze, R. Koselleck (Hrsg.), Stuttgart, Klett-Cotta Verlag, 5, 1984, pp. 792-829. In tal senso, la storiografia e il linguaggio corrente nell'area tedesca utilizzano due termini per le distinte accezioni del lemma 'secolarizzazione' identificando con *Säkularisation* il fenomeno connesso all'estensione del potere laico sulla materia religiosa, e con *Säkularisierung* il fenomeno di desacralizzazione della mentalità moderna. Per un'indagine che tenga conto degli apporti forniti dalla *Begriffsgeschichte* al panorama della storiografia giuridica: *Christentum und modernes Recht. Beiträge zum Problem der Säkularisation*, G. Dilcher, I. Staff (Hrsg.), Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1984. Lo stesso Gerhard Dilcher ha avuto modo di soffermarsi su questi temi in una prospettiva più ampia in ID., *Säkularisierung von Herrschaft durch Sakralisierung der Gerechtigkeit?*, in *Recht — Religion — Verfassung. Festschrift für Hans-Jürgen Becker zum 70. Geburtstag*, I, I. Kroppenberg, M. Löhnig, D. Schwab (Hrsg.), Bielefeld, Giedeking Verlag, 2009, pp. 9-33.

(2) Per un'analisi classica del processo di secolarizzazione e la sua fondamentale funzione sui caratteri assiologici del moderno diritto penale cfr. il contributo di H. HART, *Il concetto di diritto* (Oxford, 1961), Torino, Einaudi, 1965, *passim*, nonché la monumentale opera di Luigi FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, Laterza, 1989, *passim*. Il tema della secolarizzazione del diritto penale ed i (complessi) rapporti con il moderno principio di laicità nelle democrazie costituzionali hanno rappresentato, e tutt'ora rappresentano, un campo d'indagine assai ricco per la dottrina penalistica italiana. Tra i numerosi contributi ci si limita a segnalare: G. FIANDACA, *Laicità del diritto penale e secolarizzazione dei beni tutelati*, in *Studi in memoria di Pietro Nuvolone*, I, Milano, Giuffrè, 1991, pp. 165-194; *Laicità, valori e diritto penale. The Moral Limits of the Criminal Law. In ricordo di Joel Feinberg*, a cura di A. Cadoppi, Milano, Giuffrè, 2010; *Valori e secolarizzazione nel diritto penale*, a cura di S. Canestrari, L. Stortoni, Bologna, il Mulino, 2009.

listiche del giusnaturalismo, l'esito di un itinerario tutt'altro che unilineare e progressivo (3).

Osservando il fenomeno dall'angolo prospettico costituito dal processo penale, occorre sottolineare che se è vero che l'esclusione dall'accertamento processuale di qualsiasi valutazione attinente alla *pravitas*, alla nocività, al grado di disobbedienza dell'imputato costituì uno dei principali aspetti su cui si incentrarono i progetti di riforma dei sistemi processuali di antico regime; se è vero che la nascita dei princìpi di garanzia del contraddittorio, della presunzione d'innocenza, del divieto della tortura rappresentarono il risultato più duraturo della battaglia condotta dall'Illuminismo in nome dell'autonomia dell'individuo e della separazione tra diritto e morale, è vero anche che l'affermarsi di questi valori nel dibattito giuspolitico, prima ancora che nella legislazione, costituì un esito che si compì in forme, modelli, intensità e cronologie profondamente differenziati nei diversi contesti europei (4).

A partire dalla metà del XVI secolo, nei Paesi rimasti fedeli alla Chiesa di Roma si accentuò la funzione centralizzatrice della Curia romana e il potere indiretto del pontefice negli affari temporali per realizzare il fine spirituale della salvezza al di là della frammenta-

---

(3) H. Welzel, *Diritto naturale e giustizia materiale* (Göttingen, 1951), Milano, Giuffrè, 1965. Ampi spunti in tal senso in S. Moccia, *Carpzov e Grozio. Dalla concezione teocratica alla concezione laica del diritto penale*, Napoli, ESI, 1988, nonché F. Forzati, *Il diritto penale dell'obbedienza tra fondamento etico-religioso dell'offesa e funzione potestativa della pena*, in « Archivio penale », 2017, 3. Per una prospettiva di analisi pluridisciplinare: *Cristianesimo, secolarizzazione e diritto moderno*, a cura di L. Lombardi Vallauri, G. Dilcher, Milano, Giuffrè, 1981. Sul processo di secolarizzazione, ma anche sui rischi di una lettura unilineare del fenomeno: P. Costa, *La modernità penale fra secolarizzazione e permanenza del 'sacro'*, in *Valori e secolarizzazione nel diritto penale*, cit., pp. 101-120.

(4) Sui problemi metodologici aperti per la storiografia giuridica: M. Sbriccoli, *Problemi e prospettive dell'insegnamento in Italia della storia del diritto italiano: articolazioni disciplinari vecchie e nuove*, in *L'insegnamento della storia del diritto medievale e moderno. Strumenti, destinatari, prospettive*, a cura di P. Grossi, Milano, Giuffrè, 1993, pp. 117-113; Id., *Giustizia criminale*, in *Lo stato moderno in Europa*, a cura di M. Fioravanti, Roma-Bari, Laterza, 2007, p. 163 e ss.; nonché P. Costa, *Di che cosa fa storia la storia della giustizia?*, in *Storia della giustizia e storia del diritto*, a cura di L. Lacché, M. Meccarelli, Macerata, EUM, 2012, pp. 17-43.

zione politica; nei Paesi riformati, invece, emerse la tendenza di lasciare al potere politico il governo della disciplina ecclesiastica (5).

Si trattava — occorre sottolinearlo — di un modello che si affermò non senza significativi contrasti e opposizioni, come dimostra l'esempio della Germania dove la struttura politica dell'Impero e la problematica applicazione del principio *cuius regio eius religio* facevano della convivenza di fedi un problema tipicamente giuridico, attinente all'esercizio della giurisdizione territoriale (6). Lo sforzo della potestà secolare per l'imposizione di un modello di condotta improntato sui canoni dell'autodisciplina e dell'obbedienza costituì un riflesso di problemi pratici, aperti dalla necessità di garantire il rispetto del principio di conformità religiosa a fronte della convivenza di tre diverse confessioni: cattolica, luterana, calvinista. All'interno di questo contesto, il lento e tortuoso itinerario per l'affermazione del controllo ideologico da parte dello Stato sulle condotte dei sudditi rappresentò, più che una specifica opzione di carattere ideologico, un processo di appropriazione di modelli ed esperienze nati per la risoluzione di questioni contingenti e problematiche politiche concrete (7).

Quanto detto assume un'importanza cruciale per l'esame dei principali temi di riflessione introdotti da uno dei personaggi che avrebbero giocato un ruolo chiave nel processo di progressivo

---

(5) P. PRODI, *Il sovrano pontefice. Un corpo e due anime: la monarchia papale nella prima età moderna*, Bologna, il Mulino, 1982; ID., *Una storia della giustizia. Dal pluralismo dei fori al moderno dualismo tra coscienza e diritto*, Bologna, il Mulino, 2000. Sul valore « periodizzante » della Riforma religiosa nella modernità, la classica opera di H.J. BERMAN, *Diritto e rivoluzione* (Cambridge-London, 2003), II, *L'impatto delle riforme protestanti sulla tradizione giuridica occidentale*, Bologna, il Mulino, 2010, nonché le riflessioni di D. QUAGLIONI, *The Outer and Inner Aspects of Social Life*, in « Rechtsgeschichte », 21 (2013), pp. 189-191.

(6) M. STOLLEIS, *Storia del diritto pubblico in Germania, I. Pubblicistica dell'Impero e scienza di polizia (1600-1800)* (München, 1988), Milano, Giuffrè, 2008, *passim*. Per un esame analitico della problematica di area tedesca: E. BEISER, K. SCHREINER, *Toleranz*, in *Geschichtliche Grundbegriffe*, cit., 6, 1990, pp. 445-605.

(7) J. WITTE JR., *Law and Protestantism. The Legal Teachings of the Lutheran Reformation*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002; M. SCHMOECKEL, *Das Recht der Reformation*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2014.

affrancamento dei valori civili da quelli etico-religiosi nell'età moderna: Christian Thomasius (8).

(8) Per un profilo biobibliografico: K. Luig, *Christian Thomasius*, in *Juristen. Ein biographisches Lexikon. Von der Antike bis zum 20. Jahrhundert*, M. Stolleis (Hrsg.), München, Beck, 2001, pp. 628-629. Per un inquadramento dei temi della riflessione del filosofo tedesco, senza alcuna pretesa di completezza, ci si limita a segnalare: *Christian Thomasius, Leben und Lebenswerk*, M. Fleischmann (Hrsg.), Halle, Max Niemeyer Verlag, 1931; G. Solari, *Cristiano Thomasio*, in « Rivista di filosofia », XXX (1939), pp. 39-65; F. Battaglia, *Cristiano Thomasio. Filosofo e giurista*, Roma, Società editrice del Foro Italiano, 1936 (rist. anast. Bologna, 1982); N. Bobbio, *Il diritto naturale nel secolo XVIII*, Torino, Giappichelli, 1947 (ora in Id., *Il giusnaturalismo moderno*, Torino, 2009, pp. 173-197); G. Schubart-Fikentscher, *Unbekannter Thomasius*, Weimar, H. Böhlaus Nachfolger, 1954; W. Schneiders, *Naturrecht und Liebesethik. Zur Geschichte der praktischen Philosophie im Hinblick auf Christian Thomasius*, Hildscheim - New York, Olms, 1971; M.A. Cattaneo, *Delitto e pena nel pensiero di Christian Thomasius*, Milano, Giuffrè, 1976; A. Cavanna, *Storia del diritto moderno in Europa. Le fonti e il pensiero giuridico*, I, Milano, Giuffrè, 1982, pp. 340-342; R. Ciafardone, *L'illuminismo tedesco*, Torino, Loescher, 1983, *passim*; K. Luig, *Das Privatrecht von Christian Thomasius zwischen Absolutismus und Liberalismus*, in *Christian Thomasius (1655-1728). Interpretationen zu Werk und Wirkung. Mit einer Bibliographie der neuen Thomasius-Literatur*, W. Schneiders (Hrsg.), Hamburg, Meiner Felix Verlag, 1989, pp. 148-172; Id., *Römisches Recht, Naturrecht, Nationales Recht*, Goldbach, Kepp Verlag, 1998, *passim*; A. Villani, *Christian Thomasius illuminista e pietista*, Napoli, Arte Tipografica, 1997; *Christian Thomasius (1655-1728). Neue Forschungen im Kontext der Frühaufklärung*, F. Vollhardt (Hrsg.), Tübingen, Niemeyer, 1997; P. Schröder, *Christian Thomasius zur Einführung*, Hamburg, Junius Verlag, 1999; G. Fassò, *Storia della filosofia del diritto*, ed. a cura di C. Faralli, II, Roma-Bari, Laterza, 1999, pp. 196-203; I. Hunter, *Christian Thomasius and the Desacralization of Philosophy*, in « Journal of The History of Ideas », 61 (2000), 4, pp. 595-616; M. Kühnel, *Das politische Denken von Christian Thomasius. Staat, Gesellschaft, Bürger*, Berlin, Duncker & Humblot, 2001; M.A. Cattaneo, *Alcune riflessioni sul problema penale nel pensiero di Christian Thomasius*, in Il *diritto naturale della socialità. Tradizioni antiche e antropologia moderna del XVII secolo*, Atti del Convegno Internazionale, Napoli, 24-25 ottobre 2003, a cura di Vanda Fiorillo, F. Vollhardt, Torino, Giappichelli, 2014, pp. 161-171; F. Tomasoni, *Christian Thomasius. Spirito e identità culturale alle soglie dell'Illuminismo europeo*, Brescia, Morcelliana, 2005; I. Hunter, *The Secularisation of the Confessional State. The Political Thought of Christian Thomasius*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007; *Christian Thomasius (1655-1728) Gelehrter Bürger in Leipzig und Halle. Wissenschaftliche Konferenz des Lehrstuhls für bürgerliches Recht und Rechtsgeschichte an der Martin Luther — Universität Halle-Wittenberg und der sächsischen Akademie der Wissenschaft zu Leipzig in Leipzig*, H. Lück (Hrsg.), Stuttgart, Hirzel, 2008; oltre alle altre opere citate *infra*. Per una rassegna completa della letteratura secondaria sul filosofo lipsiense: *Bibliographie der*

2. *La critica thomasiana al processo inquisitorio.*

Come è noto, il principio secondo cui il diritto penale doveva rispondere non al giusto religioso ma all'utile dello Stato, costituiva per il giurista sassone l'approdo di un percorso iniziato fin dalle *Institutiones iurisprudentiae divinae* (9). Seguendo le tracce del suo maestro Samuel Pufendorf (10), Thomasius individuava il tratto caratteristico della sfera giuridica nella necessaria connessione con la natura sociale dell'uomo (11). A ciò corrispondeva una netta divi-

---

Thomasius-Literatur 1945-2008, F. Grunert (Hrsg.), unter Mitarbeit von G. Neugebauer und C. Hahn, Halle, Universität Halle-Wittenberg, 2009.

(9) C. Thomasius, *Institutiones jurisprudentiae divinae* [...], Francofurti & Lipsiae, 1688.

(10) S. Zurbuchen, *Gewissensfreiheit und Toleranz. Zur Pufendorf-Rezeption bei Christian Thomasius*, in *Samuel Pufendorf und die europäische Frühaufklärung. Werk und Einfluß eines deutschen Bürgers der Gelehrtenrepublik nach 300 Jahren (1694-1994)*, F. Palladini, G. Hartung (Hrsg.), Berlin, Berlin Akad. Verlag, 1996, pp. 169-180; K. Luig, *Von Samuel Pufendorf zu Christian Thomasius*, ivi, pp. 137-146. Sull'opera di Pufendorf, tra i numerosi contributi: H. Denzer, *Moralphilosophie und Naturrecht bei Samuel Pufendorf. Eine geistes- und wissenschaftsgeschichtliche Untersuchung zur Geburt des Naturrechts aus der Praktischen Philosophie*, München, Beck, 1972; S. Goyard-Fabre, *Pufendorf et le droit naturel*, Paris, PUF, 1994; F. Todescan, *Le radici teologiche del giusnaturalismo laico. Il problema della secolarizzazione nel pensiero giuridico di Samuel Pufendorf*, Milano, Giuffrè, 2001; H. Welzel, *La dottrina giusnaturalistica di Samuel Pufendorf. Un contributo alla storia delle idee dei secoli XVII e XVIII* (1958), trad. it. a cura di Vanda Fiorillo, Torino, Giappichelli, 1993.

(11) « Per convenientiam cum natura rationali intelligi convenientiam cum socialitate hominis », Thomasius, *Institutiones*, cit., I, IV, § 63, 138. Per un'analisi delle implicazioni circa il fondamento sociale dell'obbligazione giuridica nel pensiero di Samuel Pufendorf, cfr. F. Palladini, *Discussioni secentesche su Samuel Pufendorf. Scritti latini 1663-1700*, Bologna, il Mulino, 1978; Ead., *Samuel Pufendorf discepolo di Hobbes. Per una reinterpretazione del giusnaturalismo moderno*, Bologna, il Mulino, 1990. Sui complessi rapporti il pensiero di Samuel Pufendorf e l'opera thomasiana oltre a H. Welzel, *Gesetz und Gewissen*, in Id., *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, Berlin-New York, De Gruyter, 1975, p. 299, cfr. le considerazioni di Vanda Fiorillo, *Tra egoismo e socialità. Il giusnaturalismo di Samuel Pufendorf*, Napoli, ESI, 1992; Ead., *Delitto e peccato nel giusnaturalismo di Samuel Pufendorf*, in « Rivista internazionale di filosofia del diritto », LXXII (1995), 1, pp. 3-24; l'analisi di G. Dioni, *Dalla* stultitia *alla* sapientia. *Il concetto di dovere nel giusnaturalismo di Christian Thomasius*, Lecce, Pensa Multimedia, 2009, nonché V. Fiorillo, *Il dovere coercitivo esterno, come* remedium peccati, *nel giusnaturalismo di Christian Thomasius*, in « Heliopolis. Culture, Civiltà, Politica », I (2011), 1, pp. 13-33; I. Hunter, *The Invention of*

sione di compiti tra la giurisprudenza e la teologia morale, rivolte a occuparsi di azioni il cui fine tendeva rispettivamente verso la felicità terrena ed ultraterrena dell'uomo.

Le implicazioni teoretiche di tali presupposti venivano sviluppate nell'opera della sua maturità, i *Fundamenta iuris naturae ac gentium* (12), nella quale Thomasius introduceva la celebre tricotomia relativa allo *iustum*, *honestum*, *decorum* (13) e sviluppava i nuclei argomentativi centrali della sua dottrina della pena. Comportamenti anomici sotto il profilo etico-religioso meritavano sanzioni esclusivamente di natura spirituale; all'opposto, azioni destinate a pregiudicare la sicurezza e gli interessi della società prevedevano sanzioni giuridiche. Poiché il sovrano poteva occuparsi di azioni in grado di turbare la pace esterna dell'uomo, questi doveva astenersi dal criminalizzare comportamenti non lesivi degli interessi della comunità o azioni rientranti nel dominio della coscienza. Le pene da comminare come sanzioni alla trasgressione ai precetti destinati a tutelare la pace esterna dovevano necessariamente rivolgersi a un aspetto futuro, vale a dire assicurare al tempo stesso la sicurezza dei cittadini (*assecuratio*) e il miglioramento della comunità (*emendatio*) (14).

Si trattava di una serie di princìpi che, se da un lato fondavano

---

Human Nature: the Intention and Reception of Pufendorf's entia moralia Doctrine, in « History of European Ideas », 45 (2019), 7, pp. 1-20.

(12) C. Thomasius, *Fundamenta iuris naturae et gentium ex sensu communi deducta,* [...], Halæ & Lipsiæ, 1705.

(13) Solo le azioni rientranti nella categoria dello *iustum* appartenevano all'area del diritto perché relative ad azioni esterne e intersoggettive, mentre quelle appartenenti alla sfera dell'*honestum* riguardavano comportamenti interni e soggettivi. D'altro canto la categoria dello *iustum* si differenziava a sua volta dal *decorum* per un attributo ulteriore: il carattere della coercibilità poiché « ad decorum nemo cogi potest, et si cogitum [...] decorum non est ». Ivi, I, V, § XXI, p. 149. Cfr. l'edizione del 1728 « ex typis et sumptibus Vidui Christoforii Salfeldii » per il *loc. cit*.

(14) L'analisi della dottrina della pena di Christian Thomasius ha costituito una delle principali direttrici della ricerca di Mario A. Cattaneo. Tra i numerosi lavori, oltre le opere cit. *supra*: *Illuminismo e legislazione penale. Saggi sulla filosofia del diritto penale nella Germania del Settecento*, Milano, Giuffrè, 1993; *Secolarizzazione e diritto penale*, Napoli, Guida, 1990, p. 7 e ss. Sul rilievo fondamentale di questi studi nell'analisi della filosofia della pena di Thomasius cfr. M.G. di Renzo Villata, *Quale scienza penale? Prima e dopo Beccaria*, in *Dei delitti e delle pene a 250 anni dalla pubblicazione. La lezione di Cesare Beccaria*, Milano, Giuffrè, 2015, pp. 133-162, in part. p. 143.

sul piano razionale la potestà penale del principe, dall'altro si prestavano a sostenere una serie di nette prese di posizione nei confronti della prassi processuale operante nei principati tedeschi. Il piano della critica avrebbe così trovato sviluppo in una serie di interventi (15), tra i quali un posto di rilievo spetta senza dubbio alla sua analitica ricostruzione delle origini del processo inquisitorio, che costituisce una testimonianza di grande rilievo per ricostruire le linee portanti della sua filosofia processuale.

La dissertazione dal titolo *De origine processus inquisitorii* (16),

---

(15) Il tema della paternità delle dissertazioni accademiche costituisce uno dei *puncta prurientes* della storiografia thomasiana. Indipendentemente dalle considerazioni relative alle singole opere (per le quali si può rimandare a Rolf LIEBERWIRTH, *Christian Thomasius. Sein wissenschaftliches Lebenswerk*, Weimar, H. Böhlaus Nachfolger, 1955), vi è un generale consenso circa il carattere preponderante dell'apporto fornito dal filosofo lipsiense alla redazione delle dissertazioni discusse dagli allievi poiché « il Thomasius non doveva sottrarsi alla regola del tempo, che voleva che la dissertazione dottorale fosse ampiamente ispirata, e in gran parte redatta, dal professore presentante » (E. CONTE, *Diritto comune. Storia e storiografia di un sistema dinamico*, Bologna, il Mulino, 2013, p. 131, nonché, sullo stesso tema: G. SCHUBART-FIKENTSCHER, *Untersuchungen zur Autorschaft von Dissertationen im Zeitalter der Aufklärung*, Berlin, Akademie-Verlag, 1970). Del pari, la stessa pubblicazione delle dissertazioni attraverso formule che enfatizzavano l'apporto fornito da Thomasius, oltre a garantire un maggiore impatto nella circolazione delle idee espresse nell'ambiente tedesco, costituiva il segno più evidente del modo innovativo con il quale Thomasius intendesse la sua funzione di *Doktorvater*, nonché rappresentava una testimonianza tangibile del programma di politica culturale portato avanti dal filosofo sassone attraverso il rinnovamento della tradizione accademica nell'Università di Halle. Come è stato posto in risalto: « Thomasius intervened in academic philosophy — in the teaching of natural law, ethics, natural philosophy and logic — not principally to arrive at philosophical truth, but to modify the forms in which scholars would accede to such truth. This applied especially to scholars of law, whose sectarian philosophical formation he regarded as a lynchpin of juridical and political confessionalism. In this process, [...] Thomasius sought to transform what should count as 'philosophy' — restricting it to an empirical, fallibilistic and eclectic style — and to elevate the academic standing of a similarly styled historiography, as a discipline better suited to equipping law students with a proper sense of their religious, political and, indeed, philosophical circumstances ». HUNTER, *The Secularization*, cit., pp. 13-14.

(16) Sulla *Dissertatio de origine processus inquisitorii*: M.A. CATTANEO, *Persona e Stato di diritto. Discorsi alla Nazione Europea*, Torino, Giappichelli, 1994, pp. 101-104; ID., *Giusnaturalismo e dignità umana*, Napoli, ESI, 2006, pp. 62-63; E. DEZZA, *Accusa e inquisizione. Dal diritto comune ai codici moderni*, Milano, Giuffrè, 1989, pp. 116-135; ID., *Lezioni di storia del processo penale*, Pavia, Pavia University Press, 2013, pp. 79-90; G. JEROUSCHEK, *Aufgeklärtes Strafrechtsdenken unter der Geltung des Inquisitionsprozes-*

discussa ad Halle nel 1711 e composta da cinquantacinque brevi paragrafi (17), s'impegnava a confutare una serie di assunti, dominanti all'interno della cultura giuridica del suo tempo: all'opposto di quanto comunemente sostenuto, il processo inquisitorio non trovava alcun fondamento nella Sacra Scrittura, né nei precetti di diritto naturale, né nell'esperienza giuridica romana (18). Articolata in sezioni tematiche distinte, volte a vagliare la contrarietà del processo inquisitorio rispettivamente ai dettami del diritto naturale, dei precetti scritturistici e della legge mosaica, del diritto romano, il *De origine processus inquisitorii* presentava una testualità fittissima di richiami e di riferimenti incrociati. Tale caratteristica permette di leggerne le argomentazioni portanti, anziché nell'ordine originario,

---

ses, in *Die Hallesche Schule des Naturrechts*, H. Rüping (Hrsg.), Frankfurt am Main, Peter Lang, 2002, pp. 77-94, in particolare pp. 83-86 e 92-94; G. Jerouschek, D. Müller, *Die Ursprünge der Denunziation im Kanonischen Recht*, in *Recht*, *Idee*, *Geschichte. Beiträge zur Rechts- und Ideengeschichte für Rolf Lieberwirth anlässlich seines 80. Geburtstages*, H. Lück, B. Schildt (Hrsg.), Köln-Weimar-Wien, Böhlau, 2000, pp. 3-24; G. Steinberg, *Christian Thomasius als Naturrechtslehrer*, Köln-Berlin-Münich, Heymans, 2005, pp. 167-168, G. Dioni, *La critica di Christian Thomasius al processo inquisitorio*, in « Heliopolis. Culture. Civiltà. Politica », XII (2014), 1, pp. 37-81; Id., *Il volontarismo di Christian Thomasius*, in G. Dioni, G.M. Maffei, T. Opocher, *Illuminismo giuridico e diritto naturale. Volontarismo e razionalismo nel pensiero giuridico tedesco del XVIII secolo*, Padova, CEDAM, 2017, pp. 123-162; nonché D. Luongo, *Il giurisdizionalismo dei moderni. Polemiche anticurialistiche nella Napoli del Preilluminismo*, Torino, Giappichelli, 2018, pp. 157-159.

(17) *Dissertatio juridica inauguralis de origine processus inquisitorii, quam* [] *sub moderamine dn. Christiani Thomasii* [...] *Universitatis directoris, ac professoris primarii, et facultatis juridicae ordinarii h.t. decani, pro doctoris in utroque iure privilegiis in auditorio majori die 15. maji a. 1711. Horis ante & pomeridianis solenniter ventilandam proponit Joachimus Saltzsieder, Pomeranus*, literis Joannis Christiani Zahnii, Halae Magdeburgicae 1711. L'edizione in parola (dalla quale verranno tratte le successive citazioni dell'opera) riporta i paragrafi da I a LVI, tuttavia omette nella successione dei paragrafi il numero XXXVI. L'errore tipografico non figura nelle altre edizioni della dissertazione consultate da chi scrive es.: *Dissertatio juridica inauguralis de origine processus inquisitorii*, Halle, 1729; *Christiani Thomasii dissertationum academicarum varii inprimis iuridici argumenti*, III, Halle, 1777, pp. 421-443.

(18) « De origine hujus processus inquisitorii communis Dd. Sententia est, eum partim ex Jure Naturae, partim ex Scriptura Sacra aut lege Mosaica, parte ex jure Romano esse derivandum. Verum enim vero nobis contra videtur, eum soli juri canonico et clero Pontificio debere originem ». Thomasius, *De origine processus inquisitorii*, cit., § II, p. 6.

attraverso una prospettiva che cerchi di ricostruire la trama tessuta dall'autore in un ordito più ampio, evidenziandone — ad esempio — la stretta connessione con le principali polemiche che investivano l'ambiente politico e la prassi di giustizia del suo tempo.

A ben vedere, la dissertazione in esame rappresentava l'approdo di un incessante sforzo ricostruttivo posto in campo dal filosofo lipsiense contro i teologi e i giuristi luterani che reclamavano nei confronti del principe prussiano l'adozione di una politica atta a garantire la stretta osservanza dei princìpi riformati e a instaurare un regime di piena confessionalizzazione della società (19). In tal senso, non è senza significato che la direttrice di analisi, condotta sulla base del conflitto confessionale presente nel Brandeburgo-Prussia tra il Seicento e il Settecento, costituisca oggigiorno uno dei principali campi di analisi all'interno del quale s'inquadra lo sviluppo del pensiero thomasiano. Centrale, nella prospettiva dell'autore, era l'esigenza di fissare alcune direttrici fondamentali sul tema dello *Staatskirchenrecht* e — *a fortiori* — sul ruolo politico della religione nell'assetto istituzionale del principato prussiano, dove era stato accolto dopo i contrasti con l'ambiente politico e accademico lipsiense. Nel quadro degli assetti politici sanciti dalla Pace di Vestfalia, la Prussia rappresentava una realtà complessa nella quale la dinastia degli Hohenzollern — convertiti a un calvinismo moderato — governava su una popolazione in larga parte fedele alla confessione luterana. In tal senso, lo sforzo di Thomasius, tramite la sua torrenziale produzione, finiva per apportare un contributo determinante alla causa della dinastia regnante stabilendo, attraverso una strenua battaglia polemica condotta contro l'intransigenza di teologi e giuristi luterani, una netta linea di demarcazione tra potestà ecclesiastica e secolare (20).

---

(19) Per una minuta ricostruzione della polemica thomasiana contro le voci volte ad attuare un rigido controllo confessionale nei principati tedeschi: HUNTER, *The Secularisation*, cit., pp. 93-12; ID., *Thomasius on the Toleration of Heresy*, in *Heresy in Transition. Transforming Ideas of Heresy in Medieval and Early Modern Europe*, I. Hunter, J.C. Laursen, C.J. Nederman (eds), London, Routledge, 2005, pp. 155-167.

(20) I. HUNTER, *The Passions of the Prince: Moral philosophy and Staatskirchenrecht in Thomasius's Conception of Sovereignty*, in « Cultural and Social History », 2 (2005), pp. 113-12; ID., *The Shallow Legitimacy of Secular Liberal Orders: The Case of Early Modern Brandenburg-Prussia*, in *Secularism, Religion and Multicultural Citizenship*,

È significativo, infatti, come nel *De origine processus inquisitorii* il piano dell'analisi storica e scritturistica s'integrasse nel quadro più ampio proposto dal filosofo sassone nelle opere precedenti (21), a cominciare dal *De iure principis circa adiaphora* (22) e dal *Das Recht evangelischer Fürsten in theologischen Streitigkeiten* (23), pubblicati rispettivamente nel 1695 e nel 1696. Nell'anno successivo sarebbe seguita la celeberrima dissertazione in tema di eresia, affidata alla difesa di un suo studente: Johan Christian Rube (24). Del pari, l'incessante difesa delle prerogative secolari contro le ingerenze religiose costituiva anche l'oggetto delle *Vindiciae juris maiestatici circa sacra* (25) del 1699, e rappresentava un obiettivo sotteso alla strenua critica alla sclerotica logica scolastica condotta nella riedizione della storia filosofica di suo padre (26) nonché nel *Versuch vom Wesen des Geistes* (27) del 1700 (a sua volta fonte principale della sua

---

G. Brahm Levey, T. Modood (eds), Cambridge, Cambridge University Press, 2009, pp. 27-55; ID., *The Man and the Citizen: The Pluralization of Civil Personae in Early Modern German Natural Law*, in *Security, State and Subject formation*, A. Yeatman, M. Żółkoś (eds), New York, Bloomsbury Academic, 2013; ID., *Religious Freedom in Early Modern Germany: Theology, Philosophy, and Legal Casuistry*, in « South Atlantic Quarterly », 113 (2014), 1, pp. 37-62; ID., *The Uses of Natural law in Early Modern Germany: Christian Thomasius's Reshaping of the legal persona*, in *Reading and Writing History from Bruni to Windschuttle. Essays in Honour of Gary Ianziti*, C. Thorsten Callisen (ed.), London, Routledge, 2014, pp. 125-140.

(21) N. HAMMERSTEIN, *Jurisprudenz und Historie in Halle*, in *Zentren der Aufklärung I. Halle: Aufklärung und Pietismus*, N. Hinske (Hrsg.), Heidelberg, Schneider, 1989, pp. 239-254. Per l'esame del metodo storiografico thomasiano: S. LEHMANN-BRAUNS, *Weisheit in der Weltgeschichte. Philosophiegeschichte zwischen Barock und Aufklärung*, Tübingen, De Gruyter, 2004, pp. 308-354.

(22) C. THOMASIUS, *Dissertatio juris publici inauguralis* [...] *De iure principis circa adiaphora,* Halae, 1699.

(23) C. THOMASIUS, *Das Recht Evangelischer Fürsten in theologischen Streitigkeiten* [...], Halle, 1696.

(24) C. THOMASIUS, *Problema juridicum an haeresis sit crimen?* [...], Halae, 1697.

(25) C. THOMASIUS, *Vindiciae juris majestatici circa sacra*, [...] Halae Magdeburgicae, 1699.

(26) Gli *Schediasma historicorum* [...], originariamente pubblicati da Jacob Thomasius a Lipsia nel 1665, vennero rieditati dal figlio Christian; cfr. Jacobi THOMASII *Origines historiae philosophicae et ecclesiasticae* [...], Halle, 1699.

(27) C. THOMASIUS, *Versuch vom Wesen des Geistes oder Grund-Lehren so wohl zur natürlichen Wissenschaft als der Sitten-Lehre* [...], Halle, 1700.

dissertazione sul *crimen magiae*) (28). L'analisi condotta sui problemi di logica processuale, invece, costituiva il filo conduttore della sua dissertazione in tema di tortura: *De tortura ex foris christianorum proscribenda* (1705) (29).

La critica al processo inquisitorio del filosofo sassone ripartiva da queste coordinate che, tuttavia, nella dissertazione discussa nel 1711 si arricchivano di numerosi riferimenti tratti dalla tradizione romanistica. In particolare, la disamina analitica dei precetti della compilazione giustinianea relativi alle forme processuali dimostrava in modo chiaro come i caratteri riconducibili al modello inquisitorio dei suoi tempi fossero inoperanti nell'antica Roma. Ciò valeva per l'esperienza politica repubblicana tanto per il processo comiziale che per quello introdotto dalle *quaestiones perpetuae*, quanto per la costituzione politica dell'Impero, allorquando l'esigenza di attribuire la cognizione del processo a funzionari delegati dall'imperatore, non aveva compromesso i princìpi fondamentali del modello processuale repubblicano, caratterizzati dal contradditorio e dalla parità tra accusa e difesa (30). A seguito di un'analisi filologica dei passi del Digesto e del Codice giustinianeo relativi alle forme processuali operanti in età imperiale, Thomasius escludeva qualsiasi possibile rapporto di derivazione con il processo inquisitorio e con le aborrite forme di coercizione

---

(28) C. THOMASIUS, *Theses inaugurales de crimine magiae*, Halae Magdeburgicae, 1701.

(29) C. THOMASIUS, *Dissertatio inauguralis juridica de tortura ex foris Christianorum proscribenda* [...], Halae Magderburgicae, 1705. Tra i numerosi autori che hanno analizzato questa dissertazione thomasiana: BATTAGLIA, *Cristiano Thomasio*, cit., pp. 421-424; P. FIORELLI, *La tortura giudiziaria nel diritto comune*, Milano, Giuffrè, 1953-1954, pp. 237-238; W. EBNER, *Christian Thomasius und die Abschaffung der Folter*, in « Ius Commune », 4 (1972), pp. 73-80 (che propende per l'attribuzione della dissertazione al rispondente Bernhard); M.A. CATTANEO, *Staatsräsonlehre und Naturrecht im strafrechtlichen Denken des Samuel Pufendorf und des Christian Thomasius*, in *Staatsräson. Studien zur Geschichte eines politischen Begriffs*, R. Schnur (Hrsg.), Berlin, Duncker & Humblot, 1975, pp. 427-439.

(30) « Imo adhuc magis mirandum, unde audacia illa provenerit, cum tot testimonia diserta scriptorum aliorumque virorum Romanorum adsint perspicue testantia, sine accusatione et omnibus ad processum accusatorium pertinentibus non licuisse apud Romanos reos criminum condemnare, neque solum in statu Reipubl. liberae, sed etiam sub Imperatoribus », THOMASIUS, *De origine processus inquisitorii*, cit., § XXXVII, p. 34.

dei suoi tempi. L'ampio potere d'iniziativa attribuito ai *praesides* delle udienze provinciali veniva interpretato come espressione della facoltà di disporre la comparizione del sospettato, senza che ad essi venisse attribuita qualsiasi facoltà arbitraria di natura coercitiva (31). Financhè l'utilizzo della tortura nel processo dell'età imperiale veniva letta, sulla base di un noto frammento di Ulpiano che ne evidenziava il carattere di « res fragilis et periculosa » (32), come una prassi del tutto eccezionale, sottolineando le cautele che ne circoscrivevano l'utilizzo a ipotesi marginali.

3. *Contro l'*heretificium.

Secondo Thomasius, l'origine del processo inquisitorio andava ricercata nel diritto canonico, più precisamente nei provvedimenti adottati da Innocenzo III per reprimere il fenomeno ereticale. L'esigenza di tenere unita la *Respublica Christiana* contro la minaccia

---

(31) Ivi, p. 35.

(32) D. 48.18.23, cfr. THOMASIUS, *De origine processus inquisitorii*, cit., § XXXV, p. 33, n. [b] per il *loc. cit*. Al di là dei debiti contratti da Thomasius con la giurisprudenza umanistica sull'abuso della pratica della tortura, ciò che va osservato è che il medesimo passo della compilazione giustinianea (già peraltro ampiamente citato da Thomasius nella sua dissertazione del 1705, cfr., cap. II, par I, p. 22) avrebbe rappresentato uno dei principali referenti argomentativi utilizzati nella sua celebre polemica da Pietro Verri che individuava « la legge 2 § 23, ff. *De quaestionibus* » come esempio significativo del fatto che fosse « ben lontano lo spirito delle leggi Romane dal riguardare la tortura come un mezzo da rinvenire la verità ». L'argomento relativo alla fallacia della tortura come mezzo di prova avrebbe ispirato la celeberrima definizione beccariana di « infame crociuolo della verità », atta a portare alla condanna del « debole » innocente e del « robusto » colpevole. Sulla complessa rete testuale tessuta sulla base del frammento ulpianeo e del rapporto tra l'opera di Thomasius e quella di Beccaria: M. BRUTTI, *La tortura e il giudizio*, in « Index », 38 (2010), pp. 36-69, nonché G. JEROUSCHEK, *Thomasius und Beccaria als Folterkritiker. Überlegungen zum Kritikpotential im kriminalwissenschaftlichen Diskurs der Aufklärung*, in *Beccaria als Wegbereiter der Kriminologie. Verleihung der Beccaria-Medaille durch die Neue Kriminologische Gesellschaft*, D. Rössner, J.M. Jehle (Hrsg.), Mönchengladbach, Forum Verlag Godesberg, 2000, pp. 9-25. Sul problema dell'utilizzazione della tortura nell'esperienza giuridica romana, tra i numerosi contributi: I. THOMAS, *Arracher la vérité. La Majesté et L'Inquisition (Ier siècle, IVème siècle ap. J.C.)*, in *Le Juge et Le Jugement dans les traditions juridiques européennes. Études d'histoire comparée*, sous la direction de R. Jacob, Paris, Librairie général de droit et jurisprudence, 1996, pp. 15-41.

della devianza di fede aveva comportato una rottura delle forme processuali, permettendo ai giudici di avviare un'indagine in assenza di un accusatore privato e ampliando a dismisura i poteri di azione processuale del magistrato. Il pretesto di preservare l'unità della fede aveva creato nei fatti un formidabile meccanismo per conservare il potere della Chiesa negli affari temporali e per sottomettere l'autorità civile a quella religiosa (33).

La polemica anticanonistica, condotta da Thomasius nelle pagine della sua dissertazione, echeggiava i nuovi contenuti che la storiografia ecclesiastica stava forgiando sullo scorcio del Sei-Settecento, in primo luogo Gottfried Arnold, il celebre teologo pietista, autore della *Unparteiische Kirchen — und Ketzerhistorie* (1699-1703), e Jacques Basnage (34) con la sua *Histoire de l'Èglise depuis Jésus-Christ jusqu'à présent* (1699), ma soprattutto s'inseriva in un dibattito di scala europea circa l'origine dell'inquisizione di fede. Non va dimenticato che nel 1688 — un anno dopo la sua prima edizione — veniva pubblicata in forma anonima in Germania la traduzione tedesca di un testo che avrebbe contribuito non poco ad accendere l'attenzione del pubblico sui soprusi compiuti dai tribunali inquisitoriali, la *Relation de l'Inquisition de Goa* di Charles Dellon, della quale veniva pubblicato un significativo riassunto dallo

---

(33) THOMASIUS, *De origine processus inquisitorii*, cit.: « Porro quemadmodum hactenus dicta satis docuerunt simul, inventione hac processus inquisitorii intendisse Pontifices, ut sub specie justitiae imperium in Laicos, variis artibus diu quaesitum, confirmaretur », p. 47. Del pari, lo stesso Thomasius ammetteva come il dato dell'origine canonistica del processo inquisitorio costituisse un dato già evidenziato dalla cultura giuridica poiché « Jam suo tempore Robertus Maranta circa annum 1520 florens in Spec Aur. Part 6 n. 48 e 206, agnovit processum inquisitorium juri canonico suam debere originem », ivi, p. 42 nt. e. Sull'opera del giurista venosino e dell'origine del processo inquisitorio: A. MARCHISELLO, *Il principio del processo. Osservazioni sull'origine del* judicium *nello* Speculum aureum *di Roberto Maranta*, in www.historiaetius.eu — 1/2012 — paper 7, URL consultato il 10.03.2021, nonché M.N. MILETTI, voce *Maranta, Roberto*, in *DBGI*, diretto da I. Birocchi, E. Cortese, A. Mattone, M.N. Miletti, Bologna, il Mulino, 2013, II, 1, pp. 1269-1271.

(34) Un'ampia analisi delle posizioni assunte in Germania in ordine all'origine dell'inquisizione di fede e del suo influsso sulla lettura thomasiana è in I. HUNTER, *Reading Thomasius on Heresy*, in « Eighteenth Century Thought », 2 (2004), pp. 39-56; T. AHNERT, *Historicising Heresy in the Early German Enlightenment. Orthodox and Enthusiast Variants*, in *Heresy in Transition*, cit., pp. 129-142.

stesso Thomasius nelle pagine dei *Monatsgespräche* (35). Allo stesso tempo la battaglia condotta sul filo dell'origine medievale delle aborrite procedure inquisitoriali si alimentava anche della critica storica condotta dalle opere di Gregorio Leti (36) e di Philippus van Limborch (37), che mostravano come la Chiesa si fosse progressivamente allontanata dall'originario messaggio evangelico di carità e moderazione per imporre la sua dominazione sulla cristianità attraverso la repressione indiscriminata del dissenso religioso. In particolare, Limborch aveva incentrato la sua disamina circa le atrocità commesse dalla Chiesa in nome dell'uniformità religiosa attraverso l'edizione di un catalogo medievale che raccoglieva le relazioni e le esecuzioni delle sentenze degli inquisitori di Toulouse dal 1307 al 1323, contrappuntandone il corredo della cruda documentazione con una narrazione che, in ambito storiografico, trovava un signifi-

(35) Edita a Leida nel 1687 e un anno dopo a Parigi, l'opera di Charles Dellon riportava con stile cronachistico, ma assai attento ai dettagli delle fasi processuali, la cattura e il conseguente giudizio subìto da due viaggiatori incappati nelle maglie dell'Inquisizione portoghese nella città asiatica. Per le vicende editoriali, per la sua inclusione nell'Indice dei libri proibiti e per notizie sulla diffusione in ambiente tedesco: A. Burkardt, G. Schwerhoff, voce *Germania*, in *Dizionario storico dell'Inquisizione*, diretto da A. Prosperi con la collaborazione di V. Lavenia e J. Tedeschi, Pisa, Edizioni della Normale, 2010, II, pp. 655-662.

(36) Intessuta di vicende personali, *L'Inquisizione processata, opera storica e curiosa* di Gregorio Leti rappresentava in chiave allegorica il conflitto tra l'Inquisizione e la giustizia. A tale opera si riferiva Thomasius nella sua dissertazione citando l'opera edita nel 1681, « ubi confusionenes istae per inquisitionem introductae in omnia regna et provincias europeas ingeniosissime descriptae leguntur », *De origine processus inquisitorii*, cit., § LV, pp. 47-48, n. (x).

(37) Condannata dall'Indice nel 1694, l'*Historia inquisitionis* del teologo olandese Philippus van Limborch, edita nel 1692, costituì uno dei testi atti a nutrire maggiormente la polemica antinquisitoriale sei-settecentesca. A differenza dell'opera di Leti che percorreva il registro dell'irriverenza e del sarcasmo contro l'ipocrisia e la crudeltà delle procedure inquisitoriali, Limborch optò per la strada dell'erudizione filologica e della ricerca documentale, dimostrando l'origine medievale dell'inquisizione e il tralignamento dal messaggio evangelico ad opera di una istituzione che aveva imposto il suo potere con la violenza e l'usurpazione. Sull'opera di Limborch, tra i numerosi contributi: L. Simonutti, *Limborch's* Historia inquisitionis*: an Episode in the Pursuit of Toleration*, in *Judaeo-Christian Intellectual Culture in Seventeenth Century*, A.P. Coudert, S. Hutton, R.H. Popkin, G.H. Weiner (eds), Dordrecht, Kluwer Academic Publishers, 1999, pp. 237-255; Ead., *Arminianesimo e tolleranza nel Seicento olandese. Il carteggio Ph. van Limborch - J. Le Clerc*, Firenze, Olschki, 1984.

cativo precedente, oltre che una fonte preziosa di informazioni, nell'opera di Paolo Sarpi. In tal senso, non stupisce la circostanza per cui lo stesso Thomasius non esitasse a esplicitare il suo debito verso il frate servita e consultore *in jure* della Repubblica di Venezia, quando all'interno del *De origine processus inquisitorii* rinviava all'opera di Sarpi per esporre i numerosi artifici introdotti dalla Corte pontificia allo scopo di imporre la propria strategia di dominio sotto il velo dell'ipocrisia e della mistificazione (38).

Del tutto coerente in questo quadro si presentava la disamina del filosofo sassone volta a dimostrare come l'origine del processo inquisitorio non potesse ritrovarsi nelle Sacre Scritture. Sulla scorta di uno scaltrito uso delle fonti bibliche e della traccia lasciata da Jean le Clerc, Thomasius scandagliava con erudizione asciutta e precisa una serie di passi tratti dall'Antico e dal Nuovo Testamento, cercando di evidenziare in significativo chiaroscuro la semplicità del messaggio scritturistico e la prassi di cautela esistente nella *Respublica Hebraeorum*, a fronte delle « fumisterie » e acrobazie dialettiche dei teologi che avevano voluto ricercare proprio nelle Sacre Scritture l'origine del processo inquisitorio (39).

Sembrava così riaffiorare sottotraccia il messaggio che aveva costituito il filo conduttore della dissertazione sui temi della criminalizzazione dell'eterodossia religiosa: ciò che metteva in pericolo la tranquillità della *Respublica* non era affatto la semplice professione di dottrine contrarie all'ortodossia, bensì la repressione a tutto campo dell'eresia, vale a dire l'*heretificium* che, come l'esperienza storica aveva dimostrato, costituiva un pericolo per la tranquillità sociale ben maggiore dell'eresia stessa (40).

---

(38) THOMASIUS, *De origine processus inquisitorii*, cit., § LV, p. 47, n. [w]. Circa l'influsso di Paolo Sarpi sulla storiografia protestante: G. COZZI, *Paolo Sarpi tra Venezia e l'Europa*, Torino, Einaudi, 1979.

(39) THOMASIUS, *De origine processus inquisitorii*, cit., §§ XV-XXXII, pp. 19-30. Per un'ampia disamina sul fondamentale influsso del testo biblico per il pensiero giuspolitico dell'età moderna, ci si limita a rinviare a *Politeia biblica*, a cura di L. Campos Boralevi, D. Quaglioni, Firenze, Olschki, 2003.

(40) « Uti enim genuini Christiani indissolubilis character est amor et tolerantia dissentientium, ita omnis haereticus est in meo systemate Haeretifex, ac odio dissentientium repletus, uti in meo systemate non haeresis, quam vos dicitis, sed haeretificium est crimen », THOMASIUS, *Problema juridicum an haeresis sit crimen?*, cit., p. 25.

Sarebbe tuttavia un errore sopravvalutare il senso di queste affermazioni thomasiane. Se tale prospettiva costituiva un indubbio passo in avanti sul piano della tolleranza religiosa (41), essa si presentava obiettivamente distante dai caratteri della libertà di coscienza teorizzata proprio negli stessi anni da Bayle, che nella sua produzione disarticolava la storia dell'Inquisizione come istituzione tirannica e quella del processo inquisitorio come strumento di dominio delle coscienze fino a demolire la stessa possibilità di concepire sul piano logico la dicotomia verità-ortodossia (42).

In Thomasius prevaleva lo scetticismo, legato a filo doppio alla sua convinta adesione al pietismo, circa la possibilità della Chiesa di controllare l'intima corruzione della volontà e delle passioni umane identificando all'opposto il sovrano come unico agente capace di garantire il controllo, l'educazione dei sudditi e il benessere della società (43). In tal senso, se era indubbio che tra le pagine della produzione thomasiana affiorasse nettamente l'esigenza che la semplice professione di dottrine contrarie all'ortodossia religiosa costituisse un fenomeno del tutto irrilevante per la sfera di azione del sovrano, in quanto punibile tutt'al più con sanzioni meramente spirituali, era altrettanto indubbio che il discorso mutasse sensibilmente di accento quando, a venire in rilievo, fossero la violazione delle leggi dello Stato e la perturbazione dell'ordine sociale della quale a volte si macchiavano gli eretici. Ciò avrebbe dovuto comportare un fermo e risoluto intervento del potere politico dal momento che compito imprescindibile del sovrano era la tutela dell'ordine e della pace pubblica (44).

---

(41) Cattaneo, *Delitto e pena nel pensiero di Christian Thomasius*, cit., pp. 120-121.

(42) Sul pensiero etico e sul principio di tolleranza in Bayle la letteratura è, come noto, amplissima. Per un'analisi dei principali orientamenti critici cfr. il corposo apparato bibliografico fornito dalla recente edizione: P. Bayle, *Commentario filosofico sulla tolleranza*, a cura di S. Brogi, Torino, Einaudi, 2018.

(43) Villani, *Christian Thomasius illuminista e pietista*, cit., p. 25.

(44) « Pertinet ad Principem cura securitatis externae, at haec non laeditur per publicationem falsae doctrinae », Thomasius, *Problema juridicum an haeresis sit crimen*, cit., p. 36. Si trattava di una posizione che se da un lato si nutriva degli apporti forniti dalle punte più avanzate della criminalistica cinquecentesca in tema di distinzione tra delitto e peccato (cfr. le riflessioni di Michele Pifferi, Generalia delictorum. *Il* Tractatus

4. *Modelli processuali a confronto.*

Tale ultima considerazione finiva per acquistare un'importanza determinante all'interno del *De origine processus inquisitorii*, in quanto l'analisi storica circa l'origine della procedura inquisitoriale si legava a filo doppio alla questione dirimente che investiva l'impiego del processo come strumento atto a garantire la tranquillità dei cittadini e la gestione ordinata della *Respublica*. Postulando un rapporto reciproco tra l'esperienza storica delle forme processuali e la loro idoneità a porsi come strumento atto a garantire la pace sociale, Thomasius poteva agevolmente muoversi dal terreno storico-critico a quello analitico-ricostruttivo e prospettare una disamina dei modelli di giustizia che meglio garantissero l'obiettivo di un'ordinata convivenza. Tale disamina, condotta sulla base di caratteri specifici della scansione delle forme processuali e della loro conformità al diritto naturale, faceva emergere la netta differenziazione, sotto il profilo assiologico, del modello processuale fondato sull'accusa privata, rispetto al modello inquisitorio connotato dall'iniziativa *ex officio* del magistrato.

La dicotomia tra *accusatio* e *inquisitio* rappresentava, come è

---

criminalis *di Tiberio Deciani e la "parte generale" di diritto penale*, Milano, Giuffrè, 2006, pp. 284-304), dall'altro si inseriva nell'aspro dibattito confessionale presente in Germania in materia di coercizione di coscienza, specie all'indomani della pubblicazione del veemente libello polemico del neo convertito al cattolicesimo Johannes Scheffler sotto lo pseudonimo di Hieroteus Boranowsky (*Gerechtfertigter Gewissens-Zwang oder Erweiß daß man die Ketzer zum wahren Glauben zwingen könne und solle*, Neyß, 1673) alla quale fece seguito la risposta luterana affidata alla sulfurea penna di Samuel POMARIUS, *Bewiesener ungerechtester Gewissens-Zwang: entgegen gesetzet Hierothei Boranowsky gerechtfertigtem Gewissens-Zwange*, Wittenberg, 1674. Per la ricostruzione del complesso contesto politico-culturale della polemica: W. LUDWIG, *Humanistische Erforschung und Anerkennung nicht-christlicher Kultur und Religion — Schritte auf dem Weg zur Toleranz?*, in *Wechselseitige Wahrnehmung der Religionen im Spätmittelalter und in der Frühen Neuzeit*. II. *Kulturelle Konkretionen (Literatur, Mythographie, Wissenschaft und Kunst)*, L. Grenzmann, T. Haye, N. Henkel, T. Kaufmann (Hrsg.), Berlin, Abhandlungen der Akademie der Wissenschaften zu Göttingen, 2012, pp. 7-58. Sui caratteri della « tolleranza » thomasiana che costituiva un riflesso del potere di governo del sovrano dello spazio pubblico: HUNTER, *The Secularisation*, cit., p. 157; ID., *The Tolerationist Programs of Thomasius and Locke*, in *Natural Law and Toleration in the Early Enlightenment*, T. Parkin, J. Stanton (eds), Oxford, Oxford University Press, 2013, pp. 107-137.

noto, un tratto di lunga durata e di persistente ricorrenza all'interno della cultura giuridica (45). Ciò contribuisce a spiegare la ragione per cui il moderno dibattito storiografico ha registrato posizioni assai differenti proprio sui caratteri e sul ruolo di questa dissertazione nell'orizzonte della produzione thomasiana. A fronte di chi ne ha sottolineato i profili innovativi (46), non è mancato chi ha evidenziato il carattere semplicemente ricognitivo di questa dissertazione, mettendo in luce come nel *De origine processus inquisitorii* il filosofo lipsiense si fosse limitato ad assumere il ruolo di mero colletore degli scritti precedenti (47).

A ben vedere, non v'è dubbio che in tale dissertazione i nuclei tematici portanti l'argomentazione costituissero temi già compiutamente affrontati dall'autore. Ad esempio, la profonda differenza tra l'ambito moral-costumale e quello giuridico in tema di azioni punibili; oppure il carattere del tutto illusorio e fallace della tortura come strumento di accertamento dei fatti processuali. Tuttavia, ciò che rappresentava uno dei profili più innovativi della riflessione del *De origine processus inquisitorii* era costituito dal fatto che proprio tali nuclei tematici venissero utilizzati da Thomasius per ingaggiare un duello serrato fatto di repliche e controrepliche miranti a screditare le opinioni più diffuse all'interno della cultura giuridica sull'utilità del processo inquisitorio per preservare gli interessi della *Respublica* (48).

È significativo che il filosofo lipsiense rinunciasse a fornire una definizione specifica del sistema inquisitorio (49) sottolineando, al-

---

(45) Tra i numerosi contributi su questa tematica centrale nella storia del processo penale, ci si limita a rinviare alla trattazione di lungo periodo offerta da DEZZA, *Accusa e inquisizione*, cit.

(46) A. KOCH, *Denunciatio. Zur Geschichte eines strafprozessualen Rechtsinstituts*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2006, p. 147.

(47) G. SCHWERHOFF, *Aufgeklärter Traditionalismus — Christian Thomasius zu Hexenprozeß und Folter*, in « Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Germanistische Abteilung », 104 (1987), pp. 247-260, p. 251.

(48) DIONI, *La critica di Thomasius al processo inquisitorio*, cit., pp. 4-5.

(49) THOMASIUS metteva subito in chiaro nella sua dissertazione che non era sua intenzione fornire una specifica definizione del processo inquisitorio: « Non est animus, ut exactam definitionem Processus Inquistorii dare velim »; bensì chiarirne piuttosto i connotati tipologici per mettere in risalto la differenza con il processo accusatorio: « sed

l'opposto, le profonde differenze con le forme processuali di matrice accusatoria. La relativizzazione delle nozioni di *accusatio* e *inquisitio* permetteva all'autore non solo di mettere in luce le disfunzioni presenti nella prassi di giustizia del suo tempo, evidenziando l'abuso della carcerazione, il ricorso indiscriminato alla tortura e la violazione delle esigenze difensive dell'imputato, ma anche di modulare accuratamente il bersaglio della sua critica verso gli assunti tralatizi fatti propri dalla dottrina criminalistica, specie a fronte della *Practica nova rerum criminalium* di Benedict Carpzov, testo di vastissima circolazione in ambito europeo e di indiscussa autorità nella prassi di giustizia dei principati tedeschi (50).

Era vero, ammetteva Thomasius, che uno dei profili di maggiore criticità del processo accusatorio riguardava la possibile proliferazione delle calunnie (51); tuttavia, l'esperienza aveva dimostrato che il modello inquisitorio presentava inconvenienti ben più gravi come la compromissione delle esigenze difensive a fronte di dichiarazioni testimoniali che spesso, proprio perché rese in assenza di contradditorio, si rivelavano assolutamente fasulle (52). Allo stesso

---

solum indicare volumus, quae, qualis, et quanta sit illa res, de cuius origine qaerimus, et in quonam consistant potissimae differrentiae inter processum accusatorium et inquisitorium ». THOMASIUS, *De origine processus inquisitorii*, cit., § I, p. 3, n. (a).

(50) Sull'opera del giurista di Wittenberg: W. OTTO, voce *Carpzov, Benedict*, in *Juristen. Ein biographisches Lexikon*, cit., pp. 115-116; I. KABUS, *Der Inquisitionsprozeß im Mittelalter und der frühen Neuzeit*, in *"Auss Liebe der gerechtigkeit vnd umb gemeines nutz willenn". Historische Beiträge zur Strafverfolgung*, G. Jerouschek, H. Rüping (Hrsg.), Tübingen, Diskord, 2000, pp. 29-57; M. SCHMOECKEL, *Benedict Carpzov und der sächsische Prozess. Mündlichkeit und Konzentration im sächsischen Verfahren vor dem Hintergrund des Ius Commune und der Reformation*, in « Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Germanistische Abteilung », 126 (2009), pp. 1-37. Sulla diffusione dell'opera di Carpzov: H. PIHLAJAMÄKI, *Practica Nova Imperialis Saxonica rerum criminalium I.III New Imperial Saxon Practice of Criminal Law*, in *The Formation and Transmission of Western Legal Culture. 150 Books that Made Law in the Age of Printing*, S. Dauchy, G. Martyn, A. Musson, H. Pihlajamäki, A. Wijffels (eds), Cham, Springer, 2016, pp. 187-190.

(51) THOMASIUS, *De origine processus inquisitorii*, cit., § VIII, p. 11.

(52) Il tema relativo al pericolo della diffusione incontrastata delle false denunce che, protette dal manto di segretezza, costituivano i principali punti di criticità del processo inquisitorio, sarebbe stato al centro di un'altra dissertazione del filosofo lipsiense: C. THOMASIUS, *Dissertatio juris canonici de usu practico denunciationis evangelicae. Ad cap. X. 13 de Judicis*, Halle, 1712. Ripercorrendo il sentiero già tracciato nel *De*

modo, l'esperienza dimostrava in termini incontrovertibili come dovesse considerarsi risibile la tesi secondo la quale la funzione dell'inquisitore assicurasse una sufficiente difesa del reo. Del pari, non era convincente l'opinione di chi riteneva il processo inquisitorio maggiormente idoneo a preservare l'imputato da condanne ingiuste, perché in esso per addivenire alla condanna era necessaria la presenza di una prova piena, contrariamente a quello accusatorio dove poteva pronunciarsi l'affermazione della colpevolezza anche in presenza di semplici indizi. Invero, replicava Thomasius, anche gli indizi potevano prospettarsi, secondo una formula assai cara al lessico di diritto comune, *luce meridiana clariores* e dunque non si comprendeva la ragione del perché essi non potessero suffragare una sentenza di condanna (53). Nel processo inquisitorio, inoltre, la ricerca spasmodica e totalizzante della prova piena finiva per viziarne alla base la sua funzione, perché comportava come conse-

---

origine processus inquisitorii, Thomasius centrava il fuoco della polemica sulla distorsione dell'originario significato del brano evangelico relativa alla correzione fraterna che, a partire dal Medioevo, aveva costituito il fulcro della *denunciatio* giudiziale come specifica modalità di avvio del processo inquisitorio. Significativo che tale distorsione del messaggio evangelico fosse avvenuta ancora una volta ad opera di Innocenzo III: « ad praeparandum processum inquisitorium introductum » (ivi, § VI, p. 11). Secondo Thomasius « Intentio Pontificis fuit, ut delatores sub praetextu charitatis Christianae et Evangelicae liberarentur a poenis calumniae hactenus receptis, et a necessitate probandi criminis denunciati » (ivi, § VII, p. 12). Sull'origine della *denunciatio*: P. Bellini, *Denunciatio evangelica e denunciatio iudicialis privata. Un capitolo di storia disciplinare della Chiesa*, Milano, Giuffrè, 1986; E. Peters, *Inquisition*, Berkeley, University of California Press, 1989, pp. 40-51; Dezza, *Accusa e inquisizione*, cit., pp. 10-27; Koch, *Denunciatio*, cit., pp. 43-50. Del pari, la critica thomasiana alla segretezza del processo inquisitorio finiva per prendere posizione, sia pure implicitamente, su un altro dei *puncta prurientes* che avevano impegnato la dottrina processuale in antico regime, concernente il carattere indefettibile del confronto dell'imputato con i testimoni di accusa pena la nullità dell'accertamento processuale. Così ad esempio lo stesso Carpzov, pur in presenza di una prassi attestata nel senso di permettere la ripetizione delle testimonianze di accusa alla presenza dell'imputato laddove l'assunzione avesse preceduto la sua *citatio*, aveva risolto la questione in termini negativi, affermando il carattere non essenziale di tale adempimento. Cfr. B. Carpzov, *Practica nova imperialis saxonica rerum criminalium* (1635), Wittenberg, 1670, *pars* III, *quaest*. CXIV, § 74.

(53) « Nec mirum hoc alicui videri poterit, quomodo indicia possint dici luce meridiana clariora, cum indicia saltem faciant praesumptiones et suspiciones, aut argumenta verosimilia saltem et ita lubrica et fragilia ». Thomasius, *De origine processus inquisitorii*, cit., § XII, p. 15, n. (l).

guenza la necessità di estorcere la confessione dell'imputato attraverso la tortura, una pratica che spesso si presentava maggiormente crudele della pena stessa (54).

5. *Verità, prova, probabilità.*

A prima vista sembrerebbe che Thomasius attraverso questo snodo tematico si limitasse a ribadire quanto affermato nella sua celeberrima dissertazione in materia di tortura: la confessione estorta nel tormento, oltre a rappresentare un mezzo di prova contrario ai principi umanitari, costituiva una risultanza probatoria il più delle volte inutile sotto il profilo processuale dal momento che essa più che un mezzo attendibile per la scoperta del vero spingeva l'imputato a confessare anche ciò che non aveva compiuto pur di far cessare i tormenti (55). Tuttavia è opportuno notare come, a partire dalla sua osservazione, il filosofo sassone allargasse, e non di poco, il tema della

(54) Ivi, § XII, p. 16. Vi è peraltro da osservare come la stessa esigenza di porre un argine all'abuso della tortura come mezzo per ottenere la confessione dell'imputato al fine di rispondere ai rigorosi standard di accertamento processuale richiesti dalla *probatio plena in criminalibus* costituisse un tema già affrontato dallo stesso Carpzov, il quale si spingeva a ritenere che « nihil tam crudele et inhumanum esse quam hominum ad immaginem Dei constitutum tormentis lacerare » (CARPZOV, *Practica nova*, cit., *quaest*. CXVII, n. 3-4). Sul tema, oltre alla classica opera di FIORELLI, *La tortura giudiziaria nel diritto comune*, cit., anche J.H. LANGBEIN, *Torture and Law of Proof. Europe and England in the Ancien Régime*, Chicago-London, University of Chicago Press, 1977, nonché M. DAMAŠKA, *The Death of Legal Torture*, in « Yale Law Review », 1978, 1, pp. 860-884; ID., *The Quest for Due Process in the Age of Inquisition*, in « American Journal of Comparative Law », 60 (2012), pp. 919-954 (trad. it.: *La ricerca del giusto processo nell'età dell'inquisizione*, in « Criminalia », 2012, pp. 27-66); ID., *Evaluation of Evidence. Pre-Modern and Modern Approaches*, Cambridge, Cambridge University Press, 2018; M. PIFFERI, *Le insanabili antinomie della tortura. Modelli di verità e significato del dolore nella quaestio per tormenta medievale*, in « La legislazione penale », https://www.lalegislazionepenale.eu/wp-content/uploads/2019/09/Pifferi-approfondimenti-LP-1.pdf, pp. 1-22.

(55) « Certissimus enim est, et ex antea jam dictis patet, torturam esse medium inquirendi in crimen quoad eius autorem hactenus dubium et incertum: jam vero et ab altera parte non minus exploratum est, miseros reos, de quibus an sontes, an vero insontes sint, nondum constat in omni torturae exercitio certissimis et indubitatis excarnificari cruciatibus » (THOMASIUS, *Disputatio inauguralis juridica de tortura ex foris christianorum proscribenda*, cit., II, §1, p. 22). Sulla critica thomasiana alla tortura come strumento atto all'accertamento della verità in sede processuale: M. SCHMOECKEL, *Humanität und Staatsraison. Die Abschaffung der Folter in Europa und die Entwicklung des*

critica al carattere fallibile della verità assunta in sede processuale, riconnettendo il carattere indefettibilmente incerto della confessione estorta sotto tortura a tutte le risultanze probatorie presenti nel processo poiché « omnia argumenta, quibus probatur crimen, pariunt saltem verosimilitudinem in iudice non scientiam » (56).

Per il lettore contemporaneo, la lettura della pagina thomasiana sembra evocare un tratto profondamente radicato nella propria coscienza comune di giurista, ovvero sia quanto affermava esplicitamente Piero Calamandrei: « Tutte le prove, a ben guardare, non sono che prove di verosimiglianza » (57). Cionondimeno la contestualizzazione dell'argomentazione di Thomasius all'interno del dibattito relativo al tema della prova legale nella dottrina giuridica dei suoi tempi finiva per evocare un campo di tensione che avrebbe condotto a successivi sviluppi in tema di euristica processuale per approdare nella matura stagione dei Lumi al principio della certezza morale come antidoto alle disfunzioni del sistema di prova legale (58).

Ad assumere un rilevo centrale nella formazione del convincimento giudiziale era l'indizio, oggetto, come è noto, di un secolare processo di affinamento e classificazione ad opera della criminali-

---

gemeinen Strafprozess- und Beweisrechts seit dem hohen Mittelalter, Köln-Weimar-Wien, Böhlau, 2000, pp. 147-151. Del pari, per un esame delle critiche precedenti espresse dalla cultura giuridica nei confronti della tortura: F. Motta, *Verità del maleficio. Alle origini dell'abolizione della tortura giudiziaria*, in *Il caso Beccaria. A 250 anni dalla pubblicazione del « Dei delitti e delle pene »*, a cura di V. Ferrone, G. Ricuperati, Bologna, il Mulino, 2016, pp. 231-338.

(56) Thomasius, *De origine processus inquisitorii*, cit., § XII, p. 15, n. (l).

(57) P. Calamandrei, *Verità e verosimiglianza nel processo civile*, in « Riv. dir. proc. Civ. », III (1955), pp. 164-192. Sul punto il grande giurista fiorentino richiamava A. Wach, *Vorträge über die Reichs-Civilprozessordnung*, Bonn, Marcus, 1896, p. 226.

(58) Sul tema è d'obbligo il rinvio ai classici contributi di Alessandro Giuliani, *Il concetto di prova. Contributo alla logica giuridica*, Milano, Giuffrè, 1961, nonché Id., voce *Prova* (Filosofia del diritto), in *Enciclopedia del diritto*, XXXVII, Milano, Giuffrè, 1988, pp. 518-579; Id., *L'ordo judiciarius medioevale (Riflessioni su un modello puro di ordine isonomico)*, in « Rivista di diritto processuale », 1988, pp. 598-614; Id., *Ordine isonomico ed ordine asimmetrico: "nuova retorica" e teoria del processo*, in « Sociologia del diritto », 1986, pp. 81-90.

stica europea (59). In tal senso, l'affermazione thomasiana circa la pertinenza del tema della prova (di tutte le prove) alla sfera del verosimile e non a quello della certezza significava proporre un aggiornamento della dottrina dell'indizio ammettendo in linea di principio un'assimilazione tra prova diretta e prova indiretta attraverso una tendenziale parificazione della valutazione della prima e della seconda. Questa operazione finiva per attribuire centralità nella logica del ragionamento giudiziario al tema della probabilità, più in particolare comportava in campo processuale il rifiuto di un'accezione oggettiva della probabilità, considerata come una mera caratteristica ontologica di tutti i fenomeni del mondo reale, esprimibile come semplice calcolo della frequenza dell'accadere, in favore di un'accezione di probabilità in senso soggettivo, che mirava a razionalizzare il convincimento di un soggetto, relativamente alla possibilità che un certo evento si sia realizzato o si realizzi (60). Non

(59) Tra i numerosi lavori che hanno ricostruito l'incessante lavorio della dottrina giuridica di antico regime atta a formalizzare in una griglia di principi i temi dell'ammissibilità dei mezzi di prova, nonché la loro rilevanza ai fini della formazione del convincimento del giudicante: A. Padoa Schioppa, *"Unus testis nullus testis", note sulla scomparsa di una regola processuale*, in *Studia Ghisleriana, Studi giuridici*, Pavia, Pubblicazioni del Collegio Ghisleri, 1967, pp. 334-357; *The Trial by Jury in England, France, Germany*, a cura di A. Padoa Schioppa, Berlin, Duncker & Humblot, 1987; Id., *La giuria penale in Francia. Dai Philosophes alla Costituente*, Milano, Giuffrè, 1994; Id., *Sur la conscience du juge dans le ius commune européen*, in *La conscience du juge dans la tradition juridique européenne*, sous la dir. de J.M. Carbasse, L. Depambour Tarride, Paris, PUF, 1999, pp. 95-129; M. Nobili, *Il principio del libero convincimento del giudice*, Milano, Giuffrè, 1974; G. Alessi, *Prova legale e pena. La crisi del sistema tra Evo Medio e Moderno*, Napoli, Iovene, 1979; E. Dezza, *Tommaso Nani e la dottrina dell'indizio nell'età dei lumi*, Milano, Giuffrè, 1992; P. Marchetti, Testis contra se. *L'imputato come fonte di prova nel processo penale*, Milano, Giuffrè, 1994; I. Rosoni, Quae singula non prosunt collecta iuvant. *La teoria della prova indiziaria nell'età medievale e moderna*, Milano, Giuffrè, 1995; M. Meccarelli, Arbitrium: *un aspetto sistematico degli ordinamenti giuridici dell'età del diritto comune*, Milano, Giuffrè, 1998; L. Garlati, *Inseguendo la verità. Processo penale e giustizia nel Ristretto per la prattica criminale per lo Stato di Milano*, Milano, Giuffrè, 1999; B. Garnot, *Justice et société en France aux XVI, XVII, XVIII siècles*, Paris, Orphys, 2000; P. Rondini, Ex sententia animi tui. *La prova legale negativa nell'età della codificazione*, Milano, Giuffrè, 2012, in part. pp. 27-52.

(60) Sulla distinzione tra probabilità oggettiva e soggettiva, ci si limita all'opera dell'autore che ha maggiormente contribuito alla comprensione del problema nel dibattito novecentesco: B. De Finetti, *Sul significato soggettivo della probabilità*, in

vi è dubbio che l'attenzione al tema della probabilità, che accomunava Thomasius a numerosi autori del suo tempo, rappresentasse anche una risposta alla carica demolitoria della critica cartesiana che negava sul piano logico, prima ancora che epistemico, la possibilità di ammettere un grado di credenza intermedia tra certezza ed ignoranza e finiva per riassorbire la probabilità nel dominio della retorica e dell'opinione (61).

Di fronte a questo *impasse* sarebbero state due le strade battute dal pensiero filosofico interessato ad esaminare il tema del ragionamento probatorio del giudice. In primo luogo, le aspirazioni di Leibniz (62) nonché i tentativi di Niklaus Bernoulli (63) e Jacob Bernoulli (64), tesi a fissare una serie di parametri matematico-quantitativi al fine calcolare il grado di attendibilità del ragionamento probatorio. Al di là di calcoli complicatissimi, lo schema che sorreggeva il ragionamento può essere ridotto nei suoi termini essenziali. Posto che la certezza piena corrisponde dal punto di vista logico-concettuale all'unità, è possibile calcolare la probabilità di un evento assimilando gli indizi a frazioni di certezza integra? Si può raggiungere la certezza sommando le parti, cioè le frazioni di prova, ovverosia i frammenti di certezza? Cosa accede se le frazioni sono molto piccole, ovvero gli indizi sono molto tenui (65)?

« Fundamenta mathematicae », 17 (1931), pp. 298-329. Sulla parabola intellettuale (mai disgiunta dall'impegno civile) del matematico trentino, da ultimo C. VALERIO, *La matematica è politica*, Torino, Einaudi, 2020, p. 12.

(61) Da ultimo sulla natura del pensiero cartesiano che parte « da un'affermazione pervasiva del dubbio » per uscirne in nome di « una verità forte, per non dire assoluta », cfr. M. MIGLIORI, *Se non c'è verità non può esserci il dubbio*, in *Quaderno di storia del penale e della giustizia. Il dubbio. Riflessioni interdisciplinari per un dibattito contemporaneo su certezza, giustizia, mass-media e diritto di punire*, a cura di L. Lacché, Macerata, EUM, 2020, pp. 23-40, p. 29.

(62) G.W. LEIBNIZ, *De concursu argumentorum* (1699), in ID., *Textes inédits d'après les manuscrits de la Bibliothèque provinciale de Hanovre*, cur. Gaston Grua, Paris, 1948, II, p. 660.

(63) N. BERNOULLI, *Dissertatio inauguralis mathematico-juridica de usu artis conjectandi in jure*, Basilae, 1709.

(64) J. BERNOULLI, [...] *Ars conjectandi. Opus posthumum; accedit Tractatus de seriebus infinits; et Epistola Gallice scripta de ludo Pilae reticularis*, Basel, 1713.

(65) C. BORGHERO, *La breve vita dell'enciclopedia cartesiana*, in *L'esperienza della modernità. Scritti in onore di Anna Anfossi*, a cura di I. Regalia, A. Bagnasco, Milano,

Nonostante le raffinatissime applicazioni logico-aritmetiche i due Bernoulli non sarebbero mai pervenuti alla fissazione di una soglia quantitativa determinata atta a far sì che il giudice potesse deliberare un pronunciamento o, al contrario, addivenire ad un *non liquet*. Ciò spiega il successo che arrise nel Settecento all'altra strada alla quale si accennava. Un impianto che avrebbe legato la logica di Arnauld e Nicole all'empirismo lockiano che nei suoi tratti essenziali valorizzava il carattere qualitativo della probabilità ai fini dell'accertamento probatorio del giudice. Come è noto, nell'*Essay concerning human understanding*, Locke aveva identificato la probabilità nella percezione dell'accordo o del disaccordo tra due idee, assicurata mediante prove che a loro volta concernevano i fatti particolari caduti sotto l'esperienza empirica dell'osservatore e capaci di essere testimoniati. In tal senso la probabilità veniva definita dall'azione concomitante di due fattori: il corso ordinario degli accadimenti nel mondo naturale e la veridicità, ovverosia l'attendibilità dei testimoni. Tali fattori si modulavano assieme dando luogo ad una progressione decrescente che andava dalla certezza alla fiducia, alla credenza, alla congettura, fino alla sfiducia e all'incredulità (66).

FrancoAngeli, 1999, pp. 29-46, p. 40; ROSONI, Quae singula non prosunt, cit., pp. 244-274.

(66) « La probabilità servendo a supplire alla carenza della nostra conoscenza e a guidarci dove essa ci viene meno, ha sempre a che fare con proposizioni di cui non abbiamo certezza, ma solo alcuni stimoli a ritenerle vere. I fondamenti di essa sono i due seguenti. Primo la conformità della cosa con la nostra conoscenza, osservazione ed esperienza. Secondo la testimonianza degli altri circa la loro osservazione ed esperienza. Nella testimonianza degli altri si devono considerare: 1) il numero 2) l'integrità 3) l'abilità del testimone 4) l'intenzione dell'autore quando si tratta di una testimonianza presa da un libro 5) la coerenza delle parti e le circostanze delle relazioni 6) Le testimonianze contrarie » (J. LOCKE, *Saggio sull'intelletto umano*, a cura di N. Abbagnano, Torino, Bompiani, 1971, IV, XV, 4, pp. 748-49). Del pari, il filosofo inglese, trattano nel capitolo seguente dei « gradi dell'assenso » dell'intelletto umano ad una proposizione probabile definiva una scala di credibilità avuto riguardo all'« osservazione comune in casi simili e le testimonianze particolari in quel caso particolare » precisando che esse fossero « soggette ad una tale varietà di osservazioni contrarie, di rapporti, qualificazioni, temperamenti [...] che è impossibile ridurre in regole precise i vari gradi in cui gli uomini danno il loro assenso ». Cionondimeno, concludeva Locke, « a seconda che gli argomenti e le prove pro o contro, dopo un debito esame, eseguito dopo aver soppesato le circostanze particolari appariranno, nell'insieme, in grado maggiore o minore pendere da uno dei lati, sono adatti a produrre nello spirito quegli atteggiamenti

Con sguardo retrospettivo è possibile notare come sarebbe stata questa nozione qualitativa di probabilità a risultare vincente nel XVIII secolo (67) ed a penetrare anche in Italia secondo una *legacy* che va da Briganti (68), passando per Beccaria (69), fino a Pagano (70), senza contare la grande influenza che avrebbe esercitato sul dibattito

---

diversi che chiamiamo credenza, congettura, sospetto, dubbio, incertezza, sfiducia, incredulità ». Ivi, IV XVI, 9, p. 757. Circa la fondamentale influenza del pensiero lockiano nella riflessione illuministica sui temi della probabilità e della prova: I. HACKING, *The Emergence of Probability. A Philosophical Study of Early Ideas about Probability, Induction and Statistic Inference*, Cambridge, Cambridge University Press, 1975; L. DANSTON, *Classical Probability in the Enlightenment*, Princeton, Princeton University Press, 1988; BORGHERO, *La breve vita*, cit., p. 44.

(67) B. SHAPIRO, *Beyond Reasonable Doubt and Probable Cause. Historical Perspective of Anglo-American Law of Evidence*, Berkeley, University of California Press, 1991; *How Law Knows*, A. Sarat, L. Douglas, M. Merrill Umphrey (eds.), Stanford, Stanford University Press, 2006.

(68) Circa la posizione della dottrina italiana della prima metà del Settecento e del ruolo assunto nella teoria indiziaria della *Pratica criminale* [...] di Tommaso Briganti (1755) accanto al contributo di C. COGROSSI, *Alle origini del libero convincimento del giudice. La morale certezza in Tommaso Briganti trattatista del primo Settecento*, in Amicitiae Pignus. *Studi in onore di Adriano Cavanna*, a cura di A. Padoa-Schioppa, M.G. Di Renzo Villata, G.P. Massetto, Milano, Giuffrè, 2003, pp. 475-544; l'analitica ricostruzione fornita da Italo BIROCCHI, *Il problema della riforma della giustizia nell'età dei Lumi: l'incontro tra Pratiche criminali e nuova filosofia*, in *Histórias das justiças (1750-1850). Do reformismo ilustrado ao liberalismo constitucional*, J.R. De Lima Lopes, A. Slemian (organizadores), São Paulo, Alameda, 2017, pp. 54-111, che ne ricostruisce l'apporto nel quadro della 'questione penale' del secolo XVIII, sottolineandone da un lato il legame con « l'interesse per il metodo sperimentale » e dall'altro l'inserimento in una corrente del pensiero giuridico settecentesco teso a valorizzare sul piano processuale « lo spostamento del giudizio verso il buon senso dell'uomo medio [...] che scontavano la relativizzazione del concetto di verità processuale, con la correlativa affermazione del principio di convinzione morale del giudice pur subordinato alla legge », cfr. ivi, pp. 56-57 per i *loc. cit*. Sull'opera del giurista gallipolino anche il contributo di D. LUONGO, *Contro « lo spirito di severità ». Garanzie e mitigazione dei dispositivi penali in Tommaso Briganti*, in www.historiaetius.eu — 19/2021, paper 1, in part. pp. 31-36.

(69) Sul rilievo assunto nell'opera di Beccaria del tema della certezza morale e dell'influsso dell'empirismo e dell'utilitarismo in materia di valutazione delle risultanze processuali, tra i numerosi contributi: F. CAPRIOLI, Intime conviction *e prova legale in Beccaria (Dei delitti e delle pene §§ XIV e XXXI)*, in « Diritto penale XXI secolo », XIII (2014), 2, pp. 356-376.

(70) C. COGROSSI, *La criminalistica italiana del XVIII secolo sulla « certezza morale » antesignana del libero convincimento del giudice*, in « Rivista di storia del diritto italiano », LXXIII (2000), pp. 121-235, nonché: F. CAPRIOLI, *Il giudice e la prova.*

dei Lumi l'ironia semi-seria di Voltaire che irrideva la possibilità di misura matematica della probabilità che fabbricava una pseudo-certezza moltiplicando i dubbi (71).

Quanto a Thomasius, egli aveva sviluppato la sua teoria della probabilità fin dalla *Introductio ad philosphiam aulicam* nella quale, assumendo una posizione contraria a Descartes, identificava la stessa come una forma di verità poiché « verosimile [...] est species veri » (72). In una celebre pagina il filosofo sassone aveva paragonato

---

Beccaria, Filangieri, Pagano, in *Dialogando con Beccaria. Le stagioni del processo penale italiano*, a cura di G. Chiodi, L. Garlati, Milano, Giuffrè, 2015, pp. 31-42.

(71) VOLTAIRE, *Essai sur les probabilités en fait de Justice*, s.n.t. (ma Ginevra, 1772). Del pari, va sottolineato che lo spartiacque epocale costituito dalla Rivoluzione francese non rappresentò affatto il termine *ad quem* di un dibattito che poneva in primo luogo le esigenze volte al contenimento della discrezionalità giudiziaria in sede di emanazione della sentenza. Sul punto, tra i numerosi contributi: *Subjektivierung des justiziellen Beweisverfahrens. Beiträge zum Zeugenbeweis in Europa und den USA (18.-20. Jahrhundert)*, A. Gouron, L. Mayali, A. Padoa Schioppa, D. Simon (Hrsg.), Frankfurt am Main, Klostermann, 1994. Per le analisi della storiografia giuridica italiana volta ad indagare la tematica nel primo Ottocento: L. GARLATI, *La parola alla difesa. Profili penalistici delle* allegationes *lombarde tra Sette e Ottocento*, in *L'arte del difendere. Allegazioni, avvocati e storie di vita a Milano fra Sette e Ottocento*, a cura di M. G. Di Renzo Villata, Milano, Giuffrè, 2006, pp. 435-525; F. MASTROBERTI, *Dibattimento e libero convincimento del giudice nel Mezzogiorno borbonico*, in *Riti, tecniche, interessi. Il processo penale tra Otto e Novecento* (Atti del convegno, Foggia 5-6 maggio 2006), a cura di M.N. Miletti, Milano, Giuffrè, 2006, pp. 135-161; C. POVOLO, *Nella selva incantata degl'indizi*, in *La selva incantata. Delitti, prove, indizi nel Veneto dell'Ottocento. Saggio di etnografia giudiziaria*, a cura di C. Povolo, Sommacampagna, Cierre, 2006; G. CHIODI, *Il fascino discreto del libero convincimento. Per un identikit del giudice penale lombardo-veneto*, in *Amministrazione della giustizia penale e controllo sociale nel Regno Lombardo-Veneto*, a cura di G. Chiodi, C. Povolo, Sommacampagna, Cierre, 2007, pp. 6-59; M.N. MILETTI, *« Indizi prossimi e imparziale ponderazione ». L'istruzione probatoria nel rito penale ticinese del 1816*, in « Archivio storico ticinese », 142 (2007), pp. 341-360; nonché i lavori dedicati all'autore che più di tutti contribuì ad alimentare il dibattito italiano agli inizi del secolo XIX: Giovanni Carmignani. Sul contributo in materia probatoria del giurista pisano, in particolare: E. DEZZA, *L'"arme terribile". La polemica di Giovanni Carmignani sull'intima convinzione del giudice togato*, in *Giovanni Carmignani (1768-1847) maestro di scienze criminali e pratico del foro sulle soglie del diritto penale contemporaneo*, a cura di M. Montorzi, Pisa, ETS, 2003, pp. 133-148; G. CHIODI, *Le garanzie processuali di Beccaria e la penalistica italiana dell'Ottocento: il contributo di Giovanni Carmignani*, in *Dialogando con Beccaria*, cit., pp. 43-84.

(72) C. THOMASIUS, *Introductio ad philosophiam aulicam seu lineae primae de prudentia cogitandi et ratiocinandi* [...], Halle 1703 (1688), cap. V, §12, p. 104. La

la probabilità ad un punto mobile, un valore oscillante tra due opposti: il vero e il falso (73). Il ragionamento probabilistico, allora, funzionava allo stesso modo di una bilancia; tra due affermazioni contrapposte la probabilità si spostava verso quella più vicina al vero, mentre si allontanava da quella più vicina al falso. Questa caratteristica propria della verità probabile presupponeva la necessità di stabilire una vera e propria graduazione della probabilità che egli individuava esplicitamente nel grado di conferma assunto dalla relazione tra due proposizioni. Quanto maggiore era il numero di dati che verificavano una proposizione, tanto essa era più probabile, ovvero, vicina alla verità (74).

---

differenza tra i concetti di verità assoluta e verità probabile risiedeva in un'applicazione del principio di non contraddizione. Mentre per la verità assoluta la negazione si presentava come impossibile, per la verità probabile la negazione, quand'anche fosse inverosimile, era pur sempre possibile. Al di là di tale circostanza, Thomasius riconosceva esplicitamente l'assoluta necessità per l'intelletto umano di utilizzare la conoscenza probabile, la quale non rappresentava solo uno scopo della ricerca logica, ma anche e soprattutto un mezzo essenziale per giungere o avvicinarsi alla verità assoluta. Diffusamente sulla teoria thomasiana della probabilità che a partire dall'*Introductio ad philosophiam aulicam* avrebbe compreso anche l'*Einleitung zur Vernunftlehre* (1691) L. CATALDI MADONNA, *La filosofia della probabilità nel pensiero moderno. Dalla Logique di Port-Royal a Kant*, Fiesole, Cadmo, 1988, pp. 83-104.

(73) THOMASIUS, *Introductio ad philosophiam aulicam* [...], cit. cap. VIII, § 38, p. 158.

(74) Non è un caso che nella storiografia filosofica sia stato sottolineato come la teoria thomasiana della probabilità risulti assai coerente con il concetto di scienza assunto dal filosofo lipsiense, posto che, come la scienza, anche la probabilità occupava il dominio del contingente. Interpretando la probabilità come relazione tra le ipotesi e le loro istanze di controllo, Thomasius forniva un esempio di ragionamento induttivo atto a comprendere e spiegare le relazioni causali tra fenomeni (ivi, VIII, §33, p. 160). Così come lo scienziato, anche il giudice di fronte ad una pluralità di ipotesi esplicative di fatti, nessuna delle quali riuscisse ad imporsi con il carattere di esclusività, avrebbe dovuto scegliere induttivamente tra l'ipotesi più probabili. In tal senso il processo di giustificazione delle proposizioni probabili consisteva nel grado di conferma del numero di dati (*rationes*) che verificavano una ipotesi. Sul punto, le osservazioni di CATALDI MADONNA, *La filosofia della probabilità nel pensiero moderno*, cit., pp. 95-96. Del pari va sottolineato come l'impostazione anticartesiana propria di Thomasius venisse in quel torno di anni fatta propria anche da chi come Andreas Rüdiger con il suo *De sensu veri et falsi* esaminava in termini analitici i problemi tipici del ragionamento probabilistico. Opponendosi alla teoria cartesiana delle idee innate, Rüdiger fondava l'insieme delle conoscenze alla sola esperienza sensibile, assegnando un posto di rilievo sul piano gnoseologico alla probabilità intesa come ragionamento secondo il quale dall'accordo di

L'impostazione adottata da Thomasius nel *De origine processus inquisitorii* ripartiva da tale assunto.

A fronte delle minuziose classificazioni di casi e sottocasi della *scientia iuris* (75), il filosofo sassone non mancava di fare appello alla ragione del giudice per la valutazione di ciò che la tradizione retorica definiva prove artificiali, individuando proprio nel processo accusatorio il modello tipico di confronto e di verificazione delle ipotesi probatorie e della credibilità del testimone (76). Da questo punto di vista, il filosofo sassone accantonava la complessa rete che distin-

---

più sensazioni scaturiva, con una certezza superiore a quella posta da qualsiasi eccezione, una proposizione non immediatamente oggetto di percezione per l'esperienza sensibile. cfr. A. RÜDIGER, [...], *De sensu veri et falsi* [...] Libri IV (1709), Lipsiae, 1722, Liber IV, cap. I, § 10, pp. 426-433.

(75) Assai significativo come Thomasius finisse in definitiva per manifestare la propria sfiducia circa la reale ed effettiva capacità del sistema di prova legale a fungere come contrappeso della discrezionalità valutativa del magistrato in ordine al materiale probatorio: « Notum est indicia triplicis esse generis: ad inquisitionem, ad capturam, ad torturam. Cur non ad poenam? Respondeo, quia videlicet inquisitorius processus non condemnat secundum indicia, tamquam argumenta dubia, sed vult probationes luce meridiana clariores, scilicet corpus delicti, indicia, et si duo testes de ipso crimine commisso deponentes non adsint, confessionem rei. Interim illa indicia ad inquirendum, capiendum et torquendum, non sunt determinata, sed ex natura rei vaga et indeterminata, arbitrio hominum maxime varianti subjecta, ac ita multis abusibus obnoxia » (THOMASIUS, *De origine processus inquisitorii*, cit., § I, p. 4, n. (c)). Sul punto, DIONI, *Il volontarismo*, cit., pp. 133-134.

(76) In seguito al riscontro della varietà delle interpretazioni fornite dalla scienza giuridica dei suoi tempi in ordine alla nozione di indizio indubitato e alla sua distinzione con l'area (contigua sotto il profilo euristico) delle *praesumptiones*, l'autore chiariva « Indicium luce meridiana clarius illud est, quod quidem non probat actum immediate ultimum delicti consummati, sed tam actus antecedentes et concomitantes, ita, ut nulla ratio dubitandi subsit, quam reus delictum tamen negans pro innocentia sua afferre possit, quae ulla verosimilitudinem habeat » (THOMASIUS, *De origine processus inquisitorii*, cit., § XII, p. 16, n. (l)). Del pari, Thomasius non mancava di chiarire come l'antichità classica fornisse numerosi esempi di tali evidenze probatorie: « Et hae dicebantur ab antiquis probationes artificiales, de quibus vide declamationes Quintiliani et Senecae, item orationes Ciceronis passim. Habes simul causam, cur hodie in processibus criminalibus exulent probationes illae veterum artificiales, ubi processus inquisitorius dominatur. Scilicet, ob persuasionem, quasi istae probationes faciant saltem indicia et suspiciones ac quasi omnis certitudo dependeat demum a confessione extorta. Locum tamen habent adhuc hodie in illis locis, ubi solus obtinet processus accusatorius, uti in Anglia » (ivi, § XII, p. 16, n. (m)). Circa la memoria della tradizione retorica nella rappresentazione della cultura giuridica del modello processuale accusatorio ci si limita a segnalare P. CERAMI, G. DI CHIARA, M. MICELI,

gueva tra quantità e qualità degli indizi con tutte le conseguenze in tema di *probatio plena* o *semiplena*. Il giudice doveva calibrare il materiale indiziario al fine della formazione del proprio convincimento per ottenere il quadro più probabile dell'accadimento oggetto dell'accertamento processuale utilizzando come lume, più che le raffinate articolazioni della dottrina, la quotidiana esperienza e la razionalità empirica (77).

Tuttavia, il tema relativo alla concezione della probabilità nella ricostruzione del ragionamento giudiziario, pur rappresentando un antecedente logico dell'argomentazione, non sfociava verso un'aperta critica al meccanismo classico della prova legale per valorizzare l'appello alla certezza morale. A ben vedere, nell'economia del ragionamento thomasiano il riferimento alla probabilità e alla verosimiglianza finiva per legarsi ad un altro aspetto che saldava su un unico piano la logica dell'accertamento processuale con le esigenze di preservare la pace sociale proprie dell'intervento del principe nella repressione delle condotte punibili.

Ciò perché ad essere prospettato era un rapporto di derivazione necessaria sotto il profilo del diritto naturale tra la formazione del convincimento giudiziale e il principio di materialità dell'azione punibile. In effetti, se oggetto di prova potevano essere solo ed esclusivamente circostanze di fatto idonee a ricadere sotto il dominio dei sensi, o perché il giudice ne avesse diretta percezione o perché capaci di essere testimoniate, era giocoforza necessario inferire, proprio al fine di salvaguardare la stessa funzionalità del meccanismo processuale, che le condotte punibili dovessero attenere a circostanze empiricamente valutabili manifestatesi all'esterno, le uni-

---

Profili processuali dell'esperienza giuridica europea. Dall'esperienza romana all'esperienza moderna, Torino, Giappichelli, 2003.

(77) « Per testes et instrumenta raro probari possunt, scilicet ultimi actus consummantes. Interim tamen poterunt probationes indirectae fieri et artificiales. Nam probatio est actus qui fidem facit judici. Fides vero oritur etiam ex testibus, qui de circumstantiis antecedentibus et concomitantibus deponunt. Imo nec fides ex testibus de actu immediatis deponentibus major est sua natura, quia ipse judex tamen non scit, sed credit, et tot possunt esse rationes dubitandi circa depositionem talium testium, quam in probatione artificiali. Igitur processus inquisitorius ignorat probationem artificialem ». THOMASIUS, *De origine processus inquisitorii*, cit., § I, p. 5, n (f).

che atte a sostenere il ragionamento giudiziario (78). Si trattava di un punto sul quale l'argomentazione thomasiana poteva attingere al piano della critica già sviluppata in altre dissertazioni, ad esempio in materia di *crimen magiae* (79), per sostenere l'assoluta necessità che l'accertamento processuale si legasse a precisi ancoraggi empirici per evitare pericolose derive soggettivistiche del giudizio basate su valutazioni irrazionali o sospetti anziché su prove di fatto concretamente valutabili dal giudicante.

Ciò spiega perché Thomasius non mancasse di criticare l'opinione secondo la quale l'*inquisitio* poteva assicurare la pronta e spedita repressione dei reati (*Interest reipublicae ne crimina remaneant impunita*) anche nel caso in cui il delitto fosse occulto o mancasse l'accusatore privato. Tale asserzione — controbatteva il filosofo sassone, e sotto questo profilo la sua argomentazione sem-

---

(78) È opportuno notare come il carattere esterno delle azioni punibili, rivendicato con forza da Thomasius in questa dissertazione, si combini con l'esigenza di un accertamento processuale di natura cognitiva e non sostanzialistica, volto non solo ad imporre ai pubblici poteri la definizione dei comportamenti anomici sotto il profilo penale, ma anche « la verificabilità e la falsificabilità delle ipotesi accusatorie in ragione del loro carattere assertivo e la loro prova empirica in forza di procedure che ne consentano la verificazione e la confutazione » (cfr. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., pp. 8-9). Nel dibattito odierno il necessario rilievo esterno delle azioni di un individuo come precondizione di un ragionamento probatorio ispirato a principi garantisti è sottolineato anche da P. COMANDUCCI, *Ragionamento giuridico*, in *I metodi della giustizia civile*, a cura di M. Bessone, E. Silvestri, M. Taruffo, Padova, CEDAM, 2000, pp. 122-123.

(79) « Omne delictum in facto consistit. Factum non praesumitur. Ergo qui asserit, dari crimen magiae, id probare debet, non a negante probationem expetere. Etiamsi enim pro negativa nullam rationem afferremus, pro nobis tamen sententia etiam a judice indoctissimo esset pronuncianda » (cfr. THOMASIUS, *De crimine magiae*, cit., § XIII, p. 14). La mancanza assoluta della materialità dell'azione nel delitto di magia veniva ribadita poco dopo dal filosofo lipsiense, sottolineandone lo stretto nesso con le disfunzioni dell'accertamento processuale « Cum enim in hoc crimine numquam ullum corpus delicti assuerit, quilibet videt, quod nec unquam ullum verosimile indicium adesse potuerit, quia non entis nulla sunt indicia » (ivi, § XLVIII, p. 34). Su questi aspetti della dissertazione thomasiana in materia di *crimen magiae*, cfr. CATTANEO, *Delitto e pena nel pensiero di Christian Thomasius*, cit., pp. 130-132. Sul carattere fondamentale della nozione di 'fatto' per l'esame dell'epistemologia accusatoria ed inquisitoria: M. VALLERANI, *I fatti nella logica del processo medievale*, in « Quaderni storici », XXXVI (2001), 106, pp. 12-74, nonché ID., *Modelli di verità. Le prove nei processi inquisitori*, in *L'enquête au Moyen Âge*, études réunies par Claude Gauvard, Rome, École française de Rome, 2008, pp. 123-142.

brava prendere di mira l'opera di Carpzov — tutt'al più poteva provare l'utilità dell'*inquisitio* in casi eccezionali, ma non provava affatto la sua utilità come rimedio ordinario (80). A ben vedere, egli proseguiva, quest'affermazione era viziata da un errore logico perché finiva per confondere e sovrapporre i delitti occulti commessi in assenza di accusatore (*clam*) con le ipotesi di devianza destinate ad annidarsi *in interiore* (81). In tal senso la prassi del processo inquisitorio si era dimostrata efficace per reprimere solo ed esclusivamente quelle condotte che si ponevano come espressioni di una

---

(80) THOMASIUS, *De origine processus inquisitorii*, cit., § VI, p. 9, n. 8 (x). Prendendo posizione su una questione che aveva costituito uno dei più interessanti spunti di riflessione forniti da Giulio Claro circa il rapporto tra accusa e inquisizione, Benedict Carpzov osservò come l'*inquisitio* — ad onta del tradizionale carattere di straordinarietà — avesse assunto una posizione di preminenza sia nella prassi giudiziaria della Sassonia, sia in tutti i tribunali dell'Impero, tale da poter essere un modello processuale ordinario (cfr. CARPZOV, *Practica Nova*, cit., *quaest*. CIII, n. 21). Tale preminenza, oltre a essere consacrata in numerosi documenti normativi, ivi compresa la *Constitutio criminalis carolina*, traeva la sua origine dall'asserita efficienza di questo modello processuale dal momento che l'iniziativa d'ufficio e l'ampia potestà d'indagine riservata al magistrato avrebbero garantito la pronta e spedita repressione dei crimini anche in mancanza di un privato accusatore, evitando così che « infinita crimina et delicta impunita remanerent, haud absque insigni reipublicae detrimento » (ivi, quaest. CIII, n. 42). Sul punto, l'analitica disamina di DEZZA, *Accusa e inquisizione*, cit., pp. 82-88.

(81) THOMASIUS, *De origine processus inquisitorii*, cit., § IX, p. 12, n. (e). Sul punto: LUONGO, *Il giurisdizionalismo dei moderni*, cit., p. 158. La lapidaria affermazione ricalcava fedelmente le asserzioni contenute nei *Fundamenta iuris naturae ac gentium* circa la tripartizione dell'attività pratica nelle categorie dello *honestum*, del *decorum* e dello *iustum*, a loro volta identificate in tre principi primi, rispettivamente: « quod vis ut alii sibi faciant, tute tibi facies », « quod vis ut alii tibi faciant, tu ipsis facies » « quod tibi non vis fieri, alteri ne faceris » (THOMASIUS, *Fundamenta iuris naturae ac gentium*, cit., I, caput VI, §§ XL-XLII, p. 128). Come è stato efficacemente sottolineato, l'enunciato thomasiano per il quale l'ambito della morale è limitato all'interiorità di ogni uomo, mentre quello del diritto occupa lo spazio delle relazioni tra gli individui rappresentò un principio « fondamentale e gravido di conseguenze » anche se avrebbe fatto fatica ad affermarsi posto che « soltanto con Kant, con la distinzione tra moralità e legalità potrà considerarsi acquisita ». Cionondimeno la separazione del diritto dalla teologia e, dunque, la possibilità di « frapporre una linea di demarcazione tra il peccato (che si commette nei confronti della divinità) ed il reato (di cui si è responsabili di fronte ai nostri simili) fu un gesto culturale e politico d'importanza epocale, che introduceva una differenziazione ciò che da tempo era immemorabile e indistinto » (C. DE PASCALE, *Giustizia*, Bologna, il Mulino, 2010, pp. 92-93).

deviazione di coscienza destinate a rimanere fuori dall'area di intervento del principe poiché « vitium et crimen valde differunt. Crimen est quod laedit praecepta iustitiae, cujus administrandae gratia Respubl. sunt institutae. Vitium vero violat insuper praecepta honesti et decori » (82).

6. *'Provincializzare' Thomasius?*

Va sottolineato che, all'esito di questa minuziosa analisi, Thomasius non concludeva affatto affermando la necessità di abolire dalla prassi processuale ogni carattere inquisitorio e sostenendo la necessità d'istituire un processo ispirato ai profili del modello accusatorio. Ciò che egli proponeva era una riforma graduale che tendesse a eliminare progressivamente gli aspetti più perversi e iniqui del modello inquisitorio (83).

Indipendentemente dal quadro teorico di riferimento e dalle soluzioni prospettate, la peculiare chiave di lettura proposta da Thomasius presentava risvolti politici nettissimi. In primo luogo, l'argomentazione del giurista sassone risultava pienamente aderente alle esigenze dell'assolutismo illuminato, perché circoscrivendo l'area dei comportamenti punibili e prescrivendo la necessità di una riforma processuale, essa otteneva come effetto indiretto, ma tutt'altro che secondario, quello di rendere maggiormente certa e dunque più efficiente la repressione penale del sovrano. In secondo luogo perché, attraverso la sua opera di delimitazione e di precisazione dell'area d'intervento dell'autorità nella sfera privata del singolo, rendeva del tutto indifferenti dal punto di vista penale tutti i comportamenti espressamente non proibiti, con la conseguenza di ampliare le maglie della libertà negativa e di autodeterminazione dei cittadini (84).

D'altro canto, la sua proposta di riforma s'iscriveva coerentemente nell'orizzonte teorico dello *ius reformandi*, concesso ai sovrani

---

(82) THOMASIUS, *De origine processus inquisitorii*, cit., § X, p. 13, n. (f).

(83) Ivi, § LVI, p. 48, n. (z).

(84) G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna* (1976), Bologna, il Mulino, 2007, pp. 113-126. Sul carattere riformatore del progetto thomasiano espresso nel *De origine processus inquisitorii*, diffusamente: DEZZA, *Lezioni*, cit., pp. 88-90.

al fine di prevenire gli abusi e di rendere più efficace l'azione degli organi ecclesiastici. In quest'ottica la stessa critica dell'intellettuale sassone agli aspetti più deteriori della repressione del dissenso religioso e del processo inquisitorio della religione si legava all'esigenza, centrale durante i conflitti confessionali che avevano insanguinato la Germania, di cercare una nuova legittimazione del potere lontana dalle prospettive tradizionali.

Come è stato posto in risalto, le guerre di religione avevano creato una frattura profonda orientando la ricerca della legittimazione dei poteri costituiti non più su fondamenta trascendenti, bensì « sull'effettiva positività dello Stato e della legge » (85). Tale prospettiva non escludeva affatto la stretta relazione del potere secolare con la religione, considerata come il fattore unificante della società; ma si limitava a rivendicare al potere civile una funzione di controllo volta a evitare che la religione stessa divenisse fattore di dissidio e disordine civile. Ritorna, a tal proposito, la necessità di considerare il processo di secolarizzazione come fenomeno complesso in relazione al quale le critiche che la cultura giuridica appuntava nei confronti degli aspetti più deteriori, fanatici e crudeli della repressione del dissenso di fede non intendevano affatto relegare la religione in una sfera del tutto separata dalla società. All'opposto, tale critica intendeva affermare il carattere indispensabile del fattore religioso anche per il potere secolare, stimolando quest'ultimo a farsi artefice di una politica che considerasse la « religione, per così dire, liberata dalla sua trascendenza e dalla sua dimensione verticale » (86).

La proposta thomasiana rappresentava in ogni caso un progetto che mirava al consolidamento della potestà civile attraverso un'azione pragmatica, un programma del quale è opportuno sottolineare l'indubbia valenza riformistica, tuttavia lontano dall'immagine tramandata di un Thomasius radicale innovatore e convinto assertore dei principi di laicizzazione del diritto che avrebbero segnato i successivi sviluppi del dibattito penalistico nell'Europa dei

---

(85) L. PALA, *Introduzione*, in *L'assolutismo laico*, antologia a cura di A.M. Battista, Milano, Giuffrè, 1990, p. 8.

(86) C. MARONGIU BONAIUTI, *Chiese e Stati. Dall'Illuminismo alla Prima guerra mondiale*, Roma, Carocci, 1994, pp. 38-39.

Lumi. A tal proposito, vale la pena di riportare un giudizio formulato in ambito storiografico che mette in guardia dalla tendenza a inquadrare il filosofo lipsiense come « un eclettico contaminatore, genialmente illuminato alla Voltaire » identificando la cifra più genuina della sua opera in ambito giuspolitico come quella di un « giurista che cercava i fondamenti razionali del sistema » (87).

Un'indubbia incidenza sul tradizionale inquadramento della personalità thomasiana l'avrebbe determinata il suo prestigio nell'ambiente accademico tedesco, la sua visibilità come animatore culturale (emblematica la fondazione dei *Monatsgespräche*), il temperamento da *Feuerkopf*, così come sembrano aver assunto un peso determinante le ricostruzioni storico-filosofiche (come quella crociana) (88) che ascrivevano al filosofo lipsiense il merito epocale di aver distinto la sfera giuridica da quella morale. Tuttavia, indipendentemente dai debiti contratti con la storiografia d'impianto idealistico, va osservato che il modo per evitare il pericolo di un'interpretazione *avant-la-lettre* di Christian Thomasius, e allo stesso tempo per restituirne il pensiero al suo tempo, può essere quello di 'provincializzare' la sua opera fornendo una chiave di lettura orientata a leggere la sua produzione in costante contatto con il contesto tedesco dell'epoca e gli eventi contingenti che ne segnarono l'esperienza; si vanno così a enfatizzare elementi quali il ruolo della sua adesione al pietismo nell'ambiente prussiano, la sua idea della

---

(87) I. BIROCCHI, *Alla ricerca dell'ordine. Fonti e cultura giuridica nell'età moderna*, Torino, Giappichelli, 2002, p. 227.

(88) In tal senso, la distinzione tra diritto e morale, che a partire dall'opera di Christian Thomasius avrebbe rappresentato uno dei tratti fondanti della modernità giuridica, fu al centro della memoria letta dal filosofo italiano all'Accademia Pontaniana, nelle tornate del 21 aprile e 5 maggio 1907, dal titolo *Riduzione della filosofia del diritto alla filosofia dell'economia*, in *Atti della Accademia Pontaniana*, XXXVIII (1907), 8, pp. 3-53 [ed. a cura di Attisani, Napoli, 1926]. L'analisi del rapporto tra etica e diritto, che Croce definiva il « capo dei Naufragi della scienza giuridica » (ivi, p. 9) mutuando le parole di Jhering, sarebbe stata successivamente ricompresa nell'ampia cornice teoretica della sua *Filosofia della pratica. Economia ed etica*, Bari, Laterza, 1909. Sulla lettura crociana del fenomeno giuridico, cfr. C. NITSCH, voce *Diritto*, in *Lessico crociano. Un breviario filosofico-politico per il futuro*, a cura di R. Peluso, Napoli, La Scuola di Pitagora, 2016, p. 183 e ss., nonché ID., *« Diritto »: studio per la voce di un lessico crociano*, in « Jus », 2016, 2, pp. 1-23, anche per l'ampia bibliografia di riferimento e per i riferimenti a Thomasius nell'opera di Croce.

funzione del sapere accademico, le polemiche con i contemporanei (in particolare con i teologi luterani oltranzisti), il suo ruolo di consigliere del principe e la linea politica assunta durante i conflitti confessionali (89).

Occorrerà attendere la critica corrosiva dei *philosophes* così come la determinazione dei principali campi di tensione su cui si sarebbe appuntato « il problema penale » (90) nel secolo dei Lumi, affinché due generazioni di intellettuali, « da Blackstone e Bentham in Inghilterra, i Beccaria, i Verri, i Filangieri e i Pagano in Italia, Sonnfels in Austria, Hommel in Germania, Lardizabal in Spagna », imponessero « prima la discussione e poi la riforma del sistema penale europeo » (91). L'esigenza di predisporre un sistema di limiti alla potestà punitiva dello Stato per la salvaguardia dei diritti dei cittadini si sarebbe tradotta in un ampio progetto della cultura giuridica dei Lumi per la costruzione di un apparato di garanzie

---

(89) Da ciò l'attenzione per un eclettismo che è prima di tutto una scelta di metodo per chi, come THOMASIUS, « had no interest in building a philosophical system » dal momento che il suo interesse coincideva « with the problem posed by the existence of metaphysics itself, as the university discipline responsible for the corrupting mixture of philosophy and theology ». Una lettura della personalità thomasiana in cui le due anime di « skeptical of the 'visible' church with its creeds, sacraments, and rituals », così come di fautore della potestà monarchica si presentavano sempre legate in una « circumstantial coherence » soprattutto allorquando esse si opponevano frontalmente ad una Chiesa che da un lato « proclaimed the necessity of certain creeds and sacraments for salvation » ma dall'altro, « used the apparatus of the state to enforce its doctrines by threat of civil punishments » (I. HUNTER, T. AHNERT, F. GRUNERT, *Introduction*, in C. THOMASIUS, *Essays on Church, State, Politics*, I. Hunter, T. Ahnert, F. Grunert (eds), Indianapolis, Liberty Fund, 2007, pp. XI-XII). Tra i lavori che nel panorama storiografico hanno approfondito questa prospettiva d'indagine: T. AHNERT, *The Prince and the Church in the Thought of Christian Thomasius*, in *Natural Law and Civil Sovereignty: Moral Right and State Authority in Early Modern Political Thought*, I. Hunter, D. Saunders (eds), Basingstoke, Palgrave Macmillan, 2002, pp. 91-106; ID., *Religion and the Origins of the German Enlightenment: Faith and the Reform of Learning in the Thought of Christian Thomasius*, Rochester – New York, University of Rochester Press, 2006; P. LAURSEN, *Christian Thomasius, Theological Skepticism, and Political Conservatism*, in *Pour et contre le scepticisme: Théories et pratiques de l'Antiquité aux Lumières*, textes recueillies et édités par É. Argaud, N. El Yadari, S. Charles, G. Paganini, Paris, Honoré Champion, 2015, pp. 193-202.

(90) Il riferimento è alle classiche pagine di TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna*, cit., pp. 383-484.

(91) SBRICCOLI, *Giustizia criminale*, cit., pp. 187-188.

contro gli arresti arbitrari, per l'affermazione della presunzione d'innocenza, per la salvaguardia del diritto di difesa e della parità delle parti processuali e per la predisposizione di regole atte a consentire il controllo dei cittadini sull'operato dei magistrati attraverso la motivazione delle sentenze. Il valore dell'« autonomia della persona », che costituisce il tratto più significativo dei sistemi processuali « reattivi » di matrice liberale (92), trovava proprio nella stagione dell'Illuminismo la sua prima affermazione in un percorso che segnava, attraverso la contaminazione e il confronto di idee, modelli ed esperienze sul piano europeo, l'affermazione dei valori di libertà e uguaglianza dei cittadini di fronte alla legge.

(92) M. DAMAŠKA, *The Faces of Justice and State Authority*, New Haven, Yale University Press, 1986, p 71.

DOLORES FREDA

L'ULTIMO TABÙ: LE RADICI CANONISTICHE DEL DIRITTO AMMINISTRATIVO INGLESE

1. Il diritto canonico alle origini del diritto amministrativo. — 2. Lo « splendido isolamento » del diritto inglese. — 3. Il diritto romano-canonico al di là della Manica: uno sconosciuto? — 4. Il diritto della Chiesa *trait d'union* tra *common law* e *ius commune*. — 5. L'assenza del diritto amministrativo in Inghilterra: una rilettura. — 6. Nuove prospettive d'indagine.

1. *Il diritto canonico alle origini del diritto amministrativo.*

La storiografia giuridica francese, a partire dagli anni Cinquanta del secolo scorso, ha messo in luce le origini medievali e canonistiche del diritto amministrativo rinvenendo un legame molto stretto tra quest'ultimo e il diritto canonico e individuando nell'amministrazione ecclesiastica il modello di quella secolare (1). Più di recente, diversi studiosi italiani di storia giuridica, diritto ammini-

(1) Ci si riferisce, innanzitutto, al celebre articolo di G. Le Bras, *Les origines canoniques du droit administratif*, in *L'évolution du droit public. Études offertes en honneur d'Achille Mestre*, Paris, Sirey, 1956, pp. 395-412; e alle ricerche di J.-L. Mestre, *Introduction historique au droit administratif français*, Paris, PUF, 1985, pp. 89-149; Id., *La contribution des droits romaine et canonique à l'élaboration du droit administratif*, in « Annuaire européen d'administration publique », V (1982), pp. 925-942; Id., *Les Fondements historiques du droit administratif français*, in « Études et documents », XXXIV (1982-83); P. Legendre, *La royauté du droit administratif. Recherches sur les fondements traditionnels de l'État centraliste en France*, in « Revue historique de droit français et étranger », LII (1974), pp. 696-732; B. Basdevant-Gaudemet, *L'influence du droit canonique sur le droit des fonctions publiques*, in *Der Einfluss der Kanonistik auf die europäische Rechtskultur, Bd. 2: Öffentliches Recht*, a cura di F. Roumy, M. Schmoeckel, O. Condorelli, Köln-Weimar-Wien, Bölhau, 2011, pp. 311-332; J. Verger, *Le transfert de modèles d'organisation de l'Église à l'État à la fin du Moyen Age*, in *État et Église dans la genèse de l'État moderne*, Madrid, Casa de Velázquez, 1986. Più di recente, U. Wolter,

strativo e diritto canonico si sono soffermati sulla questione evidenziando — sia pure nella consapevolezza di quanto tale vasto campo d'indagine sia a tutt'oggi poco esplorato e ancora esiga lunghe e approfondite ricerche — la logica comune, le convergenze, le contaminazioni e i parallelismi esistenti tra le due discipline. È stata, al tempo stesso, riconosciuta la centralità della ricognizione storico-giuridica nella ricerca in materia al fine di una migliore comprensione e di un arricchimento reciproco.

La continuità tra diritto canonico e amministrativo e l'utilità della comparazione tra il primo e gli ordinamenti secolari ai fini dello studio del diritto amministrativo sono state rilevate sia in via generale, sia con particolare riferimento ad alcuni istituti. In ordine al primo aspetto, è stata sottolineata l'opportunità da parte della scienza del diritto amministrativo, tradizionalmente poco interessata all'amministrazione ecclesiastica, di dedicarle maggiore attenzione, procedendo a un'approfondita indagine sulle affinità e le differenze tra amministrazione ecclesiastica, amministrazioni statali e degli ordinamenti ultra-statali diversi dalla Chiesa al fine di una ricostruzione complessiva dei tratti distintivi del diritto amministrativo stesso nell'ottica di un ripensamento dei suoi paradigmi e caratteri (2). Per quanto invece attiene a specifici istituti di diritto canonico, lo studio di alcuni di essi è apparso particolarmente utile a comprendere gli sviluppi storici della normatività amministrativa. Uno di quelli che ha generato maggiore interesse tra gli studiosi è la visita canonica (3), di cui sono state messe in luce, nell'ambito di una

---

L'officium en droit ecclésiastique médiéval: un prototype de l'administration moderne, in *Justice et législation,* a cura di A. Padoa Schioppa, Paris, PUF, 2000, pp. 37-58.

(2) Si vedano, tra i principali interventi, i lavori di E. Chiti, *L'amministrazione della Chiesa cattolica romana: una introduzione*, in « Rivista trimestrale di diritto pubblico », XLIX (2009), pp. 555-590; Id., *Il diritto amministrativo canonico e i diritti amministrativi degli ordinamenti contemporanei a regime amministrativo. Premesse per un'indagine comparata*, in *Il diritto amministrativo tra ordinamenti civili e ordinamento canonico. Prospettive e limiti della comparazione*, a cura di M. De Benedetto, Torino, Giappichelli, 2016.

(3) Sulla visita canonica cfr. i classici G. Baccrabère, *Visite canonique de l'évêque*, in « Dictionnaire de droit canonique » (1965); C.R. Cheney, *Episcopal visitation of monasteries in the thirteenth century*, Manchester University Press, 1931; W.M. Plöchl, *Storia del diritto canonico*, vol. I: *Dalle origini della Chiesa allo scisma del 1054*;

« linea problematica unitaria », le convergenze con l'ispezione amministrativa, con essa confrontata: l'analogo scopo conoscitivo, il carattere gerarchico/autoritativo (sebbene diversamente declinato), la valenza inquisitoria, la prospettiva sanzionatoria/correzionale, la comune funzione di controllo finalizzata al governo dell'istituzione, l'elevato grado di regolamentazione e formalizzazione, i rischi di abuso, la dimensione « personale/relazionale » (4). Altro esempio di comparazione quello rappresentato dai concorsi per il reclutamento dei funzionari pubblici, la cui origine è stata rintracciata nel modello rappresentato dalle regole di attribuzione degli uffici ecclesiastici (procedure complesse, regolamentate e formalizzate) fissate dalla Chiesa tra XVI e XVIII secolo (5).

Per quanto più specificamente concerne gli studi storico-giuridici, già sul finire del secolo scorso era stato ribadito che « nessuno che voglia far luce sui modelli che hanno influenzato la formazione dello Stato moderno può ignorare la Chiesa medievale occidentale, sia nei suoi elementi istituzionali, che negli sviluppi teorici che hanno invariabilmente accompagnato gli eventi storici » (6). Al tempo stesso, era stata sottolineata l'analogia della struttura piramidale/gerarchica e della tendenza all'accentramento

---

vol. II: *Il diritto canonico della civiltà occidentale 1055-1517,* Milano, Massimo, 1963; N. Coulet, *Les visites pastorales*, Brepols, Turnhout, 1977; e J. Gaudemet, *Storia del diritto canonico, Ecclesia et civitas,* Cinisello Balsamo, San Paolo Ed., 1998.

(4) *Conoscere per governare: l'utilità di un confronto tra ispezioni e visite canoniche*, a cura di M. De Benedetto, in *Visite canoniche e ispezioni. Un confronto*, a cura di Ead., Torino, Giappichelli, 2019, pp. 1-24.

(5) In tal senso, C. Fantappiè, *L'invention du concours public*, in « Historia et ius », XV (2019), il quale ha sottolineato come la nascita delle moderne professioni appaia legata anche alla professionalizzazione del clero e all'organizzazione della Chiesa come apparato burocratico. Per una ricostruzione accurata degli elementi tipici del sistema dell'amministrazione ecclesiastica in epoca medievale, tridentina e della prima codificazione canonica, con particolare riferimento al rapporto dialettico, di reciproca imitazione e influenza rispetto ai modelli teorici del diritto amministrativo laico, Id., *L'amministrazione della Chiesa dal Corpus Iuris Canonici al Codex del 1917*, in *La funzione amministrativa nell'ordinamento canonico*, a cura di J. Wroceński, M. Stoklosa, Warszawa, Pontificia Università della Santa Croce, 2012.

(6) A. Padoa Schioppa, *Hierarchy and Jurisdiction: Models in Medieval Canon Law*, in Id., *Legislation and Justice*, Oxford Clarendon Press, 1997, p. 2 (la traduzione dalla versione inglese è offerta da chi scrive).

proprie della Chiesa e degli Stati europei i quali, proprio attingendo liberamente alla tradizione canonistica, avrebbero sviluppato alcune delle loro strutture istituzionali e dottrine politico-giuridiche (7). Veniva, in particolare, messo in luce il legame tra l'ufficio, elemento centrale dell'organizzazione statale moderna, e le sue radici medievali, essendo rinvenuto nell'*officium ecclesiasticum* (la funzione di chi amministra) « il prototipo » dell'amministrazione secolare moderna, i cui modelli erano da ricondursi alle strutture organizzative e giuridiche ecclesiastiche.

È stato più di recente evidenziato come nell'evoluzione di alcuni istituti canonistici appaia possibile rinvenire uno dei « laboratori più operosi » della normatività amministrativa. È stato affermato che i concetti di *administratio* e *cura* (dei beni materiali, degli affari terreni, ma anche della salute delle anime), centrali nel diritto canonico, « testimoniano una vocazione veramente amministrativa sviluppata dalla Chiesa cattolica », facendo da incubatori di categorie e pratiche gestionali e, al tempo stesso, dello sviluppo, tra XVII e XVIII secolo, dei grandi apparati burocratici (8). Analogamente, il già citato concetto di « ufficio » e, soprattutto, quello di « deposito » (della fede, da custodire e trasmettere nell'interesse della Chiesa), dei quali sono state ricostruite le radici giuridico-teologiche e l'evoluzione nel tempo — concetti ritenuti fondamentali per la nascita, l'organizzazione e la stessa costruzione dell'identità dell'istituzione

(7) Ivi, p. 15. Più di recente, sul contributo del diritto canonico nell'elaborazione del diritto pubblico, *Gli inizi del diritto pubblico. 1. L'età di Federico Barbarossa: legislazione e scienza del diritto; 2. Da Federico I a Federico II; 3. Verso la costruzione del diritto pubblico tra medio evo ed età moderna*, a cura di G. Dilcher, D. Quaglioni, Bologna-Berlin, il Mulino-Duncker & Humblot, rispettivamente, 2007, 2008 e 2011.

(8) « Le corpus du droit canonique, dans l'ensemble de ses composantes législatives, jurisprudentielles et doctrinales, constitue-t-il une importante matrice où l'on voit s'élaborer les dispositifs conceptuels et techniques de ce que nous appelons toujours administration »: P. NAPOLI, *Administrare et curare. Les origines gestionnaires de la traçabilité*, in *Traçabilité et responsabilité*, a cura di Ph. Pedrot, Paris, Economica, 2003, pp. 45-71, in cui viene evidenziato il passaggio da un « Etat de juridiction à un Etat d'administration ». Vedi, inoltre, ID., *Pour une histoire juridique de la gestion*, in *La mise en place du système financier public 1815-1914. Elaborations et pratiques du droit budgétaire et comptable au XIX^e siècle*, a cura di Ph. Bezès, F. Descamps, S. Kott, L. Tallineau, Paris, Ministère de l'économie, de l'industrie et de l'emploi, 2010, pp. 271-297.

ecclesiastica, e in cui avrebbe preso forma e si sarebbe sviluppata quell'attitudine amministrativa costitutiva del suo tratto preminente —, sono stati considerati quali matrici, archetipi normativi della razionalità amministrativa (9).

Ma è stato, in particolare, ancora una volta rilevato come proprio nell'ambito di un'istituzione classica del potere ecclesiastico quale la visita pastorale, attraverso la sostituzione alla norma scritta di una « legge incarnata », di una *lex viva* o *animata* personificata dalla figura carismatica del vescovo-pastore (figura di autorità che esercitava un ruolo sovrano) — sostituzione originata da una concreta esigenza di governo della comunità e finalizzata a una sua più efficace gestione/amministrazione — « si mettevano a punto delle tecniche destinate a divenire patrimonio delle future forme di razionalità amministrativa nei loro diversi ambiti di applicazione ». Tale nuovo ordine, tale nuova razionalità giuridica, essenzialmente amministrativa — fondata su precisi strumenti regolativi che affiancavano all'imperatività della fonte normativa scritta, che perdeva il suo carattere primario, altre modalità, maggiormente flessibili, di funzionamento della legge —, tali « nuove modulazioni della regola giuridica troveranno una prima consacrazione laica e sistematica nella prassi e nelle dottrine poliziesche del Settecento » e, più di recente, nelle nuove forme di approccio ai modi di governo delle entità collettive (10).

---

(9) In tal senso, P. Napoli, *Il « deposito ». Genealogia di un archetipo amministrativo*, in *Il culto del capitale. Walter Benjamin: capitalismo e religione*, a cura di D. Gentili, M. Ponzi, E. Stimilli, Macerata, Quodlibet, 2014, pp. 107-124, specie p. 120 e ss. Il ruolo del concetto giuridico e teologico del *depositum* è stato indagato dallo stesso Autore anche in Id., *A Hypothesis on the Genealogy of the Motto "In God We Trust" and the Emergence of the Identity of the Church*, in *Sensing the Nation's Law. Historical Inquiries into the Aesthetics of Democratic Legitimacy*, a cura di S. Huygebaert, A. Condello, S. Marusek, M. Antaki, Cham, Springer, 2018, pp. 191-212.

(10) P. Napoli, *La visita pastorale tra ratio scripta e lex animata*, in *Visite canoniche e ispezioni,* cit., pp. 99-131 (cit. ivi, pp. 122-123), cui si rinvia anche per un'accurata ricognizione bibliografica sulla storia dell'istituto (ivi, n. 5, pp. 100-101); e Id., *Ratio scripta et lex animata. Jean Gerson et la visite pastorale*, in *L'écriture des juristes XVIe-XVIIIe siècle*, a cura di L. Giavarini, Paris, Classiques Garnier, 2010, pp. 131-151. Per un'accurata ricostruzione dello sviluppo della visita pastorale dalle origini all'età moderna, Id., *La visita pastoral: un laboratorio de la normatividad administrativa*, in *Procesos, inquisiciones, pruebas. Homenaje a Mario Sbriccoli, Proceso judicial y prueba de*

Le origini della normatività amministrativa della stessa « misura di polizia », specifica tipologia normativa che accompagna lo sviluppo degli apparati burocratici statali nell'Europa continentale di *Ancien Régime* (misura quale dispositivo al servizio di entità politiche sovrane finalizzata ad amministrare il benessere morale e materiale della comunità), sono state ricondotte al diritto canonico medievale e alla pastorale (11). È stato inoltre ricordato come l'inchiesta canonica, di natura pubblicistica, uno degli assi portanti della Chiesa quale « organizzazione interamente amministrativa » (12) e modello autorevole per la definizione delle procedure di controllo in ambito laico, venisse richiamata dalla dottrina civilistica proprio per offrire un fondamento dogmatico tanto all'istituto del sindacato medievale delle magistrature, quanto alla visita secolare nelle istituzioni di età moderna (13). In definitiva, è stato da più parti

---

la Antigüedad a la Modernidad Temprana. In memoriam Mario Sbriccoli (1940-2005), a cura di E. Conte, M. Madero, Buenos Aires, Manantial, 2009, pp. 225-250. Per un'analisi comparata vedi *Le visite pastorali. Analisi di una fonte,* a cura di U. Mazzone, A. Turchini, Bologna, il Mulino, 1985; A. Turchini, *La visita come strumento di governo del territorio*, in *Il concilio di Trento e il moderno*, a cura di P. Prodi, W. Reinhard, Bologna, il Mulino, 1996, pp. 335-382; *Fonti ecclesiastiche per la storia sociale e religiosa d'Europa: XV-XVIII secolo*, a cura di C. Nubola, A. Turchini, Bologna, il Mulino, 1996; C. Nubola, *Visite pastorali tra Chiesa e Stato nei secoli XV e XVI*, in *Il concilio di Trento,* cit., pp. 383-413.

(11) P. Napoli, *Misure di polizia. Un approccio storico-concettuale in età moderna*, in « Quaderni storici », CXXXI (2009), p. 527.

(12) Chiti, *L'amministrazione della Chiesa*, cit., p. 557.

(13) In tal senso il saggio sulla visita pastorale, la sua funzione di conoscenza, cura e correzione, e sull'amplissima potestà del vescovo quale ispettore, amministratore e giudice, di S. Di Paolo, *La centralità della visita nella prassi canonica medievale*, in *Visite canoniche e ispezioni,* cit., pp. 59-74; Ead., *Quaero quid sit visitatio et quid visitare. Alcune annotazioni sull'esperienza canonistica dell'amministrazione*, in *Der Einfluss der Kanonistik*, cit., pp. 267-294; Ead., *La ordinaria amministrazione della Chiesa locale: capitula di inchiesta su persone, beni e contabilità*, in *Écritures grises. Les instruments de travail administratifs en Europe méridionale (XIIe-XVIIe siècle)*, a cura di A. Fossier, C. Revest, J. Petitjean, Rome, École française de Rome, 2019. Si vedano, inoltre, i fondamentali lavori di E.-W. Böckenförde, *La formazione dello Stato come processo di secolarizzazione*, trad. it. di C. Bertani, a cura di M. Nicoletti, Brescia, Morcelliana, 2006; e B. Tierney, *Religion, Law, and the Growth of Constitutional Thought 1150-1650*, Cambridge University Press, 1983. Sulla visita secolare di età moderna quale importante strumento di governo, sui suoi caratteri e finalità, e sull'influenza su di essi del modello della visita pastorale, cfr. A. Dani, *Le visite secolari in alcune sistemazioni dottrinali*

ribadito come, a partire dai secoli XVI-XVII, si assista a un processo di secolarizzazione che trasferisce le tecniche amministrative canoniche in ambito laico, mentre molti schemi canonistici vengono riproposti in forma secolarizzata.

Alla luce delle più recenti ricerche sullo sviluppo della razionalità amministrativa appare utile chiedersi se sia possibile tracciare la linea di continuità delineatasi sempre più nettamente negli studi citati anche con riferimento al diritto inglese. Stando da un lato alla vulgata, tradizionalmente tramandataci, del peso soltanto marginale della tradizione romano-canonica nello sviluppo del *common law*, dall'altro all'idea, anch'essa a lungo fortemente radicata, dell'assenza di un diritto amministrativo in Inghilterra quanto meno fino al XIX secolo, la posizione della questione potrebbe *prima facie* apparire totalmente priva di senso. Ma lo è davvero? Si può radicalmente escludere che la tradizione canonistica abbia avuto un ruolo, sia pure parziale o quanto meno limitato, nell'affermazione delle norme amministrative inglesi? Oppure è, al contrario, possibile ipotizzare nuove prospettive d'indagine?

2. *Lo « splendido isolamento » del diritto inglese.*

Frederick William Maitland, in un famoso saggio risalente agli inizi del XX secolo, evidenziava la benefica « resistenza » del *common law* alla penetrazione del diritto romano-canonico in Inghilterra e la capacità del diritto locale di rimanere immune dalla « contami-

---

seicentesche, in *Honos alit artes. Studi per il settantesimo compleanno di Mario Ascheri, vol. V: La formazione del diritto comune. Giuristi e diritti in Europa (secoli XII-XVIII),* a cura di P. Maffei, G.M. Varanini, Firenze University Press, 2014, pp. 319-328; Id., *Le visite negli Stati italiani di Antico Regime*, in « Le carte e la storia », I (2012), pp. 43-62, cui si rinvia per ulteriori indicazioni bibliografiche. Cfr., inoltre, R. Ferrante, *La difesa della legalità. I sindacatori della repubblica di Genova*, Torino, Giappichelli, 1995; P. Burgarella, *I visitatori generali del Regno di Sicilia (secoli XVI-XVII)*, in « Archivio storico della Sicilia Orientale », LXXIII (1977), pp. 7-88; M. Peytavin, *Visite et gouvernement dans le royaume de Naples (XVIe-XVIIe siècles)*, Madrid, Casa de Velázquez, 2003. Sull'utilizzo della legislazione canonistica in tema di visita da parte della dottrina civilistica medievale nell'elaborazione delle procedure di controllo del potere laico sulla struttura istituzionale vedi, ancora, R. Ferrante, *Modelli di controllo in età medievale. Note su visita e sindacato tra disciplina canonistica e dottrina giuridica*, in *Honos alit artes,* cit., pp. 335-345.

nazione » straniera (14). Il suo punto di vista, destinato ad essere dogmaticamente e lungamente accolto dalla storiografia giuridica inglese, era espressione dell'assunto (o meglio, del *cliché*), tramandatoci dalla tradizione giuridica europea, dell'esistenza di una marcata contrapposizione tra il *common law*, ritenuto un diritto consuetudinario sviluppatosi, a partire dal XII secolo, senza soluzione di continuità attraverso la stratificazione di precedenti giudiziari nel tempo; e il diritto continentale, considerato il prodotto dell'*interpretatio* dei testi romano-canonici da parte dei *doctores* delle università medievali, razionalizzato e formalizzato a seguito della codificazione ottocentesca. La codificazione stessa — con la sua ideologia positivistica e anti-giurisprudenziale — e, soprattutto, l'elaborazione delle categorie di « sistema » e « diritto come scienza » da parte della Pandettistica tedesca hanno contribuito all'affermazione e al rafforzamento dell'idea della contrapposizione.

Di fatto, tale contrapposizione rappresentava la proiezione della tradizionale divisione, posta dai comparatisti dopo la Seconda Guerra Mondiale, del c.d. « mondo civile » — così definito da un punto di vista squisitamente occidentale — nelle due grandi famiglie giuridiche dei paesi di diritto romano-germanico e dei paesi di diritto anglo-americano (15). Da un lato, tale assunto recava l'influenza della comparatistica di inizio Novecento, la cui riflessione era nata nel clima del positivismo giuridico, con la sua enfasi sul formalismo e su un'idea sistematica del diritto; dall'altro, mostrava traccia delle costruzioni della storiografia giuridica di fine Ottocento

---

(14) F. W. MAITLAND, *English Law and the Renaissance,* Cambridge University Press, 1901, rist. in *Selected Historical Essays*, Cambridge University Press, 1957, p. 141.

(15) Si vedano, in particolare, i fondamentali lavori di R. DAVID, *Les Grandes Systèmes de droit contemporains*, Paris, Dalloz, 1964; J.H. MERRYMAN, *The Civil Law Tradition: An Introduction to the Legal Systems of Western Europe and Latin America*, Stanford University Press, 1969; e K. ZWEIGERT, H. KÖTZ, *An introduction to comparative law*, vol. I: *the framework*, trans. Tony Weir, Oxford Clarendon Press, 1977. I caratteri distintivi di *common law* e diritto continentale sono stati evidenziati da R.C. VAN CAENEGEM, *Judges, Legislators, Professors: Chapters in European Legal History*, Cambridge University Press, 1987, pp. 1-65; il quale ha sostanzialmente confermato la propria posizione in ID., *European Law in the Past and the Future: Unity and Diversity over two Millennia*, Cambridge University Press, 2002, descrivendo *common law* e *civil law* come « neighbours yet strangers » (p. 38).

che, influenzata dal nazionalismo romantico, si era soprattutto concentrata sui caratteri peculiari delle diverse tradizioni giuridiche nazionali e, di conseguenza, sulle differenze tra esse esistenti.

A partire dalla fine del XX secolo, facendo seguito all'orientamento antiformalistico affermatosi nella scienza giuridica dagli anni '30 e '60 del Novecento e all'ampio rinnovamento che ha attraversato l'accademia in generale, gli storici del diritto (sia anglosassoni, che europei continentali) hanno incominciato ad « aprirsi » allo studio della storia della cultura giuridica europea da una diversa e più ampia prospettiva, comprensiva della storia del diritto inglese. Tale rinnovamento storiografico internazionale, iniziato negli anni '80 del secolo scorso e caratterizzato da un crescente e diffuso interesse per l'età moderna, ha condotto a importanti risultati, quali la creazione degli *Studies in Comparative Legal History* a Berkeley e della collana internazionale storico-comparativa dei *Comparative Studies in Continental and Anglo-American Legal History*, il cui intento, chiaramente indicato da Helmut Coing nel primo volume, era ed è incoraggiare gli studiosi provenienti sia dalla tradizione giuridica europea continentale, che da quella anglo-americana, a confrontarsi e a cooperare nella ricerca scientifica (16).

Tale « apertura » si è collocata nell'ambito di un processo più ampio, connesso ai più recenti sviluppi internazionali storici, geopolitici e culturali — come, ad esempio, il crollo del regime socialista nella ex-Unione Sovietica e i cambiamenti negli equilibri di potere a livello globale, la costruzione e l'ampliamento dell'Unione Europea, la modernizzazione e democratizzazione dei paesi post-coloniali, la rivoluzione informatica e commerciale e il conseguente fenomeno della c.d. globalizzazione —, sviluppi che hanno indotto gli stessi comparatisti a rivedere e riconsiderare il rapporto tra diritto continentale e diritto anglo-americano e, nel contempo, a riconoscere una

(16) H. Coing, *Common Law and Civil Law in the Development of European Civilization — Possibilities of Comparisons*, in *Englische und Kontinentale Rechtsgeschichte: ein Forschungsprojekt*, a cura di H. Coing, K.W. Nörr, Berlin, Duncker & Humblot, 1985, p. 31. Vedi, inoltre, Id., *The Roman Law as Ius Commune on the Continent*, in « Law Quarterly Review », LXXXIX (1973), pp. 505-517; e Id., *European Common Law: Historical Foundations*, in *New Perspectives for a Common Law of Europe*, a cura di M. Cappelletti, Stuttgart, Klett-Cotta, 1978, pp. 31-44, in cui parla di « un'eredità giuridica comune » (p. 32).

sorta di « vicinanza » tra di essi, sottolineandone le somiglianze piuttosto che le differenze e ritenendoli entrambi parte di una comune tradizione giuridica europea (17). Grazie all'approccio sociologico e antropologico sviluppatosi durante le ultime decadi del XX secolo (18), i comparatisti oggi parlano comunemente di un'unica grande « Western legal tradition » o « Western legal culture » (19), in cui la tradizionale contrapposizione tra *common law* e diritto continentale appare totalmente priva di senso.

Al tempo stesso, il dibattito sulla « costruzione » di un diritto privato comune europeo e il conseguente accresciuto interesse per la storia del diritto europeo non soltanto ha coinvolto sia i comparatisti che gli storici del diritto, ma ha anche contribuito a una migliore comprensione della relazione esistente tra *common law* e *ius com-*

---

(17) Un primo mutamento di prospettiva è nel saggio di G. GORLA, L. MOCCIA, *A "Revisiting" of the Comparison between "Continental Law" and "English Law" (16th-19th Cent)*, in « Journal of Legal History », II (1981), pp. 143-156, che hanno sottolineato le somiglianze, piuttosto che le differenze, tra il diritto continentale e quello inglese, entrambi considerati parte di una comune e unitaria tradizione giuridica europea. Vedi anche i saggi raccolti nel volume di G. GORLA, *Diritto comparato e diritto comune europeo*, Milano, Giuffrè, 1981. I limiti dell'impostazione tradizionale sono stati evidenziati da G. ALPA, *Il diritto privato nel prisma della comparazione*, Torino, Giappichelli, 2004; A. PIZZORUSSO, *Sistemi giuridici comparati*, Milano, Giuffrè, 1998; A. GAMBARO, R. SACCO, *Sistemi giuridici comparati*, Torino, Giappichelli, 1996, pp. 41-59; J. GORDLEY, *Common Law v. Civil Law: una distinzione che sta scomparendo*, in *Scritti in onore di Rodolfo Sacco: la comparazione giuridica alle soglie del terzo millennio*, a cura di P. Cendon, Milano, Giuffrè, 1994, vol. I; M. VAN HOECKE, M. WARRINGTON, *Legal Cultures, Legal Paradigms and Legal Doctrine: towards a New Model for Comparative Law*, in « International and Comparative Law Quarterly », XLVII (1998): « common law and continental law are very close to a point where there will no longer be *paradigmatical* differences. What will be left is some difference of degree, not of a fundamental nature », « the whole 'legal families' division is now collapsing ».

(18) Si vedano, in particolare, il fondamentale lavoro sull'interpretazione delle culture dell'antropologo C. GEERTZ, *The Interpretation of Cultures: Selected Essays*, New York, Basic Books, 1973; e gli studi del sociologo B. DE SOUSA SANTOS, *Law: a Map of Misreading. Toward a Postmodern Conception of Law*, in « Journal of Law and Society », XIV (1987).

(19) Tale nozione è stata elaborata nella nota opera di H.J. BERMAN, *Law and Revolution: The Formation of the Western Legal Tradition,* Harvard University Press, 1983.

mune (20). Una parte della comparatistica e della romanistica comparata ha ambiziosamente (e, talvolta, discutibilmente) tentato di recuperare l'idea di una tradizione giuridica europea comune — di diritto romano, di *ius commune* — al fine di legittimare storicamente l'integrazione e l'armonizzazione dei diversi sistemi giuridici degli stati dell'Unione proprio attraverso la teorizzazione di un moderno *ius commune europaeum* (o, come è stato detto, di una « rieuropeizzazione della scienza giuridica » in grado di superare il « nazionalismo giuridico » (21)). D'altro canto tali tentativi, risalenti agli anni '90 del secolo scorso, hanno posto nuovi interrogativi e sollevato nuove questioni: di fatto, essi hanno inevitabilmente attirato l'attenzione dei giuristi, condizionando il dibattito sulla distanza tra le due tradizioni giuridiche in esame, in alcuni casi (più spesso) orientandolo verso l'ipotesi di una loro « convergenza » e l'eccessiva enfatizzazione delle somiglianze (22); in altri, spingendolo verso una non meno radicale e drastica riaffermazione delle differenze (23).

---

(20) U. Mattei, *Three Patterns of Law: Taxonomy and Change in the World's Legal Systems*, in « The American Journal of Comparative Law », XLV (1997), ha evidenziato la necessità di rimappare i sistemi giuridici contemporanei e i loro caratteri fondamentali a livello globale.

(21) R. Zimmermann, *Civil code and civil law. The "Europeanization" of private law within the European Community and the re-emergence of a European legal science*, in « Columbia Journal of European Law », I (1994-1995), pp. 63-105; Id., *Roman law and European legal unity*, in *Towards a European Civil Code*, a cura di A.S. Hartkamp, G. Betlem, Dordrecht-London, Art Pub., 1994, pp. 65-81; Id., *Diritto romano, diritto contemporaneo, diritto europeo: la tradizione civilistica oggi. (Il diritto privato europeo e le sue basi storiche)*, in « Rivista di diritto civile », XLVII (2001). Cfr. anche K. Luig, *The history of Roman private law and the unification of European law*, in « Zeitschrift für Europäisches Privatrecht », V (1997), pp. 405-427.

(22) R. Zimmermann, *Der europäische Charakter des englischen Rechts. Historische Verbindungen zwischen civil law und common law*, in « Zeitschrift für Europäisches Privatrecht », I (1993). Si vedano anche, tra i suoi principali contributi in materia, Id., *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Cape Town, Juta, 1990, pp. VII-XVI; Id., *Savigny's Legacy. Legal History, Comparative Law, and the emergence of a European Legal Science*, in « Law Quarterly Review », CXII (1996), pp. 576-605. Tale punto di vista è stato condiviso da H.P. Glenn, *La civilisation de la common law,* in « Revue International de droit comparé », III (1993); *The gradual convergence: Foreign ideas, foreign influences and English law on the eve of the twenty-first century*, a cura di B.S. Markesinis, Oxford University Press, 1994; Id., *The coming together of the common law and the civil law*, Oxford University Press, 2000; M. Lupoi,

La più recente storiografia, evidenziando in maniera critica la « dipendenza » degli studiosi dagli assunti e dalle concezioni tradizionali affermatisi negli anni post-bellici — anni in cui la storia del diritto europeo andava prendendo forma —, ha rilevato la necessità di allargare lo sguardo al di là di una percezione del diritto e della comparazione puramente eurocentrici (o occidentalecentrici), collocando la storia giuridica europea in una prospettiva transnazionale/globale e de-europeizzando le tradizioni della ricerca giuridica. È stato, al tempo stesso, sottolineato il bisogno di riconsiderare, all'interno della regione europea, il rapporto tra le diverse aree che la compongono, prendendo nella dovuta considerazione quelle (come, ad esempio, la Scandinavia, l'Inghilterra o il Sud-Est europeo) tradizionalmente ritenute « casi speciali », a sè stanti e, dunque, solitamente lasciati ai margini, alla « periferia » di quello che è stato tradizionalmente ritenuto il nocciolo della cultura giuridica europea (24).

Alle radici del mondo giuridico europeo: saggio storico-comparativo, Roma, Istituto poligrafico e zecca dello Stato, 1994. Per una forte polemica nei confronti di tale prospettiva, cfr. P.G. MONATERI, T. GIARO, A. SOMMA, *Le radici comuni del diritto europeo: Un cambiamento di prospettiva*, Roma, Carocci, 2005. D. OSLER, *The Fantasy Men*, in « Rechtsgeschichte », X (2007), fortemente criticando la tesi di Zimmerman, ha definito la teorizzazione di un moderno *ius commune europaeum*, fondato su un'uniforme cultura giuridica europea costituita dallo *ius commune* fino alla codificazione nazionale ottocentesca, una « historia fantástica », una « chimaera » che non tiene conto della realtà storica dei conflitti religiosi, politici e giuridici dell'età moderna.

(23) O. REMIEN, *Illusion und Realität eines europäischen Privatrechts*, in « Juristenzeitung », XLVII (1992), pp. 277-284; E. BUCHER, *Recht, Geschichtlichkeit, Europa*, in *Vers un droit privé européen commun?: Skizzen zum gemeineuropäischen Privatrecht*, a cura di B. Schmidlin, Basel, Helbing & Lichtenhahn, 1994, pp. 7-31; e, soprattutto, P. LEGRAND, *Legal Traditions in Western Europe: The Limits of Commonality*, in *Transfrontier Mobility of Law*, a cura di R. Jagtenberg, E. Örücu, A.J. De Roo, The Hague-London, Kluwer, 1995, p. 63; ID., *European legal systems are not converging*, in « International and Comparative Law Quarterly », XLV (1996), pp. 52-81, che ha sostenuto l'esistenza di un'irriducibile barriera epistemologica tra i due sistemi di *common law* e *civil law* — ritenuti espressione di opposte « culture », « mentalità » e « rappresentazioni » giuridiche —, che impedirebbe la loro stessa reciproca conoscenza e genuina comprensione da parte dei giuristi educati nell'ambito delle due diverse tradizioni giuridiche.

(24) Cfr., in particolare, i recenti lavori di T. DUVE, *European Legal History — Concepts, Methods, Challenges*, in ID., *Entanglements in Legal History: Conceptual*

Nonostante il cambiamento di prospettiva descritto abbia condotto a un progressivo avvicinamento o « dialogo » (per utilizzare la nota ed efficace espressione del grande comparatista Gino Gorla) tra *common law* e diritto continentale, dimostrando come le differenze esistenti tra le due tradizioni giuridiche siano meno marcate di quanto supposto, l'assunto tradizionale della contrapposizione ha prodotto « conseguenze » gravi e durature. Uno degli effetti della presunta dicotomia è stato l'affermarsi — fino ad anni recenti e con poche, note, eccezioni su cui si tornerà ampiamente in seguito — di una sorta di reciproca « diffidenza » e, ancor più, di una mancanza d'interesse da parte degli storici del diritto continentali per il *common law*, e dei loro colleghi inglesi per lo *ius commune*. E tale atteggiamento ha fortemente influenzato la ricerca storico-giuridica, scoraggiando gli studi sui punti di contatto esistenti. Infatti, almeno fino agli ultimi decenni del XX secolo, gli storici del diritto hanno prevalentemente e rispettivamente concentrato l'attenzione sulla storia della tradizione giuridica di appartenenza, senza preoccuparsi di gettare lo sguardo oltre l'esiguo braccio di mare costituito dal canale della Manica. Quando ciò è accaduto — per la verità, piuttosto di rado —, essi hanno assai spesso reciprocamente assunto toni polemici nei confronti della tradizione giuridica « altra » rispetto alla propria: gli storici del diritto inglese, lodando l'autonomia del *common law* dall'« influenza » dello *ius commune*; i loro colleghi continentali enfatizzando, dal canto loro, l'« insularità » e, dunque, il carattere atipico ed eccentrico del diritto inglese rispetto alla comune tradizione giuridica europea (25).

Il più recente approccio storiografico non è stato inoltre in grado — quanto meno, non ancora — di porre in discussione alcuni degli assunti impliciti nella concezione tradizionale della contrapposizione. Col tempo, infatti, le differenze, ponendo in ombra ogni altro aspetto, si sono così profondamente radicate nella coscienza

---

Approaches, Frankfurt am Main, Max Planck Institute for European Legal History, 2014; ID., *Global Legal History: Setting Europe in Perspective*, in *The Oxford Handbook of European Legal History*, a cura di H. Pihlajamäki, M.D. Dubber, M. Godfrey, Oxford University Press, 2018.

(25) Cfr. L. MOCCIA, *English Law Attitudes to the "Civil Law"*, in « Journal of Legal History », II (1981), pp. 157-168.

giuridica europea da venire proiettate al passato, condizionando la comprensione stessa dei caratteri peculiari delle due tradizioni giuridiche e dando luogo a semplificazioni eccessive e mistificanti. Ancora: dare per scontata l'esistenza di un contrasto tra *common law* e *ius commune* ha spinto gli storici del diritto a fare ricorso alla già menzionata categoria di « influenza » nel tentativo di comprendere quale delle due tradizioni abbia condizionato (o sia perfino prevalsa su) l'altra. Da ultimo, l'impostazione tradizionale della distinzione/contrapposizione, presumendo l'esistenza di una profonda e irriducibile distanza tra diritto continentale e diritto inglese assunta quale *datum* indubitabile e indiscutibile nell'ambito del quale narrare la storia del diritto europeo (26), ha avuto l'effetto di semplificare eccessivamente il quadro d'insieme, impedendo un'appropriata e corretta considerazione del pluralismo giuridico e della complessità giurisdizionale in area europea.

3. *Il diritto romano-canonico al di là della Manica: uno sconosciuto?*

Il paradigma della contrapposizione tra *common law* e *ius commune*, e dell'« insularità » del primo rispetto al secondo, non può essere applicato *tout court* all'età medievale e moderna. Se già a partire dal VI secolo l'insegnamento delle arti liberali nelle scuole vescovili e monastiche aveva comportato la diffusione in Inghilterra quanto meno dei rudimenti della tradizione giuridica romanistica, il diritto romano-canonico approdò « ufficialmente » nel Regno nel XII secolo (27). È noto che intorno al 1140 il mantovano Vacario, insigne glossatore civilista di scuola bolognese, fu chiamato dall'ar-

(26) Lo stesso VAN CAENEGEM, *Judges, Legislators, Professors*, cit., aveva affermato che « no half measures prevailed: the differences are fundamental », p. 2; « their very substance was different » p. 113; « common law was so different », p. 119 e che « these legal systems [...] always remained alien to each other » (ID., *An Historical Introduction to Private Law*, trans. D.E.L. Johnston, Cambridge University Press, 1992).

(27) Per un'indagine sulla presenza del diritto romano nell'Inghilterra dei secoli XII e XIII, P. STEIN, *Roman law, common law and civil law*, in « Tulane Law Review », LXVI (1992), pp. 1591-1603; J.L. BARTON, *Roman Law in England*, Milano, Giuffrè, 1971; R.V. TURNER, *Roman Law in England before the time of Bracton*, in « Journal of British Studies », I (1975).

civescovo di Canterbury Teobaldo in occasione di una complessa disputa ecclesiastica che presupponeva il riferimento ai testi romano-canonici. Pare che Vacario si fosse poi stabilito a Oxford, fondandovi, intorno alla metà del secolo, un centro di studi giuridici destinato ad acquisire grande popolarità e a richiamare un gran numero di studenti (28). Egli aveva poi redatto, negli anni '80, un compendio del Codice e del Digesto in nove libri, il *Liber pauperum*, contenente le glosse frutto della sua attività d'insegnamento (di fatto introducendo, in tal modo, in Inghilterra il *Corpus Juris*), così chiamato proprio per la mole ridotta rispetto all'opera giustinianea e la conseguente accessibilità anche da parte degli studenti meno abbienti (29).

Ed è proprio a Oxford che, sul finire del XII secolo, nasceva la prima università del regno e, nella prima metà del secolo successivo (probabilmente già intorno al 1209), veniva fondato lo *Studium* cantabrigense. Presso le antiche Università di Oxford e Cambridge si teneva l'insegnamento, oltre che della teologia, del diritto romano-canonico, insegnamento finalizzato a formare il personale richiesto dall'amministrazione non soltanto ecclesiastica, ma anche secolare (30). Per ottenere la *licentia* gli studenti erano tenuti a frequentare la facoltà di diritto civile per almeno cinque anni (almeno otto per ricevere il dottorato) studiando il *Digestum novum* e le *Istitutiones*, ma le facoltà di diritto civile e diritto canonico erano interdipendenti, e normalmente il dottorato veniva conseguito *in utroque*

---

(28) R.W. SOUTHERN, *Master Vacarius and the Beginning of an English Academic Tradition*, in *Medieval Learning and Literature: Essays presented to Richard William Hunt*, a cura di J.J.G. Alexander, M.T. Gibson, Oxford Clarendon Press, 1976; L.E. BOYLE, *The Beginnings of Legal Studies at Oxford*, in « Viator », XIV (1983).

(29) Il *Liber Pauperum* è stato edito a cura di F. de Zulueta, *The Liber Pauperum of Vacarius*, London, The Selden Society, 1927.

(30) Sull'insegnamento del diritto romano-canonico presso le Università di Oxford e Cambridge tra medioevo ed età moderna si vedano J. BARTON, *The Study of Civil Law before 1380*, in *The History of the University of Oxford*, a cura di J.I. Catto, R. Evans, Oxford University Press, 1992, pp. 281-313; *The History of the University of Oxford: vol. I. The Early Oxford Schools*, a cura di J. Mc Conica, Oxford Clarendon Press, 1984; e D.R. LEADER, *A History of the University of Cambridge, I. The University to 1546*, Cambridge University Press, 1988, pp. 192-201. Più in generale, tra i molti studi esistenti, A.B. COBBAN, *The Medieval English Universities: Oxford and Cambridge to c. 1500*, University of California Press, 1988.

jure. L'insegnamento del diritto romano-canonico a Oxford e Cambridge avrebbe determinato la diffusione e la circolazione dello *ius commune* in Inghilterra lungo tutta l'età medievale consentendo, nel contempo, la creazione di contatti e legami con la comunità accademica delle università europee continentali: il principale centro medievale di studi giuridici era Bologna, e molti studenti inglesi (specie provenienti da Oxford) vi si recavano proprio per apprendere il diritto romano-canonico. Ciò comportò necessariamente il contatto, lo scambio e la circolazione di studenti, giuristi e testi di diritto tra l'isola e il Continente (31). Se è vero che Enrico VIII nel 1535 avrebbe soppresso l'insegnamento del diritto canonico presso entrambe le università inglesi, avrebbe d'altro canto istituzionalizzato, attraverso la creazione della *Regius Professorship of Civil Law*, quello del diritto civile, nell'ambito del quale era inevitabilmente ricompreso il diritto della Chiesa (32).

È documentato che a Cambridge, oltre al *Decretum* e alle successive raccolte di *decretales*, si studiavano le norme promulgate a partire dal XIII secolo da vescovi e arcivescovi inglesi nei sinodi, norme che generalmente ripetevano e amplificavano i contenuti della legislazione papale adattandola alle esigenze locali. A Cambridge vi erano, inoltre, già prima del XIV secolo, ulteriori scuole private, distinte dall'università, in cui si insegnava il diritto canonico, una biblioteca universitaria a partire dal 1424, e diverse biblioteche specializzate nei *colleges* nati per ospitare gli studenti post-laurea delle facoltà di teologia, medicina e diritto. Non va poi dimenticato che ogni affare o attività in materia ecclesiastica richiedeva la conoscenza del diritto romano-canonico (dall'attribuzione di un

---

(31) Più ampiamente, F. DE ZULUETA, P. STEIN, *The Teaching of Roman law in England around 1200*, London, The Selden Society, 1990.

(32) L.E. BOYLE, *The Curriculum of the Faculty of Canon Law*, in *Oxford Studies presented to Daniel Callus*, Oxford University Press, 1962, cit. in M. HILL, *Canon Law: The Discipline of Teaching and the Teaching of the Discipline*, in *Studies in Canon Law and Common Law in honour of R.H. Helmholz*, a cura di T. L. Harris, Berkeley, The Robbins Collection, 2015, p. 340, ha affermato, rimarcando la centralità dell'insegnamento universitario del diritto canonico, che « competence in canon law was the goal, expertise in civil law the means ». Vedi, inoltre, ID., *Canon Law before 1380*, in *The History of University of Oxford*, cit., pp. 531-564; e D.M. OWEN, *The Medieval Canon Law. Teaching, Literature and Transmission*, Cambridge University Press, 1990.

beneficio, all'indizione di un'elezione, alla trattazione di una causa in un tribunale spirituale, alla prova di un testamento), mentre chierici erano nell'amministrazione regia, nelle finanze e nella diplomazia, e lo stesso commercio internazionale o l'autenticazione delle transazioni private richiedevano i servizi di un notaio, molto spesso un canonista. In definitiva, lo studio del diritto canonico appariva utile e necessario a chiunque volesse intraprendere la carriera civilistica.

In Inghilterra i giuristi di formazione romanistica, i *civilians*, erano attivi presso le corti ecclesiastiche e la Court of Admiralty. Essi si dividevano in *advocates*, avvocati di ordine superiore, esperti di diritto romano-canonico, tra cui erano normalmente prescelti i giudici dei tribunali ecclesiastici e della Court of Chancery; e *proctors*, rappresentanti delle parti in lite, non necessariamente in possesso di laurea e dottorato. Di norma, i primi si erano addottorati ad Oxford o Cambridge e, oltre ad agire in giudizio, offrivano pareri giuridici; mentre i secondi svolgevano generalmente un apprendistato pratico in tribunale oppure prestavano servizio come notai (33). I *civilians* si raccoglievano nel Doctors' Commons, *societas* con sede a Londra dotata di una preziosa biblioteca oggi purtroppo andata dispersa dove, a differenza degli Inns of Court (le corporazioni londinesi presso le quali si formavano i *common lawyers*) non si svolgeva alcuna attività didattica (34).

Va sottolineato come la maggior parte dei laureati in diritto

---

(33) Sulle origini, la formazione, l'organizzazione e l'attività dei *civilians*, B.P. LEVACK, *The Civil Lawyers in England, 1603-1641. A Political Study,* Oxford Clarendon Press, 1973; ID., *The English Civilians, 1500-1750*, in *Lawyers in Early Modern Europe and America,* a cura di W. Prest, London, Croom Helm, 1981, pp. 108-128; C. ALLMAND, *The Civil Lawyers*, in *Profession, Vocation and culture in Late Medieval England*, a cura di C. Clough, Liverpool University Press, 1982; R.H. HELMHOLZ, *The Education of English Proctors, 1400-1640*, in *Learning the Law: Teaching and Transmission if Law in England, 1150-1900*, a cura di J.A. Bush, A. Wijffels, Rio Grande, The Hambledon Press, 1999, pp. 191-210; J.A. BRUNDAGE, *The Medieval Origins of the Legal profession: Canonists, Civilians, and Courts*, University of Chicago Press, 2008. Vedi inoltre, sui canonisti inglesi e la loro produzione tra XIV e XX secolo, J.H. BAKER, *Monuments of Endlesse Labours. English Canonists and Their Work, 1300-1900,* London and Rio Grande, The Hambledon Press and The Ecclesiastical Law Society, 1998.

(34) LEVACK, *The Civil Lawyers,* cit.; D.R. COQUILLETTE, *The Civilian Writers of Doctor's Commons, London*, Berlin, Duncker & Humblot, 1988; G.D. SQUIBB, *Doctor's Commons*, Oxford University Press, 1977. La biblioteca fu venduta nel 1861, i locali nel

prima dell'età vittoriana prendesse gli ordini sacri: alcuni diventavano *country parsons*, altri sceglievano posizioni amministrative nella Chiesa iniziando la carriera come segretari di abati o priori, o assumendo più prestigiosi impieghi permanenti nell'amministrazione diocesana o presso le corti vescovili. Altri ancora optavano per la diplomazia, mentre la minor parte diventava *advocate*. Un atto del Parlamento del 1545 avrebbe ammesso i *doctors* in diritto civile a esercitare presso le corti ecclesiastiche: le corti degli arcidiaconi (attive nell'ambito di ciascuna contea), le corti diocesane presiedute dal vescovo (le c.d. *consistory courts*) e le corti arcivescovili provinciali di York per il Nord, la Court of Arches a Londra (così chiamata perché si riuniva nella chiesa di St.-Mary-le-Bow, costruita su archi) per il Sud, funzionanti come corti d'appello. Vi erano poi la Court of Admiralty, la Court of Chivalry e, dopo la Riforma protestante, la High Court of Delegates (35). Ciò testimonia come la preparazione giuridica del civilista fosse ampiamente costituita dal diritto canonico e come, grazie agli studi comuni e agli scambi continui, analoga fosse la *forma mentis* di civilisti e canonisti (36).

Ancora, risale alla fine del XII secolo il *Tractatus de Legibus et Consuetudinibus Angliae* attribuito a Ranulf de Glanvill, giudice e diplomatico di Enrico II, da alcuni considerato la prima sistemazione teorica del diritto inglese, concernente soprattutto la materia dei rapporti reali e feudali, e recante una forte impronta del diritto romano-canonico (37). E, soprattutto, è proprio durante la prima

---

1865. L'edificio fu demolito nel 1867 e l'ultimo membro della professione, il Dr. T.H. Tristram, scomparve nel 1912.

(35) Pare che le corti ecclesiastiche attive in Inghilterra tra il XVI e XVII secolo fossero almeno duecentocinquanta: R.B. OUTHWAITE, *The Rise and Fall of the English Ecclesiastical Courts, 1500-1860*, Cambridge University Press, 2006, p. 1.

(36) J.A. BRUNDAGE, *Medieval Canon Law*, London & New York, Longman, 1995, p. 177 e p. 113, ha sottolineato « the symbiosis between civilians and canonists » e « the intellectual cross-fertilization » che necessariamente conduceva a un'interazione tra diritto civile e canonico nella prassi.

(37) Cfr. G.D.G. HALL, *Introduction to Glanvill*, in ID., *The Treatise on the Laws and Customs of the Realm of England commonly called Glanvill*, London, Nelson & Sons, 1965, pp. 36-40. Diversamente J. HUDSON, *The Formation of the English Common Law: Law and Society in England from King Alfred to Magna Carta*, New York, Routledge, 1996, p. 150 e ss., il quale ha ritenuto l'influenza del diritto romano sull'opera di Glanvill limitata esclusivamente alla struttura e a parte del vocabolario. L'opera di Glanvill è stata

metà del XIII secolo che sembra aver visto la luce il più ampio *Tractatus de Legibus et Consuetudinibus Angliae* tradizionalmente attribuito al giudice Henry de Bracton. Si tratta di un'esposizione sistematica del diritto inglese entro l'architettura concettuale dogmatica del diritto romano, ed è stato dimostrato che l'autore si servisse ampiamente dei concetti e del vocabolario romanistici, con particolare riferimento alla tripartizione gaiana e con ampio ricorso al *Corpus Iuris*, al *Decretum* e alla *Summa* di Azzone ([38]): l'opera pare, dunque, testimoniare un'influenza scientifica romanistica nella Inghilterra dell'epoca ([39]).

Per quanto attiene al diritto applicato dalle corti di giustizia, i Grandi Tribunali erano presenti e molto attivi, tra medio evo ed età moderna, su entrambe le sponde della Manica, mentre le raccolte contenenti la loro giurisprudenza circolavano ampiamente tra i diversi paesi europei: John Baker ha affermato che « by the 16th century there was more law reporting on the Continent than in the home of the common law » ([40]). E il diritto canonico, applicato dalle corti ecclesiastiche a partire dalla fine del XII secolo, giocava un

---

edita a cura di G.E. WOODBINE, *De Legibus et consuetudinibus Angliae*, Yale University Press, 1932.

([38]) Si vedano i classici F.W. MAITLAND, *Select Passages from the Works of Bracton and Azo*, London, The Selden Society, 1895; P. VINOGRADOFF, *The Roman Elements in Bracton's Treatise*, in « Yale Law Journal », XXXII (1923); G.E. WOODBINE, *The Roman Element in Bracton's de Adquirendo Rerum Dominio*, in « Yale Law Journal », XXXI (1922); H. KANTOROWICZ, *Bractonian Problems*, Cambridge University Press, 1941, pp. 58-78; H.G. RICHARDSON, *Bracton: The Problem of his Text*, London, The Selden Society, 1965; S.E. THORNE, *Introduction* a *On the Laws and Customs of England*, Harvard University Press, 1968. Più di recente, J.L. BARTON, *The Mystery of Bracton*, in « Journal of Legal History », XIV (1993); e D.J. SEIPP, *Bracton, the Year Books, and the Transformation of Elementary Legal Ideas in the Early Common Law*, in « Law and History Review », VII (1989), pp. 175-217. Che Bracton conoscesse il diritto canonico e avesse subito l'influenza del suo contemporaneo e forse maestro William de Drogheda, docente a Oxford, è stato dimostrato da H.G. RICHARDSON, *Azo, Drogheda and Bracton*, in « English Historical Review », XXII (1944).

([39]) Per un'influenza del diritto romano sull'emersione delle dottrine giuridiche dei secoli XII e XIII, in cui furono posti i fondamenti del *common law*, cfr., più in generale, il classico P. VINOGRADOFF, *Roman Law in Medieval Europe*, Oxford University Press, 1929^2.

([40]) *Judicial Records, Law Reports and the Growth of Case Law,* a cura di J.H. Baker, Berlin, Dunker & Humblot, 1989, p. 6.

ruolo fondamentale nella regolamentazione di moltissimi aspetti della vita sociale ed economica in tutta Europa, Inghilterra inclusa, mentre la disciplina di molti istituti giuridici reca tracce profonde del diritto romano-canonico. Le corti ecclesiastiche erano, infatti, competenti non soltanto nella materia spirituale (matrimonio, successioni, diffamazione e violazioni del patto fiduciario) e criminale/correzionale, per cui potevano punire i comportamenti di chierici e laici che fossero difformi dai dettami della religione (ad es., eresia, blasfemia, sacrilegio) o della morale; ma svolgevano anche la funzione di autentica, registrazione e conservazione dei testamenti (41), quella di concedere licenze matrimoniali, di insegnamento o di svolgimento della professione ostetricia.

Infine, ma non ultimo, è evidente che in Inghilterra il diritto comune era conosciuto non soltanto dai giuristi civilisti, ma anche dai *common lawyers*. Lo stesso Edward Coke possedeva una raccolta di testi di diritto comune nella sua biblioteca (42), ed è possibile rinvenire numerosi riferimenti al diritto romano-canonico e alle opinioni dei *civilians* in diversi *reports* discussi innanzi alle corti centrali di Westminster, nei *readings* dibattuti presso gli Inns of Courts, e negli *statutes* sia di età medievale che moderna. Il che dimostra l'esistenza di una certa familiarità, o quanto meno di una certa apertura, da parte dei giuristi inglesi nei confronti dello *ius commune*.

Nel corso del tempo alcuni studiosi, prevalentemente americani o europei continentali, hanno messo in luce i punti di contatto esistenti tra diritto canonico e *common law*. Più in particolare, l'interesse degli storici anglo-americani per la storia del diritto canonico è stato suscitato, a partire dagli anni '60 del '900, dal successo della già menzionata opera di Berman, che ha collocato l'origine della tradizione giuridica occidentale nella « rivoluzione Pontificia » dei secoli XI-XII, descrivendo il diritto canonico come il primo moderno sistema giuridico (43). Fin dagli anni '70 del secolo scorso il ruolo del diritto della Chiesa nell'ambito di alcune aree del

(41) R.H. Helmholz, *Debt claims and probate jurisdiction in historical perspective*, in « American Journal of Legal History », XXIII (1979).

(42) *A Catalogue of the Library of Sir Edward Coke*, a cura di W. Hassall, Yale University Press, 1950.

(43) Berman, *Law and Revolution*, cit.

diritto inglese era stato, dunque, ritenuto pervasivo, e non soltanto con riferimento all'età medievale: si sottolineava che esso rappresentava il primo sistema giuridico internazionale razionale e scientifico, che permeava ogni aspetto della vita umana, privato e pubblico, e la struttura stessa della società medievale, ovunque innervata da dinamiche analoghe, e che costituiva una parte vitale della tradizione giuridica occidentale — *common law* compreso — grazie alla fondamentale opera dottrinale dei canonisti in un'epoca di enorme fermento intellettuale e giuridico (44).

In realtà, già sul finire del XIX secolo Frederick William Maitland aveva sottolineato l'importanza del diritto canonico per la Chiesa medievale inglese in un noto saggio destinato a dare vita a una celebre disputa (45): mentre il reverendo William Stubbs, vescovo anglicano oxoniense, affermava il carattere autoctono del diritto canonico applicato dalle corti ecclesiastiche inglesi medievali e l'osservanza del diritto romano-canonico esclusivamente nei limiti fissati dal diritto consuetudinario o dai *councils* provinciali (46), Maitland ne rivendicava l'autorevolezza e la vincolatività fino alla Riforma protestante (47). Ora si andava decisamente oltre: il diritto canonico, non certo un insieme di regole atte a regolamentare soltanto mere questioni spirituali, era stato elaborato da chierici e laici: papi, vescovi, ufficiali delle corti regie ed ecclesiastiche, giuristi e professori delle principali facoltà giuridiche continentali e inglesi. E i principii e gli istituti fondamentali del diritto inglese si erano sviluppati nell'ambito di tale cultura, i cui valori e ideali si erano

---

(44) Ci si riferisce a un saggio di W.W. Bassett, *Canon Law and the Common Law*, in « Hastings Law Journal », IV (1978), in cui l'autore prendeva lo spunto da uno studio dello storico del diritto americano G.E. Woodbine, *The Origins of the Action of Trespass*, in « Yale Law Journal », XXXIII-XXXIV (1924-25), in cui si affermava la derivazione canonistica dell'*action of trespass*, tesi ritenuta superata ma utile a tratteggiare i rapporti tra diritto canonico e *common law*.

(45) F.W. Maitland, *Roman Canon Law in the Church of England*, Cambridge University Press, 1898.

(46) W. Stubbs, *The History of Canon Law in England*, Oxford University Press, 1900.

(47) Sul rapporto tra Maitland e il diritto canonico, cfr. J.R. Cameron, *Frederick William Maitland and the History of English Law*, University of Oklahoma Press, 1961. Per una rivisitazione della posizione dello studioso, C. Donahue Jr., *Roman Canon Law in the Medieval English Church: Stubbs vs. Maitland Re-Examined after 75 Years in the Light of Some Records from the Church Courts*, in « Michigan Law Review », LXXII (1973-74).

formati in seno al diritto canonico, all'epoca predominante in Occidente: « common law and its institutions owe an incalculable amount to an international legal culture that developed in the Middle Ages and to the creative genius of the canonists who were a significant part of that culture » (48).

Diversi gli esempi, soprattutto relativi all'età medievale, elencati a riprova di tale comunanza giuridica: veniva sottolineato come, tra XII e XIII secolo, fosse cresciuto in Inghilterra l'interesse per l'opera di Graziano e che i giudici delegati papali, i quali si occupavano della trattazione dei casi originariamente impugnati a Roma, fossero già attivi. Si metteva in luce che, fin dal XII secolo, esistevano e circolavano numerose raccolte di decretali papali e che scuole di diritto canonico erano presenti non soltanto a Oxford, ma anche a Exeter, Northampton, Lincoln, Londra e, probabilmente, Durham e York (49). I canonisti inglesi apparivano avere un ruolo rilevante nello sviluppo e nella diffusione del diritto della Chiesa nel regno: oltre all'ampia presenza di testi romano-canonici nelle biblioteche monastiche, pare che vescovi e abati inviassero i propri *clerks* a studiare per qualche tempo a Bologna e Parigi (50). E studenti inglesi erano sicuramente presenti a Bologna all'inizio del XIII secolo (51).

---

(48) BASSETT, *Canon Law and the Common Law*, cit., pp. 1386-1388, riprendendo Berman, affermava inoltre che « it would be a serious distortion of historical facts to imagine that the common law developed within the feast of the island fortress tutored by a supposedly singular English genius ».

(49) C. DUGGAN, *Twelfth-century Decretal Collections and their Importance in English History*, London, Athlone Press, 1963; ID., *The Reception of Canon Law in England in the Later-Twelfth Century*, in *Proceedings of the Second International Congress of Medieval Canon Law*, a cura di S. Kuttner, J.J. Ryan, Civitate Vaticana, Biblioteca Apostolica Vaticana, 1965; ID., *Canon Law in medieval England: The Beckett Dispute and Decretal Collections*, London, Variorum, 1982; S. KUTTNER, E. RATHBONE, *Anglo-Norman Canonists of the Twelfth Century*, in « Traditio », VII (1949-51); e il più risalente, ma non meno utile, S.E. THORNE, *Le droit canonique en Angleterre*, in « Revue historique de droit français et étranger », XIII (1934).

(50) C.R. CHENEY, *English Bishops' Chanceries, 1100-1250*, Manchester University Press, 1950, pp. 6-21.

(51) P. STEIN, *English Civil Law Literature*, in *« Ins Wasser geworfen und Ozeane durchquert ». Festschrift für Knut Wolfgang Nörr*, a cura di M. Ascheri, F. Ebel, M. Heckel, Köln, Böhlau Verlag, 2003, pp. 980-981. Stime numeriche della presenza inglese nelle città universitarie italiane in P. KIBRE, *The Nations in the Medieval Universities*,

Appare poi documentata l'esistenza di un'autonoma scuola inglese di diritto canonico: tralasciando il già menzionato e più celebre Vacario, e per citare soltanto i principali maestri, ricordiamo Philip de Calne, professore a Reims; Gilbert de Glanville, vescovo di Rochester, docente in Francia; Benedict of Swanson, tesoriere reale, a Parigi; Gerard Pucelle, vescovo di Coventry, a Colonia e Parigi; Richard Anglius a Bologna. Più tardi, sarebbe stato proprio l'inglese William Bateman, vescovo di Norwich e fondatore di un *college* a Cambridge, a dare inizio, insieme ai suoi allievi, alla tradizione di riportare i casi della Rota romana: i primi *reports* rotali sono quelli di Thomas Fastolf, uno degli uditori inglesi della Rota, redatti negli anni 1336-37 e pubblicati nel 1475 (52). Mentre dobbiamo a William Lyndwoode, vescovo di St. David's, l'imponente raccolta della legislazione sinodale inglese dal titolo *Provinciale seu Constitutiones Angliae* (1422-30). Veniva in particolare evidenziato come tale scuola non fosse meramente recettiva dell'insegnamento bolognese quanto, piuttosto, assai vitale e capace di una propria elaborazione creativa, che contemplava glosse al *Decretum*, manuali di procedura civile, *summae* e trattati aventi ad oggetto diversi istituti di diritto canonico, raccolte di *quaestiones*. La sua presenza e attività venivano addotte a testimonianza dell'esistenza in Inghilterra di un grande interesse nei confronti del diritto della Chiesa e di una sua approfondita conoscenza in epoca medievale.

Veniva, infine, rilevato come anche nei secoli successivi il diritto canonico continuasse a godere di ampio spazio nel regno, non venendo mai relegato alla trattazione, esclusivamente da parte delle corti ecclesiastiche, della sola materia spirituale. E come tale ultimo assunto sarebbe in realtà fondato sull'anacronistica proiezione al passato della moderna dicotomia Chiesa-Stato, inesistente fino al XVI secolo, da cui sarebbe derivata una compartimentazione del sapere, e la stessa idea della scienza del diritto della Chiesa quale specialità autonoma. Se è, infatti, indubbio che erano presenti nel

---

Harvard University Press, 1948; R.J. MITCHELL, *English Law Students at Bologna in the Fifteenth Century*, in « English History Review », 51 (1936); J. WOOLFSON, *Padua and the Tudors: English Students in Italy, 1485-1603*, University of Toronto Press, 1998.

(52) J.H. BAKER, *Dr Thomas Fastolf and the History of Law Reporting*, in « Cambridge Law Journal », XLV (1986).

regno due distinte giurisdizioni, l'importanza del conflitto tra corti ecclesiastiche e corti di *common law* tra medio evo ed età moderna, e la stessa rilevanza della Riforma protestante, apparivano essere state sovrastimate a fronte dell'esistenza dello scambio intenso e della costante cooperazione tra tribunali spirituali e secolari (53). Non poteva non riconoscersi il contributo del diritto canonico al diritto costituzionale, al diritto penale, a quello privato. La stessa idea della conformità del diritto a una superiore *ratio* di giustizia ed equità, che informava l'opera dei canonisti, avrebbe condotto all'affermazione del ruolo del giudice come « keeper of conscience and oracle of the law », cui si ricollegava lo sviluppo dell'*equity* somministrata dai cancellieri, di norma ecclesiastici. Fino a pervenire alla conclusione perentoria che « no one can understand either medieval society or the medieval formation of the common law without a familiarity with the work of the canonists » (54).

Che l'atteggiamento dei *common lawyers* nei confronti dello *ius commune* non fosse ostile, così come ritenuto dalla storiografia inglese tradizionale, è stato evidenziato in uno studio che, partendo dall'esame delle raccolte giurisprudenziali (*Year Books* e *Reports*) a stampa compilate tra il XIV e il XVII secolo — contenenti più di duecento riferimenti al diritto romano-canonico e alle *opiniones* di civilisti e canonisti, senza contare l'utilizzo di massime e definizioni latine derivanti da fonti di diritto comune —, ha concluso che essi « were neither 'wholly ignorant' of civil law and canon law, nor 'completely insular' in their professional outlook » (55). Il riferimento era soprattutto agli scritti di Maitland, che in una celebre pagina aveva affermato che « Roman law was by Tudor time an unintelligible and outlandish thing, perhaps good enough law for

(53) In tal senso BASSETT, *Canon Law and the Common Law*, cit., p. 1408 e ss. DONAHUE, *Roman Canon Law*, cit., p. 647.

(54) Ivi, p. 1419.

(55) D.J. SEIPP, *The Reception of Canon Law and Civil Law in the Common Law Courts before 1600*, in « Oxford Journal of Legal Studies », XIII (1993), p. 420, secondo cui « English common law practitioners and judges borrowed much of the conceptual structure of their body of legal knowledge from the legal culture of Continental Europe over the centuries », ivi, p. 388.

half-starved Frenchmen » (56), mentre il tipico *common lawyer* « knew nothing and cared nothing for any system but his own » (57), affermazioni destinate ad essere accolte in maniera acritica dagli storici del diritto quanto meno fino agli anni '70 del secolo scorso. Al contrario, scardinando la c.d. « enemy theory », secondo la quale giudici e avvocati inglesi avrebbero guardato a canonisti e civilisti come nemici da combattere per la supremazia giuridica e politica nel regno, disprezzando il diritto romano per la sua associazione al dispotismo continentale e il diritto canonico per il suo legame con il papato e le gerarchie cattoliche respinto dalla Riforma, è stata invece dimostrata la grande e crescente attenzione dei giuristi inglesi (nel caso in esame, molti dei quali giudici delle corti regie di Westminster) nei confronti dello *ius commune* (58).

I *common lawyers* ne conoscevano le norme, spesso si consultavano con i *civilians* nei casi dubbi che richiedessero un'approfondita conoscenza del diritto romano-canonico, citavano testi a stampa di diritto civile e, soprattutto, canonico, data la sovrapposizione della giurisdizione delle corti temporali e spirituali nelle materie *borderline*. Il loro atteggiamento non era né diffidente, né sprezzante ma, anzi, rispettoso e aperto (59). La conoscenza del diritto continentale derivante

---

(56) F.W. Maitland, F.C. Montague, *A Sketch of English Legal History*, New York, Putnam, 1915, p. 110.

(57) F.W. Maitland, *Why the History of English Law is not Written*, in Id., *The Collected Papers*, Cambridge University Press, 1911, vol. I, p. 488.

(58) Seipp, *The Reception of Canon Law*, cit. Secondo M. Caravale, *Lo spartiacque tra* ius commune *e* common law, in *Relations between the ius commune and English law*, a cura di R.H. Helmholz, V. Piergiovanni, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2009, p. 56, i *common lawyers* non concepivano lo *ius commune* quale contrapposto al diritto inglese: la dottrina giuridica inglese della prima età moderna appare pienamente consapevole della sua vigenza nel regno accanto a quest'ultimo, sebbene applicato in corti distinte da quelle regie. Analogamente P. Brand, *The Common Lawyers of the Reign of Edward I and the Canon Law*, in *Studies in Canon Law and Common Law*, cit., p. 28, nell'ambito di uno studio dei *reports* risalenti ai secoli XIII e XIV, ha evidenziato come, nonostante la diversa formazione, competenza e lingua di *common lawyers* e canonisti, « even if these were different worlds, they were not, and could not be, worlds hermetically sealed from one another », p. 35.

(59) Secondo Seipp, *The Reception of Canon Law*, cit., p. 414, c'era « greater receptivity to civil law and canon law than legal historians' accounts of English insularity and hostility would predict ».

non soltanto dagli scambi e dalla diretta consultazione con i *civilians* in tribunale, oltre che dalla sporadica richiesta da parte delle corti regie di pareri scritti ai giudici delle corti ecclesiastiche, ma anche dalla presenza per qualche tempo a Oxford e Cambridge di alcuni *common lawyers* prima di frequentare gli Inns of Court, avrebbe condotto a un abituale utilizzo « pragmatico » dello *ius commune*, la cui conoscenza derivava più dalla prassi che dalla lettura dei testi di diritto comune, sebbene nei casi discussi a Westminster non siano infrequenti le citazioni del *Corpus iuris*, del *Decretum* e delle opere dei commentatori.

In pratica, i giuristi inglesi, sia pure senza mai considerare il diritto romano-canonico un'autorità vincolante o un modello superiore al *common law*, avrebbero attinto — più frequentemente di quanto tradizionalmente ritenuto — alla tradizione giuridica continentale ogni qual volta fosse loro utile a supportare le proprie argomentazioni o a chiarire la propria posizione in un'ampia varietà di contesti, sia pure adattandolo alle necessità locali contingenti, dando luogo a quella che è stata definita « a fruitful interaction between the two systems » (60). Ed è stato sottolineato come tale ricettività contribuisse all'ingresso nella cultura giuridica inglese di nuove forme di pensiero giuridico — proprie di un diritto dotto e prestigioso, vigente in tutto il Continente, insegnato nelle università di tutta Europa e contenuto in costosi volumi — destinate a incidere sulla stessa organizzazione e sistemazione del *common law*, preparando il terreno per la fioritura dei trattati del XVII e XVIII secolo, fino ai *Commentaries on the Laws of England* di William Blackstone (61).

4. *Il diritto della Chiesa* trait d'union *tra* common law *e* ius commune.

Gli studi esaminati, per quanto ben documentati e argomentati, apparivano « eccentrici » e isolati rispetto all'interpretazione

(60) In tal senso BRAND, *The common lawyers*, cit., p. 40: « the justices and lawyers did indeed approach the canon law and the procedure of the canon law courts not with total ignorance or hostility, but with some degree of understanding and, on occasion, a willingness to incorporate ideas and concepts from the canon law when they could be useful ».

(61) SEIPP, *The Reception of Canon Law*, cit., p. 419. Analoghe considerazioni in STEIN, *English Civil Law Literature,* cit., p. 990 e ss.

tradizionale, sostanzialmente ancorata alla distinzione dicotomica tra le tradizioni di diritto inglese e continentale. È stato in particolare Richard Helmholz, storico del diritto americano da sempre attento alla comparazione tra *common law* e *ius commune*, cui ha dedicato ricerche lunghe e approfondite lungo l'arco della sua intera carriera, a chiedersi, a partire dagli inizi degli anni '90 del secolo scorso, se lo *ius commune* e il *common law* dovessero essere considerati « historical strangers » o, piuttosto, « companions » (62). A suo avviso, nonostante i dogmi della storiografia tradizionale, non sarebbero mai esistite « absolute barriers » tra le due tradizioni giuridiche, mentre lo « ius commune [...] has undoubtedly played a role in the history of England and in the development of Anglo-American law » nell'ambito di una comune tradizione giuridica europea (63).

Il diritto e il pensiero giuridico continentali, ampiamente utilizzati in Inghilterra, avrebbero avuto un ruolo importante soprattutto in tre momenti fondamentali della storia anglo-americana: l'emanazione della Magna Carta nel 1215, di cui diversi articoli recano traccia sostanziale del ricorso al diritto romano-canonico, sia pure con modifiche e riadattamenti (64); le battaglie costituzionali del XVI e XVII secolo, durante le quali i *common lawyers* trassero spesso ispirazione dalle fonti dello *ius commune* (ad esempio, per la definizione dei poteri della corona); la formazione della dottrina giuridica americana agli inizi del XIX secolo, per la quale il *civil law* costituiva una risorsa in tutti i casi in cui il *common law* apparisse

---

(62) R.H. Helmholz, *Continental Law and Common Law: historical Strangers or Companions?* in « Duke Law Journal », VI (1990), p. 1207. L'autore considerava l'allora prossimo ingresso del Regno Unito nell'Unione Europea (1992) auspicio di maggiore unità futura — oggi ridotta in frantumi dalla *Brexit*. Tale evento avrebbe a suo avviso influenzato il mondo del diritto e dei tribunali, dando luogo a una riedizione, sia pure in forma diversa, di uno stato di cose già esistente in passato.

(63) R.H. Helmholz, *The Ius Commune in England. Four Studies*, Oxford University Press, 2001, p. 3.

(64) Più ampiamente, sul ruolo giocato dallo *jus commune* nella redazione della Carta, R.H. Helmholz, *Magna Carta and the jus commune*, in « University of Chicago Law Review », LXVI (1999). Di tale saggio chi scrive ha curato l'edizione e la traduzione italiana: *La Magna Carta del 1215. Alle origini del costituzionalismo inglese ed europeo*, a cura e trad. di D. Freda, Roma, Aracne Ed., 2012.

manchevole o erroneo. Secondo Helmholz la distinzione tra le due tradizioni giuridiche non era mai apparsa ai giuristi inglesi « an absolute and unbridgeable gulf » (65): i *common lawyers*, pur non essendo esperti di diritto continentale, lo conoscevano e, all'occorrenza, ne facevano uso nella prassi traendo da esso tutto ciò che poteva esser loro utile, talvolta modificandolo o adattandolo alle proprie necessità. In conclusione, se non è possibile sostenere che non ci fossero differenze tra *common law* e diritto continentale, « the two were not so separated that borrowings could not occur » (66): il diritto romano-canonico, lungi dal rivestire un ruolo marginale nel regno, costituì « a creative part in the law of England » (67).

Tali considerazioni hanno spinto lo studioso a chiedersi se proprio il diritto canonico non potesse essere considerato il principale strumento di raccordo e integrazione tra le tradizioni giuridiche inglese e continentale, « a unifying link [...], a force working for unity between England and the Continent » (68). È vero, il diritto canonico e il *common law* si fondavano su fonti diverse: sul *Corpus iuris canonici* il primo; sul diritto consuetudinario il secondo. Erano interessati da sfere giurisdizionali di azione differenti *ratione materiae* ed erano amministrati da categorie di giuristi diversi: i *civilians* e i *common lawyers*, i quali svolgevano rispettivamente la propria attività nelle corti ecclesiastiche e presso i tribunali centrali di

---

(65) HELMHOLZ, *Continental Law and Common Law*, cit., p. 1226.

(66) Ivi, p. 1228. Che gli scambi tra *ius commune* e *common law* fossero bidirezionali (con particolare riferimento all'introduzione dell'istituto della giuria penale, all'enucleazione della dottrina della separazione dei poteri, alla legislazione in materia di diritto commerciale, all'influenza della legislazione sociale e dell'opera di Jeremy Bentham sulle legislazioni nazionali, indiscutibili apporti del *common law* al diritto continentale) è stato evidenziato da A. PADOA SCHIOPPA, *Common law e civil law: uno scambio biunivoco*, in *Relations between the ius commune and English law*, cit., p. 124, a riprova dell'esistenza di un'« unica, anche se multiforme, civiltà del diritto che include le due grandi componenti del *civil law* e del *common law* » (ivi, p. 128).

(67) R.H. HELMHOLZ, *The Learned Laws in "Pollock and Maitland"*, in *The History of English Law. Centenary Essays on "Pollock and Maitland"*, a cura di J. Hudson, Oxford University Press, 1996, p. 153.

(68) R.H. HELMHOLZ, *Canon Law as a Means of Legal Integration in the Development of English Law*, in *Die Bedeutung des Kanonischen Rechts für die Entwicklung einheitlicher Rechtsprinzipien*, a cura di H. Scholler, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1996, p. 51.

Westminster. Ed erano insegnati in luoghi e con modalità diverse: il primo nelle università attraverso l'esegesi dei testi romano-canonici (69), il secondo presso i londinesi Inns of Court a mezzo di un apprendistato prevalentemente incentrato su esercitazioni pratiche — i *readings* e i *moots* — e sul *law reporting* presso le corti di Westminster (70). La stessa lingua utilizzata dagli uni e dagli altri differiva: il latino dai canonisti, il *law-french* (o *anglo-norman*: un coacervo di francese, inglese e latino) dai *common lawyers*. È al tempo stesso vero che le corti di *common law* estesero nel tempo la propria giurisdizione in aree originariamente di competenza esclusiva delle corti ecclesiastiche (come, ad esempio, le materie della *defamation*, del diritto testamentario e della dote). Che, come già

(69) Per la principale bibliografia sull'insegnamento del diritto presso le Università di Oxford e Cambridge si rinvia alla n. 30. HELMHOLZ, *The Education of English Proctors*, cit., p. 191 e ss., ha evidenziato come l'educazione dei civilisti, con particolare riferimento ai *proctors* attivi presso le corti ecclesiastiche, fosse costituita non soltanto dallo studio dei testi di diritto romano-canonico, ma anche da quello di trattati in materia procedurale e da un apprendistato pratico presso i tribunali ecclesiastici, differenziandosi meno di quanto sia stato tradizionalmente ritenuto dalla formazione giuridica dei *common lawyers*. Si veda in proposito anche T. MORRISEY, *The Art of Teaching and Learning Law: a late Medieval Tract*, in « History of Universities », VIII (1989).

(70) L'origine, l'organizzazione e il funzionamento degli Inns of Court and Chancery sono stati oggetto dei fondamentali studi di J.H. BAKER, *The Third University of England, The Inns of Court and the Common-Law Tradition*, London, The Selden Society, 1990; ID., *The Legal Profession and the Common Law: Historical Essays*, London and Ronceverte, The Hambledon Press, 1986, pp. 3-74; e ID., *The Common Law tradition: Lawyers, Books and the Law*, London-Rio Grande, The Hambledon Press, 2000, p. 29 e ss. Cfr., inoltre, l'opera di W.C. RICHARDSON, *A History of the Inns of Court, with Special Reference to The Period of The Renaissance*, London, Baton Rouge, 1978. Per quanto concerne gli Inns in età Tudor e Stuart, vedi W.R. PREST, *The Inns of Court under Elizabeth I and the Early Stuarts, 1590-1640*, London, Longman, 1972; mentre, per il periodo compreso tra la fine del XVII e la prima metà del XVIII secolo, cfr. D. LEMMINGS, *Gentlemen and Barristers: the Inns of Court and the English Bar, 1680-1730*, Oxford Clarendon Press, 1990. Per una più sintetica ma non meno puntuale descrizione della storia degli Inns, cfr. l'ormai classico W.S. HOLDSWORTH, *A History of English Law*, Oxford Clarendon Press, 1923^{3}, vol. VI, p. 493 e ss.; e, ancora, J.H. BAKER, *An Introduction to English Legal History*, London, Butterworths, 1979^{1}, p. 138 e ss. Vedi, infine, il più recente e aggiornato ID., *The Oxford History of the Laws of England, vol.VI, 1483-1558*, Oxford University Press, 2003, p. 445 e ss.; e, da ultimo, per un più generale *excursus* sulla formazione dei giuristi a Londra dal XIII al XVI secolo, ID., *Legal Education in London, 1250-1850*, London, The Selden Society, 2007.

accennato, frequenti erano i contatti professionali tra *civilians* e *common lawyers*; che la procedura seguita dalla Court of Chancery fu fortemente influenzata dal diritto romano-canonico; che i *lord* cancellieri durante il medioevo erano normalmente ecclesiastici e, dunque, esperti di diritto canonico; e che tale tribunale emanava i *writs*, gli ordini regi necessari per poter azionare il processo presso le corti di *common law*. E che, infine, come già detto, i testi di diritto romano-canonico erano ampiamente conosciuti dai giuristi inglesi.

A seguito di tali osservazioni, secondo Helmholz un esame delle due tradizioni giuridiche scevro da pregiudizi rivelerebbe, a differenza di quanto tradizionalmente ritenuto dalla storiografia, l'esistenza di un frequente confronto e scambio di idee tra civilisti e *common lawyers*. In definitiva, lo studioso ha ipotizzato, quanto meno per alcune aree giuridiche e nelle more di una più accurata e approfondita verifica dell'esatta entità della sua pervasività, non soltanto l'esistenza di un legame tra diritto canonico e diritto inglese, ma anche e soprattutto una possibile valenza del diritto della Chiesa quale strumento di avvicinamento, di raccordo e integrazione tra *common law* e *ius commune*: a suo avviso, nonostante « in many areas there was always a divide between the English common law and the *ius commune*, it was never so wide that lawyers could not look across it » (71).

Lo spazio del diritto canonico nella vita giuridica del regno fin dall'epoca anglosassone, in cui intensi erano gli scambi con il Continente e forte la commistione tra potere laico e spirituale; il suo essere parte integrante del sistema giuridico inglese già alla fine del XIII secolo (72); il ruolo centrale ricoperto dal diritto della Chiesa tra XIII secolo ed età elisabettiana grazie all'affermazione dell'insegnamento universitario sul modello continentale, alla fondazione del Doctors' Commons sul finire del Quattrocento, all'incremento dell'attività dei *civilians* e all'ampliamento e alla definizione della giurisdizione ecclesiastica, testimoniano la sua vitalità e persistenza in Inghilterra. Ciò consentirebbe, al tempo stesso, di ridimensionare

---

(71) HELMHOLZ, *The Ius Commune in England,* cit., p. 6.

(72) R.H. HELMHOLZ, *The Oxford History of the Laws of England, vol. I, The Canon Law and Ecclesiastical Jurisdiction from 597 to the 1640s*, Oxford University Press, 2004.

l'assunto di un rapido e significativo declino del diritto canonico in epoca Tudor, generalmente collegato a una riduzione del volume del contenzioso a partire dalla fine del XV secolo, da ricondurre invece al venir meno della competenza dei tribunali spirituali in alcune materie fin dall'epoca di Enrico VIII: di un loro declino in senso proprio — sia pure nell'ambito di un processo non lineare e caratterizzato da una certa ripresa dopo la Restaurazione — potrebbe parlarsi soltanto a partire dalla prima metà del Seicento (73).

Nemmeno la frattura con Roma determinata dalla Riforma protestante avrebbe spazzato via « the heritage of the *ius commune* in England », mentre il sistema giuridico della Chiesa, lungi dall'essere abbandonato, avrebbe mantenuto una condizione di sostanziale stabilità (74): la maggior parte delle norme canonistiche ereditate dall'epoca medievale avrebbe continuato a essere applicata dai tribunali spirituali sopravvivendo, di fatto, alla Riforma (75). Nonostante l'abolizione della giurisdizione papale a seguito del divieto dei ricorsi in appello a Roma sancito da Enrico VIII (76) — qualche anno dopo sarebbe stata istituita allo scopo la High Court of Delegates, formata sia da dottori in diritto civile che da *common lawyers* nominati dalla Court of Chancery (77) —, il diritto canonico

---

(73) Ivi, p. 229 e ss. Soltanto nel 1855 il *Defamation Act* avrebbe abolito la giurisdizione della Chiesa in materia, nel 1857 il *Divorce and Matrimonial Causes Act* avrebbe posto fine alla competenza esclusiva delle corti ecclesiastiche sul matrimonio, e il *Probate and Letters of Administration Act* alla loro attività di registrazione. A seguito di tali atti i tribunali spirituali avrebbero conservato soltanto un limitato potere correzionale nei confronti dei chierici e di concessione delle licenze matrimoniali.

(74) R.H. Helmholz, *Ecclesiastical Lawyers and the English Reformation*, in « Ecclesiastical Law Journal », III (1995), p. 369. Vedi anche Id., *The Ius Commune in England,* cit., p. 9; e Id., *The Oxford History,* cit., p. 147 e ss.

(75) R.H. Helmholz, *Canon Law in Post-Reformation England*, in Id., *Canon Law in Protestant Lands*, Berlin, Dunker & Humblot, 1992, pp. 203-221; Id., *Roman Canon Law in Reformation England*, Cambridge University Press, 1990; ha evidenziato, attraverso l'esame dei trattati di diritto ecclesiastico, dei resoconti dei casi discussi presso le corti spirituali e delle opinioni dei civilisti, che « substantial numbers of Englishmen continued to make frequent use of the canon law even after the breach with Rome » (ivi, p. 204).

(76) *Statute 24 Henry VIII*, c. 12, 1533; *Statute 25 Henry VIII*, c. 19, 1534, entrambi in *The Statutes of the Realm*, London, 1810-28, vol. III, p. 428 e p. 460.

(77) Essa sarebbe stata abolita nel 1832. Per ulteriori dettagli, cfr. G.I.O. Duncan, *The High Court of Delegates*, Cambridge University Press, 1971.

continuò a essere applicato nel regno, essendo le sue norme sanzionate dalla consuetudine e ritenute conformi al dettato delle Sacre Scritture. Più che di un taglio netto con il passato si trattò, dunque, di un ritorno al passato, mentre l'attacco e la cesura riguardarono essenzialmente l'autorità papale. La stessa Court of High Commission (o Commissioners for Causes Ecclesiastical), istituita nel 1559 da Elisabetta I e destinata a funzionare per meno di cento anni (78), creata allo scopo di supportare l'operato delle corti ecclesiastiche nel correggere e sanzionare tutti « gli errori, le eresie, i crimini, gli abusi, le offese, le minacce e le enormità in materia spirituale ed ecclesiastica » (79), si sarebbe essenzialmente occupata dei casi di dissenso in materia religiosa e, formata da *civilians* ed ecclesiastici, avrebbe di fatto generalmente seguito la procedura di diritto comune.

Per quanto poi attiene alla supervisione e al controllo delle corti regie sui tribunali ecclesiastici, essi erano esercitati attraverso l'emanazione del *writ of prohibition*, un ordine attraverso il quale, a richiesta del convenuto in una corte spirituale, un tribunale di *common law* intimava al giudice ecclesiastico di astenersi nelle materie di cui fossero ritenute competenti le corti secolari. Sebbene i tribunali spirituali potessero amministrare il solo diritto canonico, esistevano aree di potenziale conflitto, di cui i tribunali centrali avevano tracciato i confini già a partire dal XIII secolo, difendendoli attraverso il ricorso al *writ*, che aveva sostanzialmente l'esito di bloccare il processo innanzi alla corte ecclesiastica e trasferirlo davanti a quella secolare (80). Ciononostante, è stato evidenziato

---

(78) Quest'ultima avrebbe cessato la sua attività nel 1641. Più ampiamente, il classico R.G. USHER, *The Rise and Fall of the High Commission,* Oxford Clarendon Press, 1913.

(79) *Statute of Supremacy, 1 Elizabeth I*, c. 1, 1559, in *The Statutes of the Realm,* cit., vol. IV, p. 350.

(80) Cfr. R.H. HELMHOLZ, *The Writ of Prohibition to Court Christian before 1500*, in « Medieval Studies », XLIII (1981); ID., *Writs of Prohibition and Ecclesiastical Sanctions in the English Courts Christian*, in « Minnesota Law Review », LX (1976); ID., *Conflicts between Religion and Secular Law: Common Themes in the English Experience 1250-1640*, in « Cardozo Law Review », XII (1990). Vedi anche C.M. GRAY, *The Writ of Prohibition: Jurisdiction in Early Modern English Law*, New York-London-Rome, Oceana Publications, 1994; e G.B. FLAHIFF, *The Writ of Prohibition to Court Christian in the Thirteenth Century*, in « Mediaeval Studies », VI (1944).

come di fatto pochi casi discussi innanzi ai tribunali spirituali conducessero all'emanazione del *writ*, e come i limiti dell'attività giurisdizionale delle corti di *common law* fossero in realtà determinati da norme consuetudinarie (81). La situazione non sarebbe mutata neanche dopo la frattura con Roma, mentre strenua sarebbe rimasta l'opposizione dei *civilians* all'attività di ingerenza da parte dei tribunali di *common law* nella definizione dei limiti della giurisdizione delle corti ecclesiastiche: in caso di frizione e di emanazione del *writ* essi ritenevano che, sebbene la corte spirituale dovesse astenersi dal procedere nel caso in questione, non dovesse nel contempo conformarsi ai *diktat* dei tribunali regi, adottando acriticamente le norme di *common law* (82).

È stata, dunque, ravvisata una sostanziale continuità normativa e procedurale nell'ambito dei tribunali spirituali inglesi: la struttura, l'organizzazione, la procedura romano-canonica, la competenza giurisdizionale delle corti ecclesiastiche sarebbero rimaste immutate (a parte l'istituzione dell'High Court of Delegates) e stabili fino all'età elisabettiana (83). L'esame della produzione dei giuristi, delle raccolte di *reports* delle corti spirituali, delle opinioni rese dagli *advocates* pare addirittura testimoniare, a partire dalla seconda decade dell'età elisabettiana, e per almeno settanta anni, una ripresa dell'attività dei tribunali ecclesiastici e un incremento del numero dei giuristi civilisti: tale letteratura pratica, insieme al costante riferimento non soltanto alle principali autorità civilistiche continentali medievali, ma anche coeve, dimostra che anche dopo la Riforma il diritto canonico continuò ad avere ampio spazio nel regno, e che il contatto dei *civilians* inglesi con il Continente e i suoi giuristi non fu

---

(81) In tal senso, D. MILLON, *Ecclesiastical Jurisdiction in Medieval England*, in « University of Illinois Law Review », III (1984), pp. 621-638.

(82) W.R. JONES, *Relations of the Two Jurisdictions: Conflict and Cooperation in England during the 13th and 14th centuries*, in « Studies in Medieval and Renaissance History », VII (1970).

(83) R.H. HELMHOLZ, *Introduction*; e ID., *Canon Law in Post-Reformation England*, cit., entrambi in *Canon Law in Protestant Lands*, cit., rispettivamente a p. 9 e p. 203 e ss. BRUNDAGE, *Medieval Canon Law*, cit., p. 182 e ss., ha sottolineato che in Inghilterra « medieval canon law remained a notable force long after the break with Rome », in un processo di « remarkable continuity ». Nello stesso senso OUTHWAITE, *The Rise and Fall*, cit., p. 15.

mai troncato durante i secoli XVI e XVII, collocandoli a buon diritto nell'ambito della tradizione europea di *ius commune* (84). In definitiva, la Riforma protestante non avrebbe prodotto conseguenze né sul diritto applicato dai tribunali spirituali, da cui furono espunte esclusivamente le norme che affermavano l'autorità papale e quelle contrarie agli *statutes* emanati dal Parlamento, né sulle carriere dei canonisti inglesi, e neppure sulla letteratura giuridica (85). L'importanza del diritto canonico per la cultura giuridica inglese permase, dunque, immutata, mentre gran parte delle sue norme sarebbero rimaste in vigore fino al XIX secolo: ciò sembrerebbe ridimensionarne fortemente gli effetti rispetto a quanto affermato da una parte della storiografia, secondo la quale il diritto canonico avrebbe perso ogni rilievo nel regno dopo la frattura occorsa tra la Chiesa inglese e il papato (86).

In realtà, l'attacco alla giurisdizione ecclesiastica a partire dal

---

(84) In tal senso, HELMHOLZ, *Roman Canon Law in Reformation England*, cit., p. 195.

(85) HELMHOLZ, *Canon Law in Post-Reformation England*, cit., p. 209, ha affermato che « most changes were less than revolutionary » e che molto spesso le norme furono soltanto riformulate o rafforzate. Analoghe considerazioni in R. HOULBROOKE, *The Decline of Ecclesiastical Jurisdiction under the Tudors,* in *Continuity and Change: Personnel and Administration of the Church in England 1500-1642*, a cura di R. O'Day, F. Heal, Leicester University Press, 1976; OUTHWAITE, *The Rise and Fall*, cit.; JONES, *Relations of the Two Jurisdictions*, cit.; SEIPP, *The Reception of Canon Law*, cit., p. 391 e ss. Secondo R.E. RODES, *Ecclesiastical Administration in Medieval England. The Anglo-Saxons to the Reformation*, University of Notre Dame Press, 1977, pp. XI-XII; e ID., *Lay Authority and Reformation in the English Church. Edward I to the Civil War*, University of Notre Dame Press, 1982, p. 107, « the Church of England after the Reformation was the same institution as the Church of England before the Reformation ».

(86) Secondo R.J. SCHOECK, *Canon Law in England on the Eve of the Reformation*, in « Medieval Studies », XXV (1963), pp. 125-147, lo scisma avrebbe determinato un'improvvisa interruzione nell'utilizzo e un repentino declino dell'importanza del diritto canonico in Inghilterra. La rottura con Roma avrebbe causato la decadenza delle corti ecclesiastiche anche per C. HAIGH, *Anticlericalism and the English Reformation*, in ID., *The English Reformation revised*, Oxford University Press, 1987; ID., *English Reformation, Religion, Politics and Society under the Tudors*, Oxford Clarendon Press, 1993. Sugli attacchi ai tribunali della Chiesa G.R. ELTON, *The Commons' Supplication of 1532: Parliamentary Manoeuvres in the Reign of Henry VIII*, in « English History Review », LXVI (1951). Vedi, inoltre, per un quadro generale, J.J. SCARISBRICK, *The Reformation and the English People*, Oxford, Basil Blackwell, 1984. Più moderata la posizione di R. HOULBROOKE, *Church Courts and the People during the English Reformation, 1520-1570*, Oxford University Press, 1979.

XIV secolo non riguardò soltanto l'Inghilterra, ma anche il Continente: in tale ottica, la Riforma protestante rappresentava soltanto il colpo più deciso nella lunga lotta tra corti secolari e spirituali nell'ambito della reazione all'autorità papale. A seguito di essa, il diritto canonico medievale sarebbe rimasto in auge in tutti i paesi europei protestanti — tranne che per gli aspetti che definivano ed esaltavano i poteri del pontefice in seno alla Chiesa —, sia pure evolvendosi nel tempo e venendo utilizzato in maniera differente e selettiva nell'ambito delle diverse tradizioni luterana, calvinista e anglicana (87). In definitiva, per quanto riguarda l'Inghilterra è stato evidenziato che, nonostante le indiscutibili turbolenze degli anni 1475-1575 e le oggettive difficoltà patite dai tribunali della Chiesa e dai *civilians* durante tale periodo, questi ultimi continuarono a preservare e ad amministrare il diritto canonico così come in passato, garantendone la trasmissione nei secoli a venire. Proprio la loro opera, insieme alla giurisdizione delle corti ecclesiastiche, avrebbe reso possibile il rapporto, la conoscenza e lo scambio reciproci tra diritto canonico e *common law*, permettendo ai giuristi inglesi di attingere al prezioso bagaglio normativo del diritto comune, interessando, in tal modo, lo sviluppo del *common law* (88).

La stessa crisi del diritto canonico nelle università inglesi pare essere stata sopravvalutata da una parte della storiografia, che ha sminuito la qualità dell'insegnamento giuridico universitario nel periodo a cavallo tra i secoli XV-XVII (89), ritenendolo oramai antiquato (90), arenato a una sterile ripetizione dei non più attuali

---

(87) HELMHOLZ, *Introduction*, cit., p. 7 e ss., ha parlato di una vera e propria « tenacity of the canon law » nei paesi in cui ebbe luogo la Riforma (ivi, p. 10).

(88) R.H. HELMHOLZ, *Canon Law and the Law of England*, London and Ronceverte, The Hambledon Press, 1987, pp. 1-20, ha definito lo *ius commune* « a source of continued interchange of thought and practice » (ivi, p. 11), individuando la presenza di un « movement back and forth, to the enrichment of both the canon and English common law » (ivi, p. 20).

(89) R.H. HELMHOLZ, *University Education and English Ecclesiastical Lawyers 1400-1650*, in « Ecclesiastical Law Journal », XIII (2011).

(90) J. BARTON, *The Faculty of Law*, in *The History of the University of Oxford*, cit., pp. 257-293; K. CHARLTON, *Education in Renaissance England*, London and Toronto, Routledge, 1965, pp. 138-140.

modelli medievali (91), inadeguato alla preparazione degli studenti in quanto poco attento alla prassi (92): critiche rafforzate dall'abbandono dell'insegnamento autonomo del diritto canonico in epoca Tudor, dall'incertezza determinata dalla Riforma e dal declino del numero degli studenti dopo il XVI secolo (93). In realtà, anche durante l'età moderna lo studio del diritto canonico rimase centrale nella preparazione dei civilisti, mentre dopo il regno di Elisabetta I si sarebbe osservata una considerevole ripresa (94). L'errore di valutazione della storiografia tradizionale sarebbe stato indotto dalla mancata valutazione di fonti poco esplorate, in quanto prevalentemente in manoscritto (le annotazioni dei docenti di Oxford e Cambridge, i resoconti delle *disputationes* svolte nelle facoltà giuridiche, i *notebooks* degli studenti, i formulari relativi alla prassi delle corti ecclesiastiche (95)), oltre che da un'anacronistica proiezione al passato dei metodi del *legal reasoning* moderno, e di un conseguente malinteso sulla natura della pratica giuridica nel periodo oggetto d'indagine. Il fatto che lo studio del diritto canonico fosse incentrato sul *Corpus iuris* e sulle *opiniones* dei giuristi medievali non significava, infatti, che esso non fosse più utile o formativo per i futuri giudici e avvocati delle corti spirituali. Di fatto, la prassi delle corti ecclesiastiche si fondava proprio sulla conoscenza dei testi di diritto romano-canonico; in più, i *civilians* all'università apprendevano essenzialmente un metodo, oltre a nozioni indispensabili per lo

(91) Cfr. D. HOBBINS, *The Schoolman as Public Intellectual*, in « American Historical Review », CXIII (2003), pp. 1308-37; J. FLETCHER, *Change and Resistance to Change: a Consideration of the Development of English and German Universities during the 16th Century*, in « History of Universities », I (1981), pp. 1-36.

(92) LEVACK, *The Civil Lawyers in England*, cit., p. 16; R. O'DAY, *The Rise and Fall of the Civilians*, in ID., *The Professions in Early Modern England, 1450-1800*, Harlow, Longman, 2000, pp. 158-159.

(93) Cfr. i dati in A. BRAUN, *Giudici e accademia nell'esperienza inglese*, Bologna, il Mulino, 2006, pp. 36-39; M. CURTIS, *Oxford and Cambridge in Transition 1558-1642*, Cambridge University Press, 1959, pp. 158-159; W. COSTELLO, *The Scholastic Curriculum at Early 17th Century Cambridge*, Cambridge University Press, 1958, pp. 135-141.

(94) HELMHOLZ, *University Education*, cit., p. 130 e ss.

(95) Vedi, in particolare, OWEN, *The Medieval Canon Law*, cit., p. 30 e ss.

svolgimento dell'attività forense, da arricchire attraverso l'esperienza pratica post-universitaria (96).

Che la presenza del diritto canonico in Inghilterra sia stata troppo spesso e troppo a lungo sottovalutata emerge chiaramente anche da un lavoro, risalente allo stesso giro di anni, di Javier Martínez-Torrón, in cui i temi enucleati da Helmholz sono trattati in maniera approfondita. Nell'ambito dell'esame del contributo del diritto canonico sia nella formazione della tradizione giuridica anglo-sassone in generale, sia di alcune sue branche giuridiche specifiche, sia pure nella consapevolezza che le ipotesi prospettate debbano essere ulteriormente approfondite attraverso future ricerche storico-giuridiche, l'autore ha affermato che, a seguito della penetrazione in Inghilterra di nozioni e istituti giuridici per mezzo del diritto canonico medievale, « the Anglo-American legal tradition has more elements in common with continental law than is frequently believed » e che « the learned law, and particularly the canon law, played a very significant role in the historical evolution of English law » (97).

Dopo aver criticato in maniera recisa la vulgata della contrapposizione tra le due tradizioni giuridiche, lo studioso ha sottolineato l'impatto del diritto canonico medievale, strettamente interconnesso al diritto romano, sugli sviluppi del coevo *common law* e alla base del diritto anglo-americano contemporaneo. È vero: il « fattore tempo » ebbe probabilmente un ruolo importante nella mancata recezione dello *ius commune* nel regno, avendo il *common law* — e la sua procedura fondata sull'efficiente sistema dei *writs* — raggiunto un avanzato stadio di sviluppo già nel XII secolo a seguito della precoce centralizzazione e modernizzazione del sistema giudiziario inglese, negli stessi anni in cui il diritto comune iniziava a essere elaborato nelle università continentali medievali, e quindi prima che potesse esercitare un'influenza profonda sulla pratica giuridica e prima che le corti ecclesiastiche recepissero la procedura

(96) Helmholz, *University Education,* cit., p. 138.

(97) J. Martínez-Torrón, *Anglo-American Law and Canon Law. Canonical Roots of the Common Law Tradition*, Berlin, Duncker & Humblot, 1998.

romano-canonica, sviluppatasi tra XII e XIII secolo (98). Cionondimeno, è stato sottolineato come, al fine della comprensione dei tratti fondanti la tradizione giuridica anglosassone, non possa in alcun modo prescindersi dal ruolo della giurisdizione delle corti ecclesiastiche medievali nella formazione stessa del *common law*. L'Europa medievale era, infatti, caratterizzata da una profonda unità culturale, politica e religiosa, ovunque fortemente connotata dall'elemento ecclesiastico, intriso di cultura giuridica romanistica, e da un'indubbia permeabilità del mondo intellettuale, in cui inevitabilmente concetti di derivazione romanistica circolavano ampiamente (attraverso leggi, trattati, carte, etc.). Dello stesso ambiente culturale e degli stessi valori partecipava l'Inghilterra, in cui lo *ius commune*, sistema giuridico dal carattere transnazionale, insegnato in tutte le università europee e applicato nelle corti ecclesiastiche di tutti gli stati europei, non soltanto non era sconosciuto, ma costituiva parte integrante del sistema giuridico vigente (99).

Concentrare l'attenzione sul diritto canonico è apparso all'autore indispensabile per poter comprendere il contributo della tradizione romanistica nello sviluppo del diritto inglese. Più in particolare, sono state enucleate tre « routes of entry », tre canali di penetrazione del diritto canonico in Inghilterra: l'attività giurisdizionale delle Ecclesiastical Courts, di cui è stata sottolineata l'amplissima competenza, che amministravano il diritto canonico elaborato dai giuristi continentali, accompagnato dal frequente ricorso al diritto e alle consuetudini locali non molto diversamente da quanto accadeva sul Continente, e che anche dopo la Riforma protestante continuarono a funzionare regolarmente applicando un diritto sostanzialmente invariato. La giurisdizione equitativa della Court of Chancery, sviluppatasi nel XV secolo per sopperire ai limiti di quella

---

(98) Si tratta della celebre tesi di R.C. VAN CAENEGEM, *The Birth of the English Common Law*, Cambridge University Press, 1989, p. 108. Vedi anche ID., *The English Common Law, a Divergence from the European Pattern*, in « Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis », I (1979), in cui l'autore definisce la mancata recezione del diritto romano nel regno inglese come « the price England paid for being the pioneer among the kingdoms of Europe in the innovation of the law »; e ID., *L'histoire du droit et la chronologie. Réflexions sur la formation du common law et la procédure canonique*, in *Études d'Histoire du Droit canonique, dédiées à Gabriel Le Bras*, Paris, Sirey, 1965, pp. 1459-1465.

(99) MARTÍNEZ-TORRÓN, *Anglo-American Law and Canon Law*, cit., pp. 25-31.

di *common law,* i cui cancellieri furono fino al 1529 (anno in cui fu nominato *Lord Chancellor* Thomas More) quasi tutti ecclesiastici, la cui giurisdizione era resa « secondo coscienza » (il che rimanda all'accentuazione dell'elemento equitativo e antiformalistico proprio dell'*aequitas* canonica), e la cui procedura era improntata al processo romano-canonico (100). L'opera dei giuristi inglesi: oltre ai già menzionati trattati di Glanvill e Bracton, il *Doctor and Student* di Christopher St. Germain risalente al XVI secolo e gli scritti di alcuni *civilians* gravitanti intorno al Doctor's Commons (tra i quali Thomas Legge, Alberico Gentili, *Regius Professor of Civil Law* a Oxford, e il suo allievo William Fulbecke) (101). In conclusione: è verosimile che i giuristi inglesi utilizzassero strumenti provenienti da un diritto differente dal proprio, esattamente come accade oggi nell'ambito di tradizioni giuridiche diverse, rielaborandoli, adattandoli alle circostanze e alle esigenze locali pervenendo a soluzioni originali (102). Ed è, pertanto, verosimile che il diritto canonico abbia avuto ampio spazio anche nell'ambito della tradizione giuridica inglese, in una « legal osmosis » tra quest'ultima e quella continentale (103).

Va rilevato come, nonostante nelle opere degli studiosi citati venga menzionato l'indubbio impatto della tradizione canonistica

---

(100) Ivi, pp. 63-79.

(101) In tal senso già P. STEIN, *The Character and Influence of the Roman Civil Law*, London, The Hambledon Press, 1988, p. 209 e ss. Secondo R.H. HELMHOLZ, *English Law and the Ius Commune: the Law of Succession*, in *Relations between the Ius Commune and English Law*, cit., uno dei principali strumenti di penetrazione dello *ius commune* nel regno sarebbe stato costituito dai trattati inglesi in materia successoria.

(102) C. DONAHUE, *Ius Commune, Canon Law and Common Law in England*, in « Tulane Law Review », LXVI (1992), ha evidenziato come si possa parlare « of coincidences that seem too striking to be coincidental », p. 1748, affermando che il *common law* non possa essere considerato altro che « a variant, admittedly an eccentric variant, of the multitude of legal systems that ultimately derived from the *ius commune* ». L'idea dell'esistenza di un « ordinamento giuridico aperto », in cui era normale, nella prassi delle corti di giustizia, ricorrere alle autorità giuridiche straniere utilizzandole per la soluzione dei casi concreti laddove non ci fossero norme o precedenti locali, è stata di recente ribadita da L. MOCCIA, *Notes on "historical comparative law", "open legal system" and the "common and comparative law" in Gino Gorla's works*, in *Relations between the Ius Commune and English Law*, cit., p. 120, che ha parlato, nell'ambito di un patrimonio giuridico comune e di una cultura giuridica transnazionale, di « a common law of all Europe ».

(103) L'espressione è di MARTÍNEZ-TORRÓN, *Anglo-American Law and Canon Law*, cit., p. 185.

nella definizione di alcune branche specifiche del *common law* (il diritto costituzionale, il diritto privato, con particolare riferimento alla famiglia e alle successioni, quello penale e processuale, perfino alcuni aspetti del diritto di proprietà, tradizionalmente ritenuto autoctono, dei contratti e delle corporazioni), le quali recano ampie tracce del ruolo del diritto della Chiesa nella loro elaborazione, non è possibile rinvenire alcun riferimento, sia pure marginale, al diritto amministrativo. Ciò non è certamente casuale, e neppure induce alcuna meraviglia, dato il tradizionale accoglimento nella cultura giuridica contemporanea della vulgata della sua assenza nel regno inglese quanto meno fino al XIX secolo. Eppure, in tutta Europa nel medioevo la sfera secolare e quella spirituale erano pressoché indistinte, mentre la prima idea di organizzazione è della Chiesa, le cui teorie e tecniche amministrative, così come riconosciuto dalla principale storiografia e dottrina giuridica esaminate, ebbero un forte impatto sul governo secolare in tutti i paesi europei. Tenendo conto dei risultati cui sono di recente pervenuti gli storici del diritto in ordine all'esistenza di un plausibile rapporto di scambio e integrazione tra le tradizioni giuridiche di *common law* e *ius commune*, alla necessità di una rilettura della storia e della rilevanza del diritto canonico in Inghilterra nel più ampio contesto della storia del diritto della Chiesa in Europa, al forte impatto della tradizione canonistica al di là della Manica e, al tempo stesso, all'accoglimento della tesi delle origini canonistiche del diritto amministrativo continentale, è possibile ipotizzare un ruolo, quanto meno parziale e limitato, del diritto canonico anche nella formazione del diritto amministrativo inglese? Tale interrogativo conduce inevitabilmente alla posizione di un'ulteriore questione: si può affermare che sia esistito un « diritto amministrativo » in Inghilterra prima dell'Ottocento?

5. *L'assenza del diritto amministrativo in Inghilterra: una rilettura.*

Albert Venn Dicey, in una nota pagina dell'*Introduction to the Study of the Law of the Constitution* (104), pubblicata nel 1885, rivendicava la peculiarità dell'esperienza britannica, posta in contrappo-

(104) A.V. DICEY, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, London, Macmillan, 1885, pp. 188-205, con riferimento soprattutto ai capitoli: *The Rule*

sizione con i modelli continentali e, più specificamente, con il sistema francese. In particolare la sua critica, destinata ad avere enorme fortuna e a radicarsi nella cultura giuridica, riguardava la presenza in Francia di un diritto « speciale » per l'amministrazione, il *droit administratif*, costituito dall'attribuzione ai membri dell'esecutivo di privilegi e prerogative diversi da quelli dei privati e, dunque, di un'ampia capacità di disporre dei diritti individuali, e dall'esclusione di ogni controllo giudiziario sugli atti della pubblica amministrazione, sottoposta a giudici diversi da quelli ordinari. Tale diritto appariva, nella riflessione diceyana, strutturalmente incompatibile con i caratteri e i principi fondamentali della costituzione inglese e, profondamente arbitrario e illiberale, totalmente estraneo al regno con l'eccezione dell'epoca del dispotismo monarchico dei Tudor e degli Stuart e delle giurisdizioni speciali da essi istituite (105).

Da tale constatazione sarebbe derivata la rivendicazione della superiorità del sistema inglese, in cui nessun soggetto poteva essere pregiudicato nell'esercizio della libertà e del diritto di proprietà se non in base all'applicazione del *common law* da parte di una corte ordinaria, diritto al quale tutti — corona inclusa — erano egualmente sottoposti. Più in particolare, in base alla « rule of law » propria della costituzione britannica, erano esclusi ogni prerogativa o potere discrezionale dell'esecutivo nei confronti dei cittadini, i titolari di pubblici uffici erano soggetti al sindacato delle corti giudiziarie al pari dei privati e i diritti individuali non potevano essere compressi al di fuori delle « ordinary courts » ed esclusivamente in base alla « ordinary law of the land ». Ne derivava che l'amministrazione pubblica era impossibilitata a godere di un foro speciale ed era, pertanto, integralmente soggetta alla giurisdizione dei tribunali ordinari (106).

---

of Law: Its Nature and General Applications, e *Rule of Law Compared with Droit Administratif*.

(105) Ivi, pp. 328-335, pp. 369-403.

(106) Ivi, pp. 202-205. La letteratura su Dicey e la sua opera è vastissima: tra i molti lavori esistenti si vedano, anche per ulteriori indicazioni bibliografiche, R.A. COSGROVE, *The Rule of Law. Albert Venn Dicey Victorian Jurist*, London, Macmillan, 1980; S. CASSESE, *Albert Venn Dicey e il diritto amministrativo*, in « Quaderni fiorentini », XIX (1990); ID., *La ricezione di Dicey in Italia e il Francia. Contributo allo studio del mito dell'amministrazione senza diritto amministrativo*, in « Materiali per una storia della cultura giuridica »,

La radicale ricostruzione diceyana — la quale recava l'influenza tanto dell'ideologia liberale inglese, che delle elaborazioni della dottrina francese della prima metà dell'Ottocento —, secondo la quale l'ordinamento giuridico inglese aborriva per sua stessa natura dal concetto di un « diritto amministrativo », era destinata a creare il mito duraturo di un'amministrazione inglese eccentrica rispetto a quella continentale su entrambe le sponde della Manica (107), e a ritardare, nel contempo, lo sviluppo di un'autonoma dottrina giuspubblicistica in Inghilterra. Tale impostazione è stata ridimensionata alla luce dell'evoluzione storica più recente: sebbene Dicey avesse parzialmente mutato opinione nel tempo, ammettendo che anche nel diritto delle amministrazioni britanniche erano penetrate alcune regole speciali in deroga al *common law*, la riflessione diceyana lasciava priva di spiegazione l'area della normazione amministrativa che si andava formando anche in Inghilterra già all'epoca in cui l'insigne giurista scriveva e nell'ambito della quale si

---

I (1995), pp. 107-131 (entrambi ora in ID., *Il diritto amministrativo: storia e prospettive*, Milano, Giuffrè, 2010). Sulla costruzione diceyana J.W. GARNER, *La conception anglo-américaine du droit administratif*, in *Mélanges Maurice Hauriou*, Paris, Sirey, 1929; F.H. LAWSON, *Dicey Revisited*, in « Political Sciences », VII (1959); H.W. ARTHURS, *Rethinking Administrative Law: A Slightly Dicey Business*, in « Osgoode Hall Law Journal », XVII (1979); W.A. ROBSON, *Justice and Administrative Law Reconsidered*, in « Current Legal Problems », XXXII (1959); S. FLOGAITIS, *Administrative law et droit administratif*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1986; N. LEWIS, *If you see Dicey will you tell him? Regulatory problems in British constitutional law*, in « Political Quarterly », LIX (1988); P. CRAIG, *Dicey: unitary, self-correcting democracy and public law*, in « Law Quarterly Review », CVI (1990); e, più di recente, R. WEILL, *Dicey Was Not Diceyan*, in « Cambridge Law Journal », LXII (2003); E. SANTORO, *Rule of Law e « libertà degli inglesi ». L'interpretazione di Albert Venn Dicey*, in *L'ordinamento europeo*, a cura di S. Mangiameli, Milano, Feltrinelli, 2006.

(107) Per una comparazione dei diversi sistemi amministrativi nazionali e della loro evoluzione si rinvia, anche per ulteriore bibliografia, all'opera di S. CASSESE, *La costruzione del diritto amministrativo: Francia e Regno Unito*, in ID., *Trattato di diritto amministrativo — Tomo I. Diritto amministrativo generale*, Milano, Giuffrè, 2003, pp. 1-93; ID., *Le amministrazioni pubbliche in Europa: per uno studio storico-comparato del diritto amministrativo*, in *Scritti in onore di Pietro Virga*, Milano, Giuffrè, 1994, vol. I, pp. 501-513. Da ultimo, con particolare attenzione alla centralità del contesto sovranazionale e globale nell'evoluzione del diritto amministrativo in Francia, Gran Bretagna, Stati Uniti e Italia, M. D'ALBERTI, *Diritto amministrativo comparato. Mutamenti dei sistemi nazionali e contesto globale*, Bologna, il Mulino, 2019.

sarebbe successivamente assistito, a partire dalla metà del Novecento, alla creazione di numerosi *administrative tribunals* da un lato, all'emersione di un vero e proprio *administrative law* dall'altro (108).

Se è vero che fino ai primi decenni dell'Ottocento non appare presente in Inghilterra un solido apparato esecutivo, poteri giudiziari e amministrativi, secondo la strutturale commistione tra amministrazione e giurisdizione propria della rappresentazione giustiziale del potere nell'Europa di antico regime, erano esercitati dai giudici di pace, posti al centro di un efficiente sistema di governo locale (109). Le origini di tale magistratura possono essere rintracciate già in epoca medievale (110): sul finire del XII secolo compiti di polizia furono affidati ai c.d. *custodes pacis*, notabili delle comunità locali — generalmente membri della *gentry* (l'aristocrazia terriera e

(108) Sullo sviluppo del diritto amministrativo in Inghilterra S.B. Chrimes, *An Introduction to the Administrative History of Medieval England*, Oxford University Press, 1966 (per il periodo che va dal medioevo all'epoca Tudor); N. Chester, *The English Administrative System 1780-1870*, Oxford Clarendon Press, 1981; S. e B. Webb, *The Development of English Local Government 1689-1935*, Oxford University Press, 1963; W.A. Robson, *Administrative Law in England, 1919-1948*, in *British Government since 1918*, London, Allen and Unwin, 1950; J.F. Garner, *The Development of Administrative Law in England*, in *Essays in Honour of Ben Beinart*, a cura di W. De Voos, V.H.B. Dean, I. Leeman, Capetown, Juta & Co. Ltd, 1978, vol. I; H. Parris, *Una burocrazia costituzionale. L'esperienza amministrativa dello Stato britannico e la sua evoluzione dal Settecento ad oggi*, Milano, Ed. di Comunità, 1979.

(109) Per una più approfondita trattazione della questione si rinvia a D. Freda, *« The rulers of the land »: i* justices of the peace *alle origini del diritto amministrativo inglese*, in « Rivista trimestrale di diritto pubblico », I (2020), contributo in parte riprodotto in questo paragrafo.

(110) Sulla figura del giudice di pace si vedano J.P. Dawson, *A History of Lay Judges*, Harvard University Press, 1960; A. Harding, *The Origins and Early History of the Keeper of the Peace*, in « Transactions of the Royal Historical Society », X (1960); B. Osborne, *Justices of the Peace 1361-1848. A History of the Justices of the Peace for the Counties of England*, Shaftesbury, The Sedgehill Press, 1960; L.K.J. Glassey, *Politics and the Appointment of Justices of the Peace 1675-1720*, Oxford University Press, 1979; J.S. Cockburn, *A History of English Assizes, 1558-1714*, Cambridge University Press, 1972; J.H. Gleason, *The Justices of the Peace in England, 1558 to 1640*, Oxford Clarendon Press, 1969; N. Landau, *The Justices of the Peace, 1679-1760*, University of California Press, 1984; T. Skyrme, *History of the Justices of the Peace*, Chichester, Barry Rose Pub., 1994.

la piccola nobiltà locale) (111) che, originariamente privi di educazione giuridica e nominati dalla Corona, esercitavano tale funzione in via onoraria e senza percepire alcuna remunerazione (112) —, prescelti al fine di coadiuvare lo sceriffo (il rappresentante del sovrano nelle contee, responsabile della gestione delle corti locali e della garanzia della pace) nel mantenimento dell'ordine e della sicurezza: la c.d. *king's peace*, la quale si intendeva violata ogni qualvolta veniva commesso un reato che, turbando l'ordine pubblico, offendeva la dignità del sovrano quale tutore della pace del regno (113).

I *custodes pacis* erano investiti dalla Corona di poteri di cattura, di custodia e di rilascio, talora su cauzione, dei soggetti che avessero attentato alla sicurezza e all'ordine della contea: proprio tali poteri, presupponendo una funzione di accertamento della pericolosità dei soggetti, comportarono un ampliamento nel tempo dell'attività di indagine e repressione che ne avrebbe favorito il passaggio dalla sfera di polizia a quella più propriamente giudiziaria. Sebbene, infatti, il conferimento dei poteri menzionati fosse in origine soltanto temporaneo e legato a situazioni contingenti, era destinato a divenire presto permanente, il che avrebbe portato all'istituzionalizzazione della figura dei sempre più autorevoli *custodes*. Essi, infatti, videro rapidamente crescere le proprie attribuzioni, sia nel mantenimento dell'ordine, sia nell'amministrazione locale, sia nello svolgimento di funzioni giudiziarie (estese nel XIV secolo anche ai crimini più gravi,

---

(111) A partire dal 1439 era previsto il requisito del possesso di terre per una rendita di almeno venti sterline annue. Tale requisito sarebbe stato elevato a cento sterline nel 1732 e abolito nel 1906.

(112) Lo *Statute of Cambridge* del 1388 stabilì che essi dovessero ricevere quattro scellini per ogni giorno di udienza delle *Quarter Sessions* a titolo di rimborso spese, sebbene non fosse prevista alcuna remunerazione per lo svolgimento di tutti gli altri compiti loro affidati. In realtà si trattava di una somma assai trascurabile e mai considerata una vera e propria remunerazione. La norma fu gradualmente disapplicata nel tempo e venne infine abolita nel 1855.

(113) Sul concetto di *king's peace*, le sue origini e il suo sviluppo storico, G. McBain, *Modernising the Law: Breaches of the Peace and Justice of the Peace*, in « Journal of Politics and Law », VIII (2015).

i c.d. *felonies*), divenendo, già sul finire del regno di Eduardo II, « parte permanente della macchina governativa » (114).

Numerosi interventi statutari, espressamente rivolti a disciplinare le attribuzioni di tali magistrati (lo *Statute of Westminster* del 1327, lo *Statute of Northampton* del 1328), ampliarono e precisarono i compiti amministrativi e giudiziari dei *custodes pacis*. Ma è con l'assegnazione da parte della legislazione statutaria di un'ulteriore specifica competenza in materia di disciplina e controllo del lavoro salariato, che i giudici di pace avrebbero assunto le loro caratteristiche precipue. Per far fronte all'urgente necessità di regolamentare il mercato del lavoro a seguito dell'epidemia di peste (la c.d. *Black Death* degli anni 1348-49) che aveva decimato la popolazione del regno (115), fu istituita la figura dei *justices of labourers*, le cui funzioni venivano generalmente svolte dai *custodes*. Proprio in funzione dell'attività di controllo sul lavoro salariato fu sancito l'obbligo per tali magistrati di riunirsi e tenere regolarmente udienza in ciascuna contea quattro volte l'anno, dando vita, in tal modo, alle c.d. *Quarter Sessions Courts*, destinate a rimanere attive fino al 1971. Queste ultime fungevano non soltanto da tribunale penale della contea, ma anche da assemblea governativa, con un ruolo centrale di supervisione e controllo dell'intera amministrazione locale e, dunque, di fondamentale strumento di raccordo tra governo locale e centrale: ruolo che sarebbe stato precisato a partire dalla fine del XVI secolo.

I poteri e le funzioni dei giudici di pace furono, infatti, notevolmente ampliati e dettagliatamente disciplinati nell'età dei Tudor, i quali ravvisarono in tali magistrati — peraltro nell'ambito di un sistema già consolidato, assai efficiente e di certo più economico rispetto all'eventuale creazione di una burocrazia locale stipendiata (116) — un utile strumento di centralizzazione del potere e di

---

(114) A. HARDING, *The Law Courts of Medieval England*, New York, Routledge, 2019, p. 55.

(115) La popolazione fu ridotta da poco più di quattro milioni all'inizio del 1348 a circa due milioni e mezzo in meno di due anni: HARDING, *The Law Courts of Medieval England*, cit., p. 66.

(116) La riluttanza del governo centrale ad intervenire a livello locale e un basso livello di burocratizzazione fin quando non è esistita una categoria distinta di pubblici

rafforzamento della propria autorità a livello locale (117). I loro poteri si specificarono e arricchirono, mentre il loro operato veniva sottoposto al controllo del Privy Council, principale organo di governo dei sovrani Tudor nell'esercizio del potere giudiziario ed esecutivo (118), e della Star Chamber, sua divisione interna che esercitava la giurisdizione *in nomine Regis* su tutte le questioni d'interesse della corona (119). Ciononostante, l'indipendenza finanziaria, l'elevata posizione sociale, la considerevole influenza politica nelle comunità di appartenenza garantirono sempre ai giudici di pace una notevole autonomia rispetto al potere centrale. Mentre la mescolanza di funzioni giudiziarie e amministrative propria dell'attività di tali magistrati, che imponeva loro l'osservanza dei dettami del *common law* a prescindere dagli interventi del Council, fece sempre da argine al controllo sovrano, garantendo un elevato livello di *self-government* alle comunità locali.

Per quanto specificamente attiene all'incremento delle attribuzioni dei giudici di pace a partire dal XVI secolo: da un lato, a seguito dell'emanazione dei *Marion Statutes* (1554 e 1555), fu ampliata la loro competenza giurisdizionale penale attraverso l'attribuzione di nuovi compiti, tanto di polizia che istruttori, il che deter-

---

impiegati è stata evidenziata da J.C.N. RAADSCHELDERS, *Handbook of Administrative History*, New Brunswick & London, Transactions Publishers, 1998, p. 205.

(117) Sull'argomento il classico G.R. ELTON, *The Tudor Revolution in Government*, Cambridge University Press, 1953. Si veda, inoltre, P. WILLIAMS, *The Tudor Regime*, Oxford Clarendon Press, 1979.

(118) ELTON, *The Tudor Revolution*, cit., p. 415, ha parlato in proposito di una prima « administrative revolution » (ivi, p. 421). Dopo la Restaurazione il Council si sarebbe trasformato, nell'ambito del processo di professionalizzazione dell'amministrazione (la c.d. « second revolution »), da organo esecutivo e consultivo a meramente direttivo, mentre molte delle sue attribuzioni (ad es., nella materia finanziaria o negli affari esteri) sarebbero passate a ministeri responsabili direttamente nei confronti della Corona, in tal modo sancendo la separazione tra amministrazione e politica. Più ampiamente sul Privy Council, le sue origini e funzioni, ID., *The Problems and Significance of Administrative History in the Tudor Period*, in ID., *Studies in Tudor and Stuart Politics and Government*, Cambridge University Press, 1974, vol. I, p. 254 e ss.; e P. WILLIAMS, *The Tudor Regime*, Oxford Clarendon Press, 1979. Sulle politiche dei Tudor si veda, inoltre, il dibattito tra P. WILLIAMS, G.L. HARRIS, *A Revolution in Tudor History?*, e G.R. ELTON, *The Tudor Revolution: a Reply*, entrambi in « Past and Present », rispettivamente, XXV (1963) e XXIX (1964).

(119) Essa sarebbe stata abolita nel 1641.

minò l'istituzionalizzazione della loro funzione di raccordo tra giurisdizione penale e controllo sociale del territorio. Dall'altro, in concomitanza con il crescente sviluppo degli scambi commerciali e delle attività produttive, furono assegnati ai giudici di pace compiti di supervisione e controllo delle attività mercantili e manifatturiere, di repressione della contraffazione della moneta, di regolamentazione dei pesi e delle misure, di verifica dei prezzi dei beni e di fissazione dei salari dei lavoratori. Furono, inoltre, incrementati i loro poteri in materia di custodia e manutenzione delle strade e dei ponti, di preservazione dei fiumi, di rilascio delle licenze per l'apertura di locali e locande, di amministrazione delle prigioni, di applicazione della legislazione sui poveri (le c.d. *Poor Laws*, che avrebbero fissato la normativa in materia per i successivi tre secoli (120)).

A partire dall'espansione delle funzioni dei giudici di pace nel XVI secolo, destinata a proseguire nei due secoli seguenti, appare difficile distinguere l'attività giudiziaria dei *justices of the peace* da quella amministrativa, in quanto lo svolgimento delle funzioni amministrative descritte si svolgeva in forma giudiziale, cioè normalmente implicava il ricorso a poteri giudiziari e *viceversa*. Va però sottolineato come le attribuzioni amministrative, tradizionalmente svolte in forma giudiziale da tali magistrati, conobbero nel Cinquecento un incremento senza eguali, caratterizzato dall'assegnazione ai *justices* anche di poteri autonomi e indipendenti rispetto allo svolgimento dell'attività giurisdizionale. In particolare, tale ampliamento dei poteri amministrativi ebbe luogo nella già menzionata manutenzione delle strade e dei ponti, per la quale i giudici non si limitavano soltanto a irrogare pene in caso di violazione di obblighi, ma avevano anche il potere di stabilire i costi delle opere necessarie, di reperire i fondi attraverso la fissazione di imposte e di sovrintendere ai lavori a mezzo dei c.d. *surveyors*.

Inoltre, i *justices* erano competenti in materia di rilascio delle licenze per l'apertura di locali e locande: il sistema delle autorizzazioni per la vendita di alcolici fu messo a punto nel 1552, quando venne affidato a due giudici di pace il compito di ricevere garanzie dai gestori delle birrerie e delle locande di mantenere l'ordine e non

(120) S. e B. Webb, *English Poor Law History*, London, Cass, 1963.

consentire giochi illegali nei propri locali, per poi decidere discrezionalmente se rilasciare o meno le licenze richieste. Fu poi incrementato il loro potere di amministrare le prigioni: di scegliere in quali città costruirne gli edifici, determinare le somme necessarie allo scopo, imporre agli abitanti le relative imposte e controllare il buon esito dei lavori. Venne infine loro assegnato il compito di garantire la corretta applicazione della legislazione sui poveri, tutte attribuzioni che ne avrebbero fatto il fulcro dell'amministrazione locale, rendendoli al tempo stesso i principali attori dello sviluppo del sistema fiscale (121).

Per quanto più specificamente attiene alla materia della cura dei poveri, la legislazione di epoca Tudor diretta all'assistenza dei soggetti meno abbienti avrebbe costituito le fondamenta delle *Poor Laws* di età elisabettiana. Il mantenimento dei soggetti indigenti era originariamente rimesso alla Chiesa, alle corporazioni dei mercanti e degli artigiani e alle confraternite religiose, successivamente al contributo volontario dei membri della comunità. Nel 1562 fu imposto a tutti gli abitanti della *parish* — originaria unità amministrativa ecclesiastica, divenuta secolare proprio a seguito del trasferimento di molte attribuzioni dalla Chiesa allo Stato nella seconda metà del XVI secolo — il pagamento di una tassa destinata al sostentamento dei poveri meritevoli (inabili o anziani), in mancanza del versamento della quale i giudici di pace potevano comminare la prigione. Il sistema, codificato da uno *statute* del 1572, prevedeva inoltre l'affidamento a tali magistrati di poteri di indagine circa i soggetti meritevoli, di controllo (a mezzo degli *overseers of the poor* da essi annualmente nominati) dell'attività lavorativa svolta dai poveri abili, di calcolo dell'imposta settimanale da versare e di supervisione dell'esazione da parte dei *collectors*. Il quadro normativo venne precisato da un ulteriore atto legislativo del 1576, il quale contemplava l'istituzione di case di correzione (costruite e amministrate sempre sotto la supervisione dei giudici di pace), in cui i poveri abili al lavoro erano tenuti a svolgere attività utili alla comunità. Il

(121) PARRIS, *Una burocrazia costituzionale*, cit., p. 62, ha sottolineato come, fino all'Ottocento, la riscossione delle imposte fosse affidata a un gruppo di « dilettanti non retribuiti », i giudici di pace, i quali non soltanto erano responsabili del gettito delle varie contee, ma avevano il compito di nominare gli esattori e controllarne l'operato.

sistema, al centro del quale era posto il giudice di pace con le sue incrementate attribuzioni, sarebbe stato completato da due ulteriori *statutes* di età elisabettiana (uno del 1597, l'altro del 1601), che avrebbero fissato la normativa vigente in materia per i successivi tre secoli (122).

I poteri riconosciuti ai giudici di pace a seguito della laicizzazione della *parish* e nell'ambito della legislazione sui poveri (quello di imporre tributi e di nominare svariati *officers* stipendiati alle proprie dipendenze vigilando sul loro operato), insieme all'incremento delle loro funzioni amministrative (nella materia del lavoro, del commercio, della viabilità, penitenziaria, religiosa e militare), rappresentarono un punto di svolta nella storia di tale magistratura, confermandone il ruolo centrale di responsabili dell'intera amministrazione locale almeno fino al XIX secolo. Sul finire dell'epoca Tudor i *justices of the peace* si erano trasformati da ufficiali di polizia e giudici in amministratori responsabili di quasi ogni aspetto del governo locale. I compiti loro attribuiti, talmente svariati da meritare loro l'appellativo di « men of all work » (123), erano, infatti, così ampi e numerosi da far sì che essi fossero di fatto coinvolti in ogni aspetto della vita della popolazione. Ed è stato rilevato come, in probabile correlazione con le molteplici e complesse attribuzioni loro assegnate, già sul finire del Cinquecento circa la metà di essi avesse una preparazione giuridica, essendosi formata presso i londinesi Inns of Court o avendo frequentato le Università di Oxford e Cambridge, e come tali percentuali fossero destinate ad essere incrementate nel tempo (124). Dotati di cospicua autonomia e indipendenza rispetto al potere centrale, essi sono stati definiti « the rulers of the land » (125): non soltanto governavano le comunità locali, ma molti di loro sedevano in Parlamento, influenzando la politica governativa e svolgendo, in tal modo, un fondamentale ruolo di raccordo tra amministrazione locale e potere centrale.

Le turbolenze della Guerra Civile rappresentarono un duro colpo per il sistema dei giudici di pace, i quali videro diminuiti i loro

(122) Webb, *English Poor Law*, cit.
(123) Holdsworth, *History of English Law*, cit., p. 137.
(124) Skyrme, *History of the Justices of the Peace*, cit., p. 256.
(125) Ivi, p. 35.

poteri, perdendo il monopolio di esclusivi e indiscussi amministratori locali a favore di una serie di corpi istituiti dal Parlamento e dotati di attribuzioni tradizionalmente riservate ai *justices*. Ma con la Restaurazione essi riacquisirono la loro posizione e, grazie a una maggiore partecipazione alla politica nazionale e alla perdita d'influenza del Council nella supervisione del loro operato, la loro autorità ne uscì addirittura rafforzata. È stato sottolineato come, ridotta al minimo l'interferenza del Privy Council nell'attività delle autorità locali, tra la Rivoluzione e la centralizzazione dell'amministrazione tra XVIII e XIX secolo i giudici di pace avrebbero goduto di una quasi completa autonomia, svolgendo un vero e proprio ruolo di « law-makers » e, nel contempo, di giudici di ogni violazione delle loro stesse decisioni (126). Essi, dunque, continuavano a svolgere le originarie funzioni giudiziarie in materia penale e, al tempo stesso, le descritte funzioni amministrative al di fuori dei tribunali, le quali costituivano la loro occupazione prevalente e che videro una precisazione della disciplina di alcune materie (soprattutto con riferimento alla gestione delle strade) e un ulteriore incremento di attribuzioni nei campi del commercio e dell'industria.

Il declino del sistema amministrativo incentrato sui giudici di pace si sarebbe compiuto con il trasferimento, nell'Ottocento, della quasi totalità delle loro attribuzioni amministrative ad autorità governative locali elettive. Le nuove esigenze organizzative, finanziarie, sociali, di un paese posto al centro del più vasto impero coloniale mondiale investito, al tempo stesso, dall'esplosione della questione sociale conseguente alla Rivoluzione Industriale a partire dalla metà del XIX secolo, avrebbero mutato il volto dell'amministrazione nel paese. L'industrializzazione poneva, infatti, i problemi dell'incremento della popolazione e della concentrazione delle masse nei principali centri industriali (127), dell'aumento della povertà, dell'inadeguatezza della sanità pubblica, dello sfruttamento del lavoro, dell'immigrazione, del mantenimento dell'ordine, della necessità dello sviluppo dei trasporti e delle comunicazioni che, rendendo

(126) WEBB, *The Development of English Local Government*, cit., p. 75 e ss.

(127) Tra il 1801 e il 1851 la popolazione complessiva della Gran Bretagna aumentò da circa nove milioni a diciotto: N. CHESTER, *The English Administrative System 1780-1870*, Oxford Clarendon Press, 1971, p. 322.

insufficienti i vecchi principi di governo locale derivanti dalle antiche consuetudini e dal *common law*, avrebbero condotto alla nuova legislazione sull'industria, sui poveri, sull'istruzione scolastica, sulle ferrovie, sul lavoro minorile, sulle prigioni e sulla salute pubblica (128). Tali nuove istanze socio-economiche avrebbero reso necessaria un'azione pubblica maggiormente incisiva e uniforme, portando alla nascita e all'espansione — sia pure al di fuori di un apparato centrale unitario e in risposta ad esigenze concrete via via manifestatesi — di un primo cospicuo nucleo di organismi amministrativi di nomina parlamentare, che avrebbero gradualmente preso il posto delle autorità locali tradizionali, assumendone le attribuzioni. A tali *inspectorates*, *commissions* e *boards*, organismi amministrativi largamente indipendenti dal controllo di Parlamento e governo, generalmente connotati da una fisionomia ispettiva e spesso molto diversi tra loro sia sotto il profilo organico che funzionale, era affidata l'applicazione e il completamento delle nuove leggi speciali attraverso la dotazione di poteri autonomi di inchiesta, autorizzazione, ingiunzione e proibizione (129).

La Rivoluzione industriale avrebbe, inoltre, mutato gli equilibri sociali, ponendo le basi di una società maggiormente democratica. I proprietari delle grandi manifatture, i costruttori, i progettisti (in pratica, i nuovi ricchi) avrebbero creato nuove comunità, diverse da quelle tradizionali locali fondate sul possesso terriero da cui essi erano esclusi, liberando nuove energie politiche. Al tempo stesso, i lavoratori avrebbero iniziato a organizzarsi, mentre si affermavano i concetti di libertà personale e politica. Il tutto rafforzato, già a partire dalla fine del XVIII secolo, dai venti dell'Utilitarismo, il quale non soltanto avrebbe contribuito a gettare discredito sul *common law* conducendo a un incremento della legislazione del Parlamento, ma avrebbe suggerito nuovi principi di amministrazione e di governo locale, concretizzatisi negli atti legislativi menzionati.

E così, mentre la più gran parte delle tradizionali funzioni di

---

(128) Il *Poor Law Amendment Act* del 1834, gli *Highways Acts* del 1835 e 1862, il *Public Health Act* del 1848, l'*Education Act* del 1870.

(129) Per la riconduzione a tale epoca della nascita della moderna pubblica amministrazione inglese PARRIS, *Una burocrazia costituzionale*, cit., p. 56 e ss.

mantenimento della pace esercitate dai giudici di pace fin dall'epoca medievale venivano trasferite alle neonate autorità di polizia, le loro attribuzioni amministrative vennero assunte da corpi e autorità *ad hoc* (130). In particolare, la riforma amministrativa degli anni '30 dell'Ottocento — il *Reform Act* del 1832 e il *Municipal Corporation Act* del 1835 (131) — avrebbe interamente rivoluzionato l'amministrazione locale inglese, unificandola, centralizzandola, e di fatto sottraendola ai giudici di pace. La maggior parte delle funzioni amministrative originariamente loro riservate sarebbe infatti stata assegnata, a seguito dell'estensione del suffragio a partire dal 1832, a corpi democraticamente eletti dai contribuenti su base locale (i *county* e i *district councils*), formati da nuovi *officers* salariati dallo Stato e sottoposti al controllo stringente del governo centrale, in tal modo sancendo la definitiva separazione tra funzione giudiziaria e amministrativa (132).

Nel XX secolo, in corrispondenza a un notevole sviluppo dell'attività pubblica, alla nascita di nuovi organi centrali specializzati (i dipartimenti ministeriali) responsabili nei confronti del Parlamento, alla crescita delle loro attribuzioni e alla stessa riforma del sistema di accesso alla carriera nella pubblica amministrazione, l'organizzazione c.d. per *boards* sarebbe stata ricondotta nell'ambito della struttura ministeriale centrale, dando luogo al completamento dell'edificio amministrativo (133). Soltanto la centralizzazione ammi-

---

(130) Così, ad esempio, i *Turnpike Trusts* per la gestione delle strade a pedaggio, o gli *Incorporated Guardians of the Poors* per l'assistenza agli indigenti.

(131) Quest'ultimo sarebbe stato confermato dal *Municipal Corporation Act* del 1882, seguito dal *Local Government Act* del 1888.

(132) K.B. SMELLIE, *A History of Local Government*, London, Allen & Unwin, 1946; C.H. WILSON, *The Foundations of Local Government*, in *Essays on Local Government*, Oxford University Press, 1948. D. FRASER, *Power and Authority in the Victorian City*, Oxford, Blackwell, 1979, p. 148 e ss., ha evidenziato come il *Local Government Act* del 1894 avrebbe completato il processo razionalizzando il sistema di autorità locali esistenti: il *borough*, la *parish*, la *county*, cui si era sovrapposta la nuova distinzione in *districts*. Con riferimento agli effetti delle riforme ottocentesche sul giudice di pace R.S. TOMSON, *The Justices of the Peace and the United Kingdom in the Age of Reform*, in « The Journal of Legal History », VII (1986).

(133) G.R. ELTON, *The Tudor Revolution in Government. Administrative Changes in the Reign of Henry VIII*, Cambridge University Press, 1962, p. 425 e ss., ha sottolineato, in quella che è stata da lui definita la terza « revolution in Government »,

nistrativa, infatti, avrebbe potuto condurre a un'amministrazione sistematica e uniforme in tutto il paese in grado di rispondere ai nuovi bisogni della collettività. Si sarebbe, inoltre, assistito a una delega via via maggiore di poteri normativi da parte del Parlamento a corpi dell'esecutivo (ministri, dipartimenti, autorità locali), riguardando la *delegated legislation* il potere di emanare atti regolamentari in svariati settori di interesse pubblico. L'aumento dei poteri dispositivi in capo agli organi dell'amministrazione avrebbe condotto a un notevole incremento dell'attività e della consistenza delle autorità amministrative dotate, grazie ad appositi *statutes*, del potere « quasi-giudiziale » di revisione delle decisioni degli organi amministrativi stessi: i c.d. *administrative tribunals* i quali, retti da membri di regola nominati dall'esecutivo, ma dotati di ampia indipendenza e larghi poteri decisori, operanti in materie di fondamentale importanza quali la sanità, l'edilizia, l'urbanistica, il lavoro nelle fabbriche, l'istruzione e la previdenza, avrebbero sottratto la maggior parte delle controversie amministrative alla cognizione dei giudici ordinari (134).

Si andava, dunque, formando anche in Inghilterra, proprio a partire dagli anni in cui Dicey scriveva, un solido apparato amministrativo, dotato di ampi poteri, che metteva in crisi due degli elementi centrali della sua ricostruzione: l'onnipotenza del Parlamento da un lato, il dominio delle corti di *common law* dall'altro. Alla luce degli sviluppi esaminati, il mito della giurisdizione unica e dell'amministrazione senza giudice speciale che, secondo la (unilaterale) prospettiva diceyana, caratterizzava il modello inglese in

---

il passaggio da un governo del sovrano, tipico dell'età medievale, a uno burocraticamente organizzato in dipartimenti responsabili nei confronti del Parlamento, il che avrebbe implicato la sostituzione di notabili ed ecclesiastici da parte di *civil servants*, impiegati retribuiti selezionati attraverso concorsi pubblici.

(134) Sulla *delegated legislation* e gli *administrative tribunals* si vedano, rispettivamente, i classici C.T. Carr, *Delegated Legislation*, Cambridge University Press, 1921; e W.A. Robson, *Justice and Administrative Law. A Study of the British Constitution*, London, Macmillan & Co., 1928. Più recenti i lavori di R.E. Wraith, P.G. Hutchesson, *Administrative Tribunals*, London, Allen & Unwin, 1973; J.A. Farmer, *Tribunals and Government*, London, Weidenfeld & Nicolson, 1974; F.P. Pugliese, *Sui tribunali amministrativi in Inghilterra*, in « Diritto e società », II (1973); L. Moccia, *Il sistema di giustizia inglese. Profili storici e organizzativi*, Rimini, Maggioli, 1984.

contrapposizione a quello continentale, e che in realtà costituiva il frutto non soltanto della posizione ideologica secondo la quale il *common law* rappresentava lo strumento di tutela delle libertà contro il potere discrezionale/arbitrario della corona, ma anche e soprattutto del tradizionale pregiudizio culturale inglese nei confronti di un modello statuale di ascendenza napoleonica, è parso appannarsi e perdere consistenza (135). È stato, inoltre, criticamente rilevato come la storiografia sia stata condizionata dalla rappresentazione dello Stato contemporaneo e dalla teoria dei tre poteri, secondo cui legislazione, giurisdizione e amministrazione rappresentano le funzioni naturali e imprescindibili di ogni Stato, e come appaia invece necessario procedere a un esame dei rapporti tra giurisdizione e amministrazione partendo da una critica del pensiero giuridico-costituzionale contemporaneo e guardando alle forme di Stato che hanno preceduto quello contemporaneo non come esperienze prodromiche, ma a sé stanti e diverse rispetto all'oggi (136).

In realtà, come accennato, nell'Europa di antico regime vi era una strutturale commistione tra amministrazione e giurisdizione, corrispondente a una rappresentazione giustiziale del potere: l'attività amministrativa aveva carattere giurisdizionale e l'amministrazione dei pubblici interessi si svolgeva secondo le forme della giustizia (137). È stato sottolineato come, nel linguaggio giuridico, la

---

(135) Per una ricostruzione critica della tesi di Dicey, delle ragioni del suo successo, delle sue radici storiche e della sua smentita si rinvia a CASSESE, *Albert Venn Dicey*, cit.; ID., *Prefazione* a *Trattato di diritto amministrativo,* cit.; e L. MANNORI, B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, Roma-Bari, Laterza, 2004, p. 427 e ss.

(136) L. MANNORI, *Giustizia e amministrazione tra antico e nuovo regime*, in *Magistrati e potere nella storia europea*, a cura di R. Romanelli, Bologna, il Mulino, 1997, pp. 40-46.

(137) Oltre al già citato scritto di Mannori, si veda anche ID., *Per una « preistoria » della funzione amministrativa. Cultura giuridica e attività dei pubblici apparati nell'età del tardo diritto comune*, in « Quaderni fiorentini », XIX (1990). Secondo A.M. HESPANHA, *Para una teoria de historia institucional do Antigo Regime*, in *Poder e instituições na Europa do Antigo Regime*, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1984; e, soprattutto, ID., *Représentation dogmatique et projets de pouvoir. Les outils conceptuels des juristes du ius commune dans le domaine de l'administration*, in *Wissenschaft und Recht der Verwaltung seit dem Ancien Régime*, a cura di E.V. Heyen, Frankfurt am Main, Klostermann, 1984, pp. 1-28, sarebbe possibile identificare un quadro dogmatico della « funzione amministrativa » già nel sistema di diritto comune, andando l'attività dei

stessa nozione di governo, di potere pubblico, fosse indicata dal termine *iurisdictio*, riferito a una funzione unitaria comprendente tutte le forme di esercizio dell'autorità (138); e come, mentre il modello amministrativo comune agli apparati centrali era quello di un « governo per magistrature », caratterizzato dallo sviluppo di organismi giudiziari che si occupavano dell'amministrazione di diversi settori di interesse pubblico in aggiunta a e nelle forme dell'amministrazione della giustizia, a livello locale tali compiti venivano assunti da soggetti giusdicenti ai quali fin dall'età medievale era rimessa la giurisdizione sulle controversie.

In pratica, i compiti del potere pubblico erano considerati meramente esecutivi rispetto all'esercizio della funzione giudiziaria e l'attività degli apparati pubblici, diretta ad attuarne la volontà, veniva percepita come una forma di manifestazione ed erogazione della giustizia. Se si considerano i poteri e le funzioni assegnate a tali « giudici-amministratori », inclusa quella di emanare norme regolamentari prescrittive, appare con chiarezza come i caratteri evidenziati accomunassero entrambe le sponde della Manica. Mentre la separazione tra sfera amministrativa e giudiziaria, e la conseguente formalizzazione dell'esistenza di un potere coercitivo autonomo rispetto a quello dichiarativo del diritto, rappresentano il portato prima dell'assolutismo illuminato, poi dell'affermazione post-rivoluzionaria del giudice *bouche de la loi* (139). Sia pure in assenza di entrambi i fenomeni, che sul Continente avrebbe condotto alla sottrazione alle magistrature tradizionali di sfere sempre più ampie di competenza fino alla neutralizzazione del potere giudiziario,

---

sovrani, progressivamente a partire dal XIII secolo, ampliandosi rispetto a quella meramente giurisdizionale descritta dai giuristi, i cui discorsi avrebbero avuto una funzione di legittimazione del potere.

(138) In tal senso MANNORI, *Giustizia e amministrazione*, cit., p. 46, che rinvia a P. COSTA, *Iurisdictio. Semantica del potere politico nella giuspubblicistica medievale*, Milano, Giuffrè, 1969; e P. GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, Roma-Bari, Laterza, 1995, p. 130 e ss. Sulla profonda interrelazione tra amministrazione e giustizia, tra *imperium* e *iurisdictio* fino al tardo Settecento, più ampiamente, MANNORI, SORDI, *Storia del diritto amministrativo,* cit., p. 36 e ss.; e L. MANNORI, *Diritto amministrativo dal medioevo al XIX secolo*, in « Digesto delle discipline pubblicistiche », V (1990), p. 173.

(139) A questo proposito MANNORI, *Giustizia e amministrazione,* cit., p. 54, ha parlato della « fine di ogni governo dei giudici ».

privato di ogni compito materialmente amministrativo, alla piena emancipazione dell'attività amministrativa dalla funzione giurisdizionale e alla definitiva rigida separazione dell'amministrazione dalla legislazione e dalla giurisdizione, anche l'Inghilterra conobbe una progressiva, sebbene più lenta, decadenza della figura del giudice-amministratore.

Va infine rilevato che la vittoria del Parlamento inglese sulle corti di prerogativa (Star Chamber *in primis*), determinando un ampliamento della giurisdizione delle corti di *common law* e il predominio del diritto da queste ultime amministrato, avrebbe influito sullo sviluppo di un sistema di diritto amministrativo, ritardandolo: difatti, l'idea di un potere amministrativo autonomo dal controllo dei tribunali sarebbe stato ricollegato all'esercizio dello stesso da parte di un organo tradizionalmente associato alla tirannide, il Privy Council, strumento delle politiche assolutistiche dei Tudor e degli Stuart; mentre la sua assenza sarebbe stata ricondotta all'equilibrio costituzionale in funzione antiassolutistica inaugurato dalla *Glorious Revolution* nel 1688 al termine del lungo conflitto tra corona e Parlamento. Nonostante la nascita, anche al di là della Manica, sia pure con ritardo, di un potere propriamente esecutivo abbia indotto gli studiosi a parlare di una vera e propria « administrative revolution » (140), a seguito della negazione diceyana sarebbe mancato nel paese lo sviluppo di una scienza del diritto amministrativo (141), fino alla negazione radicale del potere amministrativo, superata soltanto nella prima metà del XX secolo (142).

In conclusione: è indubbio che i caratteri fondanti il modello inglese possano essere rinvenuti nel primato della giurisdizione (potere tradizionalmente demandato a un corpo di magistrati auto-

---

(140) L'espressione è stata resa popolare da un saggio di O. MACDONAGH, *The 19th century Revolution in Government: a Reappraisal*, in « The Historical Journal », I (1958).

(141) Secondo CASSESE, *Albert Venn Dicey*, cit., p. 81, la scienza inglese del diritto amministrativo sarebbe rimasta « in uno stato infantile, per l'incapacità di separare legislazione e giurisdizione da amministrazione ».

(142) MANNORI, *Giustizia e amministrazione*, cit., p. 64, ha definito l'attività amministrativa inglese « quasi un'escrescenza della stessa funzione giurisdizionale ». Utile a comprendere la peculiarità del modello monistico inglese P. AIMO, *La giustizia nell'amministrazione dall'Ottocento a oggi*, Roma-Bari, Laterza, 2000.

nomo ed autorevolissimo) sull'amministrazione, conseguenza dell'equilibrio costituzionale realizzatosi nel 1689 in funzione antiassolutistica, e nel conseguente radicarsi nella cultura anglosassone di una nozione di attività amministrativa priva di un'identità giuridica propria; nella nascita di strutture e poteri amministrativi in senso stretto non prima del XIX secolo e come risposta di volta in volta elaborata dalle istituzioni alle esigenze contingenti via via emergenti sotto la spinta di nuove istanze socio-economiche; nella lenta e tardiva formazione delle amministrazioni pubbliche e di un diritto speciale per la disciplina delle loro attività soltanto nella seconda metà del Novecento; e nel fatto che la nozione di *jurisdiction* ancora oggi connoti l'attività autoritativa di attuazione della legge, per cui tutte le facoltà esorbitanti rispetto al *common law* concesse agli organi amministrativi trovano il loro fondamento in testi di legge a carattere speciale (143). E senz'altro è possibile affermare che in Inghilterra soltanto in età vittoriana sia emerso un diritto amministrativo inteso quale insieme di norme diverse, per forma, contenuti e modalità di applicazione, sia dallo *statute law* prodotto dal Parlamento, sia dal *common law* di creazione giudiziaria e, dunque, un sistema normativo originato nell'ambito dell'amministrazione, dotato di proprie tecniche normative e decisionali e propri valori giuridici.

Ciononostante, la tradizionale rigida contrapposizione tra ordinamenti di *common law* e *civil law*, grazie alla odierna sempre maggiore integrazione e crescente circolazione dei modelli giuridici, può dirsi oggi ridimensionata anche in riferimento al diritto amministrativo, in cui si sono registrate significative convergenze. È stato, infatti, sottolineato come, nonostante permangano differenze non secondarie tra le tradizioni giuridiche e culturali dei diversi Stati, nell'ambito dell'attuale dimensione europea e globale del diritto amministrativo risulti fortemente potenziato l'avvicinamento tra i diversi sistemi nazionali (144). Nel campo del diritto amministrativo

---

(143) Su tale punto ha insistito MANNORI, *Diritto amministrativo*, cit., p. 180.

(144) Più ampiamente, S. CASSESE, *Il problema della convergenza dei diritti amministrativi: verso un modello amministrativo europeo?* in « Rivista trimestrale di diritto e procedura civile », II (1992), pp. 467-474; e, da ultimo, D'ALBERTI, *Diritto amministrativo comparato*, cit., pp. 28-33 e pp. 193-215.

comparato, sviluppatosi sul Continente europeo a partire dalla fine dell'Ottocento, si è infatti passati, soprattutto grazie agli apporti della dottrina della seconda metà del XX secolo (145), dalla tradizionale contrapposizione diceyana a una comparazione che ha evidenziato e promosso la graduale ma significativa convergenza tra i modelli c.d. « a diritto amministrativo », propri dell'Europa continentale, e « a diritto comune », tipico delle esperienze anglosassoni, in un processo favorito e rafforzato dalla nascita dell'Unione Europea e dal potenziamento dell'integrazione tra i diversi Stati membri (146). Nel contempo, a partire dagli anni Novanta del secolo si è rafforzata una tendenza alla globalizzazione giuridica che ha portato all'emersione di un diritto amministrativo globale, costituito cioè da regole e principi tendenzialmente omogenei a livello ultranazionale (147). Tali sviluppi non soltanto hanno prodotto un forte impatto sui sistemi amministrativi dei diversi ordinamenti nazionali, condizionandoli fortemente, ma hanno anche confermato e accentuato il processo di convergenza tra di essi.

Alla luce dei più recenti sviluppi della comparatistica in ambito amministrativo, appare evidente come soltanto uno sguardo storico-comparativo (148) in grado di andare oltre la concezione

---

(145) Mi riferisco soprattutto ai lavori di J. RIVERO, *Cours de droit administratif comparé*, Paris, Le Cours de droit, 1957-58; G. BRAIBANT, *Institutions administratives comparées*, Paris, Fondation nationale des sciences politiques, 1969-70; B. SCHWARTZ, *French Administrative Law and the Common-Law World*, New York University Press, 1954.

(146) S. CASSESE, *Il sistema amministrativo europeo e la sua evoluzione*, in « Rivista trimestrale di diritto pubblico », I (1991); E. CHITI, C. FRANCHINI, *L'integrazione amministrativa europea*, Bologna, il Mulino, 2003; J. SCHWARZE, *European Administrative Law*, London, Sweet & Maxwell, 2006; G. DELLA CANANEA, C. FRANCHINI, *I principi dell'amministrazione europea*, Torino, Giappichelli, 2010; P. CRAIG, *EU Administrative Law*, Oxford University Press, 2012; G. DELLA CANANEA, *Il nucleo comune dei diritti amministrativi in Europa. Un'introduzione*, Napoli, ES, 2019.

(147) S. CASSESE, *A World Government?*, Sevilla, Global Law Press, 2018; ID., *The Global Polity. Global Dimensions of Democracy and the Rule of Law*, Sevilla, Global Law Press, 2012; B. KINSBURY, R.B. STEWART, N. KRISCH, *The Emergence of Global Administrative Law*, in « Law and Contemporary Problems », LXVIII (2005).

(148) D'ALBERTI, *Diritto amministrativo comparato*, cit., p. 14, ha ribadito, sulla scorta dell'insegnamento di Gino Gorla, l'inscindibile e necessario raccordo tra comparazione e analisi storica nel raffronto tra i diversi sistemi nazionali di diritto amministrativo.

dicotomica delle tradizioni giuridiche di *common law* e *civil law* (qui nel senso di regimi « a diritto comune » e « a diritto amministrativo »), frutto della vulgata tradizionalmente tramandataci, e di guardare al contesto storico rifuggendo dalla proiezione al passato di istanze emerse non prima del XIX secolo, possa restituire la storia del diritto amministrativo inglese a una più equilibrata interpretazione. Proprio la presenza dei giudici di pace in Inghilterra, le cui lontane origini possono farsi risalire al XII secolo, con le ampie attribuzioni amministrative loro riconosciute fin da epoca medievale, nel tempo via via più autonome e penetranti, insieme al permanere di importanti funzioni anche successivamente all'emersione del diritto amministrativo nel paese, ci consente di attenuare ulteriormente i caratteri di diversità tra i due modelli, rendendo la concezione dicotomica, ideologica e fuorviante, fatta propria dalla tradizione giuridica europea anglo-americana e continentale, oggi completamente superata.

6. *Nuove prospettive d'indagine.*

La magistratura onoraria dei giudici di pace, affidata a soggetti laici, influenti e non remunerati, fin dai tempi della sua istituzione efficace strumento di amministrazione della giustizia e di governo locale, di accentramento e autonomia locale, dotata di indiscussa autorevolezza e ampia autonomia organizzativa, di poteri non soltanto giurisdizionali, ma — fino al XIX secolo — anche amministrativi *tout court*, e connotata dalla centralità del tradizionale stretto legame con le comunità locali, può essere considerata alle origini dell'amministrazione inglese. I giudici di pace, capillarmente presenti sul territorio, esercitavano la loro azione in ogni branca dell'amministrazione, dalla cura delle strade a quella degli indigenti, dal rilascio delle licenze all'amministrazione penitenziaria, dalla regolamentazione del lavoro all'esazione delle imposte. Di fatto, dal mantenimento della pace e della giustizia nel loro distretto derivò loro una più ampia competenza a occuparsi di tutte le principali questioni riguardanti le popolazioni in esso ricomprese attraverso le tecniche proprie dell'amministrazione della giustizia: significativo è il menzionato ampliamento, a partire dall'età dei Tudor, delle loro funzioni amministrative e, contemporaneamente, dei poteri di no-

mina, controllo e fissazione dei salari di tutti gli *officers* locali. Appare dunque possibile affermare che, grazie alle funzioni amministrative da loro svolte soprattutto dal XVI al XVIII secolo, originariamente poste a corollario di quelle giurisdizionali, poi sempre più ampie, autonome e penetranti, i giudici di pace ebbero l'intero controllo del governo locale del paese.

L'estensione e la centralità delle funzioni amministrative svolte dai *justices of the peace* fin dall'epoca medievale pone la questione di una possibile influenza canonistica sulle modalità di svolgimento e sull'evoluzione delle stesse. Difatti, l'esame attento delle attribuzioni di tali magistrati, alcune delle quali svolte in ambiti originariamente riservati alla Chiesa, rende necessaria un'indagine circa il ruolo ricoperto dal diritto canonico nella loro stessa configurazione. Giova ricordare che l'ambito territoriale in cui il giudice di pace operava era la *parish*, l'originaria unità amministrativa della Chiesa emersa tra X e XI secolo (149). Più *parishes* — ciascuna con a capo il proprio parroco — costituivano la diocesi, prima cellula organizzativa della Chiesa (150). Tale prima cellula ecclesiastica si sarebbe trasformata nel tempo in unità amministrativa laica, assegnata alla gestione del giudice di pace, destinatario di attribuzioni via via più numerose e assorbenti.

Proprio l'esame delle modalità di gestione ecclesiastica della *parish* e della diocesi appare utile a comprendere il ruolo centrale della macchina amministrativa della Chiesa nello sviluppo del diritto amministrativo in Inghilterra. Il vescovo era a capo della diocesi, in cui era presente anche il vicario generale, che svolgeva in sua assenza il lavoro di ordinaria amministrazione; e l'*official* o *commissary general*, che presiedeva in suo nome le *consistory courts*, le corti vescovili permanenti. Nell'ambito di ciascuna diocesi vi era un

---

(149) J. Campbell, *The Anglo-Saxon State*, London, The Hambledon Press, 2000, p. 125.

(150) Sul processo di definizione della diocesi in Europa e sui legami tra vescovo e territorio, F. Mazel, *L'évêque et le territoire. L'invention médiéval de l'espace (Ve-XIII siècle)*, Paris, Seuil, 2016, pp. 307-335; Id., *Cuius dominus, eius episcopatus? Pouvoirs seigneuriaux et territoires diocésains (Xe-XIII siècle)*, in Id., *L'espace du diocèse. Genèse d'un territoire dans l'Occident médiéval (Ve-XIII siècle)*, Presses Universitaires de Rennes, 2008, pp. 213-252; A. Le Coq, *Réformer l'Église, produire du territoire: le diocèse de Die aux XIe-XIII siècle*, Presses Universitaires de Grenoble, 2015, pp. 47-68.

arcidiaconato distinto in decanati, con a capo il *dean*, il quale sovrintendeva a un gruppo di parrocchie, ciascuna con a capo il curato. In pratica, la macchina amministrativa della diocesi era condotta in nome del vescovo, ma per mezzo di diversi soggetti a lui sottoposti che agivano per suo conto. Le province, ricomprendenti le diverse diocesi, erano due: York e la più importante Canterbury, con le loro rispettive corti, tra cui la Court of Arches, corte d'appello nell'ambito della provincia. Esse erano rette da due arcivescovi: quello di Canterbury era il primo prelato del regno e diretto interlocutore del papa, nonché suo delegato.

Ancora una volta è utile menzionare la centralità della visita pastorale — presente in Inghilterra fin dal VII secolo e destinata a permanere anche dopo la Riforma protestante —, per mezzo della quale il vescovo, titolare di un potere di inchiesta nelle materie relative al governo e alla disciplina della Chiesa, e di correzione degli abusi, analogamente a quanto avveniva sul Continente visitava (ogni tre anni circa) la diocesi, esercitando il potere giurisdizionale e coercitivo (151). La presenza dell'elemento giudiziale, amministrativo e pastorale nell'ambito dell'operato del vescovo rendeva la visita un fondamentale strumento di governo ecclesiastico, molto articolato e dettagliatamente regolamentato. Il principio gerarchico scandiva il funzionamento della complessa macchina amministrativa e giudiziaria della visita, coinvolgendo l'intero corpo ecclesiastico (arcivescovo, vescovo, arcidiacono) e alcuni *officers* laici, i *churchwarden*. Fino alla Riforma protestante (e sebbene in declino già a partire dal XIII secolo) poteri di supervisione della condotta del clero e dei fedeli erano affidati anche al già citato *dean*, che agiva quale delegato del vescovo: si trattava sostanzialmente di un potere di ispezione dal carattere amministrativo e non giudiziario, mentre all'arcivescovo era assegnato il compito di vigilare sull'intera provincia.

Esempio ulteriore della creazione di un preciso meccanismo di governo da parte della Chiesa l'*advowson* (o *ius patronatus*), consistente nell'indicazione al vescovo da parte del patrono di una chiesa

(151) Più ampiamente, sulla visita pastorale in Inghilterra, P.M. SMITH, *Points of Law and Practice concerning Ecclesiastical Visitations*, in « Ecclesiastical Law Journal », IX (1991). La visita, a partire dal XII secolo, poteva essere delegata all'arcidiacono, sebbene quest'ultimo fosse titolare di un potere di riforma e correzione minore.

di un chierico idoneo a ricoprire un beneficio: nei distretti più periferici, data la distanza dalla cattedrale (allora chiesa parrocchiale), vennero costruite chiese dai notabili del luogo, da cui il loro interesse nella scelta dei relativi prelati. Il vescovo, in qualità di pastore della diocesi e responsabile della cura delle sue anime, conservava il diritto d'investitura del chierico indicato a ricoprire il beneficio dopo un'attenta verifica della presenza dei requisiti e delle qualifiche necessarie, il che era spesso causa di conflitto tra autorità laiche ed ecclesiastiche. L'*advowson* è stato ritenuto dalla storiografia uno dei primi tasselli organizzativi della Chiesa inglese, finalizzato all'amministrazione delle parrocchie, di beni immobili e terreni. Il mutamento della procedura delle nomine nel XIII secolo nella direzione di una maggiore regolamentazione e di un ruolo più incisivo del diritto canonico, con una conseguente riduzione del controllo laico sulle parrocchie locali a seguito dell'incremento dei poteri di supervisione del vescovo e della soggezione a una procedura d'« investitura » più rigida e precisa, testimonia uno sviluppo caratterizzato da una migliore organizzazione e un maggior controllo da parte della Chiesa (152).

L'amministrazione ecclesiastica si occupava inoltre, come è noto, dell'esazione delle decime — emblema dell'imposizione fiscale della Chiesa e principale introito per la *parish* —, costituite da un'imposta del dieci per cento sui prodotti della terra, sui proventi della pesca, sul legname e i prodotti dell'allevamento di tutti i parrocchiani, e di altri obblighi finanziari, esistenti fin dall'epoca anglosassone e finalizzati a consentire al rettore di ciascuna *parish* di far fronte alle necessità del beneficio. Altri oboli ed elemosine avevano carattere consuetudinario: ad es., in occasione della Pasqua o della celebrazione dei funerali, la Chiesa aveva il diritto di esigere versamenti da parte dei laici, mentre altri tributi erano imposti per la manutenzione degli edifici sacri e degli arredi (la c.d. *church rate*), per lo svolgimento del culto, per la concessione delle licenze matri-

(152) In tal senso HELMHOLZ, *The Oxford History*, cit., pp. 100-103. Vedi, inoltre, U. RASCHE, *The Early Phase of Appropriation of Parish Churches in Medieval England*, in « Journal of Medieval History », XXVI (2000); e B.R. KEMP, *Towards Admission and Institution: English Episcopal Formulae for the Appointment of Parochial Incumbents in the Twelfth Century*, in « Anglo-Norman Studies », XVI (1994).

moniali, per la conferma dell'autenticità dei documenti, per la visita canonica del vescovo. L'amministrazione ecclesiastica si occupava, oltre che della riscossione delle decime e dei tributi menzionati, anche delle donazioni, del pagamento dei salari dei chierici, dell'attività di rendicontazione, della gestione delle proprietà e della rendita dei beni ecclesiastici. Tale complesso sistema amministrativo e fiscale garantiva ampia discrezionalità nell'allocare e coordinare le risorse disponibili di personale (la nomina dei soggetti destinatari dei benefici ecclesiastici, uffici stipendiati dalla Chiesa, e la stessa distribuzione e amministrazione di questi ultimi quali beni produttivi) e di fondi per portare avanti la missione della Chiesa nel miglior modo possibile: costruzione e consacrazione di cappelle, sepoltura all'interno delle chiese, mantenimento dei chierici, riscossione delle imposte, visite pastorali, cura degli indigenti. Proprio al supporto dei soggetti svantaggiati erano prevalentemente destinati i fondi provenienti dalle decime e, in ogni caso, un quarto degli introiti di ciascuna parrocchia (153).

Nell'ambito della gestione delle entrate della *parish*, il vescovo affidava alla figura dei *churchwardens*, nominati dai parrocchiani a partire dal XIV secolo e in carica per un anno (ma rieleggibili), poteri amministrativi di gestione e di controllo. Più in particolare i *churchwardens*, in origine *officers* laici nati come tesorieri responsabili per conto dei membri della parrocchia, avevano il compito di amministrare i fondi e le proprietà della *parish*: essi fungevano da custodi degli edifici sacri e di ogni altro bene, erano tenuti a rendicontare annualmente sugli incassi e, nel contempo, a sovrintendere alla corresponsione da parte dei parrocchiani delle somme necessarie per la manutenzione e la riparazione dei fabbricati, degli arredi e delle decorazioni. Essi vigilavano, inoltre, sul regolare svolgimento delle funzioni e sul mantenimento dell'ordine e della buona condotta durante le stesse, si occupavano dell'approvvigionamento di campane e candele, della custodia dei libri sacri e del mobilio, della cura degli indigenti. Erano, infine, incaricati di rappresentare la parrocchia in giudizio e di stipulare contratti per suo conto.

---

(153) Sull'intreccio, nella prassi, tra « administrative system », « legal system » e « pastoral system », RODES, *Ecclesiastical Administration*, cit., p. 148 e ss.

A partire dal XVI secolo fu poi affidato ai *churchwardens* il compito di denunciare sotto giuramento al vescovo, durante la visita pastorale, i crimini di cui fossero a conoscenza insieme ai comportamenti immorali o indisciplinati, oltre che quello di riferire sullo stato degli edifici e di ogni altra proprietà parrocchiale. Nello svolgimento di tali attività i *churchwardens* erano soggetti all'autorità e alla disciplina del vescovo, al quale rispondevano delle loro azioni: ciononostante, pare che non potessero essere né sospesi, né rimossi, salvi i casi di illegalità o invalidità della relativa nomina. In ogni caso il vescovo, in occasione della visita, poteva inviare loro ordini (diretti, ad esempio, alla supervisione dell'eventuale esazione delle somme necessarie alla manutenzione degli edifici, oppure all'utilizzo dei fondi nella disponibilità della parrocchia) ad agire in sua rappresentanza. In definitiva, appare chiaro come in realtà i *churchwardens* costituissero uno strumento di supervisione e di amministrazione ecclesiastica non soltanto dei beni materiali della Chiesa, ma anche delle anime dei fedeli, ponendosi a metà strada tra ufficio laico ed ecclesiastico (154).

Alcune delle attribuzioni descritte sarebbero presto passate ai *justices of the peace*: ne costituiscono gli esempi principali la riscossione delle imposte e la cura dei poveri. Di fatto i giudici di pace, a seguito dell'incremento dei loro compiti in epoca Tudor, avrebbero assunto la funzione di esigere da tutti gli abitanti della *parish* i tributi necessari, oltre che alla manutenzione delle strade e dei ponti, ai cui lavori sovrintendevano per mezzo dei già citati *surveyors*, anche di quella degli edifici sacri e dei loro arredi. E proprio per il tramite dei giudici di pace la stessa figura ibrida dei *churchwardens* si sarebbe raccordata all'amministrazione delle comunità locali. Ai *justices of the peace* era, inoltre, demandata la fissazione e la riscossione dei tributi per la costruzione delle prigioni. Durante il regno di Enrico VIII, nell'ambito di un processo di secolarizzazione delle attività di assistenza in supporto dei soggetti meno abbienti, fu poi stabilito che nel prelievo e nell'amministrazione delle elemosine giocassero ancora un ruolo importante parroci e *churchwardens*, ma sotto la

(154) Sul carattere laico della figura dei *churchwardens*, che avrebbero nel tempo sostituito i *testes synodales*, ha insistito P.M. SMITH, *Churchwardens: An Introduction to the Nature of the Office*, in « Churchman », II (2000).

supervisione dei giudici di pace. L'obbligo di contribuire alla cura dei poveri, da dovere morale imposto dalla Chiesa si sarebbe, dunque, trasformato in un obbligo giuridico fatto rispettare proprio dai giudici di pace attraverso un sistema amministrativo articolato che si giovava dell'utilizzo delle figure non soltanto dei *churchwardens*, ma anche, come già detto, degli *overseers of the poor* e dei *collectors* alle dipendenze dei *justices* (da questi ultimi nominati e stipendiati), utilizzati tanto per il controllo dell'attività lavorativa degli indigenti, quanto per l'esazione delle imposte. Tale processo ci consente di cogliere il legame e il rapporto di continuità tra amministrazione ecclesiastica e laica, la quale aveva luogo, nelle materie esaminate, nella medesima cornice territoriale e con le medesime tecniche e modalità.

È stato sopra rilevato come, proprio a causa dell'incremento delle funzioni dei giudici di pace, già sul finire del Cinquecento circa la metà di essi avesse una preparazione giuridica conseguita negli Inns of Court o presso le Università di Oxford e Cambridge. Non va inoltre dimenticato che, già a partire dalla seconda metà del XV secolo, la carica di *justice of the peace* era talvolta ricoperta da un ecclesiastico: è stato messo in luce che nel 1761 l'11% e nel 1831 il 22% di tutti i giudici di pace del regno appartenevano al clero e che tale percentuale era in netta crescita rispetto ai decenni precedenti: se nel 1680 tali magistrati erano 2219, e nel 1702 almeno 3286, nel 1761 il loro numero era più che raddoppiato, fino ad arrivare a 7334 ([155]). Lo stesso Helmholz ha sottolineato come la carica di *justice of the peace* fosse talvolta ricoperta da un *civilian*, ricordando al tempo stesso come, tra medioevo ed età moderna, molti ecclesiastici possedessero una laurea in diritto civile: non soltanto i Lord Cancellieri e i *civilians* della Court of Chancery, ma molti vescovi avevano studiato diritto, analogamente a molti arcidiaconi, *deans*, titolari di benefici ecclesiastici e monaci in tutto in regno ([156]). Se è vero che allo stato attuale della ricerca non conosciamo con esattezza il numero dei chierici nominati nel tempo giudici di pace, il dato — sia pure soltanto parziale e provvisorio — della loro presenza nelle file dei *justices of the peace* non appare di poco rilievo, in quanto

([155]) I dati sono tratti da OUTHWAITE, *The Rise and Fall*, cit., pp. 101-102.
([156]) Più ampiamente, HELMHOLZ, *The Oxford History*, cit., pp. 199-200.

consente di ipotizzare che la *forma mentis*, la cultura e la formazione giuridica di tali magistrati abbia avuto un ruolo nelle modalità di svolgimento e nello sviluppo delle loro funzioni amministrative.

Se è possibile ritenere che « il diritto amministrativo si è sviluppato come una disciplina giuridica duttile, adattabile a diverse finalità, capace di acquisire nuovi obiettivi, di assorbire ideologie e di consolidarsi in contesti differenti » (157), non può essere aprioristicamente escluso che anche in Inghilterra, così come sul Continente, le forme della razionalità amministrativa, sin dai loro stadi embrionali, siano state influenzate dai modelli organizzativi della Chiesa. La disciplina dei benefici ecclesiastici e delle proprietà della Chiesa, dei testamenti, dell'usura, delle elezioni e delle assemblee rappresentative, dell'arbitrato, della procedura penale e civile, della tutela, dei contratti, del *trust*, dell'educazione giuridica, dell'organizzazione e regolamentazione della professione forense, della responsabilità ministeriale (158), affondano le loro radici nella dottrina canonistica. Vi è una parziale sovrapposizione in molte aree di *common law* e *ius commune* e molto è ancora da scoprire a mezzo di una comparazione accurata e scevra da pregiudizi storiografici. Se può essere dimostrato che il diritto continentale trovava in Inghilterra ampio spazio nella materia testamentaria e matrimoniale — in tali ambiti le coincidenze sono scontate e senza dubbio più facilmente riconoscibili —, in altri casi è senz'altro possibile ravvisare un approccio comune e la presenza di parallelismi (per materia e/o epoca) per alcuni settori specifici, tra il diritto inglese e quello romano-canonico (159). Alcuni istituti, tradizionalmente reputati ti-

---

(157) CHITI, *Il diritto amministrativo canonico*, cit., p. 78.

(158) Più ampiamente, sul tema della responsabilità ministeriale, CARAVALE, *Lo spartiacque*, cit., pp. 63-64; ID., *Consiliarii magis puniuntur quam facientis*, in *Fides Humanitas Jus. Studi in onore di Luigi Labruna*, Napoli, ES, 2007, vol. I, pp. 737-753.

(159) Cfr., per alcuni riferimenti puntuali a norme di *ius commune*, R.H. HELMHOLZ, *Origins of the Privilege against Self-incrimination: The Role of the European "Ius commune",* in « New York University Law Review », LXV (1990), pp. 962-990; ID., *The Roman Law of Guardianship in England, 1300-1600*, in « Tulane Law Review », LII (1978), pp. 223-257; ID., *Marriage Litigation in Medieval England*, Cambridge University Press, 1974; C. DONAHUE, *Proof by Witnesses in the Church Courts of Medieval England: An Imperfect Reception of the Learned Law*, in *On the Laws and Customs of England: Essays in Honor of Samuel E. Thorne*, a cura di M.S. Arnold, T.A. Green, S.A. Scully,

picamente autoctoni (quali, ad esempio, il *sanctuary* (160)), hanno rivelato inaspettati punti di contatto e analogie, offrendo un potenziale vastissimo campo d'indagine alla riflessione storiografica.

Alla luce di tali prime, parziali osservazioni, appare evidente il contributo dell'organizzazione giuridica della Chiesa quale modello di razionalità e tecnica amministrativa (modello organizzativo e metodologico) fin dallo svolgimento delle prime funzioni amministrative anche nel regno inglese. Non è possibile pervenire a conclusioni definitive circa l'entità del ruolo giocato dalla tradizione canonistica nell'ambito del diritto amministrativo al di là della Manica e ulteriori indagini sono indubbiamente necessarie. Eppure, se prescindiamo dai condizionamenti tramandatici dalla tradizione storiografica, appare possibile collocare la storia del diritto inglese in una dimensione autenticamente europea che apre nuove ed entusiasmanti prospettive di ricerca. Si potrebbe obiettare che la formazione giuridica continentale di chi scrive inevitabilmente condizioni la lettura del passato nel senso di una sopravvalutazione del ruolo giocato dal diritto romano-canonico nell'ambito della tradizione giuridica di *common law*. Il che è senz'altro possibile. Ma è al tempo stesso vero che la prospettiva del *civilian*, sia pure appesantito dagli occhiali della propria educazione storico-giuridica — occhiali di cui è impossibile liberarsi, ma di cui è utile essere consapevoli —, potrebbe contribuire a rilevare elementi che, per la stessa ragione, appaiono invisibili o, al contrario, scontati agli occhi del *common lawyer*.

È stato affermato che, nello studio della storia del diritto europeo è necessario procedere a un'opera di « de-ideologizzazione del problema storico del rapporto tra le due tradizioni » (161): tale processo appare particolarmente urgente per quanto attiene alla

---

North Carolina, Chapel Hill, 1981, pp. 127-158; ID., *Lyndwood's Gloss propriarum uxorum: Marital Property and the Ius commune in Fifteenth-Century England*, in *Europäisches Rechtsdenken in Geschichte und Gegenwart: Festschrift für Helmut Coing zum 70. Geburtstag*, a cura di N. Horn, K. Luig, A. Söllner, München, Beck, 1982, pp. 19-37.

(160) Per una storia delle origini, della disciplina e dell'evoluzione nel tempo del *sanctuary*, con particolare attenzione al ruolo giocato dal diritto canonico nello sviluppo dell'istituto, si rinvia a D. FREDA, *Il diritto d'asilo in Inghilterra tra medio evo ed età moderna: una ricognizione critica*, in « Rivista internazionale di diritto comune », XXXI (2020).

(161) M. ASCHERI, *Common law/ius commune tra dottrina e storia*, in *Relations between the ius commune and English law*, cit., p. 52.

storia del diritto amministrativo, che va liberata dalle asfissianti stratificazioni storiografiche che hanno finito per occultarne la reale portata e il significato più autentico. Non tanto e non più allo scopo di rinvenire oramai assodati punti di contatto tra le due tradizioni giuridiche in esame ma, in un momento storico quale quello attuale, caratterizzato da drammatiche trasformazioni giuridico-politiche, in cui forze centrifughe sembrano mettere a repentaglio la stessa costruzione europea (il *vulnus* rappresentato dalla *Brexit* ne costituisce soltanto l'esempio più evidente), nel tentativo di decostruire criticamente le narrazioni tradizionalmente tramandateci, frutto di distorsioni ideologiche e pregiudizi, al fine di un'interpretazione storica maggiormente equilibrata, e di un reale avanzamento della cultura giuridica europea.

GIOVANNI CAZZETTA

IL LAVORO NELLA COSTITUZIONE: PLURALISMO SOCIALE E UNITÀ DELL'ORDINAMENTO IN COSTANTINO MORTATI

1. Premessa. — 2. Il principio lavoristico e la costruzione di un « nuovo ordine ». — 3. Proprietà e lavoro: « il distacco » dallo Stato liberale. — 4. « Una superiore unità ». — 5. Weimar: la transizione incompiuta. — 6. Comprendere la transizione, educare i soggetti. — 7. Obblighi dello Stato e funzioni del sindacato. — 8. Attuare la costituzione: molte distanze, qualche convergenza. — 9. Attuazioni costituzionali.

1. *Premessa.*

In appassionati interventi congressuali degli anni Cinquanta, Costantino Mortati afferma il carattere normativo dei principi costituzionali e richiede una loro concreta attuazione nel campo del diritto sindacale e del lavoro (1). Gli interventi sono inseriti nel clima politico, sociale e culturale dell'Italia del secondo dopoguerra, nel dibattito sul valore da attribuire alle cosiddette norme programmatiche e negli scontri tra pubblicisti e privatisti che caratterizzavano il territorio, ancora tutto da esplorare, di un diritto del lavoro finalmente caratterizzato da libertà sindacale e pluralismo. La richiesta di « applicazione pratica ed immediata » delle norme costituzionali e il rifiuto di « una tradizione non più aderente alla realtà storico giuridica » contraddistingueva in quegli anni la posizione 'pubblicistica' indirizzata a far valere la Costituzione, ponendo *limiti costitu-*

(1) I principali scritti che si muovono in tal senso sono contenuti in C. MORTATI, *Raccolta di scritti*, Milano, Giuffrè, 1972, in particolare nella sezione 'L'autonomia dei soggetti e delle formazioni sociali' del terzo volume, *Problemi di diritto pubblico nell'attuale esperienza costituzionale repubblicana*.

zionali all'autonomia privata nel rapporto di lavoro (2). Pur essendo ben radicata nel dibattito degli anni Cinquanta, l'ansia di attuazione del disegno costituzionale che caratterizza le pagine di Mortati (un'ansia che appare ancora immutata, anche se sempre più venata da amara disillusione, negli anni Settanta, quando oramai il tema della 'costituzione inattuata' era stato accantonato) può essere pienamente compresa solo se collegata al complessivo percorso intellettuale del giuspubblicista calabrese; un percorso unitario, dagli anni Trenta sino agli anni Settanta, dallo studio del 1931 sull'ordinamento del governo nel nuovo diritto pubblico italiano (3), a quelli sulla costituzione materiale e la costituente (4), e da questi alle richieste di 'vera' attuazione di una costituzione 'di compromesso' (abbastanza distante da quella che egli avrebbe voluto) e al disincanto che attraversa le note pagine del Commento all'art. 1 cost., « sintesi dei caratteri essenziali della forma di Stato », « supremo criterio interpretativo di tutte le altre disposizioni » (5); un articolo che, per Mortati, restava ancora a metà degli anni Settanta tutto da attuare per fondare *effettivamente* la Repubblica sul lavoro.

In queste pagine, senza pretesa di completezza, si seguirà il percorso scientifico di Mortati 'dal corporativismo all'attuazione costituzionale', tentando di cogliere i nessi tra le posizioni lavoristiche e la continua ricerca di un'unione « sostanziale », di una connessione « intima » tra Stato e società, che caratterizza l'intera opera del giuspubblicista calabrese; un'opera tutta segnata dal problema della crisi dello Stato moderno, dalla necessità di superare la fram-

---

(2) U. NATOLI. *Limiti costituzionali dell'autonomia privata nel rapporto di lavoro*, Milano, Giuffrè, 1955, p. 15. Quello di Natoli è il testo più significativo facente capo in questi anni al cosiddetto indirizzo costituzionale.

(3) C. MORTATI, *L'ordinamento del governo nel nuovo diritto pubblico italiano* (1931), Milano, Giuffrè, 2000 (ristampa inalterata con prefazione di Enzo Cheli).

(4) C. MORTATI, *La costituzione in senso materiale* (1940), Milano, Giuffrè, 1998 (Ristampa inalterata con una premessa di Gustavo Zagrebelsky); ID., *La Costituente: la teoria, la storia, il problema italiano*, Roma, Darsena, 1945; ID., *La costituzione di Weimar* (1946), Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2019 (ristampa del testo pubblicato a Firenze, da Sansoni, con un saggio introduttivo di Maurizio Fioravanti).

(5) C. MORTATI, Art. 1, in *Commentario alla Costituzione* (a cura di Giuseppe Branca), *Principi fondamentali. Art. 1-12*, Bologna-Roma, Zanichelli — Soc. ed. del Foro Italiano, 1975, p. 1 e ss.

mentazione individualistica dello Stato liberale ottocentesco per porre in essere un ordine giuridico capace di unire una società sempre più complessa (6). Il pluralismo sociale riconosciuto dalla costituzione repubblicana rende più acuto il dilemma dell'unità dell'ordine, più pressante l'esigenza di *omogeneità sociale* e la necessità di individuare *strumenti di integrazione* per saldare assieme la nuova composita società e il nuovo Stato (7).

2. *Il principio lavoristico e la costruzione di un « nuovo ordine ».*

Gli scritti dedicati da Mortati al lavoro nella costituzione sono caratterizzati dall'urgenza di risalire a un principio fondamentale, un « principio superiore », posto a legare le norme in « un sistema armonico e coerente », da porre come criterio interpretativo dell'intero assetto costituzionale, guida alla realizzazione di un ordine indirizzato a « consentire il massimo sviluppo e potenziamento della personalità di tutti i soggetti ». Il riconoscimento ad ogni uomo del « valore di fine in sé », di « naturale dignità » e conseguentemente di « diritti 'inviolabili' », dà significato profondo alla *fondazione della Repubblica sul lavoro*, ai *doveri inderogabili di solidarietà*, all'impegno a rimuovere gli ostacoli di ordine economico sociale e a promuovere le condizioni che rendano effettivo il diritto al lavoro. I primi quattro articoli della costituzione disegnano, per Mortati, 'il sistema' del nuovo ordine politico e offrono un « supremo criterio interpretativo » basato sul principio personalistico, assumendo congiuntamente il lavoro come « il criterio generale idoneo a qualificare il valore sociale della persona e ad orientare gli interventi statali nella sfera dei singoli, e più generalmente a riunire in un sistema unitario l'ordinamento nel suo complesso » (8).

---

(6) Sul tema si veda almeno *Il pensiero giuridico di Costantino Mortati*, a cura di M. Galizia e P. Grossi, Milano, Giuffrè, 1990; *Forme di Stato e forme di governo: nuovi studi sul pensiero di Costantino Mortati*, a cura di M. Galizia, Milano, Giuffrè, 2007.

(7) Il lessico lascia trasparire la decisiva influenza di Rudolf Smend e di Carl Schmitt. Si cfr., con particolare riferimento a quest'ultimo, C. MORTATI, *Brevi note sul rapporto tra costituzione e politica nel pensiero di Carl Schmitt*, in « Quaderni fiorentini », 2 (1973), pp. 511-532.

(8) C. MORTATI, *Il lavoro nella costituzione* (da « Il diritto del lavoro », 1954, Relazione al primo Congresso nazionale di diritto del lavoro — Taormina 22-24 aprile

Il 'principio lavoristico' si presenta come diritto fondamentale della persona umana, tramite necessario per l'affermazione della personalità (9), direttiva in grado di unire Stato e società, indirizzare l'azione della Repubblica (dello Stato, dei gruppi, dei singoli) verso un fine comune, superando il « fenomeno dissociativo della compagine sociale ». Il lavoro, « i valori inerenti al lavoro » offrono la direttiva ritenuta idonea ad avviare il superamento della frammentazione sociale (10) e a dare contenuto al principio democratico, mettendo in moto un processo di avviamento verso un nuovo ordine socio-economico in grado di realizzare l'omogeneità sociale necessaria per la democrazia (11).

L'accorata richiesta di 'attuazione' individua, dunque, nel principio lavoristico il valore in grado di *fondare* il nuovo Stato, l'idea-forza posta a « segnare l'inizio di un'epoca nuova, di una

---

1954), in ID., *Raccolta di scritti*, III, cit., p. 225 e ss.; 227. Si cfr. anche ID., *La costituzione e la proprietà terriera* (da « Rivista di diritto agrario », 1952, Relazione al III Congresso nazionale di Diritto agrario, Palermo, ottobre 1952), in ID., *Raccolta di scritti*, III, cit., p. 105 e ss.; 108: i primi quattro articoli della costituzione affermano un « supremo criterio interpretativo » basato sul principio personalistico, sul valore assoluto della persona e della sua dignità; sul carattere solidaristico delle libertà individuali; sull'assunzione del « lavoro socialmente utile » a misura del valore di ciascuno e di equa distribuzione dei beni economici; sulla strumentalità dell'azione statale in funzione del potenziamento della persona.

(9) L'interpretazione di Mortati è ancor oggi punto di riferimento per affermare l'irriducibilità 'a mera dimensione economica' delle caratteristiche essenziali dei principi del diritto del lavoro volti a realizzare la personalità umana e a garantire la dignità del lavoratore. Cfr. L. MENGONI, *Fondata sul lavoro: la Repubblica tra diritti inviolabili e doveri inderogabili di solidarietà*, in « Jus — Rivista di Scienze giuridiche », XLV (1998), 1, p. 45 e ss.; G. LOY, *Una repubblica fondata sul lavoro*, in « Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali », 122 (2009), 2, p. 197 e ss.; C. PINELLI, *"Lavoro" e "progresso" nella costituzione*, in « Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali », 123 (2009), 3, p. 407 e ss.; M. LUCIANI, *Radici e conseguenze della scelta costituzionale di fondare la Repubblica democratica sul lavoro*, in « Argomenti di diritto del lavoro », 2010, p. 628 e ss.; T. GROPPI, *"Fondata sul lavoro". Origini, significato, attualità della scelta dei costituenti*, in « Rivista trimestrale di diritto pubblico », 2012, 3, p. 665 e ss.; V. SPEZIALE, *Il "diritto dei valori", la tirannia dei valori economici e il lavoro nella costituzione e nelle fonti europee*, in « Costituzionalismo.it », 2019, 3, pp. 101-151 (a p. 139 e ss. si cfr. riguardo all'orientamento della Corte costituzionale che conferma 'il principio lavoristico' espresso da Costantino Mortati).

(10) MORTATI, *Il lavoro nella costituzione*, cit., p. 233.

(11) MORTATI, *Brevi note sul rapporto tra costituzione e politica nel pensiero di Carl Schmitt*, cit., p. 530.

nuova concezione generale di vita associata », superando e rigettando « valori prima ritenuti dominanti » (12). Certo, la *transizione* dal vecchio al nuovo ordine è ancora da concretizzare *nella realtà*, eppure è già reale nell'*obbligare* a scelte indilazionabili, nell'unire *forma e sostanza costituzionale* in un principio etico-giuridico attorno a cui far gravitare « le norme predisposte in vista della sua progressiva attuazione », nel fissare gerarchie, inclusioni ed esclusioni nel godimento dei diritti di cittadinanza (13).

La scelta politico-giuridica, la « concezione etica », che dà unità all'ordine si qualifica per il « rigetto » della considerazione del cittadino « come mero strumento del potere statale » e per il « distacco » dalla concezione volta a privilegiare esclusivamente il momento della « mera garanzia dell'autonomia privata [...] all'infuori di ogni limite di solidarietà sociale » (14). La costituzione offre la guida per la transizione, indica i valori direttivi posti a vincolare giuridicamente l'azione statale e gli interpreti alla costruzione del « nuovo ordine »: la scelta di fondare la Repubblica sul lavoro è — ripete Mortati — espressione di un unitario sistema di « statuizioni costituzionali determinate e univoche », caratterizzate dal « rigetto di valori prima ritenuti dominanti » e da statuizioni di principi in grado di « contrassegnare il processo di omogeneizzazione sociale, il processo cioè di ricostruzione nella società sottostante allo Stato di una nuova sintesi sociale » (15).

Il tema della crisi dello Stato, accompagnato dall'indifferibile necessità di realizzare « la transizione » verso una « nuova sintesi sociale », una « nuova forma di unità politica », caratterizza tutti gli scritti di Mortati; negli anni della Repubblica la presenza di una « base sociale pluralistica » e di un processo di « trasformazione dello Stato di diritto in Stato sociale » pone con maggiore urgenza

---

(12) MORTATI, *Il lavoro nella costituzione*, cit., pp. 233 e 240.

(13) « Proclamare che il lavoro è il valore etico su cui poggia lo Stato importa il vincolo almeno potenziale a subordinare alla prestazione di un'attività di lavoro la posizione di pieno godimento di tutti i diritti del cittadino »: C. MORTATI, *Il diritto al lavoro secondo la costituzione della Repubblica — natura giuridica, efficacia, garanzie* (dagli *Atti della Commissione parlamentare d'inchiesta sulla disoccupazione*, Roma, 1953), in ID., *Raccolta di scritti*, III, cit., p. 141 e ss.; 144.

(14) MORTATI, *Il lavoro nella costituzione*, cit., p. 227.

(15) Ivi, pp. 233-235.

l'esigenza di affermare « l'inscindibilità del nesso fra assetto sociale e struttura statuale » (16), per far sì che « la decisione politica fondamentale intorno ai modi e alle forme dell'unità politica » (questione questa in cui « si sostanzia la costituzione materiale ») si realizzi attraverso un « processo dinamico di integrazione », impedendo il prevalere di forze disgreganti (17). Dare 'sostanza' a un ordinamento sorto da « accordi di carattere compromissorio », significa nel nuovo contesto esigere che la democrazia non si limiti a introdurre congegni procedimentali ma realizzi un'unità sostanziale tra società e Stato (18). L'affermazione di tale unità è, per Mortati, il compito essenziale della scienza costituzionale, chiamata a cogliere i principi fondamentali, a ricostruire un sistema coerente, ad affermare la « corretta interpretazione » di principi e valori (« sempre le statuizioni costituzionali sono espressione di valori ») non « in via di pure deduzioni logiche » ma « con lo sguardo rivolto alla complessità della realtà sociale » (19).

Sorretti da tali convinzioni, gli scritti degli anni Cinquanta evidenziavano « un insieme di principi non suscettibili, se obiettivamente esaminati, di interpretazioni divergenti »: superando divergenze ideologiche, le forze politiche costituenti erano riuscite a dare alla costituzione una « fisionomia ben delineata », « una ossatura », un « supremo criterio interpretativo », ora — di questo Mortati era certo — si trattava 'semplicemente' di dirigerne svolgimenti e attuazioni (20).

3. *Proprietà e lavoro: « il distacco » dallo Stato liberale.*

La parola chiave è 'distacco' dall'ordine dello Stato liberale, un distacco cui far seguire l'attuazione dei fini, dei valori del nuovo ordine grazie a un'azione sociale dello Stato ispirata a « fini sostan-

---

(16) MORTATI, *Brevi note sul rapporto tra costituzione e politica nel pensiero di Carl Schmitt*, cit., pp. 522 e 529.

(17) *Ibidem.*

(18) Ivi, pp. 530-532.

(19) *Ibidem.* Così operando, la scienza giuridica non si limita a descrivere l'ordine normativo ma si pone come « parte attiva dell'esperienza giuridica », come « vera fonte del diritto obiettivo » (ivi, p. 532).

(20) MORTATI, *La costituzione e la proprietà terriera*, cit., p. 108.

ziali » e protesa a conferire alla società « unità ed omogeneità » (21). Decisiva in questa prospettiva è la nuova funzione della proprietà che perde la veste di diritto inviolabile, e si stacca dall'individualismo di stampo liberale: il proprietario deve ora farsi carico di obblighi positivi (« obblighi di fare, di imprimere una certa direzione all'attività di produzione »); « l'identificazione della personalità con la libertà [...] propria dei diritti soggettivi pieni » viene così meno, perché nel rapporto tra il titolare del diritto e la cosa si inserisce un elemento di condizionalità: « il rapporto non è tutelato di per sé, ma in quanto il potere di autonomia che in esso si esercita si esplichi secondo certe forme più o meno tipiche, oggettivamente determinabili, ritenute necessarie per il conseguimento del maggior utile collettivo, e che possono anche non coincidere con l'interesse personale, così come valutato dal titolare stesso » (22). Speculare rispetto alla valorizzazione del principio lavoristico, l'interpretazione costituzionale della proprietà intende segnare il distacco dalla società dell'*avere* e affermare la nuova società del *fare*.

La posizione non è distante dalla Relazione del guardasigilli Grandi al codice civile del 1942: non dissimile è la tensione a porre in stretta connessione diritto privato e diritto pubblico, a spostare l'attenzione dall''avere' al 'fare' e a funzionalizzare in senso sociale la proprietà, l'impresa, il contratto (23). Ad allontanare la socialità di tipo dirigistico prospettata nella Relazione al codice dalla 'richiesta di attuazione' di Mortati c'è, certo, il riferimento al principio personalistico e al complesso di valori e fini ora indicati nella costituzione, forti tuttavia restano le continuità. Il 'rigetto' della visione individualistica valorizza le organizzazioni sociali ma le immette « *dentro lo Stato, che solo può proteggerle, controllarle,*

---

(21) C. MORTATI, *Le forme di governo. Lezioni*, Padova, Cedam, 1973, pp. 62; 65-66. Stabilito che « la democrazia presuppone unità ed omogeneità sociale », occorre affrontare il « fondamentale dilemma » di « realizzare e conservare un 'ordinamento democratico' » a fronte di situazioni sociali disgregate e di « forze sociali estremiste », occorre confrontarsi con l'obiettivo di « realizzare quella omogeneità sociale senza la quale la democrazia è impossibile » (p. 68).

(22) MORTATI, *La costituzione e la proprietà terriera*, cit., pp. 111-112.

(23) Importanti osservazioni sul punto in G.B. FERRI, *Costantino Mortati « civilista »*, in *Forme di Stato e forme di governo: nuovi studi sul pensiero di Costantino Mortati*, cit., p. 527 e ss.; pp. 534-536.

vivificarle » (24); ed è lo Stato che infatti coordina indirizza subordina ogni iniziativa dei privati e dei gruppi: « Tutte le organizzazioni sono nello Stato e sono elementi dello Stato. Questo ordinamento corporativo non è pensabile fuori dallo Stato e tanto meno contro di esso » (25). Necessità del superamento della visione atomistica, riconoscimento degli interessi organizzati e contestuale inserimento dei singoli e dei gruppi entro un ordine proteso verso una finalità comune si saldano in una visione etica, che prospetta elevazione e perfezionamento di soggetti 'subordinati' all'interesse comune, all'interesse statale: « Ciò non implica — non si manca di aggiungere — né oppressione né diminuzione della personalità umana, bensì costituisce potenziamento e valorizzazione di questa » (26).

Nelle pagine di Mortati degli anni della Repubblica non è, dunque, difficile rintracciare caratteristiche diffusamente presenti nella nebulosa del corporativismo fascista: enfasi sul distacco dalla visione liberale e sulla nuova statualità, valorizzazione del produttore, invito a ripensare le categorie tradizionali, prima fra tutte la dicotomia pubblico-privato (27). Più che sulle ascendenze corporative — certo ben presenti, Mortati è del resto allievo di Sergio Panunzio e figlio del suo tempo — vorrei però puntare l'attenzione

---

(24) Così nella *Relazione alla Maestà del Re Imperatore del Ministro Guardasigilli* (Grandi) presentata nell'udienza del 16 marzo 1942-XX per l'approvazione del testo del codice civile, in Ministero di Grazie e Giustizia, *Codice civile — Testo e Relazione Ministeriale*, Roma, Istituto Poligrafico dello Stato, 1943, nn. 402-403 (pp. 85-86). Corsivo nel testo.

(25) Ivi, n. 6, p. 14.

(26) *Ibidem*. Un tale 'potenziamento' della personalità umana si realizza rigettando l'idea del « codice del cittadino » per accedere finalmente all'idea del codice del cittadino-produttore proteso ad agire « nello Stato corporativo » per l'interesse generale della comunità in cui vive: così G. Bottai, *L'idea corporativa nella riforma dei codici*, in « Il diritto del lavoro », 1943, p. 65 e ss.; pp. 66 e 68. Sulla « riduzione a funzioni » dei diritti subbiettivi e sulle trasformazioni del diritto civile con riferimento alle « esigenze superiori della produzione nazionale », si cfr. G. Melis, *La macchina imperfetta. Immagine e realtà dello Stato fascista*, Bologna, il Mulino, 2018, p. 291 e ss.

(27) I. Stolzi, *L'ordine corporativo. Poteri organizzati e organizzazione del potere nella riflessione giuridica dell'Italia fascista*, Milano, Giuffrè, 2007; Ead., *Lo Stato corporativo*, in *Il contributo italiano alla storia del pensiero. Diritto*, Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana, 2012, p. 497 e ss.; A. Gagliardi, *Il corporativismo fascista*, Roma-Bari, Laterza, 2010; S. Cassese, *Lo Stato fascista*, Bologna, il Mulino, 2010, p. 89 e ss.

sulle continuità imposte dalle esigenze, per così dire, 'interne' al suo complessivo percorso di studi, considerando la costante ricerca di nessi tra pluralità e unità, il continuo tentativo di far convergere il pluralismo sociale entro « una superiore unità giuridica ».

4. *« Una superiore unità ».*

L'obiettivo della monografia del 1931 è di affermare tale 'superiore unità' facendo coincidere, grazie al 'principio corporativo', l'unità formale dello Stato con la 'società reale', superando così la frammentazione dello Stato liberale e affermando una sovranità vera, piena. « Contro il liberalismo », in opposizione alla riduzione dell'azione dello Stato « al solo compito della garanzia dei diritti dei cittadini », Mortati afferma che « la ragion d'essere » dello Stato (dello Stato fascista) sta nel « promuovere ed assicurare l'unità politica » attraverso « un'opera attiva » protesa a far convergere verso « l'utilità comune » ogni relazione sociale, ogni azione dei singoli e dei gruppi. Lo Stato non può essere più — ripete Mortati — la mera somma di fini 'egoistici': la superiore unità del fine politico travolge ogni « particolarismo », realizzando « la trascendenza dei fini dello Stato rispetto a quelli dei singoli » (28).

« La superiorità dei fini dello Stato » non si impone, però, sulla società dall'esterno; essa, infatti, si realizza con « il concorso attivo e la volontaria adesione dei singoli » (29), attuando « una costante e completa connessione fra lo Stato e la società », un'unione che « non è esterna e coatta ma intima e solidale ». A sostenere tale intima unione (e a realizzarla perfino « nel foro della coscienza di ognuno » (30)) è « il principio corporativo » che consente alla società di operare per lo Stato e allo Stato di far proprio il contenuto dell'attività sociale (« ope-

(28) MORTATI, *L'ordinamento del governo nel nuovo diritto pubblico italiano*, cit., pp. 75-77.

(29) « Il fascismo non ha voluto porre un'antitesi fra Stato e cittadini, né ha ritenuto possibile realizzare l'unità della vita sociale dal di fuori, agendo sui cittadini stessi come potere eteronomo e staccato ». Ivi, p. 77.

(30) « La formazione di quest'intima adesione dei cittadini alle necessità dello Stato, che è condizione dello stesso normale funzionamento dell'ordinamento sindacale ed è anzi, in un senso più largo, destinata ad agire come principio di rinnovamento di tutta la vita nazionale ». *Ibidem*.

rando per lo Stato, la società si fa essa stessa Stato » (31)). Il « processo di integrazione » realizza così « un'unità statale non formale, ma ricca di contenuto e suscettibile di adeguarsi costantemente alle esigenze sociali, sempre rinnovantesi » (32).

I principi etici che caratterizzano l'ordinamento corporativo non sono — avverte Mortati — dichiarazione « puramente programmatica » (come avviene invece — precisa in nota — « per gli analoghi principi posti nella Sez. 5ª della parte II, della costituzione di Weimar » (33)); essi infatti, una volta « trasferiti dalla sfera morale a quella del diritto », divengono « propriamente giuridici », « garantiti e resi concretamente operativi per mezzo di un complesso di istituti amministrativi, giudiziari, legislativi » (34). Il farsi norma dei principi morali (primo fra tutti « la subordinazione del diritto individuale al sociale ») dà fondamento all'assetto costituzionale, contenuto all'integrazione sociale, unità sostanziale al nuovo ordine in cui « i diritti delle classi sono riconosciuti e garantiti solo come corrispettivo dell'adempimento, in senso utile alla collettività, della funzione sociale a ciascuna di esse assegnata; la proprietà privata è protetta, ma solo nei limiti del vantaggio generale; il lavoro tutelato, ma obbligato a dare il massimo di rendimento; la uguaglianza delle classi garantita attraverso i sindacati riconosciuti di categoria e la rappresentanza paritetica di esse negli organi corporativi; la solidarietà fra le classi stesse attuata mediante i contratti collettivi di lavoro e l'opera della magistratura del lavoro » (35).

L'unità è sostenuta da rapporti 'organici' fra le classi, dalla completa funzionalizzazione dell'attività privata all'interesse generale, alle « direttive fissate dallo Stato », in corrispondenza con « il senso profondo del corporativismo » e con « l'esigenza propria del Fascismo » di far sì che « ogni parte dell'azione sociale — in nessuno

---

(31) Ivi, p. 77 e ss. Sul punto si cfr. STOLZI, *L'ordine corporativo*, cit., p. 122.

(32) MORTATI, *L'ordinamento del governo nel nuovo diritto pubblico italiano*, cit., p. 77.

(33) Si tratta degli articoli 151-165 rientranti nel capo V (*La vita economica*) della Parte seconda (*I diritti e i doveri fondamentali dei tedeschi*) della Costituzione di Weimar. Sul punto si veda ancora *infra*, paragrafo 5.

(34) MORTATI, *L'ordinamento del governo nel nuovo diritto pubblico italiano*, cit., pp. 171-173.

(35) Ivi, p. 172.

dei suoi momenti estranea od indifferente per lo Stato — concorra in modo armonico ai fini statali » (36). Il programma dell'azione statale vince la frammentazione degli interessi, coinvolge, assorbe, subordina, l'intera società rendendola parte del suo 'operare': « All'immagine della unità, realtà, soggettività dell'ente statuale si aggiunge la considerazione della sua teleologicità; l''essere' dello Stato si complica con l'analisi dell''operare' dello Stato » (37).

Nelle pagine della *Costituzione in senso materiale*, il tema dell'affermazione di forme di integrazione capaci di evitare la frammentazione particolaristica della società resta dominante. Si aggrava il carico di aspettative nei confronti della costituzione (38), si perfeziona l'idea dello « Stato concreto » da intendere come « collettività ordinata secondo un'idea politica » (39); la prospettiva anti-pluralistica tuttavia non viene meno, né viene meno la raffigurazione di uno Stato monistico corrispondente alle esigenze del regime fascista (40). La ricerca di una « unità sostanziale » accentua i toni antiformalistici e il richiamo alla realtà, a un « un concetto di costituzione che non costringa a mutilare la realtà giuridica », che riesca a considerarla « armonicamente, nel suo complesso, in una superiore e comprensiva unità » (41). La forma complessa, non astratta, concreta di ordine acquista tuttavia senso giuridico solo quando si realizza nell'indirizzo dello Stato, solo quando tutti i rapporti sociali particolari sono piegati « secondo i suoi fini generali » (42) entro « un principio di ordine

---

(36) Ivi, p. 188.

(37) P. COSTA, *Lo Stato immaginario. Metafore e paradigmi nella cultura giuridica fra Ottocento e Novecento*, Milano, Giuffrè, 1986, p. 300.

(38) « Dalle costituzioni, come aveva affermato Rudolf Smend, ci si attende lo svolgimento di un compito gigantesco, sconosciuto nel passato, un compito di integrazione di una società divisa nell'unità della vita statale » (G. ZAGREBELSKY, *Premessa* a MORTATI, *La costituzione in senso materiale*, cit., p. XXVIII).

(39) MORTATI, *La costituzione in senso materiale*, cit., pp. 64-65.

(40) « Lo Stato — scrive Mortati — in conseguenza dell'assoluta supremazia rispetto a tutti i soggetti fisici o giuridici nel suo territorio, dalla quale è contrassegnato, ha come suoi caratteri ineliminabili di essere: stabile, autoritario, coattivo, necessario e totale ». Ivi, p. 67. Cfr., sul punto, ZAGREBELSKY, *Premessa*, cit., p. XXIII.

(41) MORTATI, *La costituzione in senso materiale*, cit., pp. 30-32.

(42) Ivi, pp. 57-58.

totale, capace di attuare il grado di unità ritenuto necessario per la comunità » (43).

L'ordine 'totale' intende, da un lato, superare la visione formale dell'ordinamento e, dall'altro, conferirgli contenuto sostanziale con un programma che non si limita a descrivere le relazioni sociali 'spontanee', che non intende essere specchio della realtà, ma si pone, al contrario, come « volontà di un ordine che non si adegua mai compiutamente alla realtà », che non si esaurisce « nell'esistenziale » (44). La scelta sul piano delle fonti di produzione del diritto è conseguente: sono 'tutte' da considerare « espressione di uno stesso pensiero, parti di un unico sistema » (45). La pluralità è negazione dell'ordine: accettare, come « addirittura normale », lo Stato pluralistico significa regredire a una visione medioevale che « non è adatta a rappresentare la situazione di uno Stato monistico, com'è quello moderno, in cui all'unicità del potere deve corrispondere coordinazione in unità delle varie fonti » (46).

Basato com'è sul « fine politico, che informa di sé un dato ordinamento », il principio unificatore va però al di là della semplice unità sistematica delle fonti, coinvolge infatti il « carattere sostanziale » dell'ordinamento: mira a realizzare principi che non sono espressione « di una comunità indifferenziata » ma di quel gruppo 'vincente', 'egemonico' che è stato capace di « estrarre dall'indistinto, dal vago, dal molteplice degli interessi comuni quegli orientamenti ritenuti necessari per la comunità stessa », facendo assumere loro « una funzione normativa giuridica » (47). I principi di quel progetto hanno natura vincolante e offrono la chiave di volta dell'intero sistema, così come accade con la Carta del lavoro (48).

---

(43) Ivi, pp. 54-55; 67.

(44) Ivi, p. 85: « Lo Stato non è la somma delle relazioni spontaneamente determinantesi fra gli appartenenti a un gruppo sociale, ma la consapevole volontà di un ordine, che non si adegua mai compiutamente alla realtà, e che, se anche a volte presuppone, a volte rinvia all'esistenziale, non si esaurisce in questo, ed anzi si presenta come creativo di una misura, alla stregua della quale esso dev'essere assunto nell'ordinamento ».

(45) Ivi, p. 130.

(46) *Ibidem*.

(47) Ivi, pp. 137-138.

(48) Mortati si schiera per l'efficacia diretta dei principi della Carta del lavoro. Ivi, pp. 143-144; 163.

5. *Weimar: la transizione incompiuta.*

L'unità 'sostanziale', 'concreta', dell'ordine ripetutamente evocata da Mortati fa riferimento a un'unione tra Stato e società cementata da un progetto etico-politico capace di porsi come norma 'propriamente giuridica', effettivamente attuata. Movendo da questo punto di vista, Mortati riteneva — come abbiamo visto — che le disposizioni sociali della costituzione di Weimar fossero rimaste 'puramente programmatiche', lontane dalla concretezza istituzionale che in Italia stava assumendo il progetto corporativo. Privo del confronto con il modello corporativo, il giudizio del 1931 è ripreso con qualche aggiustamento nella traduzione della costituzione weimariana proposta nel 1946 come 'materiale' utile per i lavori dell'Assemblea costituente. Il giudizio resta critico. È soprattutto nella « disciplina dei rapporti di lavoro e della produzione e distribuzione dei beni economici » che, per Mortati, non si raggiunge « un minimo di coerenza sistematica », che non si realizza 'unione': « il sogno delle correnti innovatrici [...] di operare una nuova sintesi sociale » resta privo di « attuazione pratica » (49).

La costituzione di Weimar segna, certo, « un distacco » dalle carte costituzionali antecedenti, innova nel proporre « il superamento del principio individualistico e l'affermazione della priorità del sociale » (50), non riesce, però, a dare efficacia al progetto (51), a renderlo vivo nei congegni istituzionali chiamati ad assicurare equilibrio sociale (52). La molteplicità di motivi ispiratori privi di « vera unità », la mancanza di coraggio « di una borghesia prudente », l'assenza di principi organizzativi capaci di coordinare i rapporti dei corpi intermedi con lo Stato (53), spiega la fragilità e « l'intima

(49) MORTATI, *La costituzione di Weimar*, cit., § 19, pp. 38-39.

(50) Ivi, pp. 39-41.

(51) « Un tipo di Stato non può essere individuato da quello che si propone di fare in futuro, bensì da quanto riesce effettivamente a fare, cioè dal complesso degli istituti e delle forze che indirizzano di fatto un ordinamento in un certo senso ». Ivi, pp. 40 e 44.

(52) « Il successo di una costituzione non può essere affidato ai programmi che essa contiene, bensì all'efficienza dei congegni che riesce a porre in essere onde assicurare il mantenimento di un certo equilibrio sociale ». Ivi, p. 54.

(53) Ivi, pp. 45; 47, 50.

contraddizione » che attraversa la costituzione, rendendola incapace di aderire effettivamente alla « sottostante tessitura sociale » (54).

La costituzione di Weimar non riesce, dunque, a dare 'sostanza' all'unione, a vincere effettivamente la crisi dello Stato moderno, a risolvere il problema del « contrasto [...] fra le antiche forme costituzionali e la realtà della vita sociale non più contenibile in esse », ad affrontare « la dissoluzione del centro di unità del vecchio Stato » (55). La soluzione del dilemma della pluralità nella democrazia esige il ristabilimento di un nuovo centro di unità capace di integrare e compenetrare entità territoriali, entità professionali ed economiche, entità politiche per conferire all'azione dello Stato coerenza e « adesione agli interessi reali » (56).

L'insegnamento da trarre dalla vicenda della costituzione tedesca è in linea con il percorso di analisi: per superare le contraddizioni di Weimar occorre affrontare « la fase di transizione » superando il « dualismo » tra vecchio e nuovo ordine, rigettando la vecchia impalcatura dello Stato liberale dell'Ottocento e rendendo 'vera' l'unione, facendo sì che « l'assetto istituzionale democratico permei tutte le strutture economiche e sociali, perché è dalla profonda ed intima compenetrazione di queste nel proprio organismo che può trarre le vere ragione della sua solidità » (57).

Coerenti con la ricerca di tale unità sostanziale è l'apporto offerto da Mortati al dibattito in Assemblea costituente: difende, in contrasto con Calamandrei, la valenza giuridica delle norme di 'carattere programmatico'; insiste sulla natura pubblicistica del sin-

---

(54) Ivi, p. 54. La valutazione del 'compromesso' di Weimar risente fortemente, al di là dei distinguo, della posizione di Schmitt. Per una complessiva analisi delle riflessioni dei giuspubblicisti sulle innovazioni e le contraddizioni della costituzione di Weimar (nonché degli scontri riguardo alla 'crisi di Weimar') cfr. P. COSTA, *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa, 4. L'età dei totalitarismi e della democrazia*, Roma-Bari, Laterza, 2001, pp. 5-95; si cfr. in particolare p. 57 e ss. riguardo alla lettura di Schmitt.

(55) MORTATI, *La costituzione di Weimar*, cit., pp. 52-53.

(56) Ivi, p. 54. Sul dilemma della relazione tra unità e pluralità in Mortati nel secondo dopoguerra si cfr. P. COSTA, *Il 'pluralismo' politico giuridico: una mappa storico-concettuale*, in « Quaderni fiorentini », 50 (2021), *Il pluralismo giuridico: paradigmi ed esperienze*, p. 67 e ss.

(57) MORTATI, *La costituzione di Weimar*, cit., p. 55.

dacato 'registrato' (e perciò legittimato alla stipula di contratti collettivi con efficacia *erga omnes*); sottolinea la necessità di armonizzare con fini pubblici, sociali, l'attività economica privata; propone di dar concretezza al suffragio universale con riferimento a categorie professionali (58).

'Dopo Weimar' la costituzione assume a suo oggetto la società stessa, con i suoi contrasti e disuguaglianze e, dunque, 'dopo Weimar' il conflitto sociale è finalmente incluso nel perimetro costituzionale (59). I due profili, richiamati da Maurizio Fioravanti come essenziali per affermare la 'costituzione democratica del Novecento', sono in continua tensione nelle pagine di Mortati: l'unità 'sostanziale' tra Stato e società esige equilibrio, coerenza, armonia, compenetrazione, fusione degli interessi; la pluralità sociale non può essere pertanto semplicemente riconosciuta ma, una volta depurata dalle forme estreme, va coordinata, armonizzata, dominata, subordinata al progetto unitario.

Il problema della transizione, il dilemma dell'unità e pluralità nella democrazia, non può allora che essere affrontato con pragmatico realismo. Occorre, certo, aver presente che « ogni forma concreta di Stato » ha alla base « una cospirazione di forze tendenti a creare un'unità omogenea », che la stabilizzazione dell'unità è precaria perché continua è la lotta per affermare « nuova unità » sulle rovine della precedente esperienza (60); soprattutto, però, non si deve dimenticare che « l'esigenza di unità e di omogeneità sociale [... è] coessenziale alla democrazia » e che ciò rende più drammatico il

---

(58) Si cfr. *Prima di tutto il lavoro. La costruzione di un diritto all'Assemblea Costituente*, a cura di L. Gaeta, Roma, Ediesse, 2014, in particolare a pp. 87, 238, 290 e ss.; S. Bonfiglio, *Il contributo di Mortati nella fase costituente attraverso la prospettiva teorica e storica della costituzione in senso materiale*, in « Nomos », 3 (2017); F. Astolfi, *Democrazia corporativa. La proposta di Costantino Mortati in Assemblea costituente*, in « Italia contemporanea », 2005, n. 239-240, pp. 225-247; P. Craveri, *Sindacato e istituzioni nel dopoguerra*, Bologna, il Mulino, 1977, in particolare p. 90 e ss. I principali interventi di Mortati in Assemblea costituente possono essere letti in *Raccolta di scritti*, cit., vol. I, *Studi sul potere costituente e sulla riforma costituzionale dello Stato*, p. 575 e ss.

(59) M. Fioravanti, *Introduzione* a Mortati, *La costituzione di Weimar*, cit., p. XXI.

(60) Mortati, *Le forme di governo*, cit., p. 8.

nesso tra « la costituzione 'reale' e [...] quella 'legale' » (61), più forte l'esigenza di affermare uno Stato 'sociale', caratterizzato da « fini sostanziali » (62). Stabilito che la democrazia presuppone omogeneità sociale e unità, che essa è « impossibile » senza di esse, si apre « il fondamentale dilemma » di come realizzare e conservare l'ordinamento democratico a fronte di una situazione sociale sempre mutevole, molto spesso caratterizzata da « forze sociali estremiste » che mettono in discussione l'ordine (63). In questa situazione l'attuazione dei « fini sostanziali » dell'ordinamento non può ammettere incertezze. È questo, del resto, quello che insegna il fallimento del 'sogno' di Weimar.

6. *Comprendere la transizione, educare i soggetti.*

L'art. 1 della costituzione presenta, per Mortati, « la sintesi dei caratteri essenziali della forma di Stato », offre « il *supremo criterio interpretativo* di tutte le altre disposizioni » (64): il lavoro, sostanziato dal principio personalistico e dall'uguaglianza, ha la « funzione di *supremo criterio valutativo* della posizione da attribuire ai cittadini nello Stato » (65), è lo strumento principale attraverso cui realizzare « l'omogeneità sociale ». Il saggio sull'art. 1 pubblicato nel *Commentario della Costituzione*, curato da Giuseppe Branca, si presenta come un bilancio dello sforzo compiuto da Mortati negli anni antecedenti per affermare l'effettività della disciplina costituzionale e per definire ruolo e funzione del lavoro nella società democratica (66); nello stesso tempo, però, 'racconta' un percorso scientifico più ampio, fortemente unitario, che si conclude con toni particolarmente amari.

Ad unire i diversi momenti è il continuo confronto di Mortati con « la transizione », con la questione dell'omogeneità sociale, del

---

(61) Ivi, p. 447.

(62) Ivi, p. 65.

(63) Ivi, p. 68.

(64) MORTATI, *Commento all'art. 1*, cit., pp. 1-2, 16.

(65) C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, Cedam, 1975[9], pp. 156-157.

(66) Cfr. M. SALVATI, *Costituzione italiana: Art. 4*, Roma, Carocci, 2017, pp. 123-124.

« passaggio da una ad altra specie di omogeneità sociale » (è così che intitola un paragrafo del commento all'art. 1). La questione di fondo per assicurare 'la concretezza' di un nuovo ordine è compiere appieno la transizione, superare effettivamente l'ordinamento a carattere liberale, sapendo interpretare « la radicale trasformazione dell'intero sistema dei rapporti costitutivi dell'ordine » che ha provocato « la rottura della preesistente unità ». Comprendere la transizione significa saper leggere (e promuovere) « il mutamento dello stesso tipo umano » (all'astratta figura del « cittadino indifferenziato » si sostituisce « l'essere reale, visto nella concretezza dei bisogni che cercano nuovi mezzi di soddisfazione »), il « mutamento nella conformazione della società » (« amorfa e indifferenziata prima, si articola ora in una molteplicità di gruppi che ne costituiscono l'ossatura »), il mutamento della « concezione dei fini e della funzione dello Stato » (chiamato ora non più soltanto ad essere garante della libertà, ma a « intervenire nella disciplina dei rapporti sociali, per contrastare le prevaricazioni del potere economico, per promuovere una più equa distribuzione tra le classi dei beni della vita ») (67).

La discontinuità è tutta da affermare nei confronti dello Stato liberale e la via da percorrere per superare le « disarmonie » generate dalla crisi di quell'ordine non differisce molto negli obiettivi dal progetto corporativo: l'affermazione di « un nuovo tipo di collegamento fra comunità e Stato » è da rendere effettiva mediante « la ricostruzione di una nuova unità spirituale, richiedente un processo di progressiva omogeneizzazione della base sociale » (68); è da rendere concreta con una più articolata ed efficiente organizzazione della rappresentanza nella democrazia (69). A metà degli anni Settanta è, dunque, ancora decisivo, per Mortati, realizzare la 'transi-

(67) MORTATI, *Commento all'art. 1*, cit., p. 10. Si cfr. anche ID., *Considerazioni sulla tutela della libertà nei rapporti di lavoro* (1955), in ID., *Raccolta di scritti*, III, cit., p. 341 e ss., riguardo al « mutamento nel sistema dei valori fondamentali in seguito al crollo dello Stato di tipo liberale » (p. 345 e ss.).

(68) MORTATI, *Commento all'art. 1*, cit., pp. 10-11.

(69) Essenziale sul tema la ricostruzione di P. RIDOLA, *Democrazia e rappresentanza nel pensiero di Costantino Mortati*, in *Il pensiero giuridico di Costantino Mortati*, cit., pp. 259-300. Si cfr. anche M. GREGORIO, *Parte totale. Le dottrine costituzionali del partito politico in Italia tra Otto e Novecento*, Milano, Giuffrè, 2013.

zione', garantendo « l'ampliamento dei canali di comunicazione fra società e Stato », assicurando la partecipazione popolare nella società pluralistica, agendo per modificare il « tipo umano ». L'obiettivo di « riflettere nello Stato l'assetto pluralistico assunto dalla società senza compromettere l'unità dell'indirizzo ed anzi arricchendolo dei motivi da quella emergenti » (70), pur essendo ora tutto ispirato al « rispetto del principio personalista », resta tuttavia dominato da una visione verticistica. Mortati propone, sì, l'allargamento della partecipazione, l'affermazione del 'principio di pluralità', ma esige la 'funzionalizzazione' dei singoli e dei gruppi al disegno unitario, alla piramide gerarchica: l'effettivo principio di sovranità si otterrà — scrive — « solo quando la partecipazione dei singoli alla politica generale » si svolgerà passando attraverso « una molteplicità di gradi intermedi, fra loro collegati, in modo che quelli di grado inferiore siano ordinati come condizionanti e preparatori degli altri più elevati, in una prospettiva che giunga fino all'organizzazione centrale dello Stato » (71).

Le pagine degli anni Settanta non recepiscono i mutamenti sociali e normativi in atto (lo Statuto dei lavoratori non riceve neppure una menzione) o, meglio, li considerano da una prospettiva che, in continuità con il percorso antecedente (72), richiede attuazione, 'consapevolezza della perdurante disarmonia', 'unità tra comunità e Stato', 'nuova unità spirituale' (73).

---

(70) MORTATI, *Commento all'art. 1*, cit., p. 44.

(71) MORTATI, *Commento all'art. 1*, cit., p. 49. Si cfr. anche, ID., *Le forme di governo*, cit., pp. 64-65: più che mai forte nello Stato sociale è la necessità « di escogit[are] istituti rappresentativi capaci di armonizzare il principio della rappresentanza politica con quello della rappresentanza degli interessi: tali da garantire ad un tempo sia un'espressione fisiologica degli interessi dei vari gruppi, sia una organicità di decisioni che solo la sintesi politica può offrire: ma ciò non è facile, né facilmente realizzabile ».

(72) Sulla complessiva unitarietà del percorso scientifico di Mortati e sul peso determinante delle ricostruzioni degli anni Trenta anche nei suoi scritti del secondo dopoguerra, si cfr., in una prospettiva parzialmente diversa da quella qui proposta, 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*, cit., p. 45 e ss.

(73) Costante è in tal senso la polemica contro « il cronico immobilismo » del legislatore, incapace di realizzare 'unione' e di assolvere « il dovere di dar finalmente vita

È in questo assetto più ampio che, per Mortati, va inserita « l'azione sindacale ». Lo « spirito associativo » va utilizzato per conferire effettività al principio di sovranità, facendo confluire una pluralità scomposta entro l'ordine unitario attraverso un'azione 'esterna' (intervenendo sui gruppi, sulla rappresentanza, sull'ordinamento) e una 'interna' (protesa a incidere sul 'tipo umano', ad agire nel 'foro della coscienza'). Questo secondo profilo non è meno importante del primo e, anzi, per molto aspetti è, nella prospettiva di Mortati, quello prevalente. La realizzazione dell'ordine della vita interiore disciplina, infatti, i soggetti a una partecipazione ordinata alla vita sociale del gruppo (74), garantisce la tenuta della « intima unione » fra società e Stato (da sottolineare il ripetuto uso dell'aggettivo 'intima' per qualificare l'unione), rendendola « unità morale ».

Uno scritto divulgativo del 1959, nato da una trasmissione radiofonica, pone in perfetta linea di continuità ordine 'interno' ed 'esterno', mettendo a fuoco la sequenza persona, comunità intermedie e Stato. Il filo conduttore è dato dalla accettazione di una disciplina e di una subordinazione a un fine: la vera libertà per l'individuo non è data soltanto dalla indipendenza da volontà estranee alla propria ma anche dalla « subordinazione ad una disciplina rivolta al conseguimento degli scopi che corrispondono alla propria natura spirituale: è cioè libertà dalla tirannia degli istinti; è fedeltà all'ordine contenuto nella legge che ciascuno impone a sé stesso attraverso scelte razionali » (75). Certo, nelle relazioni sociali, nella vita del gruppo, il comando è eteronomo ma l'analogia ha comunque ragione d'essere: le comunità intermedie (che Mortati intende in modo ampio, comprendendovi la famiglia, la chiesa, il sindacato, il partito, le associazioni commerciali, culturali o sportive) « hanno in comune il carattere di perseguire fini particolari [...]. La stessa

---

ad una vera politica del lavoro corrispondente agli obiettivi prefissi dalla costituzione ». Così, ad esempio, C. MORTATI, *Iniziativa privata e imponibile di mano d'opera* (1958), in ID., *Raccolta di scritti*, III, cit., p. 393 e ss., p. 410.

(74) Riguardo all'analogia « fra il modo di realizzare l'ordine nella vita interiore dell'individuo e nella vita sociale del gruppo » si veda COSTA, *Lo Stato immaginario*, cit., pp. 23-24.

(75) C. MORTATI, *La persona, lo Stato e le comunità intermedie*, Torino, Edizioni Radio Italiana, Classe unica 91, 1959, p. 9.

molteplicità di queste società e dei singoli individui esige la presenza di un'organizzazione più vasta » (76). È lo Stato (lo « Stato sovrano », « persona in grande » (77)) che riesce a racchiudere in sé tutti gli interessi dei singoli e dei gruppi, secondo una scala ideale, un'ordinata gerarchia: « gli individui trovano la loro integrazione necessaria nello Stato, che supera la loro limitatezza, il contingente ed il caduco che è in loro; gli individui diventano essi stessi Stato, allorché partecipano consapevolmente alla vita del medesimo, allorché vivono nella loro coscienza la vita dello Stato » (78). Realizzare appiano « la transizione » verso il « nuovo Stato », significa realizzare questo percorso di *negazione del particolare* per affermare « un'unità di strutture organizzative e discipline dei rapporti sociali » capace di comporre 'la forma di Stato', la costituzione dello Stato (79).

I gruppi sono schiacciati dal vincolo del fine: l'importanza dei 'gruppi sociali' (la dizione 'formazioni sociali' ricorre pochissimo nelle pagine di Mortati che preferisce parlare di comunità intermedie), in particolare di quelli connessi all'attività lavorativa, le associazioni operaie, i sindacati, può essere compresa solo in relazione al fine, solo richiamando « il compito che si è assunto lo Stato sorto dalla vittoria sul totalitarismo: il compito di realizzare le condizioni di una salda solidarietà tra i cittadini, qual è quella che può rampollare da un tessuto sociale omogeneo » (80). È solo in relazione a questo fine che il sindacato riscatta l'istinto particolaristico di cui è 'naturalmente' portatore; e, quanto più si eleva realizzando questa finalità 'comune', tanto più esso assume connotati 'generali' che lo sottraggono al diritto dei privati facendogli assumere connotati pubblicistici. La società pluralistica riconosciuta dalla costituzione è còlta in tal modo attraverso lo spiraglio di una visione etica: educati all'interesse generale, i singoli e i gruppi rendono lo Stato più forte; immessa nell'organizzazione statale, la pluralità emerge depurata,

---

(76) Ivi, pp. 12-13.

(77) Ivi, p. 14.

(78) Ivi, p. 15.

(79) Una forma variabile nel tempo ma tuttavia caratterizzata in ciascun momento storico da una precisa pregnanza normativa ed etica: « La forma dello Stato può anche designarsi come 'costituzione' dello Stato, perché ne esprime l'essenza, risultante da quei caratteri fondamentali che 'lo costituiscono' ». Ivi, p. 21.

(80) Ivi, p. 111.

disciplinata, necessariamente subordinata e organicamente congiunta allo Stato (81).

7. *Obblighi dello Stato e funzioni del sindacato.*

Quanto più forte è la spinta solidaristica, tanto più forte emerge la negazione del conflitto: la ricerca della 'omogeneità sociale' indispensabile per la democrazia impone il rifiuto delle tensioni classiste, la negazione delle forze estreme, 'antisistema' (tra queste Mortati collocava anche il partito comunista). Nell'intervento alla XXIV settimana sociale dei Cattolici italiani, nel 1951, i confini del « regime pluralistico » sono segnati con nettezza. Nessuno spazio per il conflitto e per pericolose forze sociali 'estreme', incapaci di accettare la « legge del dialogo »: depurato da interessi particolaristici e da scontri, il pluralismo di Mortati esige sindacati educati alla « sensibilità ai problemi di politica generale » e al « senso di responsabilità », sempre attenti alla situazione generale del paese, vincolati dall'obiettivo « di ricostruire, con mezzi pacifici, l'omogeneità sociale [...] che è condizione ineliminabile per il funzionamento delle istituzioni democratiche » (82).

Ricostruire l'omogeneità sociale significa trovare consensi attorno a valori in grado di realizzare « il tessuto connettivo della società » e di dare solidità alle istituzioni statali. « Svolgimento necessario della concezione cristiana della dignità della persona umana », « componente fondamentale della struttura del nuovo stato », il lavoro, il principio lavoristico, si pone come il valore che i poteri pubblici sono obbligati a perseguire (83) per superare le « antinomie recate nel mondo moderno dalla rivoluzione industriale,

---

(81) Cfr. G. Amato, *Costantino Mortati e la costituzione italiana. Dalla Costituente all'aspettativa mai appagata dell'attuazione costituzionale*, in *Il pensiero giuridico di Costantino Mortati*, cit., p. 231 e ss.; in particolare p. 243.

(82) C. Mortati, *Sindacati e partiti politici* (dagli *Atti* della XXIV Settimana sociale dei Cattolici italiani — su *L'organizzazione professionale*, Genova, 1951), in Id., *Raccolta di scritti*, III, cit., pp. 85 e ss.; 91-92, 95.

(83) La costituzione « ha imposto ai poteri pubblici l'obbligo di rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale che impediscono ai lavoratori il pieno sviluppo della loro personalità e la loro effettiva partecipazione alla organizzazione politica, economica e sociale del paese ». Ivi, p. 96.

che ha dissociato il lavoro dai mezzi di produzione » e per concretizzare « il distacco » dalle precedenti forme di governo fondate su valori diversi dal lavoro (84).

È a quest'obbligo gravante sui poteri pubblici che l'attività sindacale è chiamata a uniformarsi, rinunciando a « rivendicazioni parziali ed egoistiche », realizzando una connessione (« quanto più possibile intima ») con « istituti diretti a risvegliare nel salariato la coscienza del produttore, e pertanto avvicinarlo ai problemi delle organizzazioni produttive, a renderlo capace di intendere ed accettare anche quei sacrifici che si mostrassero veramente necessari » (85). È molto più di un richiamo al realismo. L'invito a radicare « l'azione nella realtà » è costellato, infatti, di continue e pressanti richieste di 'garanzie', il sindacato deve saper accettare e proporre l'etica del sacrificio, « sapersi sottrarre alle tentazioni della demagogia e del particolarismo », collegarsi ai partiti in maniera virtuosa, rinunciare « a quanto vi possa essere di particolaristico nelle rivendicazioni operaie » (86).

Attuare la costituzione significa « dare concretezza all'obbligo » gravante sui poteri pubblici (un obbligo — ripete Mortati — che non è puramente programmatico, « puramente platonico »), significa costruire una « atmosfera giuridica » caratterizzata da norme e istituti ispirati a un comune nucleo di valori vincolanti « in tutte le direzioni » (87). Il diritto al lavoro, garantito dall'articolo 4 Cost., per divenire concreto non esige soltanto l'intervento dello Stato, una politica dell'occupazione, un piano economico e precisi limiti costituzionali all'autonomia privata (88), ma pretende la comune partecipazione al progetto, esige 'l'intima adesione' di tutti al comune nucleo di valori.

L'attività dei sindacati non si muove libera in tale 'atmosfera' ma è vincolata dal disegno di attuazione: nel sistema costituzionale « i sindacati vengono ad assumere un carattere funzionale in quanto

---

(84) Ivi, pp. 96-97.

(85) Ivi, p. 98.

(86) Ivi, p. 100.

(87) MORTATI, *Il diritto al lavoro secondo la costituzione della Repubblica*, cit., pp. 205-206.

(88) Ivi, pp. 152; 189.

si pongono come strumenti necessari per la realizzazione di un obbligo posto a carico dello Stato » (89), un obbligo generale che si impone al di là di 'interessi particolaristici'. Movendo da queste convinzioni, le conclusioni di Mortati riguardo alla questione dell'applicazione dell'art. 39 Cost. e della natura giuridica del sindacato sono obbligate. La necessaria 'funzionalizzazione' piega e indirizza la libertà sindacale nel momento in cui si accorda efficacia normativa alla contrattazione collettiva: « la piena spontaneità e libera organizzazione » del sindacato è, certo, fondamentale, ma non è condizione sufficiente per partecipare alla costruzione dell'ordine. Quando lo Stato « assolve obblighi costituzionali [...] mediante rinvio ad ordinamenti diversi dal suo », quando recepisce nel proprio sistema normativo le manifestazioni di volontà di questi ordinamenti, esso si immette nelle strutture sociali e in tal modo « soddisfa i suoi fini diretti » (90): l'autoregolamentazione cessa di appartenere alla terra del 'particolare' per elevarsi al cielo del 'generale', anzi, ancora più in alto in quello dei « veri e propri fini statali » (91). Inevitabile a questo punto la scelta riguardo alla natura giuridica del sindacato: « il carattere pubblicistico risulta dalla correlazione dei poteri stessi con i fini: che sono fini di elevamento dei lavoratori appartenenti alla categoria rappresentata dal sindacato, ma contemporaneamente fini direttamente statali, se è vero che tale elevamento è un preciso obbligo attribuito alla Repubblica » (92).

Così come perfettamente coerente con la ricostruzione complessiva del 'principio lavoristico' è il rigore con cui Mortati affronta la questione del *dovere al lavoro*. Enfatizzando richiami etici, la superiorità sociale e morale del soggetto produttore e del lavoro produttivo, il dovere di lavorare è presentato come l'altra faccia del diritto al lavoro, e come questa ha una sua precisa pregnanza normativa che fissa gerarchie, disegnando il perimetro del diritto di cittadinanza. « Far rientrare gli oziosi fra gli indegni morali » è, per

(89) MORTATI, *Il lavoro nella costituzione*, cit., p. 301.

(90) Ivi, p. 308, p. 309.

(91) L'utilizzazione da parte dello Stato dell'attività di autoregolamentazione fa sì che si ottenga « la soddisfazione in modo immediato non di meri interessi generali, bensì di veri e propri fini statali ». Ivi, p. 309.

(92) Ivi, p. 312.

Mortati, doveroso; non contrasta i principi costituzionali e, anzi, li interpreta appieno. Un'indiscutibile « conferma testuale » delle implicazioni giuridiche da trarre dal dovere di lavorare si ha, del resto, dalla « netta differenziazione » presente nell'art. 38 Cost. riguardo agli obblighi di prestazione imposti allo Stato nel campo della protezione sociale: *i lavoratori* hanno diritto ad aver assicurati mezzi adeguati alle loro esigenze di vita in caso di impossibilità al lavoro; i *cittadini*, al contrario, possono avere diritto al mantenimento solo quando ricorra la precisa condizione che siano inabili e sprovvisti dei mezzi necessari per vivere. Coloro che mancano di mezzi di sussistenza ma sono abili al lavoro « rimangono fuori »: « nella costituzione si rintracciano dati sufficienti per attribuire alla categoria degli oziosi, volontariamente ed abitualmente tali, una posizione differenziata di minorazione rispetto ad altri cittadini » (93).

Le disposizioni costituzionali in materia di lavoro — ripete Mortati — hanno tutte lo stesso oggetto (la tutela e la valorizzazione della persona), hanno tutte « lo stesso fine generale, di circoscrivere cioè l'autonomia dei privati onde assicurare la più ampia valorizzazione della persona attraverso il lavoro », impongono tutte allo Stato il perseguimento dello stesso obbligo (94). Tale finalità 'dello Stato' assorbe individui e gruppi: educati e trasformati interiormente, lavoratori e categorie professionali realizzano 'l'unione' tra società e Stato.

8. *Attuare la costituzione: molte distanze, qualche convergenza.*

Nell'aprile del 1954, nel primo *Congresso nazionale di diritto del lavoro*, Mortati espone con lucida determinazione la sua visione 'pubblicistica' del diritto sindacale: formazioni sociali e Stato necessitano di un collegamento organico, istituzionale, il solo in grado di affermare un nesso virtuoso con il progetto di trasformazione sociale tracciato nella costituzione, con la realizzazione di un ordine sociale imperniato sul lavoro. Opposta la posizione di Francesco Santoro Passarelli che respinge ogni soluzione posta ad « altera[re] e fal-

(93) Ivi, pp. 243-244.
(94) Ivi, pp. 247 e 277.

sa[re] l'assetto autonomistico del libero sindacato » (95). L'approdo a questa 'soluzione privatistica' non era stato semplice: nella prima edizione delle *Nozioni di diritto del lavoro,* la scomparsa del diritto corporativo era compensata da due certezze: la riconducibilità del diritto del lavoro 'in senso proprio' (costituito « dalle norme che regolano direttamente il rapporto di lavoro ») al diritto civile patrimoniale; l'impossibilità di dire alcunché sul diritto sindacale in assenza di una precisa normativa (96). Dopo l'entrata in vigore della costituzione, cresce lo sforzo di individuare un « principio di unificazione » delle parti « apparentemente eterogenee del diritto del lavoro » (97), si acutizza la ricerca di una unità complessiva dei 'nuovi fatti' nel diritto civile; un diritto civile che negli stessi anni — nella 'Dottrine generali del diritto civile' — è « *ridotto* a linee purissime lontane dalla fanghiglia dei fatti » (98).

A Taormina, Santoro-Passarelli sostiene una posizione opposta a quella di Mortati: ritiene che la questione dell'efficacia *erga omnes* della contrattazione collettiva si debba risolvere restando nell'ambito dell'autonomia negoziale, facendo a meno dell'intervento della legge, restando fuori dal campo della potestà pubblica norma-

---

(95) L'intervento di Francesco Santoro Passarelli nel Convegno di Taormina non fu mai pubblicato. Si cfr., tuttavia, la relazione di poco anteriore (12 marzo 1954) presentata al Convegno dei Lincei: *Esperienze e prospettive giuridiche dei rapporti tra i sindacati e lo Stato*. Sul punto sia consentito rinviare a G. Cazzetta, *Scienza giuridica e trasformazioni sociali. Diritto e lavoro in Italia tra Otto e Novecento*, Milano, Giuffrè, 2007, p. 266 e ss.

(96) F. Santoro Passarelli, *Nozioni di diritto del lavoro*, Napoli, Jovene, 1945, pp. 1 e 2.

(97) F. Santoro Passarelli, *Nozioni di diritto del lavoro*, Napoli, Jovene, 1948[4], p. 9 e ss. La nozione di interesse collettivo, inteso come « interesse indivisibile di una categoria », comparirà solo nell'edizione del 1951.

(98) La messa a fuoco del discorso sul diritto sindacale è pressoché contemporanea al percorso che dalle *Istituzioni di diritto civile* porta alle *Dottrine generali del diritto civile*; « un titolo — questo — ben espressivo dello sforzo dell'autore di voler offrire una sorta di scienza pura, un cristallo di rocca incontaminabile dalle mutazioni valoriali e fattuali »; « un testo di straordinario rigore formale [...] Lo sorregge un *mos geometricus*, grazie al quale il diritto civile è *ridotto* a linee purissime lontane dalla fanghiglia dei fatti ed è 'bloccato' in un sistema armonico nella sua coerenza ». Così P. Grossi, *Il diritto civile in Italia fra moderno e posmoderno (dal monismo legalistico al pluralismo giuridico),* Milano, Giuffrè, 2021, pp. 47-48.

tiva (99). Posto sotto l'ombrello della « *autonomia negoziale* », inteso come espressione delle « comunità particolari in cui si articola la società generale e in cui si svolge la personalità dei singoli », il contratto collettivo è considerato espressione di interessi che hanno una natura giuridica privatistica e « non sono da confondere con gli interessi pubblici » (100). Il sistema sindacale reale, caratterizzato dalla libertà sindacale, è legittimato attraverso una costruzione dogmatica che — pur restando segnata da monismo e legalismo, da positivismo normativo e scientifico (101) — svincola il tema dell'attuazione dell'art. 39 dalla 'soluzione costituzionale' per proporre, in opposizione a un intervento imposto 'dall'alto', un'espansione del diritto dei privati.

Il giuspubblicista Costantino Mortati non poteva che dissentire: attuare la costituzione significava a suo avviso superare un contrattualismo centrato sul mero rapporto di scambio e affermare l'etica della solidarietà posta a guidare l'azione dello Stato nella Repubblica, cementare i nessi tra pluralità e progetto di trasformazione sociale tracciato nella costituzione, assicurare unità tra interessi particolari e interesse generale.

Le 'strategie di attuazione' si presentavano diverse: da un lato

---

(99) L'efficacia dei contratti collettivi estesa a « *tutti* gli appartenenti alla categoria professionale » può essere raggiunta, senza « trasportare nel campo della potestà pubblica normativa la spiegazione dell'efficacia *ultra partes* », senza giungere a compromessi con una soluzione pubblicistica che « altera e falsa l'assetto autonomistico del libero sindacato ». F. SANTORO PASSARELLI, *Esperienze e prospettive giuridiche dei rapporti tra i sindacati e lo Stato* (Relazione all'Accademia dei Lincei, 12 marzo 1954), poi in ID., *Saggi di diritto civile*, I, Napoli, Jovene, 1961, pp. 143, 148.

(100) Ivi, p. 238. Si cfr. anche F. SANTORO PASSARELLI, *Autonomia collettiva* (1959), in ID., *Saggi di diritto civile*, I, cit., p. 253 e ss.

(101) Cfr. E. GHERA, *L'autonomia collettiva e le trasformazioni del diritto sindacale: da Francesco Santoro Passarelli al pluralismo ordinamentale*, in « Lavoro e diritto », XXIII (2009), 3, pp. 351-371, p. 354 e ss. Sullo sfondo della nuova ricostruzione pesa la connessione fra volontarismo individualistico e statalismo, la convinzione che la « vera e profonda essenza del diritto » resti comunque legata alla sovranità: « nell'ambito dell'ordinamento statuale non vi è posto per distinti e indipendenti ordinamento giuridici, perché il diritto, nella sua vera e profonda essenza, è legato alla 'sovranità' ». Così Francesco Santoro Passarelli (*Specialità del diritto del lavoro*, 1967) cit. ivi, p. 366. Sul perdurare della visione 'monistica' e legalistica in Santoro Passarelli, si cfr. anche GROSSI, *Il diritto civile in Italia fra moderno e posmoderno (dal monismo legalistico al pluralismo giuridico)*, cit., pp. 92-94.

s'insisteva sul nesso tra libertà e autonomia privata individuale e collettiva, dall'altro si chiedeva l'intervento della legge, la selezione degli interessi collettivi rilevanti per lo Stato; da un lato, si temeva l'incombenza autoritaria della legge nella libertà d'impresa e l'istituzionalizzazione e il controllo del sindacato, dall'altro la privatizzazione dell'ordinamento e il prevalere di interessi particolaristici. Lo scontro — che andava oltre il contrasto tra una visione civilistica libera da ogni residuo orpello corporativistico/statualistico e una pubblicistica contaminata dalle categorie logiche dell'età corporativa, tra una visione contrattualistica 'pura' ed una istituzionale e organicista — era tra prospettive di *attuazione*, investiva le scelte necessarie per garantire i diritti e per far valere i doveri di solidarietà, riguardava il modo di interpretare il ruolo e le funzioni delle formazioni sociali accanto o dentro lo Stato (102). E Costantino Mortati restava il più intransigente nel respingere la *spiegazione privatistica* che appariva ai suoi occhi come riconoscimento di meri interessi particolaristici, come resa dello Stato, rinuncia a educare i singoli a fuoriuscire dai loro interessi egoistici, a elevare la società nello sforzo di realizzare l'*essenza* del disegno costituzionale, l'ordinata connessione etica tra lavoratori, comunità intermedie e Stato.

Alla fine degli anni Settanta, il commentario alla costituzione, a cura di Branca — aperto, come sappiamo, dalle pagine sull'art. 1 di Mortati —, presenta un volto (una storia) dell'attuazione costituzionale molto diverso da quella immaginato e ancora difeso con passione dal giurista calabrese. Tiziano Treu scrive della « vitalità normativa » dell'art. 36 e

---

(102) Cfr. P. Passaniti, *Diritto del lavoro e attuazione costituzionale. Verso lo Statuto (1948-1970)*, in *La dignità del lavoro. Nel cinquantenario dello Statuto*, a cura di Id., Milano, FrancoAngeli, 2021, p. 23 e ss.; G. Cazzetta, *Entangled histories: diritto privato e diritto pubblico, diritto del lavoro e Stato sociale nel Novecento italiano*, ivi, p. 95 e ss.; B. Sordi, *Diritto pubblico e diritto privato. Una genealogia storica*, Bologna, il Mulino, 2020; P. Costa, *Cittadinanza sociale e diritto del lavoro nell'Italia repubblicana*, in *Diritti e lavoro nell'Italia repubblicana*, a cura di G.G. Balandi e G. Cazzetta, Milano, Giuffrè, 2009, p. 21 e ss.; P. Ichino, *I primi due decenni del diritto del lavoro repubblicano: dalla liberazione alla legge sui licenziamenti*, in *Il diritto del lavoro nell'Italia repubblicana. Teorie e vicende dei giuslavoristi dalla Liberazione al nuovo secolo*, a cura di Id., Milano, Giuffrè, 2008, p. 3 e ss.; U. Romagnoli, *Costantino Mortati*, in *Costantino Mortati e "Il lavoro nella costituzione": una rilettura*. Atti della giornata di studio. Siena, 31 gennaio 2003, a cura di L. Gaeta, Milano, Giuffrè, 2005, p. 105 e ss.

della sua fortuna senza pari nel campo delle disposizioni costituzionali in materia sindacale e del lavoro; Umberto Romagnoli insiste, commentando l'art. 40, sui nessi tra diritto di sciopero e libertà sindacale, sulla fine della demonizzazione del conflitto; Gino Giugni, con il consueto stile rigoroso e asciutto, commenta l'art. 39 constatando che « il ritardo di attuazione si è gradualmente mutato in una volontà prevedibilmente definitiva di non attuazione »: « la non attuazione costituisce il presupposto dell'ideologia giuridica di Rescigno, come esposta nei vari saggi raccolti in *Persona e comunità*, nonché quella di Giugni, *Introduzione allo studio dell'autonomia collettiva* ». È la realtà che è il presupposto della ideologia che, in alternativa e non in contrapposizione al disegno costituzionale, valorizza l'effettività delle relazioni sindacali e industriali, e considera i 'corpi sociali' come presidio delle libertà dei cittadini e del pluralismo sociale e giuridico riconosciuto dalla costituzione. Giugni non fa riferimento a Santoro-Passarelli. Ancora legato a schemi vetero-civilistici, l'illustre civilista appariva inadatto a spogliarsi completamente del volontarismo individualistico, dello statalismo e della visione di un diritto 'legato nella sua essenza alla sovranità' (103); gli scritti di Pietro Rescigno presentavano invece un diritto privato in sintonia con la svolta metodologica di Giugni, con un diritto sindacale proteso a dar corpo ai fatti, ad affermare e a comprendere l'autonomia sindacale entro un assetto pluriordinamentale. La prolusione di Rescigno nell'Università di Macerata del 28 novembre 1954, dedicata a *Sindacati e partiti nel diritto privato,* aveva avviato un innovativo percorso di lettura del diritto privato alla luce della ('riscoperta') costituzione e del pluralismo; un percorso destinato a scuotere « l'atteggiamento mentale dei pubblicisti e dei privatisti » (104) e ad accompagnare lo studioso sino ai nostri giorni (105).

---

(103) Cfr. GROSSI, *Il diritto civile in Italia fra moderno e posmoderno (dal monismo legalistico al pluralismo giuridico*), cit., pp. 92-95. Su Santoro Passarelli (e Gino Giugni) e il diritto del lavoro, si cfr. anche U. ROMAGNOLI, *Giuristi del lavoro nel Novecento italiano. Profili*, Roma, Ediesse, 2018, p. 127 e ss.; p. 187 e ss.

(104) « Le norme della costituzione. L'atteggiamento mentale dei pubblicisti e dei privatisti » è il titolo del secondo paragrafo della prolusione di Rescigno. La prolusione presente nella raccolta, *Persona e Comunità. Saggi di diritto privato*, Padova, Cedam, 1987 (ristampa dell'ed. Bologna, 1966), p. 139 e ss., può essere letta ora anche in *Le prolusioni dei civilisti*, III (1940-1979), Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 2012, pp. 2739-2774.

(105) Si cfr. ora P. RESCIGNO, G. RESTA, A. ZOPPINI, *Diritto privato. Una conversazione*, Bologna, il Mulino, 2017, in particolare, p. 57 e ss.

Ed è con la posizione di Rescigno, più che con la posizione di Santoro Passarelli, che giova confrontare il pensiero di Mortati. La reazione del giuspubblicista a *Persona e comunità*, la raccolta di saggi che Rescigno dedica a valorizzare le formazioni sociali e il pluralismo, ci offre infatti un osservatorio privilegiato per leggere distanze e convergenze tra modelli di attuazione costituzionale. Mortati è palesemente contrariato: « Ci si può chiedere — scrive, nell'aprile del 1967 a Rescigno — se l'autonomia negoziale, matrice delle spontanee e libere formazioni sociali sottratte agli interventi di poteri estranei, non debba, in definitiva, essere alimentata dagli stessi fermenti associativi che danno vita all'ordinamento più generale, cui si suol dare il nome di Stato, che dovrebbe presiedere alla pacifica e armonica coesistenza delle formazioni stesse e garantire, in ultima istanza, la stessa loro libera vita interiore » (106). La domanda retorica si trasforma qualche mese dopo, nella settima edizione delle *Istituzioni di diritto pubblico*, in un poco controllato attacco: « Essa [la tesi di Rescigno] riflette un tipo di concezione antistatalista propria di una tradizione del pensiero cattolico, che in Italia ha operato come uno dei fattori della diseducazione civica del nostro popolo, e che non è compatibile con una struttura statale democratica » (107). L'autonomia delle formazioni sociali priva di 'una funzione di mediazione' rispetto allo Stato evoca lo spettro della frammentazione, del particolarismo, dell'antistatalismo (108).

---

(106) La lettera di Mortati, del 13 aprile 1967, è riportata da P. RESCIGNO, *L'autonomia delle formazioni sociali*, in *Il pensiero giuridico di Costantino Mortati*, cit., pp. 594-595.

(107) C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, Cedam, 1967[7], nota a pp. 918-919. Si veda anche nella ottava edizione (1969), pp. 1050-1051. La nota scompare nella nona edizione (1975); nel testo (p. 1159) resta comunque fermo il riferimento del termine 'formazione sociale' non solo alle associazioni volontarie, ma anche a quelle 'necessarie' (gli enti pubblici), essendo entrambi i tipi accomunati dalla funzione « dell'avvicinamento allo stato di una società pluralistica come la nostra poiché, pur nei contrasti che possono determinarsi tra loro, tutte concorrono in ultimo alla formazione della volontà comune ».

(108) La critica non era isolata. Si cfr. quanto scrive RESCIGNO (*Introduzione* alla seconda parte della raccolta *Persona e comunità — Saggi di diritto privato*, II, *1967-1987*, Padova, Cedam, 1988, p. VII e ss.) riguardo alle obiezioni 'stataliste' mossegli da Salvatore Satta e ai rilievi di Giovanni Tarello sul « significato politico del manifesto pluralista » che aveva impresso una svolta agli studi privatistici « sfruttando tutti gli elementi solidaristici,

Rescigno resta fermo nella sua lettura, ribadendo la necessità di realizzare 'in autonomia' interessi di natura 'privata collettiva', di farlo rifiutando « la unilaterale e riduttiva visione dei rapporti, propria dell'individualismo e dell'assolutismo » e accedendo a una visione pluralistica, la più appropriata a rappresentare una « società articolata in partiti politici, sindacati professionali, confessioni religiose, e altre associazioni che perseguono le più varie finalità » (109). La qualificazione della natura degli interessi (particolari e generali) determinanti i rapporti giuridici è messa in discussione: la natura collettiva dell'interesse è compatibile con interessi, poteri, rapporti privati; e, del resto, 'privato' non coincide necessariamente con individuale (110). Non si tratta di un discorso solo teorico: « la conferma sul piano storico e positivo è data — scrive Rescigno — dall'esperienza sindacale », dal ritorno dei sindacati dopo la caduta del regime corporativo alla loro « naturale vocazione », alla loro collocazione entro un diritto privato « che obbedisce a principi di libertà, pluralità e concorrenza » (111).

Non mancavano, certo, alcune fondamentali convergenze: comune era la critica dei due giuristi cattolici al riduzionismo dell'età liberale, comune la valorizzazione della socialità della persona (non più l'individuo astratto del liberalismo), comune il richiamo alla solidarietà e la tensione ad attuare la costituzione. Molto consistenti, tuttavia, erano le distanze. Mortati restava convinto che non si potesse accettare un pluralismo sociale privo dell'autorità del punto di vista giuridico; un'autorità che solo lo Stato poteva conferire organizzando, aggregando, ricomponendo i « meri » interessi particolari per renderli partecipi dell'unità politica. Rescigno vedeva la lettura pubblicistica di Mortati impregnata da « motivi residui dell'educazione corporativa », dal timore del pluralismo concreto, dalla ostinata negazione del conflitto. La prova provata era data, del resto, dalla perdurante, e sempre più miope, classificazione dei sindacati come enti di diritto pubblico anche di fronte a una realtà comple-

---

personalistici e corporativistici, che la componente cattolica della Costituente era riuscita a immettere nella costituzione ».

(109) Ivi, p. XIX.

(110) Ivi, p. XXII.

(111) Ivi, p. XXIV.

tamente mutata (« a una realtà che ha esaltato la natura privatistica delle associazioni e dei contratti collettivi, lungo le vie e secondo le linee del diritto comune » (112)), era data da un Mortati che restava « indifferente alla vitalità ed agli sviluppi dell'ordinamento intersindacale instaurato ed operante sul piano dei fatti » (113).

9. *Attuazioni costituzionali.*

L'accorata richiesta di attuazione costituzionale di Mortati era gravata dal riferimento a una società e uno Stato idealizzati: « il 'suo' Stato, che promuove ed aiuta i gruppi ed è capace persino di educarli, e di difenderli da se stessi e nelle competizioni reciproche [...], è uno Stato, in larga misura, 'immaginario' » (114). Se è lecito dirlo riguardo a Mortati, la sua posizione era caratterizzata da una sottovalutazione delle trasformazioni della 'costituzione materiale' nel momento in cui essa diveniva espressione di un'intera società, complessa plurale conflittuale.

Mentre la voce di Mortati si alzava forte, appassionata e amara, contro le tante inadempienze del legislatore, cresceva la sua sordità nei confronti della prassi, dell'effettività, del diritto sindacale e del lavoro 'vivente', quel diritto da cogliere nei fatti, che richiamava i giuristi « al difficile compito di qualificare realtà giuridiche nuove, se non, addirittura, realtà in movimento » (115). Netto restava, infatti, il rifiuto di Mortati della 'spiegazione privatistica', l'incomprensione

---

(112) RESCIGNO, *L'autonomia delle formazioni sociali*, cit., p. 567 e ss.; p. 586. A pp. 583-584 si insiste sulla 'educazione corporativa': « la mentalità formata da quella origine, non lontana e non dimenticata, si riflette, prima che nelle singole scelte, in una visione fondamentalmente 'pubblicistica' dei fenomeni »; a pp. 587-588: Mortati vede « nel pluralismo sindacale una serie di pericoli, piuttosto che un fattore di sviluppo ed una garanzia di libertà ».

(113) Ivi, p. 585.

(114) Ivi, p. 593.

(115) G. GIUGNI, *Introduzione allo studio dell'autonomia collettiva*, Milano, Giuffrè, 1960, p. 20. La disciplina giuslavoristica « forse trova la sua più profonda ragion d'essere, al di là dei contrasti sull'autonomia o sulla specialità della stessa, nell'attitudine, ad essa intrinseca, di richiamare costantemente il giurista al difficile compito di qualificare realtà giuridiche nuove, se non, addirittura, realtà in movimento ».

della 'attuazione da non attuazione' e della svolta di metodo impressa da Giugni al diritto del lavoro (116).

Le distanze tra 'le attuazioni' non possono, però, essere esasperate con contrapposizioni troppe nette tra un contrattualismo puro (ferocemente contrario all'intervento legislativo) e uno statalismo altrettanto puro, destinato poi a tradursi nello sviluppo impetuoso alluvionale ipertrofico della legislazione del lavoro (117). Le opposte posizioni non mancano, infatti, di incontrarsi e di incrociarsi (118). Simbolo visibile dell'incontro è lo *Statuto dei lavoratori* che unisce diritti individuali e promozione dell'azione sindacale, stabilendo un nesso virtuoso tra privato e pubblico, tra individuale e collettivo, tra modi diversi di 'attuazione'. Non si trattava, ovviamente, di un'irenica composizione di tutti i contrasti: a dimostrarlo non c'era solo la voce dissenziente e isolata di Mortati ma c'erano anche le vivaci dispute sull'interpretazione dello Statuto.

Negli anni del 'dopo Statuto' la perseverante richiesta di attuazione da parte di Mortati appariva stravagante, fuori contesto, lontana dalle concrete dinamiche sociali. L'impetuosa ondata neo-

---

(116) Riguardo alla *discontinuità* con la tradizione (non solo quella pubblicistica ma anche quella privatistica) impressa dalla svolta di metodo giugniana, si cfr. E. GHERA, *Gino Giugni e il metodo giuridico*, in « Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali », 2007, 114, p. 265 e ss.; P. GROSSI, *Gino Giugni nella scienza giuridica italiana del Novecento*, ivi, p. 247 e ss.; S. SCIARRA, *Gino Giugni*, in *Il contributo italiano alla storia del pensiero — Diritto*, cit.; EAD., *Introduzione. Cronologia di un pensiero riformatore*, in G. GIUGNI, *Idee per il lavoro*, a cura di Ead., Roma-Bari, Laterza, 2020.

(117) Una divisione (troppo) netta tra contrattualisti e istituzionalisti, privatisti e pubblicisti, fra favorevoli e contrari a una nozione di interesse oggettivo dell'impresa, è presentata da ICHINO, *I primi due decenni del diritto del lavoro repubblicano*, cit., pp. 46 e 54; ID., *L'enigma del tracollo del contrattualismo Cisl negli anni Sessanta*, in *Diritti e lavoro nell'Italia repubblicana*, cit., pp. 264-265.

(118) Si incrociavano anche le accuse di 'ascendenze corporative'. La mancata diretta assunzione dell'ordinamento costituzionale a centro della ricostruzione di Giugni è considerata « equivoca »: il pluralismo inteso come 'semplice espressione' di « un equilibrio tra forze sociali contrapposte » riecheggia posizioni di stampo corporativo e dimentica — si afferma — che il contratto consolida « una posizione di disuguaglianza sociale da rimuovere », che la costituzione chiede di rimuovere. Così, in una recensione all'*Introduzione allo studio dell'autonomia collettiva,* firmata M.V. [Marco Vais] nella « Rivista giuridica del lavoro » del 1961. Cfr. G. CAZZETTA, *Quale passato per il diritto del lavoro? Giuslavoristi e costruzione della memoria nell'Italia repubblicana*, in « Rivista italiana di diritto del lavoro », 2009, p. 5 e ss.

liberista e la crisi dell'apparato concettuale e degli assiomi valoriali del diritto del lavoro hanno spinto nei decenni successivi a porre nuovamente attenzione alle pagine 'pubblicistiche' di Mortati, in un moto di salutare reazione alla centralità del mercato e alla delegittimazione della costituzione (119). Oggi non si tratta, ovviamente, di far ritorno a Mortati, di riproporre impraticabili rigide distinzioni e di richiedere 'più Stato', ma di *attuare la costituzione fondata sul lavoro* consapevoli che non è costringibile nel solo intervento pubblico e che essa, irradiandosi nell'intera dimensione giuridica, non può che avere più vie di attuazione, più modi per assicurare al lavoratore e alla sua famiglia « un'esistenza libera e dignitosa ».

(119) U. ROMAGNOLI, *La costituzione delegittimata*, in « Rivista trimestrale di diritto e procedura civile », 2003, p. 829 e ss.; ID., *Il diritto del lavoro tra Stato e mercato*, ivi, 2005, p. 53 e ss.; ID., *Costantino Mortati*, cit.

Figure dell'esperienza

RAFFAELE VOLANTE

UBI FEUDA, IBI DEMANIA. PER UNO STUDIO DEL FEUDO COME ORDINAMENTO GIURIDICO

1. Le domande dello storico e quelle del giurista. — 2. Una via già tentata. La critica del principio giurisprudenziale con la metodologia della storia generale. — 3. La questione di giurisdizione: cognizione piena e liquidazione amministrativa dei diritti collettivi. — 4. Il giudizio innanzi la Commissione feudale. Alcuni esempi. — 5. La « sesta massima » della Commissione feudale alla luce delle sue sentenze. — 6. Inutilità di schemi presuntivi nel giudizio limitato ai titoli di possesso feudale *ex* art. 16 l. 2248/65 all. E. — 7. Costruzione e uso di schemi presuntivi nei giudizi ordinari e negli appelli avverso le decisioni del giudice speciale istituito dalla l. 22 giugno 1888 n. 5489. — 8. *Ubi feuda* nel giudizio commissariale della l. 16 giugno 1927 n. 1766. — 9. Conclusioni. *Ubi feuda* come norma di conflitto tra ordinamenti distanti nel tempo.

1. *Le domande dello storico e quelle del giurista.*

> La Corte d'Appello non ha considerato che i confini giurisdizionali di un feudo coincidono con il demanio feudale solo in caso di feudo universale, mentre, fuori da tale ipotesi, da provare nel modo sopra indicato, il demanio feudale costituiva solo una parte del feudo giurisdizionale. La decisione impugnata, diversamente, ha deciso la fattispecie sulla base della qualificazione dell'intero territorio quale 'feudalità universale' pure in assenza della prova dell'investitura del feudatario.

Se la Corte di Cassazione deve interrogarsi sul feudo ancora il 9 settembre del 2021 [1], ciò accade per la costante affermazione di un principio, rubricato in genere nella massima *ubi feuda, ibi*

---

[1] Cass. civ., sez. II, ord. 9 settembre 2021, n. 24390, *Istituto diocesano per il sostentamento del clero per la Diocesi di Teramo-Atri c. Comune di Crognaleto.*

demania (2). Il tema è la prova in giudizio dell'esistenza di un assetto fondiario collettivo, il termine che la scienza giuridica assegna, oggi, a quelle forme di proprietà che la legislazione vigente — formatasi per stratificazioni successive di provvedimenti ispirati a finalità opposte — chiama variamente *usi civici* o *domini collettivi* (3). In prima approssimazione, il principio intende ovviare all'impossibilità di dare prova documentale di diritti reali che originano da consuetudini materiali, le quali si rendono evidenti solo nell'esercizio di attività concrete, come la raccolta di legna o la conduzione di greggi (4).

Molte, dunque, le domande che lo storico del diritto, che ha il feudo tra i propri oggetti naturali di ricerca, potrebbe porsi. Della più ovvia ci si può sbrigare subito: nella forma in cui viene dibattuto in giurisprudenza, il principio nasce solo nell'Ottocento delle leggi di liquidazione della proprietà collettiva, e non ha alcuna corrispondenza nel diritto comune, nonostante l'apparenza del brocardo. Sul punto, è sufficiente dare la parola al Cardinale De Luca, certamente il giurista più frequentato dalle Corti di Cassazione postunitarie, nelle cui sentenze *ubi feuda* fa la sua rapida e definitiva comparsa. Per De Luca, nel caso in cui il feudatario non abbia solo la giurisdizione sul territorio, ma la piena proprietà dello stesso — il caso limite cui accenna l'ordinanza della Cassazione da cui siamo partiti, in cui non esistono beni di proprietà collettiva — questi è comunque gravato dell'obbligo di sopperire alle minime esigenze dei *cives*, lasciando loro il pascolo o l'erbaggio sui terreni di sua proprietà (5). La proprietà collettiva, se estinta, si trasforma così in

---

(2) Accettato, come tale, anche dal giudice amministrativo. Cfr., da ultimo, TAR Puglia-Bari, sent. 14 aprile 2021 n. 649.

(3) F. MARINELLI, *Un'altra proprietà: usi civici, assetti fondiari collettivi, beni comuni*, Pisa, Pacini, 2015 e ID., *Gli usi civici*, Milano, Giuffrè, 2013^2.

(4) Il che porta a una presunzione di demanialità dei terreni poi arrivati in proprietà dei Comuni e a « una chiara inversione rispetto al principio generale di tutela del possessore in buona fede », come nota MARINELLI, *Gli usi civici*, cit., p. 282.

(5) « Est bene verum, quod in isto casu dominii universalis totius territorii, unde non remanent communalia, seu aliae territorii partes, in quibus cives, et incolae pascua cum eorum animalibus sumere valeant, tunc ipse Baro, seu Dominus tenetur hunc usum vasalliis, et habitatoribus suppeditare, ne alias inermem vitam ducant, unde habendo in eius loco vasallos, et habitatores censetur iure cuiusdam quasi contractus se

un'obbligazione quasi contrattuale del feudatario, il cui fatto costitutivo è appunto nel passaggio dei *communalia* in una situazione di dominio esclusivo e la cui causa è nella necessità che i *cives* non conducano una vita misera.

Il principio usato ancora oggi dalla Cassazione è diverso, e postula che in ogni territorio feudale vi fosse una porzione specifica e ben delimitata di beni aperti all'uso dei *cives*, che ne avevano, così, la proprietà collettiva.

Possiamo così sbrigarci di una seconda domanda: è indubbio che il principio, essendo creazione originale della giurisprudenza contemporanea, non abbia alcuna relazione con la storia del feudo o, meglio, con le storie dei tanti feudi che si sono susseguiti sul territorio italiano, ciascuna con le sue specificità irriducibili.

Da ciò non deriva, però, che il principio sia errato. La sua validità va misurata altrove, sulla sua capacità di produrre decisioni ricostruibili su una *ratio* unitaria. In altri termini, il principio va valutato sulle domande del giurista, non dello storico, e analizzato innanzitutto nella sua operatività.

Il principio opera, almeno in apparenza, come una presunzione: dalla provata appartenenza di un territorio a un antico feudo, cosa che si può ottenere con documenti o notizie storiche, si inferisce l'esistenza di un demanio, ossia di un territorio di proprietà collettiva dei residenti, legittimati a servirsene individualmente. La presunzione può essere superata solo con la prova — inevitabilmente documentale — dell'avvenuta liquidazione di quei diritti sui terreni di cui si fa questione in giudizio, conseguente a un atto conforme alle leggi dell'epoca in cui fu realizzato. Tra i possibili atti di liquidazione è la legittima chiusura del territorio nella forma della *difesa*, che ne limitava l'uso al solo feudatario, escludendone i terzi. Per il territorio già soggetto al Regno delle Due Sicilie il parametro di legittimità delle difese è dato dalla Prammatica XI « de Baronibus » emanata da Carlo V nel 1536 (6).

---

obligasse ad elementa, et alia necessaria, ut in proposito iuris lignandi, aquandi, et pascendi firmant... ». G.B. De Luca, *Theatrum Veritatis et Iustitiae*, lib. IV, pars. I, de servitutibis, disc. 36 (Amerina iuris pascendi), Venezia, 1706, fol. 58.

(6) « Salubriter providere volentes, mandamus, ut in terris cultis, sive incultis, aut nemoribus ipsarum Universitatum, aut communibus, Barones ipsi, aut alii utiles

Altri possibili atti di liquidazione sono le quotizzazioni disposte in esecuzione delle varie leggi eversive della feudalità e abolitive delle promiscuità dei diritti sul suolo emanate dalla seconda metà del Settecento in poi, dalle leggi di riforma di Pietro Leopoldo per la Toscana, alle leggi di Giuseppe Bonaparte per il Regno di Napoli, per arrivare alla l. 16 giugno 1927 n. 1766, tutt'ora vigente.

Se l'atto di liquidazione non esiste, o è invalido, perché non conforme alle leggi dell'epoca, la presunzione opera e il terreno deve essere dichiarato di demanio civico, quindi inalienabile e indivisibile fin dall'origine. Il demanio civico è, per legge, sottratto all'acquisto per usucapione (7). Ne consegue che, di fronte all'operatività della presunzione, a nulla varrebbe allegare un possesso ultraventennale (o anche ultracentenario, caso frequente) del bene da parte di chi se ne assume proprietario di fronte al giudice, né una continuità di

---

Domini, nullas defensas, forestas, seu clausuras facere possint sine expresso consensu Vasallorum, et vicinorum communionem forte, aut ius aliquod in territoriis, seu nemoribus ipsis habentium, et diligentia nostra, aut nostri generalis Viceregis, et si quae forte factae sunt, volumus per officiales nostros summarie partibus auditis, provideri de iustitia ». G. CAPOBLANCO, *De iure et officio baronum*, t. I, Napoli, 1622, p. 359. Lo stesso Capoblanco rilevava, sulla scorta di vari autori del periodo, che la capacità della comunità di pattuire la costituzione di difese non era illimitata, ma si arrestava lì ove la costituzione della difesa avesse segnato la scomparsa della collettività in quanto tale, per l'estinzione dei suoi diritti sulla massima parte del territorio. In quel caso, il consenso della collettività non poteva opporsi ai singoli (« non potest sibi praeiudicare circa ea quae spectant ad vivere hominum et suorum animalium », p. 360 n. 8).

(7) La non usucapibilità del terreno di uso civico è stata sempre ricavata dalla giurisprudenza a partire dal combinato disposto degli artt. 9 e 12 della l. 16 giugno 1927 n. 1766. L'art. 9 dispone che le occupazioni senza titolo dei terreni di uso civico sono senza effetto, a qualunque epoca essa rimonti e l'art. 12 stabilisce che i soli terreni di uso civico capaci di bosco e pascolo, non quelli capaci di agricoltura, possono essere alienati con l'autorizzazione del Ministero per l'Economia nazionale. In dottrina, solo G. CURIS, *Gli usi civici*, Roma, Libreria del Littorio, 1928, p. 125, sosteneva che la legge del 1927 avesse mutato il regime di inalienabilità assoluta dei beni civici, anch'esso un portato della rigida feudistica meridionale. La giurisprudenza di legittimità, a partire da Cass. civ., sent. 2 luglio 1930 n. 2402 (in « Rivista amministrativa », 1930, p. 404) ha sempre mantenuto l'orientamento dell'indisponibilità dei terreni gravati da usi civici. Ogni dubbio è stato fugato dalla l. 20 novembre 2017 n. 168 che, all'art. 3, stabilisce il regime positivo dell'inalienabilità assoluta dei terreni di uso civico.

trascrizioni, la quale sarebbe inutile perché, a monte, non esisterebbe il primo titolo di proprietà (8).

L'ordinanza sopra citata riassume pienamente il consolidato orientamento della Corte e chiarisce gli oneri probatori di cui, per conseguenza, sono onerate le parti del giudizio.

Un comune abruzzese cita il proprietario catastale di un fondo, perché si accerti che esso apparteneva al suo demanio civico, come risulterebbe dalle operazioni di verifica fatte nel 1811 in esecuzione delle leggi eversive della feudalità nel Regno di Napoli. Il proprietario dei fondi — un istituto diocesano per il sostentamento del clero — resiste con due eccezioni: in primo luogo, le operazioni di verifica del 1811 non avevano riguardato quei terreni, ma altri; in secondo luogo, i terreni in causa erano stati donati alla Chiesa nel lontano 1206, come da notizie storiche, e mai ceduti, per come era prova nel fatto che la Chiesa era stata tassata per il possesso di quei suoli nel 1324, nel 1465 e nel 1526.

Il giudice di primo grado — il Commissario per la Liquidazione degli Usi civici, che ha giurisdizione esclusiva sui diritti collettivi — respinge le eccezioni del proprietario e accoglie la domanda del Comune, ritenendo che le operazioni di verifica del 1811 avessero escluso l'esistenza di possessi privati nella località interessata. Il proprietario privato ricorre in appello e perde, poiché il giudice del secondo grado ritiene che la donazione del 1206 non possa costituire il primo titolo di proprietà del bene, perché non prodotta *in originale* (9). Tale assurdo onere probatorio sarebbe

---

(8) L'unico temperamento è la legittimazione dell'occupazione abusiva, che i Commissari potevano disporre, sulla base degli artt. 9 e 10 della l. n. 1766/27, ove l'occupante avesse arrecato al fondo « sostanziali e permanenti migliorie » e a condizione che il fondo occupato non interrompesse la continuità dei terreni civici. Chiara norma di ispirazione corporativa, la legittimazione è presto divenuta la forma egemone di liquidazione dei terreni collettivi in libere proprietà allodiali, soprattutto quando, dopo il d.p.r. 616/77, il potere di disporre le legittimazioni è stato trasferito, con le altre funzioni di natura amministrativa del Commissario, alle Regioni. Sulla natura del provvedimento di legittimazione, cfr. V. Cerulli Irelli, *Proprietà pubblica e diritti collettivi*, Padova, Cedam, 1983, p. 355.

(9) « Al riguardo la corte di merito ha disconosciuto il raggiungimento della prova sulla base della sola considerazione che il primo documento [la donazione del 1206] non fu prodotto in originale, in presenza della contestazione di conformità

appunto richiesto dal principio *ubi feuda, ibi demania*: provata in causa la feudalità del territorio, la demanialità civica si presume fino a prova contraria, ed è onere di chi si afferma proprietario produrre un titolo valido a escludere tale presunzione.

La Corte di Cassazione accoglie il ricorso del privato, sul mal governo del principio, di cui riassume le condizioni di operatività. Innanzitutto, *ubi feuda* implica che sia accertato, o non contestato, che il territorio di cui si fa questione in giudizio fosse abitato almeno da un nucleo di popolazione prima della sua infeudazione (10). La base logica della presunzione è nel fatto che, per diritto feudale, il titolo di concessione al vassallo di una terra già abitata importava la riserva dei diritti dei cittadini. Questi non si danno per presunti, al contrario, allorché sia dimostrato in giudizio che il territorio si sia popolato solo dopo la concessione in feudo: in questo caso, i diritti dei cittadini dipendevano dal mero volere del feudatario (11).

Il principio deve essere poi misurato con la regola dell'art. 1 della l. n. 1766/1927, che stabilisce che la prova degli usi civici può essere data con ogni mezzo, se gli stessi si trovavano in esercizio ancora dopo l'anno 1800, mentre può essere data solo con documenti, nel caso contrario. La norma, per orientamento consolidato

---

avanzata dal Comune, senza considerare il complesso degli altri documenti prodotti dall'Istituto (elencati nei motivi), che comprovavano la vetustà del possesso ». Cass. civ., ord. n. 24390/2021, cit.

(10) « La massima *ubi feuda, ibi demania* significa che, laddove un territorio fosse stato soggetto ad usi civici prima della sua infeudazione a favore di un vassallo, i diritti civici restavano riservati alla popolazione ed il feudatario poteva usarne soltanto quale primo dei cittadini ». Cass. civ., sent. 20 ottobre 1976, n. 3660, *Società Ticino c. Comune di Vigevano*, in « Massimario della giurisprudenza italiana », 1976 (solo massima).

(11) « Certamente non si può negare che nell'elaborazione delle dottrine nate dalle polemiche antifeudali, e nella legislazione che ne seguì nel Meridione d'Italia, abbia avuto parte rilevante il giusnaturalismo giuridico [sic] dell'epoca; tuttavia il principio di ragione, secondo il quale lo sfruttamento del territorio da parte delle popolazioni locali poteva venire compresso o limitato a vantaggio del feudatario o beneficiario, ma non poteva essere annullato, dovendo rimanere ad esse almeno la possibilità di utilizzazione nei limiti dei bisogni essenziali, non sembra essere stato negato o comunque persuasivamente abbandonato dalla critica storica ». Cass. civ., sent. 6 maggio 1980, n. 2986, *Sbardella c. Comune di Cori*, in « Foro italiano », 103 (1980), I, p. 2821, con nota BELLANTUONO.

della stessa Corte, non importa una presunzione di estinzione degli usi non più esercitati, né la loro prescrizione *ex lege*, ma un semplice « temperamento di indole pratica » per evitare che vengano portate in giudizio situazioni non più attuali (12). Gli usi civici rimangono, difatti, imprescrittibili, e possono così essere provati da documenti che attestino l'antico titolo feudale del territorio, da cui il principio fa derivare l'esistenza dei diritti collettivi, salve le prove contrarie prima dette: preesistenza del feudo alla popolazione o antica costituzione del territorio in *difesa* legittima (13).

È qui che il giudice d'appello ha errato nell'applicazione di *ubi feuda*: il Comune, come parte che insisteva in giudizio per la

---

(12) « La norma di cui all'art. 2 della legge 16 giugno 1927, n. 1766, che limita la libertà di prova per i diritti civici il cui esercizio sia cessato anteriormente al 1800, non importa una presunzione di estinzione degli usi, né deroga ai principi fondamentali in materia, ma costituisce solo un temperamento di indole pratica, ispirato all'interesse di evitare che determinate situazioni, specie se risalenti a tempi antichissimi, rimangano ancora indefinitamente incerte e al sempre immanente principio della imprescrittibilità e della inalienabilità degli usi. La prova documentale obbligatoriamente richiesta non può, peraltro, essere intesa nel senso rigorosissimo odierno, essendo sufficiente che la dimostrazione risulti dal documento, anche se, sempre ai fini internamente presuntivi, i quali attengono pur sempre solo alla illustrazione ed alla interpretazione dei documenti. Il che è maggiormente vero nel caso in cui la prova dell'esistenza dell'uso si sostanzia e si esaurisce nella prova della *qualitas soli*, cioè della natura feudale del terreno. Tale prova, quando gli usi non siano stati esercitati dal 1800 in poi, deve essere sempre documentale e deve essere data secondo i principi propri della prova documentale nel diritto feudale, prova che è diversa da quella che attualmente si richiede nei giudizi di revindica ». Cass. civ., Sez. II, sent. 24 gennaio 1995 n. 792. « Ove non possa farsi capo all'atto d'investitura e di concessione in feudo, la dimostrazione della natura feudale di un territorio, sul quale la popolazione abitante accampa diritti di uso civico, può ben desumersi da fonti equipollenti, inerenti al possesso del territorio in feudo, quali: i quinternioni o registri di iscrizione del feudo; i rilevi, che nella successione feudale tenevano luogo della relativa investitura; i cedolari del pagamento dell'adoa, che sostituiva l'obbligo di prestazione dei servizi militari ». Cass. civ., Sez. II, sent. 21 dicembre 2016 n. 26605.

(13) « Nel sistema accolto dalla legge del 1927 è sufficiente la prova dell'esistenza, natura ed estensione degli usi civici, sulla quale influisce il principio *ubi feuda ibi demania*, mentre ogni prova di esercizio o di possesso successivo è inutile, dacché basta quella dell'esercizio originario, insito e presupposto nella infeudazione di terreni abitati da popolazioni preesistenti, che esercitavano sui terreni stessi determinati diritti collettivi, che l'infeudazione non sopprime, ma riconosce e lascia in vita ». Cass. civ., sent. 21 giugno 1966 n. 1592, *Comune di Collesano-Caissotti e Cipolla*, in « Massimario della Giurisprudenza italiana », 1966, p. 709 (solo massima).

demanialità dei terreni, avrebbe dovuto portare la prova della natura feudale di quelle terre, che non sarebbe stato, oltretutto, costretto a dare con l'impossibile esibizione di atti formali di investitura, quanto con notizie storiche concordanti o atti che, fatti in tempo posteriore, pure presupponessero la concessione feudale. Questa prova non fu data, e la Corte d'appello non ne ha tratto la dovuta conseguenza dell'inapplicabilità del principio, che è stato così erroneamente opposto al proprietario privato, invitandolo a una impossibile produzione documentale.

2. *Una via già tentata. La critica del principio giurisprudenziale con la metodologia della storia generale.*

Potrebbe essere estremamente facile confrontare le costruzioni della giurisprudenza con i risultati della storiografia e concludere che la rappresentazione del feudo fatta dal giudice non trova riscontro nelle fonti, o è stata definitivamente scartata dagli studi più recenti o, ancora, se vale per una data regione, pure non si può estendere ad altre, che hanno avuto una storia diversa (14).

In questo modo, tuttavia, non faremmo altro che dimostrare un assioma, ossia che il giudice non fa lo storico. Mentre lo storico deve compulsare e verificare quante più fonti possibili per restituire le vicende politiche e sociali di una determinata epoca, il giudice deve risolvere questioni specifiche dai soli fatti dedotti dalle parti nel giudizio.

Appartiene quindi all'ipotesi che la ricostruzione dei rapporti feudali nella giurisprudenza sia autoreferenziale, e che ogni nuova sentenza che utilizza il principio *ubi feuda, ibi demania*, lo fa perché si confronta con le sentenze precedenti, non con i risultati di Bloch, Ganshof o Reynolds, i quali restano perfettamente sconosciuti al giudizio, se le parti non li hanno allegati a sostegno delle loro pretese (15).

---

(14) Critica ricorrente, questa, degli storici del diritto, come ricorda E. CONTE, *Demanio feudale*, in *Federico II — Enciclopedia fridericiana*, vol. I, Roma, Istituto della Enciclopedia italiana, 2006, p. 475.

(15) E che, al pari di ogni altra dottrina, non potrebbero essere citati nelle sentenze, cosa di cui in genere non si tiene conto, nel valutare la reciproca incomunicabilità tra analisi storiografica e prassi giurisprudenziale.

Per questo, quando si è voluto percorrere la strada della delegittimazione del principio giurisprudenziale in nome della complessità delle vicende storiche, i risultati non sono stati immuni da pregiudizi ideologici.

Di ciò possiamo prendere atto da una risalente polemica, che si sviluppò con toni inusitatamente accesi tra il 1954 e il 1955 tra Guido Astuti e Romualdo Trifone. Astuti pubblicò nel 1954 due scritti di differente ampiezza e occasione: una nota a sentenza e la sua relazione al primo Congresso internazionale di diritto agrario, tenutosi quello stesso anno a Firenze (16). Nella nota, si criticava radicalmente il principio *ubi feuda, ibi demania* per i suoi esiti iniqui, dovuti all'inspiegabile pervicacia della giurisprudenza di legittimità nell'adoperare dei « vecchi feticci », derivati da un « sistema di principi e presunzioni », creato in assoluta autoreferenzialità dalla Commissione feudale, istituita da Giuseppe Bonaparte per l'eversione della feudalità nel Regno di Napoli.

Tale coacervo di nozioni si era trasferito tralatiziamente alla prassi giurisprudenziale postunitaria per motivi che nulla avevano a che fare con una corretta analisi storica del feudalesimo: la gravità del problema del riassetto fondiario nella realtà meridionale, che non trovava pari importanza in altre regioni, e l'indiscussa autorità dei giuristi coinvolti nel lavoro della Commissione, a cominciare dal Winspeare (17). Si era creata così una ricchissima esperienza, la quale si era trasmessa alla giurisprudenza unitaria quasi solo per la sua massa critica: le corti avevano accolto passivamente le soluzioni della dottrina e della giurisprudenza meridionali e avevano assunto come dato indiscutibile che un terreno oggetto di usi civici fosse da

---

(16) G. Astuti, *Vecchi feticci in tema di usi civici*, nota a Cass. civ., sent. 13 ottobre 1953 n. 3345, *Comune di Cellere c. Bevilacqua*, in « Giurisprudenza italiana », 1954, I, p. 119. La relazione fu pubblicata col titolo *Aspetti e problemi del riordinamento degli usi civici in Italia*, in « Rivista di Diritto agrario », 33 (1954), p. 34.

(17) David Winspeare fu Procuratore Generale presso la Commissione feudale e massimo divulgatore del ruolo che essa ebbe nella sua opera più famosa, pubblicata a pochi mesi dalla chiusura dei lavori della Commissione, e più volte ristampata. Nell'impostazione del Winspeare — certo non originale per la sua epoca — il feudo è una storia comune a tutte le nazioni d'Europa « in guisaché la storia particolare di ciascuna di esse si trova strettamente congiunta con quella delle altre ». D. Winspeare, *Storia degli abusi feudali*, Napoli, Tip. Trani, 1811, p. XI.

qualificarsi sempre e comunque come demanio, e che da ciò derivasse la sua inalienabilità.

In questo modo, tuttavia, esse avevano esteso a tutta l'Italia regole prodotte in tempi moderni con riferimento alla sola realtà meridionale (18). Il che era già un errore, poiché equivaleva a imporre ai territori centro-settentrionali una storia che a essi non era appartenuta, ma tanto più grave, ove appena si fosse considerato che quelle regole non corrispondevano che in minima parte alla realtà del feudalesimo nello stesso Meridione, per come un secolo e mezzo di storiografia giuridica aveva ormai dimostrato (19). Era dunque giunto il tempo di una profonda revisione, tanto più urgente dopo che a « analoghi scopi » provvedevano ora altre leggi, con « nuovi criteri e nuovi metodi, più aderenti alle esigenze dei nostri tempi », e il riferimento era, ovviamente, alla Riforma agraria (20).

Nella relazione, pubblicata poi come articolo sulla Rivista di Diritto agrario, lo sguardo di Astuti si faceva più ampio e rivelatore di un disegno preciso.

Innanzitutto, gli usi civici erano una miriade di diritti di *mero godimento* che spettavano ai componenti di talune comunità su fondi rustici, diritti che si distinguevano nettamente tra loro, a una corretta analisi storica, sia per l'origine, che per la struttura (21).

---

(18) « Ma è innegabile che vi fu anche una influenza negativa, e gravemente dannosa, sotto un duplice aspetto. Da un canto, sulla base di quelle esperienze, le nuove leggi e i loro interpreti furono tratti ad una disciplina unitaria e uniforme di situazioni storico-giuridiche profondamente diverse, mentre ogni regione d'Italia avrebbe richiesto, se non una legislazione particolare, almeno una concreta applicazione più aderente alla realtà locale, e alla formazione storica di diritti che avevano avuto origini e vicende tanto varie e peculiari. D'altro canto, la nostra prassi giurisprudenziale è rimasta troppo spesso ancorata a quelle esperienze e a quegli schemi dottrinari, che ben rispondevano alle speciali esigenze di altri tempi, ma apparivano sempre meno adeguati alla realtà storica, e non si è rinnovata, come pure avrebbe potuto, facendo proprii molti risultati conseguiti dalla moderna storiografia giuridica attraverso la concreta ricerca ed illustrazione delle vicende della proprietà e del possesso fondiario e delle forme storiche del godimento individuale e collettivo nelle diverse regioni italiane. ». ASTUTI, *Vecchi feticci*, cit., p. 121.

(19) Sul punto, tuttavia, Astuti citava solo G. CASSANDRO, *Storia delle terre comuni e degli usi civici nell'Italia Meridionale*, Bari, Laterza, 1943.

(20) ASTUTI, *Vecchi feticci*, cit., p. 122.

(21) « È noto che sotto la generica denominazione di 'usi civici' sogliono raggrupparsi diverse categorie di diritti di godimento spettanti ai componenti di

Vero che essi rispondevano a una matrice economica comune, che aveva impedito la formazione di una proprietà privata dei suoli poco o per nulla adatti alla coltura, ma era innegabile che queste eguali esigenze si fossero estrinsecate in forme giuridiche diverse, in funzione delle diverse consuetudini locali e del diverso regime della proprietà pubblica e privata presente nei vari Stati preunitari. Tali diritti erano andati incontro, dalla fine del Settecento in poi, a molteplici forme di liquidazione: opera incompleta, che spinse il legislatore postunitario a un riordinamento della materia, il quale si è completato, dopo molti tentativi, con la l. 16 giugno 1927, n. 1766.

Quest'ultima si prestava però a una precisa riserva: alla necessità di una legge unitaria non si sarebbe dovuto rispondere con una disciplina unica degli usi civici, che ignorasse la « multiforme realtà storica », di cui pure i redattori erano ben consapevoli. Essi scelsero però di appiattirsi sulle leggi del Regno di Napoli e sulla prassi della Commissione feudale, con poche innovazioni (22). In questo modo sono passate alla prassi applicativa della legge tutte le tradizioni interpretative della dottrina meridionale che, se pure animata da persone notevoli e da sguardi illuminati, era innegabile non avesse sortito « lo sperato successo definitivo », destino cui la legge del 1927 è puntualmente andata incontro.

Il vizio, per Astuti, era alla radice: la dottrina meridionale si basava su una « concezione giusnaturalista » degli usi civici, che aveva portato, « per logica conseguenza » a considerarli intangibili e, soprattutto, imprescrittibili. Una concezione che venne formulata per servire precisi interessi politici del momento, ma che non aveva alcuna base giuridica, anche se « i giuristi che la formularono poterono avvalersi degli spunti offerti da alcuni testi romani » (23).

---

comunità e collettività su fondi rustici, che dovrebbero invece essere differenziati e distinti sia per la loro origine e formazione storica, sia per la loro struttura e qualificazione giuridica ». ASTUTI, *Aspetti e problemi*, cit., p. 34.

(22) Ivi, p. 36. Una critica, questa, condivisa poi da E. CORTESE, *Domini collettivi*, in *Enciclopedia del diritto*, XIII, Milano, Giuffrè, 1964, p. 914.

(23) « Ma tale concezione, anche se i giuristi che la formularono poterono avvalersi degli spunti offerti da alcuni testi romani, non aveva alcuna base nella realtà, nelle origini storiche delle situazioni giuridiche concrete cui si pretendeva applicarla: come è stato universalmente riconosciuto, la dottrina giusnaturalistica degli usi civici ha la sua giustificazione solo nell'ambiente culturale dei secoli XVII e XVIII, e in relazione

In ogni caso, il « moderno legislatore italiano » non poteva condividerla, e difatti non la condivise nel momento stesso in cui aveva disposto la liquidazione degli usi civici e, più ancora, aveva negato qualsiasi azione per la rivendica a quegli usi che non fossero stati previamente denunciati nel termine di sei mesi dall'entrata in vigore della legge, per come disponeva l'art. 3 (24). Questa prescrizione legale era da lodare, poiché « aveva il preciso scopo di chiudere definitivamente l'epoca delle rivendicazioni, causa di continua incertezza dei possessi privati, e strumento di demagogiche agitazioni » (25).

La concezione giusnaturalista degli usi civici si era però trasferita dalla dottrina meridionale preunitaria alla giurisprudenza, la quale aveva, per questa via, sostanzialmente aggirato le disposizioni della legge del 1927, creando una disciplina parallela. Questa era stata appunto costruita recuperando le soluzioni artificiali della dottrina meridionale su tre punti specifici, i quali avevano agito come altrettanti cunei per scardinare l'impianto positivo.

La prima vittima era stata proprio l'art. 3: usando della vecchia dottrina meridionale — che distingueva le terre in demani regi, feudali e universali, e ipotizzava una originaria qualità universale

---

con le esigenze di carattere politico, sociale, economico, che determinarono la rivendicazione di quei diritti di fronte ai baroni ». ASTUTI, *Aspetti e problemi*, cit., p. 39.

(24) *Ibidem.*

(25) Ivi, p. 40. Il tema era stato oggetto di vivo dibattito, al momento della redazione della legge del 1927. Il r.d.l. 22 maggio 1924, n. 751 negava ogni azione a chi avesse rivendicato usi civici oltre i due anni dalla sua promulgazione. In sede di conversione, il termine passò a sei mesi dall'entrata in vigore del regolamento attuativo della legge, poi promulgato con r.d. 26 febbraio 1928 n. 332. La dottrina dell'epoca vedeva in questa norma uno dei capisaldi della nuova legislazione, destinato ad ovviare a un problema che si era ripetutamente posto nell'applicazione della l. n. 5489/1888. Questa legge individuava i diritti collettivi da abolire con compenso attraverso il riferimento all'ultimo possesso di fatto. Si erano avute, così, ben tre diverse interpretazioni, Per la prima, l'ultimo possesso di fatto era quello esercitato al momento dell'emanazione della legge. Per una seconda, occorreva riferirsi al periodo anteriore, con la conseguenza di verificare anche possessi remotissimi, poi interrotti nel tempo e non più attuali. La terza — intermedia e, pertanto, ancora meno praticabile delle altre due — riteneva dovesse farsi riferimento a un possesso non così remoto da doversi ritenere che gli usi fossero caduti in desuetudine, ma escludeva comunque che la legge intendesse riferirsi solo al possesso attuale. G. CURIS, *Commento teorico pratico al R. D. Legge 22 maggio 1924 n. 751*, Roma, Tip. Centenari, 1924, p. 32.

delle terre, poi compressa dagli altri poteri sul territorio — la giurisprudenza aveva affermato che andasse innanzitutto accertata la qualità demaniale del suolo, per poi decidere della decadenza dall'azione di rivendica degli usi civici (26). In concreto, ciò ha vanificato lo scopo dell'art. 3, che la giurisprudenza limitava alla mancata denuncia degli usi civici su terre in proprietà privata, distinguendo questo caso da un altro, che la legge non prevedeva: gli usi civici su terre di originaria appartenenza alla collettività, per le quali, pur se chiuse da lungo tempo, non poteva essere prodotto un primo acquisto legittimo.

Il secondo punto era il regime delle prove. Vittima persino Scialoja della tradizione giuridica meridionale, che comandava l'imprescrittibilità degli usi civici, la legge del 1927 aveva inopinatamente garantito la massima larghezza nei « mezzi legali » di prova, in modo da escludere l'estinzione degli usi per desuetudine (27). La giurisprudenza ne aveva presto approfittato, trovando nel principio *ubi feuda, ibi demania* il mezzo per accertare usi civici ormai dimenticati: bastava allegare che, in un'età qualsiasi, il territorio fosse stato parte di un feudo, per derivarne l'esistenza degli usi, fuori da ogni evidenza circa il loro esercizio attuale.

Il terzo punto era la qualificazione degli usi civici come diritti di condominio, piuttosto che come diritti di godimento su cosa altrui, per come sarebbe altrimenti risultato dall'impianto della legge del 1927. Qui la critica di Astuti era duplice: innanzitutto, la concezione dominicale degli usi civici obbligava a far ricorso alla « superata dottrina medioevale della pluralità dei domini ». In secondo luogo, neanche da questa si sarebbe potuto arrivare a una

---

(26) Più esattamente, la Cassazione ha costantemente affermato che l'obbligo della denuncia e il relativo termine semestrale di prescrizione dall'azione riguardasse solo gli usi che gravavano su terreni privati, come unici passibili di liquidazione, con l'attribuzione al Comune di una parte dei terreni e la conseguente liberazione della proprietà residua da ogni vincolo. I terreni comunali gravati da usi civici non andavano incontro alla liquidazione, ma alla quotizzazione. Per questi usi, l'art. 3 non trovava quindi un presupposto di applicazione. L'orientamento, assolutamente costante nel tempo e osservato ancora oggi, fu inaugurato nei primissimi anni di applicazione della legge del 1927. Cass. civ. 10 maggio 1930 n. 1631, in « Rivista dei demani, acque, miniere, usi civici », 1930, p. 362.

(27) Astuti, *Aspetti e problemi*, cit., p. 41.

situazione di condominio in senso tecnico, poiché non vi sarebbe stata identità nel diritto di cui i due soggetti, che la giurisprudenza assumeva come condomini, sarebbero stati titolari ([28]).

Nella visione di Astuti, difatti, gli usi civici davano luogo a poteri di godimento e di disposizione diversi da quelli della proprietà privata, sia per qualità, che per quantità. La miglior dimostrazione era nella legge, che, nel momento in cui intendeva separare le ragioni del proprietario privato del suolo da quelle degli utenti, non ricreava un nuovo uso civico su una porzione più piccola, ma una proprietà privata, che si sarebbe acquistata agli assegnatari a titolo originario.

La prassi giurisprudenziale era arrivata, invece, a costruire negli usi civici una proprietà inalienabile, e le conseguenze più gravi si erano avute in sede di riforma agraria. La Legge Sila, ad esempio, trasferiva sulle indennità di espropriazione tutti i diritti dei terzi, e comprendeva espressamente tra questi gli usi civici, ma la giurisprudenza aveva più volte sostenuto che questa norma comprendesse solo i diritti assimilabili a servitù e non i diritti assimilabili alla proprietà, creando distinzioni indebite, che hanno compromesso lo scopo della legge. Ancora, dinanzi alla chiara norma della Legge 21 ottobre 1950 n. 841 (c.d. « stralcio »), che dichiarava espropriabile la proprietà terriera privata nella sua consistenza al 15 novembre 1949, la concezione dominicale degli usi civici aveva portato a dire che la norma riguardava solo i terreni privati gravati da usi civici, non quelli di originaria proprietà delle collettività — la categoria indebitamente costruita dalla giurisprudenza — che sarebbero rimasti fuori dagli espropri ([29]).

Si era così creato un perfetto corto circuito della legislazione: sarebbe bastato affermare che un terreno appartenesse in origine a una generica collettività per avere azione per la rivendica degli usi civici, provarli con l'esistenza della feudalità sul territorio e servirsi di essi per evitare gli espropri della riforma agraria. Il tutto su una costruzione artificiale, che sarebbe andata a danno delle vere proprietà collettive — le regole dell'Arco alpino, le partecipanze emiliane, le vicinie piemontesi e lombarde — realtà non assimilabili nei

([28]) Ivi, p. 54.
([29]) Ivi, pp. 50-51.

principi tralatizi della dottrina meridionale e, non a caso, messe a rischio dalla legge del 1927 come patrimoni da liquidare non a pro dei soli legittimati, ma di tutti i residenti del Comune di afferenza.

La critica di Trifone fu serrata (30). Innanzitutto, Astuti non citava alcuna fonte a sostegno della sua idea di una « revisione critica » delle idee sul feudo che sarebbe stata ormai compiuta a livello della storiografia giuridica, ma del tutto ignota alla giurisprudenza. Né Schupfer, né Tamassia, per citare i maggiori autori sul tema, si erano mai discostati dall'idea per cui il feudo era stata una concessione fatta dal Re di diritti e beni del patrimonio pubblico, corporali come incorporali, e che il concessionario era, in questo, soggetto agli stessi limiti del concedente. Tra questi limiti, il maggiore era quello di non poter escludere la plebe inerme dall'uso di boschi e pascoli, cosa che era stata sempre fondata sullo *ius naturae* sin dai tempi di Andrea d'Isernia (31).

Anche a considerare il giusnaturalismo una colpa, i giuristi napoletani della fine del Settecento ne erano immuni quanto alla rappresentazione giuridica del feudo: essi non poterono far altro che sistematizzarlo come concessione di un dominio utile su una porzione di patrimonio pubblico, sul quale il Re manteneva un dominio diretto come *ius superioritatis*. Da questa sistematizzazione originò il termine di demanio feudale, come parte del pubblico territorio che, pur dopo la concessione, tale restava e non poteva presumersi aver trasferito al concessionario più diritti di quanti ne avesse il concedente. Se questi non aveva mai escluso, con specifici atti di ablazione o cessione, i diritti di uso delle popolazioni, questi erano destinati ad opporsi anche ai concessionari, per come dicevano indiscriminatamente tutti i giuristi dell'epoca, anche settentrionali (32).

---

(30) R. TRIFONE, *A proposito di vecchi feticci in tema di usi civici*, in « L'Italia agricola », 1955, p. 679; ID., *Intorno ad alcune critiche alla legge sul riordinamento degli usi civici*, in « Rivista di diritto agrario », 34 (1955), p. 260.

(31) TRIFONE, *Intorno ad alcune critiche*, cit., p. 263.

(32) Qui Trifone (*A proposito di vecchi feticci*, cit., p. 686) citava a bella posta, contro il piemontese Astuti, il piemontese T. RICHERI, *Universa civilis et criminalis iurisprudentia*, III, Lodi Vecchio, 1826, par. 1158, di cui conviene qui riportare l'esemplare chiarezza: « Facultas pecoris pascendi in praediis alienis interdum in iure communionis fundamentum habet; non eo iure communionis, quod privatorum voluntate inductum sit, sed quod sine ulla conventione obtinet; videlicet in pascuis publicis,

Non era stato così un giusnaturalismo astratto e filosofeggiante a creare il concetto di demanio civico. I demani esistevano da secoli nella vita delle popolazioni e qualsiasi giurista si fosse posto l'obiettivo di liberare la proprietà dal giogo del feudalesimo avrebbe risolto il problema in modo simile. Trifone aveva buon gioco nel ricordare che quando il Romagnosi aveva dovuto proporre, nel 1813, una legge per l'abolizione della feudalità per taluni territori lombardi, tra cui Milano, vi aveva posto gli stessi principi: il demanio feudale sarebbe dovuto rientrare nel patrimonio dello Stato, dal quale era stato distaccato, e lo si sarebbe poi dovuto alienare in tante proprietà private (33).

Ciò che Astuti non aveva avuto chiaro, secondo Trifone, era il problema del rapporto tra feudo, demanio feudale e usi delle popolazioni. Dal feudo si poteva provare il demanio, ma da questo non si provava l'esistenza degli usi (34). Per come costantemente stabilito dalla giurisprudenza, il demanio feudale disabitato non era gravato da usi civici, per come non lo era quella porzione di demanio che, a parti invertite, fosse stata legittimamente chiusa dal feudatario agli usi promiscui, con la costituzione di una *difesa*.

Quanto al resto, Astuti non faceva altro che riesumare vecchi dibattiti, che la legge del 1927 aveva superato con delle scelte precise. Era stato ampiamente discusso, al tempo della sua redazione, se una disciplina unitaria fosse o meno preferibile, e si era deciso per una legge unica perché, se anche le manifestazioni giuridiche erano state diverse, il sostrato economico era sempre stato lo stesso, e aveva sempre rappresentato un freno al pieno utilizzo delle risorse (35). Così come era stata inesauribile la discussione sulla natura dei diritti delle popolazioni, e la legge l'aveva appunto superata prescindendone, per destinare qualsiasi uso alla liquidazione. La legge del 1927 non poteva quindi essere accusata di frenare

---

seu communibus, universitates enim, ut suo loco demonstravimus, res quasdam communes habent, quarum proprietas ad ipsam universitatem spectat, usus vero omnibus, qui de eadem universitate sunt, inter quas pascua quoque computantur ».

(33) TRIFONE, *A proposito di vecchi feticci*, cit., p. 685. Trifone citava in proposito C. MAGNI, *Il tramonto del feudo lombardo*, Milano, Giuffrè, 1937.

(34) TRIFONE, *A proposito di vecchi feticci*, cit., p. 687.

(35) TRIFONE, *Intorno ad alcune critiche*, cit., p. 268. Il riferimento era alla relazione di G. Acerbo per la conversione in legge del R.D.L. 22 maggio 1924, n. 751.

né la « legge stralcio », né la « legge Sila », poiché, in realtà, perseguiva lo stesso scopo: individuare dei patrimoni fondiari da quotizzare a favore dei ceti meno abbienti. Di più: poiché le leggi di riforma agraria erano finalizzate all'esproprio dei patrimoni ex feudali, sarebbe stata quotizzata molta più terra se la legge del 1927 fosse stata applicata prima di effettuare gli espropri sulla sola parte liquidata in proprietà dell'ex feudatario (36).

3. *La questione di giurisdizione: cognizione piena e liquidazione amministrativa dei diritti collettivi.*

La polemica tra Astuti e Trifone ci partecipa un'inconciliabile diversità di prospettive sul tema degli usi civici, che si misura sotto più profili, taluni espliciti, altri impliciti. Quello più esplicito è, ovviamente, la ricostruzione della loro struttura: per Astuti, essi erano diritti di mero godimento, che potevano affollarsi sulla superficie del diritto di proprietà tanto da renderlo economicamente inutile, ma mai intaccarne il nucleo, ritenuto impermeabile alla storia. Non è per caso che lo storico del diritto che, fino a quel fatidico 1954, aveva costruito tutto il suo percorso scientifico sullo studio del diritto comune, non citasse, in questi suoi scritti, alcuna fonte medievale. Queste — lo diamo come dato che non ha oggi bisogno di essere dimostrato — lo avrebbero sistematicamente smentito, per come rilevava, anche troppo facilmente, Trifone.

Il punto centrale delle tesi di Astuti era questo: quanto in antico regime poteva essere considerato come proprietà, oggi doveva essere considerato, per effetto della legislazione positiva e dei suoi principi, un diritto dal contenuto infimo che, se era esercitato, andava estinto in fretta e furia e, se non era esercitato, andava

(36) « Dire per tanto che con il definire senza eccezioni gli usi civici diritti di condominio per il 'capzioso tentativo di ostacolare l'applicazione delle leggi di riforma fondiaria' non pare che risponda a verità. In fin dei conti queste leggi di riforma si propongono un fine che risponde a quello della legge di liquidazione e di riordinamento degli usi civici in Italia, e cioè di creare dei piccoli proprietari, quando la natura del terreno lo consenta. Ora come si può attuare lo 'scorporo' dei terreni, se non è accertato quanta parte di essi può spettare al proprietario dopo la liquidazione degli usi civici o, meglio, dopo l'assegnazione di quella parte di terreno che, per l'accertata esistenza dei detti usi, bisogna fare al Comune? ». Ivi, p. 271.

dichiarato prescritto, senza indennizzi o compensi di sorta. Era stato proprio il miraggio dell'indennizzo, ravvivato da improvvidi arresti della giurisprudenza di legittimità, a far riaccendere contenziosi ormai sepolti nel tempo, nei quali un'economia agraria persa nelle nebbie della storia aveva vissuto una vita virtuale dinanzi al giudice, ma senza fondamento nella realtà. Il principio *ubi feuda, ibi demania* era stato la causa principale di questa dinamica, poiché aveva condotto a riconnettere l'accertamento degli usi non alla realtà attuale, ma a quella del passato.

Per Trifone valeva l'inverso: nel momento in cui l'ordinamento positivo vigente decise di creare un unico diritto sulla terra, spazzando la miriade di diritti propri degli ordinamenti del passato, ciascuno di questi si sarebbe dovuto trasformare in un diritto di proprietà. Argomentare dal mancato esercizio attuale dei diritti si traduceva nella legittimazione di altrettanti abusi, perpetrati da chi era riuscito a impossessarsi di porzioni di territorio senza un titolo legittimo: una cosa era la *difesa* costituita a norma delle Prammatiche del Regno, altra cosa era dire che un pezzo di terra dovesse essere visto come proprietà privata solo per essere stato recintato uno o due secoli prima, in via di mero fatto. Nella sua visione, il principio *ubi feuda, ibi demania* era un momento essenziale del sistema, perché rendeva effettiva l'imprescrittibilità degli usi civici, e garantiva che la loro liquidazione conseguisse esclusivamente a un atto legittimo, fosse esso stato fatto a termini della legge del 1927, o di una legge non più vigente.

La diatriba tra i due studiosi, che continuerà per altri scritti (37), ruotava, in realtà, intorno alla diversa considerazione di un aspetto implicito, che è centrale per comprendere il nostro tema: le leggi eversive della feudalità nel Regno di Napoli erano state le uniche a prevedere la liquidazione delle promiscuità di diritti attraverso una procedura giurisdizionale contenziosa, in cui i titoli dei feudatari venivano accertati in un procedimento a cognizione piena, sulla base delle prove allegate e con efficacia di giudicato e, corri-

(37) Trifone proseguì la polemica con un nuovo articolo su *L'Italia agricola*, che aveva già ospitato una replica di Astuti (1955, p. 837). Questi pubblicò nuovamente la sua replica, con una breve aggiunta, sulla *Rivista di diritto agrario*, proclamando che non avrebbe più scritto nulla in risposta a Trifone. G. ASTUTI, *Una curiosa polemica in tema di usi civici*, in « Rivista di diritto agrario », 35 (1956), p. 65.

spettivamente, venivano accertati i diritti della generalità dei cittadini sulla terra.

Dopo la l. 2 agosto 1806, che aboliva la feudalità, Giuseppe Bonaparte promulgò la l. 1 settembre 1806, sulla ripartizione dei demani e lo scioglimento della promiscuità. L'art. 6 di questa legge affidava — senza porsi troppi problemi — la risoluzione delle controversie ai magistrati ordinari. Il quadro mutò col decreto 8 giugno 1807, sulla definizione di demanio e le norme per la ripartizione. Il decreto costruiva il procedimento di ripartizione su due fasi. La prima era destinata alla divisione dei demani feudali tra ciascun barone e « il corpo morale dell'Università »; la seconda era la quotizzazione dei demani attribuiti a detto corpo morale tra gli individui che lo componevano (art. 5). La prima operazione si sarebbe dovuta svolgere con il ministero di arbitri, uno per ciascuna parte. Il quadro cambiò ancora col decreto 11 novembre 1807, col quale si istituiva un giudice speciale per le controversie tra baroni e università: la Commissione feudale. A questa, composta da cinque membri, il decreto affidò la cognizione di tutte le cause pendenti prima del 2 agosto 1806 presso le corti del regime precedente e le altre che fossero state introdotte davanti ai giudici ordinari.

Il decreto stabiliva che la Commissione avrebbe dovuto ultimare i propri lavori con la fine del 1808 e che le cause non decise a quell'epoca sarebbero rimaste perente. Con successivi decreti, il nuovo Re di Napoli, Gioacchino Murat, prorogò i poteri della Commissione di anno in anno, fino al 1 settembre 1810.

Le riforme degli stati centro-settentrionali di fine Settecento, al contrario, erano state condotte esclusivamente in via amministrativa, attribuendo a organi specifici dei compiti determinati e senza possibilità di reclamo in sede giurisdizionale. Così era stato per le ordinanze di Maria Teresa e di Giuseppe II per il Ducato di Milano, che si erano limitate a disporre la divisione dei pascoli comunali fra i coloni, sul presupposto che essi fossero di proprietà pubblica, ma avevano lasciato in proprietà pubblica e indivisibile i boschi (38). Così, ancora,

(38) Ordinanze 23 agosto 1770 e 14 marzo 1775. Cfr. G. RAFFAGLIO, *Diritti promiscui. Demani comunali. Usi civici*, Milano, Società editrice libraria, 1939[3], p. 97. Il giudizio dello Schupfer non è tuttavia così favorevole alla definitività dei provvedimenti di Maria Teresa e Giuseppe II per l'Austria e la sua accurata analisi mostra che i

era avvenuto nello Stato più all'avanguardia sulla strada delle riforme, il Granducato di Toscana, ove un organo specifico — la Camera delle Comunità — ordinava vendite e livelli « a mano libera » dei patrimoni comunali ed ecclesiastici in esecuzione di un disegno preciso e senza possibilità di una fase giurisdizionale, né per la rivendica dei diritti, né per il reclamo sui provvedimenti di liquidazione (39).

Il governo restaurato del Regno delle Due Sicilie mantenne tra i propri obiettivi l'eversione della feudalità, con una serie di provvedimenti di cui non possiamo, in questa sede, ripercorrere il complesso percorso istituzionale. Basti qui citare gli artt. da 174 a 177 della Legge del 12 dicembre 1816 sull'Amministrazione civile, fra i primi provvedimenti del governo restaurato, la quale manteneva i comuni come enti di pubblica amministrazione, stabilendo che le loro rendite dovessero, in linea di principio, essere separate sia da quelle dello Stato, sia da quelle dei privati. La legge disponeva che si continuassero a sciogliere le promiscuità di diritti sulla terra, con l'assegnazione in piena proprietà a ciascuno degli interessati di una quota del suolo che corrispondesse « ai suoi diritti a norma degli stabilimenti adottati », espressione ellittica, nella quale si comprendevano tutti i provvedimenti legislativi del passato governo napoleonico. Ulteriormente, la legge sull'Amministrazione civile (art. 176) dichiarava abusiva ogni « occupazione e alienazione illegittima del demanio comunale », a qualunque epoca rimontasse, escludendo

---

problemi fossero gli stessi di quelli sperimentati dal legislatore napoleonico e dalla Commissione feudale: « Così la legge: ma l'applicazione fece nascere dei dubbi a cagione delle varie specie di pascoli comunali, alcuni dei quali erano posseduti dai comuni esclusivamente, sia colla prestazione o senza di un certo servigio annuo; altri invece erano posseduti insieme colla signoria; ed altri con un determinato censo annuo che pagavano al signore del villaggio o ad altro signore in altra castellania ». F. SCHUPFER, *Degli ordinamenti economici in Austria sotto Maria Teresa*, in « Archivio giuridico », II (1868), p. 262.

(39) L. TOCCHINI, *Usi civici e beni comunali nelle riforme leopoldine*, in « Studi storici », II (1961), p. 234. Il livello « appodiato » o « a mano libera » era una forma di concessione livellaria dei beni comunitativi introdotta dai provvedimenti di riforma (nello specifico, le Istruzioni del 1774) che trasferiva al concessionario un dominio utile affine all'allodio, perché mai destinato a ricongiungersi al dominio diretto del suolo, di cui le Istruzioni riconoscevano titolare il comune, come ente amministrativo. G. POGGI, *Saggio di un trattato teorico pratico sul sistema livellare secondo la legislazione e giurisprudenza toscana*, voll. 1-4, Firenze, Tip. Bonducciana, 1829-1832.

che il possesso del demanio potesse essere titolo per la partecipazione allo scioglimento della promiscuità.

Le controversie sarebbero state decise dall'Intendente della Provincia, quindi in via amministrativa, ma con la possibilità di reclamo alle « autorità competenti », che non venivano altrimenti specificate. La legge, da ultimo, ordinava la divisione dei demani comunali con l'assegnazione in libera proprietà ai cittadini, gravata della sola prestazione di un canone annuo in favore del Comune, ancora una volta perpetuando la disciplina creata nel periodo napoleonico.

Non bisogna così confondere le sentenze della Commissione feudale, organo giurisdizionale, con i provvedimenti degli Intendenti borbonici, organi amministrativi. Gli Intendenti erano chiamati a eseguire le operazioni di divisione e la risoluzione delle controversie in esecuzione dell'accertamento fatto precedentemente dalla Commissione, e dovevano tenersi strettamente aderenti a quei giudicati. La raccolta delle sentenze della Commissione feudale fu, per questo, ripubblicata per ordine regio nel 1822 e poi dichiarata ufficiale con decreto reale del 26 settembre 1836.

Per Astuti, la via seguita dagli Stati preunitari centro-settentrionali era stata efficace, tanto da arrestarsi solo dinanzi alla soglia di quei domini collettivi che, costituiti in regole e comunioni familiari, rappresentavano la modalità di sfruttamento più economico possibile di territori marginali e che, perciò, era stato utile mantenere. Quelle riforme, per converso, avevano portato celermente le grandi estensioni di terra coltivabile dalla congerie dei domini diretti e utili, tipica del Medioevo, alla proprietà privata di stampo romanistico. Se ciò non era accaduto per il Meridione d'Italia, era il segno dell'insufficienza di quelle leggi.

Per Trifone, anche le leggi di riforma centro-settentrionali erano state insufficienti, lasciando senza accertamento gli usi civici di più di 220 comuni piemontesi e più di 245 lombardi, come era stato calcolato al tempo della redazione del r.d.l. 22 maggio 1924 n. 751, poi convertito nella l. n. 1766/1927 (40). Per Astuti, quegli usi, semplicemente, non esistevano più, perché le terre avevano già

(40) TRIFONE, *Intorno ad alcune critiche*, cit., p. 267.

trovato da lungo tempo un proprietario catastale, ed era inutile, oltre che dannoso, riaprire la questione della legittimità dei titoli.

4. *Il giudizio innanzi la Commissione feudale. Alcuni esempi.*

Il primo quesito da porsi è quindi se la Commissione feudale abbia accertato i diritti collettivi delle popolazioni sulla base del principio *ubi feuda, ibi demania* o di presunzioni di altro genere.

Non possiamo fare che pochi esempi dalle oltre tremila sentenze che la Commissione emanò in tre anni di attività, limitata ai territori *di qua dal Faro* (41). Scegliamo così due sentenze, fra molte consimili, in cui tra le questioni poste in giudizio compare quella dell'individuazione dei *demani* — i terreni aperti agli usi promiscui dei residenti — in contrapposizione alle *difese*, i fondi chiusi dal feudatario.

Tale questione, infatti, non era l'unica della cui decisione la Commissione potesse essere investita: la più gran parte del contenzioso avveniva sui « diritti proibitivi », ossia quelle prestazioni, in denaro o in natura, che i baroni esigevano, a titolo consuetudinario, sul provento di attività svolte dai residenti anche su terreni propri, come anche sul provento di attività estranee alla coltivazione. I diritti proibitivi erano stati aboliti senza indennizzo dall'art. 7 della l. 2 agosto 1806, e così i diritti di angaria e parangaria, altro nome che una terminologia di pieno diritto comune attribuiva ai diritti del feudatario di esigere prestazioni in opere o in natura dalle popolazioni dei suoi feudi.

Portata in giudizio, la questione si traduceva, quanto all'accertamento, negli stessi termini dell'altra: la Commissione era chiamata a individuare, in una messe infinita di prestazioni, descritte con i nomi più vari, diversi da luogo a luogo, quali, tra quelle richieste dal feudatario, rientrassero nella definizione di legge, e andassero conseguentemente abolite, e quali no. Quelle che non fossero rientrate tra le angarie e i diritti proibitivi, si sarebbero dovute considerare

(41) L'abolizione della feudalità nei dominii *di là del Faro* fu decretata solo nel 1813, con Diploma Reale del 25 marzo.

oggetto di un diritto di proprietà, da liquidare con la corresponsione di un indennizzo (42).

È così che le controversie introdotte dinanzi alla Commissione feudale coinvolgevano sempre una pluralità di diritti, i quali venivano accertati nella consistenza dichiarata da atti precedenti, senza alcun ricorso a schemi presuntivi.

Il primo esempio è la sentenza definitiva nella causa tra il Comune di Carbonara, Provincia di Principato Ulteriore e il principe di S. Angelo Imperiale, del 2 gennaio 1810 (43). Il Comune agiva per nove questioni. Le prime tre erano relative a diritti che il feudatario esigeva, a dire del Comune, su terreni in proprietà privata dei cittadini. Nello specifico, il barone esigeva la metà del valore della semente (« mezza semenza ») impiegata per coltivare in quasi tutti i terreni « appadronati », e questa esazione si era estesa nel tempo a qualsiasi specie di coltura, passando dal grano all'orzo, al mais e ai legumi, tipica coltura povera di rotazione. La prestazione non veniva richiesta nel caso in cui il terreno non fosse messo a coltura, per le normali esigenze della rotazione agraria.

Altro diritto che il feudatario esigeva era quello di fida sull'erba estiva sui terreni privati, fra la mietitura e la successiva semina: per l'effetto, chiunque avesse pagato quest'onere sarebbe potuto entrare nel territorio altrui per portarvi greggi o approvvigionarsi comunque di questa risorsa spontanea. Un diritto affine, ma più intenso — l'erbaggio — era quello che il principe esercitava in una località specifica, ove pure esistevano terreni privati. Nello specifico, il principe costituiva delle difese sui fondi dopo il raccolto, per

---

(42) « Per lo che il Legislatore fu spesso richiamato a spiegare quali fossero ed a dichiararli estinti. Dico quali fossero, imperciocché portavano sì svariati nomi (chi avesse vaghezza conoscerli potrà riscontrare l'opera commendevolissima del Winspeare) e presero forme tali che sembravano più tosto appartenere a quelli mantenuti dalla legge, anziché a quelli vietati. Talmente aveva il sottile ingegno de' baroni travolto e nascosto i vocaboli, che i nomi non corrispondevano alle cose; e così covrendo la origine della ingiustizia delle taglie personali con veste di proprietà, più volentieri ne ottenevano l'esazione, oltre ogni credere gravando sulle popolazioni ». N.Z. DE' CORONEI, *Dizionario demaniale-amministrativo per lo Regno delle Due Sicilie*, Bari, Tip. Cannone, 1847, p. XVII.

(43) *Bullettino delle sentenze emanate dalla suprema commissione per le liti fra i già baroni e i comuni*, 1810, vol. 1, decisione n. 33, Napoli, Tip. Trani, 1810, p. 93 e ss.

potervi far tagliare l'erba e venderla, escludendo così i cittadini da quella risorsa, che il Comune assumeva essere di loro proprietà.

La quarta, quinta e settima doglianza del Comune erano relative al demanio in senso stretto. Il Comune rivendicava una superficie di mille tomoli di terra in una località prima appartenuta all'universalità dei cittadini, detta « Matina », nonché tre difese illegittimamente costituite dal feudatario su terreni di bosco, di cui affittava il taglio a soggetti estranei alla collettività (« forestieri »), consentendo ai cittadini solo la raccolta di legna secca e ghiande.

Con la sesta, il Comune chiedeva il pagamento della bonatenenza già scaduta, ossia di quella parte della complessiva imposta fondiaria che il feudatario doveva per i suoi possessi e di cui l'università si era dovuta far indirettamente carico, avendo pagato l'importo totale all'erario (44). Finalmente, il Comune chiedeva che il principe si astenesse dal chiedere i diritti « di piazza e bagliva » — prestazioni in denaro a fronte della vendita di merci al pubblico, che venivano richiesti ai singoli — e il diritto annuale « per zecca, pesi e misure », che, al contrario, veniva richiesto all'università nel suo complesso. Con una sentenza parziale del 14 giugno 1809, la Commissione aveva deciso su queste tre ultime questioni come quelle di più facile risoluzione, condannando il feudatario, per riconvocare le parti innanzi a sé per la decisione sulle rimanenti.

La sentenza definitiva accertava che tutta la montagna era demanio civico per come era descritta nel catasto generale, ove non compariva in testa al feudo e, quindi, al suo titolare. Discendeva da qui un primo motivo di illegittimità delle tre difese costituite dal

---

(44) La *bonatenenza* non si distingueva dal modello generale della *colletta* di diritto comune, risolvendosi in un peso fiscale chiesto dalla Regia Curia in funzione della somma dei possessi sul territorio, col vincolo di solidarietà tra gli obbligati. Così N.A. MAROTTA, *De collecta, seu bonatenentia*, Napoli, 1643, cap. 3, n. 3: « Ea propter bonorum civium fit appretium, et unusquisque pro rata bonorum suorum soluit, vel gabellae per ipsomet cives persolvendae imponuntur, ex quibus functiones fiscales Regiae Curiae soluuntur [...] Haec autem solutio in Regno bonatenentia appellatur, quippe quod a tenentibus bona in territorio debetur, est nam hoc vocabulum usitatum in Regno, cum regulare sit, ut verborum proprietas ex communi ac vulgari loquendi usu sumatur ac aestimetur ». Sull'opera di Marotta e, in genere, i conflitti tra feudatari e università per il pagamento della bonatenenza si veda F. ROGGERO, *Universitates, censi e imposte dirette nel Regno di Napoli (sec. XVII)*, Roma, Viella, 2008.

feudatario per il taglio e la vendita di legname ai forestieri. Per lo stesso motivo, veniva accertata come difesa la località « Matina », perché essa era descritta in questo senso in numerosi documenti. Il feudo arrivava al principe per acquisto fatto nel 1536 da un suo avo, venditore un erede della duchessa di Monteleone. Negli archivi della Regia Camera, la Commissione feudale aveva così trovato tutti i titoli precedenti alla vendita e ad essa allegati (45).

Questi documenti provavano che i feudatari avevano sempre riscosso i diritti di terraggio, categoria nei quali rientravano sicuramente i diritti di fida e di « mezza semenza » di cui alle prime tre questioni portate dal Comune. Era tuttavia parimenti accertato che il feudatario esigeva attualmente quei diritti solo su località che il catasto attribuiva al demanio universale e sui quali il feudo non aveva mai pagato alcuna bonatenenza, non essendo registrati come possessi privati. Questa prova specifica vinceva così la prova generica data dai documenti: se i terraggi sicuramente erano esistiti, era parimenti sicuro che non avevano onerato quei terreni, ma altri.

Un ulteriore motivo di illegittimità delle tre difese rivendicate dal Comune era dato da un precedente giudicato. Il Supremo Consiglio aveva deciso, nel 1745 e in via sommaria, che i cittadini avessero il diritto di raccogliere legna secca, ghiande e frutti selvatici in quelle specifiche località e che, per i fondi coltivabili, il feudatario non potesse riscuotere la « mezza semenza », almeno per tutte le colture, come il mais, che si raccoglievano nel mese di marzo, anche ove queste fossero state piantate nel terzo anno di rotazione agraria e nei precedenti fossero state praticate colture di maggior pregio. Quanto alla difesa della « Matina », uno strumento negoziale intervenuto nel 1560 tra il precedente feudatario e l'università dei cittadini riconosceva a questi ultimi il pascolo brado dei bovini, entro certi limiti quantitativi, e il prelievo di legna per farne travi. Un successivo atto d'affitto della medesima difesa citava il solo pascolo, non il prelievo di legna.

Da questa somma di titoli, la Commissione arrivava alla con-

(45) Una liquidazione fiscale fatta nel 1505, prima della concessione del territorio di Carbonara in feudo a tale Consalvo di Cordua, quattro rilievi per l'apprezzo catastale che andavano dal 1558 al 1670, quindi tanto precedenti, che successivi, alla vendita del feudo al dante causa della parte in giudizio. Cfr. *Bullettino delle sentenze*, cit., p. 96.

clusione che le tre difese fossero senz'altro illegittime e dovessero essere reintegrate al demanio universale, che comprendeva tutta la montagna come descritta nel catasto onciario, salvo la difesa della « Matina », che dichiarava feudale e gravata dagli usi civici specificamente indicati nello strumento più recente, l'atto d'affitto dell'11 novembre 1575.

La seconda sentenza mostra come l'applicazione degli stessi principi in materia di prova si risolvesse spesso in favore dell'ex feudatario. La causa era tra il Comune di Colle di Macina, Abruzzo Citeriore, e l'ex barone (46). I capi portati dal Comune erano sei. Di questi, ci interessano qui il secondo, terzo e quarto (47). Il Comune chiedeva che il feudatario si astenesse dal chiedere i terraggi sopra l'intero territorio comunale, in subordine che lo facesse solo sui territori compresi nel suo feudo, e in ogni caso che se ne dimezzasse l'importo. Allo stesso modo, chiedeva che venisse dichiarato estinto l'obbligo di pagare un barile di vino per ogni misura di terreno messa a vigneto o, in subordine, che si limitasse quest'obbligo ai soli terreni per i quali tale diritto risultasse dal titolo di concessione dal feudatario. Da ultimo, chiedeva la restituzione di un bosco e, ove la Commissione necessitasse di ulteriori prove, di essere mantenuta nel diritto di fornirle (48).

Il feudatario allegava come prova del suo diritto di terraggio universale due informazioni fiscali del 1466, due rilievi fatti a quasi un secolo di distanza l'uno dall'altro e due vendite del feudo, del

---

(46) Ivi, decisione n. 100, p. 336 e ss.

(47) Col primo, l'università chiedeva che il barone si astenesse da qualsiasi pretesa per l'uso del mulino, che la stessa affermava di aver costruito a sue spese su un terreno di sua spettanza. Il barone sosteneva che l'università aveva distrutto un precedente mulino, certamente di spettanza del feudo, per costruirne un altro con i materiali di risulta. L'università rispose che il mulino non era stato distrutto dai residenti di Colle di Macina, ma da quelli del paese vicino, timorosi di veder diminuito il corso delle acque loro necessarie. L'università aveva dovuto costruirne uno nuovo, nell'inerzia del barone. La Commissione decise che della proprietà del mulino dovesse decidersi dalla proprietà del suolo e rimise pertanto a un collegio di tre periti di stabilire se il mulino fosse stato costruito sul terreno demaniale o su quello propriamente feudale.

(48) Seguono altri due capi, coi quali il Comune chiedeva si dichiarasse abolita una colletta consuetudinaria in favore del feudatario, detta di S. Maria e che il feudatario pagasse la bonatenenza degli ultimi dieci anni. La Commissione dichiarò la colletta direttamente abolita dalla l. 2 agosto 1806 e condannò il feudatario alla bonatenenza.

1645 e del 1726, che entrambe parlavano di un'esazione illimitata del diritto.

La Commissione decise, sulla scorta di queste produzioni documentali, che il bosco dovesse essere dichiarato di proprietà del barone, non avendo l'università portato alcuna prova contro i titoli allegati da questi. Quanto ai terraggi, tra i quali si comprendeva il diritto a ricevere un barile di vino per misura di terra messa a vigneto, che il barone era in questo diritto solo per i terreni per i quali aveva allegato pubblici strumenti di concessione.

5. *La « sesta massima » della Commissione feudale alla luce delle sue sentenze.*

Dinanzi a esempi come questi, è ben difficile accusare la Commissione feudale di aver usato delle presunzioni.

Le decisioni sono costruite sui titoli, che la Commissione, come giudice inquisitore in senso tecnico, ricerca autonomamente negli archivi della Regia Camera della Sommaria e del Supremo Regio Consiglio, i due tribunali aboliti dalla legislazione napoleonica e prima competenti a giudicare, secondo diritto comune del Regno, delle cause tra feudatari e università. Un argomento decisivo in questo senso è dato dall'autonomia che la questione dei diritti proibitivi e dei terraggi aveva rispetto alla questione della demanialità universale o feudale dei terreni. Se la Commissione avesse effettivamente usato del principio *ubi feuda, ibi demania*, e ne avesse fatto una presunzione, avrebbe dovuto accertare l'appartenenza di un terreno al feudo dall'esazione di questi diritti, e da qui presumere il demanio. Al contrario, la Commissione decide della demanialità di un territorio principalmente sulla base del catasto e degli atti di vendita depositati presso la Regia Camera, attraverso cui individua innanzitutto i confini del feudo e le difese fatte dai feudatari al suo interno. Il territorio sul quale l'università denuncia esazioni da parte del feudatario, se non è compreso in questi titoli, viene accertato come demanio universale.

Questo modo di procedere della Commissione feudale trova riscontro nel dibattito seguito alla Restaurazione. Con un regio rescritto del 19 settembre 1815, fu nominato un comitato di tre membri, cui venne affidato il compito di rivedere l'operato della

Commissione (49). Per questo, il rescritto individuava sedici massime, sulle quali la Commissione feudale si diceva aver costantemente basato le proprie decisioni. I tre incaricati erano chiamati a stabilire se queste massime fossero conformi alle antiche leggi del Regno, o fossero state introdotte per decreto durante l'« occupazione militare » o, ancora, fossero comunque conformi « al diritto ricevuto nel nostro foro ». Ove non lo fossero state, il comitato avrebbe dovuto dire quale destino dovessero incontrare le sentenze della Commissione feudale, considerate nel loro complesso. Il comitato del 1815 non era difatti incaricato di rivedere ogni singola sentenza della Commissione feudale, ma solo i principi che, a detta del compilatore del rescritto, erano stati seguiti per prendere quelle decisioni e che, pertanto, vennero ricostruiti a posteriori e con un inevitabile tasso di arbitrarietà.

Tra le sedici massime, quella che verrà poi detto aver posto il principio *ubi feuda, ibi demania* è la sesta, che il rescritto pone in termini assai sintetici: « Tutti i feudi (tranne le difese costituite secondo le leggi del regno) sono soggetti agli usi civici ».

La massima individuava nella copiosa giurisprudenza della Commissione feudale, un principio estremamente diverso rispetto a quello oggetto delle critiche di Astuti e della difesa d'ufficio di Trifone. La Commissione aveva normalmente individuato gli usi civici, come diritti di proprietà utile dei residenti, su tutti i territori costituiti come feudi in base ai titoli ritrovati, ossia quei territori in cui legittimamente il barone esercitava diritti di terraggio e aveva esercitato, in modo parimenti legittimo, i diritti proibitivi, finché questi non erano stati aboliti dalla legge positiva, che il governo restaurato non aveva alcuna intenzione di far rivivere. I demani erano altra cosa: erano le terre che non erano mai state comprese nei titoli di concessione del feudo e che erano rimaste, pertanto, nella proprietà originaria dell'universalità dei cittadini.

In questi termini, almeno, la massima fu interpretata dagli stessi baroni, che innescarono un vivace dibattito nella pendenza dei lavori del comitato, producendo allo stesso delle memorie. Una prima memoria « redatta nell'interesse degli ex feudatari intorno alle

(49) Il rescritto si trova riprodotto in R. TRIFONE, *Feudi e demani. Eversione della feudalità nelle provincie napoletane*, Milano, Società editrice libraria, 1909, pp. 382-383.

decisioni della Commissione feudale » criticava appunto la sesta massima sul presupposto che, per legge di natura comune a tutta Europa, prima che propria del Regno, gli usi civici si esercitavano sul solo demanio, non sul feudo (50). La Commissione feudale aveva quindi colpevolmente esteso la nozione stessa di uso civico, trovandolo là, dove non poteva essere, ossia sui terreni oggetto di titolo feudale.

Il comitato ultimò i suoi lavori tra il maggio e il dicembre del 1816, ratificando nella sostanza le massime attribuite alla Commissione feudale. Circa la sesta, esso rilevava come la norma fosse di favore verso i baroni, poiché le leggi antiche vietavano la costituzione di difese, che la Commissione feudale aveva, per contro, riconosciuto come oggetto di pieno diritto del feudatario. Una seconda memoria nell'interesse dei baroni, pubblicata a stampa, cambiò allora il tiro: il torto del decennio napoleonico era consistito nel confondere demanio universale e demanio feudale, le terre sempre aperte all'uso promiscuo della popolazione con quelle che costituivano la parte inalienabile del feudo. A dividere i demani universali, proseguiva la memoria, si sarebbe tolto poco ai baroni: ecco che la Commissione feudale e il governo francese estesero le divisioni ai beni feudali, chiamandoli anch'essi demani, solo perché non coltivati o, a parti invertite, considerarono *appadronati* — come abbiamo visto nei nostri esempi — i terreni sui quali vi erano coltivatori, senza interrogarsi sul titolo che li legittimava (51).

Ben altre, difatti, erano le massime contro cui si centrava la critica dei feudatari, come la quinta, per cui il feudo si poteva provare solo con atti ufficiali di concessione e solo limitatamente col lungo possesso, o ancora la settima, che restringeva ai soli atti di rilevanza fiscale l'efficacia probatoria delle proprietà feudali, ossia le difese.

Anche nel pensiero dei suoi avversari, pertanto, la Commissione feudale non aveva mai presunto l'esistenza di terre aperte

---

(50) Ivi, p. 384.

(51) Il riferimento era qui all'art. 1 del Decreto di Giuseppe Napoleone dell'8 giugno 1807: « Sotto il nome di demani, o terreni demaniali, s'intendono compresi tutti i territori aperti, culti o inculti, qualunque ne sia il proprietario, sui quali abbian luogo gli usi civici o le promiscuità ».

all'uso promiscuo dei residenti — i demani — dall'esistenza di terre feudali. Le sue sentenze, lette a posteriori da chi aveva individuato le sedici massime, indicavano una presunzione diversa: ogni terra feudale, ossia ogni terra effettivamente ricompresa nei titoli originari di concessione era soggetta agli usi civici, ossia a vari diritti di proprietà utile spettanti ai residenti, i quali si contrapponevano a altri diritti di proprietà, utile come diretta, spettanti al feudatario. Astuti poteva criticare questa massima solo dalle sue premesse, per cui i diritti dei residenti erano, per definizione, dei diritti di mero godimento, con la conseguenza di individuare nel feudatario un pieno proprietario delle terre, da cui si sarebbero dovuti eliminare per tempo dei pesi insignificanti.

In conformità col decreto del 1807, la Commissione feudale poteva partire solo da una premessa diversa, quella della pluralità di diritti di proprietà sullo stesso suolo, cosa necessariamente condivisa — va sottolineato — dai baroni, la cui critica si esprimeva su un altro aspetto: la liquidazione non era stata giusta, perché non aveva loro attribuito proprietà corrispondenti ai diritti che loro legittimamente spettavano (52).

6 *Inutilità di schemi presuntivi nel giudizio limitato ai titoli di possesso feudale* ex *art. 16 l. 2248/65 all. E.*

Nella sua prospezione attuale, il principio *ubi feuda, ibi demania* nasce quindi altrove, precisamente quando la questione della natura feudale dei suoli viene affrontata dal giudice ordinario, privo

(52) « Abolire la feudalità non era lo stesso che impoverire i baroni, né questo dimostrò di volere la legge del 2 agosto 1806, la quale anzi, togliendo la feudalità, conservò ai Baroni la proprietà di tutto quello, che non ripugnava alla natura allodiale che andavano ad assumere i loro beni. Il susseguente spoglio che hanno sofferto è l'effetto di altri principi, i quali volevano, che più della feudalità fosse loro tolta la roba. Questo si è eseguito con gli equivoci di alcuni decreti ed istruzioni e con l'opera della Commissione feudale, e dei Commissari ripartitori de' Demanii. Le massime, dunque, con cui la Commissione feudale, e più di essa, i Commissari ripartitori de' demani, hanno dovuto giudicare delle proprietà e dritti de' Baroni, non sono principi, ma conseguenze di un certo particolar sistema legale congegnato non meno di verità, che di non vere opinioni ». *Riflessioni su i principii con cui la Commissione feudale ha deciso le cause de' Baroni*, riportata in TRIFONE, *Feudi e demani*, cit., p. 404.

del potere di ricercarne d'ufficio la prova. Il secondo quesito che dobbiamo porci è quindi stabilire quando venga usato, e a proposito di quali contenziosi, in un quadro istituzionale postunitario di non immediata e uniforme lettura.

Dopo l'Unità si era disposto frettolosamente, con l'art. 16 della l. 2248/65 all. E, di mantenere nelle provincie napoletane e siciliane i procedimenti amministrativi per la divisione dei demani comunali affidandoli ai Prefetti, cui venivano trasferite le funzioni dei Commissari ripartitori dello scomparso Regno delle Due Sicilie. Questi avrebbero dovuto ordinare anche la reintegra delle illegittime occupazioni e alienazioni, e contro i loro provvedimenti vi sarebbe stata la possibilità del reclamo dinanzi alla Corte d'Appello, che manteneva « in ogni caso » il potere di sospendere le ordinanze dei Prefetti.

Ne derivò una lunga stagione di contenziosi, che resero inefficaci le operazioni di divisione. Le Corti di Cassazione applicarono rigidamente i principi in materia di riparto della giurisdizione, statuendo costantemente che i poteri del Prefetto si arrestavano dinanzi alla contestazione dell'esistenza degli usi civici, la quale doveva essere decisa dal giudice ordinario (53). La controversia poteva così essere introdotta per la prima volta in Corte d'Appello, in sede di reclamo contro i provvedimenti del Prefetto, ma anche in via autonoma, dinanzi al Tribunale, da chi agisse per far dichiarare, prima o dopo qualsiasi provvedimento amministrativo, la sua piena proprietà della terra. Le Corti tradussero immediatamente la questione nei termini di un accertamento della qualità demaniale civica, una natura giuridica del suolo che portava con sé l'imprescrittibilità dei diritti di godimento delle collettività.

L'art. 16 stabiliva che il procedimento dinanzi alle Corti d'Appello fosse governato col rito sommario, ma ciò non compor-

(53) Cassazione di Roma, sent. 1 aprile 1879, *Comune di Ajelli c. Corsignani e Angelitti*, in « Corte Suprema di Roma », 1879, p. 473: « La speciale competenza in materia di demani allora solo spetta ai prefetti quando la demanialità non è contrastata né contestabile, e non già quando è posta in dubbio e contraddetta dai documenti di ambe le parti contendenti, ancorché niuna opposizione alla demanialità sia stata promossa e prima del giudizio e prima anche dell'ordinanza del prefetto » (massima da « Repertorio del Foro italiano », 1879, *Diritti promiscui e demani comunali*, n. 22).

tava delle vere differenze col rito ordinario, per quanto qui interessa. Il Codice di Procedura civile del 1865 (art. 390) prevedeva difatti, come rito sommario, un procedimento che si sarebbe dovuto istruire in un'unica udienza, con il deposito in quella stessa occasione di memorie conclusionali, cui i procuratori delle parti potevano apporre aggiunte sul momento, a seguito delle dichiarazioni delle controparti. Ove però la Corte avesse ritenuto, avrebbe potuto disporre che la causa, per le sue particolarità, proseguisse col procedimento ordinario (il « rito formale »), e ciò anche quando il rito sommario fosse stato disposto, come in questo caso, da leggi speciali. Il rito sommario non conferiva così al giudice alcun potere di istruzione officiosa della causa, per come era stato, al contrario, per la Commissione feudale: feudi e demani andavano provati dalle parti.

Anche qui, possiamo consentirci solo pochi esempi, che limiteremo qui alla giurisprudenza di Cassazione di Napoli. Un primo esempio è la sentenza 10 luglio 1877, in una causa tra il Comune di Genzano di Lucania e un privato, per l'accertamento degli usi civici su un bosco, detto Monteserico (54). Tanto l'attore, che il convenuto, produssero in giudizio una vasta messe di documenti, provenienti da varie epoche. Il Comune avrebbe dovuto provare l'appartenenza del bosco al feudo che comprendeva l'abitato. Per farlo, produsse tre provvedimenti della Regia Camera della Sommaria e un antico testamento fatto in favore di un monastero, esistito nel Comune, in cui si citava il bosco di Monteserico. Da ultimo, allegava alcuni provvedimenti dell'amministrazione borbonica, presi tra il 1850 e il 1859, come ulteriore prova della demanialità.

La Corte d'Appello di Napoli non aveva prestato fede ai documenti antichi: quanto ai primi, perché si trattava di trascrizioni non ufficiali e non si dava la prova dell'esistenza degli originali negli archivi, quanto al secondo, perché in esso la testatrice, pur disponendo del bosco di Monteserico, non se ne dichiarava feudataria. Quanto ai documenti moderni, la Cassazione condivise la tesi dell'appello, per cui questi atti — ordini gestori dell'Intendente di Basilicata e del Direttore del Tavoliere delle Puglie — dimostravano

(54) Cassazione di Napoli, sent. 10 luglio 1877, *Comune di Genzano c. dell'Agli*, in « Gazzetta del Procuratore », 13 (1878-1879), p. 51 e ss.

più la mancanza di un possesso da parte dell'università dei residenti di Genzano, che il suo esercizio.

Sulla base di queste considerazioni, la Cassazione di Napoli giunse agevolmente alla conclusione per cui il Comune non aveva raggiunto la prova che il bosco in causa fosse compreso nei titoli di concessione del feudo di Genzano e non aveva neanche mai tentato di provare che il bosco, restando estraneo a quei titoli, fosse un demanio aperto agli usi promiscui delle popolazioni.

A fronte della domanda del Comune, vi era, difatti, la prova offerta dalla parte privata con documenti tratti dall'Archivio di Stato: un diploma del 1507 con cui Alfonso II d'Aragona aveva dato in feudo l'intero bosco di Monteserico, definito come dominio della Curia regia, a sua figlia; un provvedimento della Regia Camera con cui si riconfermava questo feudo alla discendente di questa; altri provvedimenti da cui si dimostrava che, alla morte di quest'ultima feudataria, il bosco fosse ritornato al patrimonio della Corona. A chiudere ogni pretesa del Comune era un provvedimento della Regia Camera della Sommaria del 1532, in cui il bosco di Monteserico veniva detto una difesa della Corona, adibita all'allevamento brado dei cavalli di una particolare razza, e un altro provvedimento dello stesso organo, con cui i naturali di Genzano venivano condannati, per questo, a non introdurre propri cavalli in detta difesa (55). Il Comune aveva eccepito che quella difesa non fosse stata costituita legittimamente, perché anteriore alla Prammatica *de Baronibus*, ma sul punto la Cassazione aveva facile agio di concludere che quell'atto normativo non poteva riferirsi a una difesa della Corona, ma solo alle difese costituite dai feudatari, quindi da soggetti che ricevevano titolo dalla Corona stessa.

---

(55) « Or la splendida prova di essere Monteserico difesa costituita ne' modi prefissi e stabiliti dalla Prammatica 1ª *de Salario*, e dall'XI *de Baronib.* risulta piena ed indubitata dal provvedimento della Camera della Sommaria del 16 ottobre 1532, nel quale leggesi che il bosco S. Lorenzo era una *difesa* della Corona, nella quale si sostenevano le giumente della regia razza dei cavalli. E da un altro documento del 1590, estratto dal grande archivio si scorge, che i naturali di Genzano riportarono condanna per avere introdotti degli animali nella difesa Monteserico. Che posteriormente ai documenti di sopra enunciati si è anche dimostrato, che da tutti gli antichi lavori relativi al Tavoliere di Puglia, il territorio Monteserico trovasi riportato e diviso in 22 difese ». Ivi, p. 53 (col. 3).

In altre decisioni, la Corte di Cassazione di Napoli segue la stessa argomentazione, che replica fedelmente quella della Commissione feudale: gli usi civici si provavano dalla concessione feudale del territorio, poiché essa non investiva il feudatario di un diritto assimilabile alla proprietà piena e esclusiva, ma di una serie di diritti, cui era complementare un'altra serie di diritti, che spettava alla generalità dei cittadini. La concessione si provava dal titolo, che poteva essere rivelato da atti e documenti inequivoci — vendite e ricognizioni del feudo, giudicati di antichi tribunali su controversie tra feudatari o tra questi e le comunità, etc. — nel dimostrare la natura dei poteri e dei diritti del feudatario. L'esistenza del feudo non era sufficiente: era necessaria anche l'esistenza dell'*universitas civium*, come titolare della complementare legittimazione sul territorio.

Su questo aspetto si centrano altre due sentenze della Cassazione di Napoli, che occorre esaminare. La prima è la sentenza del 16 novembre 1882, con cui venne rigettato un ricorso dell'Amministrazione delle Finanze contro il Comune di San Tammaro avverso una sentenza della Corte d'Appello, la quale aveva accertato gli usi civici su alcuni fondi, poi divenuti di demanio statale, dall'antica condizione feudale del territorio, malgrado San Tammaro fosse diventato Comune solo al tempo delle leggi eversive della feudalità nel Regno di Napoli (56). Il principale motivo di ricorso del Demanio si basava proprio su questo fatto: pacifica l'antica natura feudale del territorio, da questa non si poteva ricavare l'esistenza di usi civici da parte di una collettività che non esisteva come soggetto giuridico all'epoca del feudo, poiché San Tammaro era, allora, solo uno tra i tanti casali della città di Capua. Secondo il ricorrente, la sentenza impugnata avrebbe dovuto escludere gli usi civici sull'eccezione di feudo disabitato, poiché l'infeudazione del territorio era stata precedente alla nascita dell'università dei cittadini. Coloro che, in tesi, esercitavano al tempo della feudalità degli usi sui terreni di causa non erano soggetti alla potestà del feudatario, ma a quella della città

(56) Cassazione di Napoli, sent. 16 novembre 1882, *Intendenza di Finanza di Caserta c. Comune di S. Tammaro*, in « Gazzetta del Procuratore », 18 (1883-1884), p. 9 e ss.

cui appartenevano (57). Non poteva quindi esistere quel rapporto tra università e feudo dal quale si desumono gli usi civici.

La Corte di Cassazione respinse velocemente il primo assunto, facendone una questione di rappresentanza: il fatto che San Tammaro non avesse autonomia da Capua, non comportava la prova che il suo territorio non avesse abitanti, ma solo che quegli abitanti fossero parte di un'università più ampia, appunto quella di tutti i cittadini di Capua. Assurto il paese a Comune, questi assunse la rappresentanza di quella popolazione, e poteva validamente agire o resistere per « quel diritto che sa di aver avuto sempre e che sostiene di non aver mai perduto ».

Quanto al secondo assunto, la Corte chiarì che, per accertare gli usi civici dall'esistenza di un feudo, non occorreva che l'università fosse compresa nel perimetro della concessione, poiché i diritti collettivi delle popolazioni non erano corrispettivi ai diritti di giurisdizione del feudatario, ma ai suoi diritti di proprietà. I diritti collettivi non erano altro che una riserva o della proprietà originaria delle popolazioni, o di una proprietà che il concedente del feudo aveva voluto costituire loro nel momento stesso della concessione. Di conseguenza, come potevano esistere anche ove il feudo non attribuisse al titolare alcun potere giurisdizionale, ma solo dei diritti di godimento, così esistevano anche dove la generalità degli utenti non fosse soggetta al feudatario.

La seconda pronuncia è del 29 maggio 1886, nella causa tra il Comune di Lavello e alcuni privati (58). Il Comune fondava la sua pretesa su un atto del 1097, con cui due tenute venivano donate dal duca Ruggiero alla Mensa di Melfi, sull'assunto che esso integrasse una concessione feudale. I giudici dei due gradi precedenti avevano respinto la domanda del Comune sull'esame del titolo, che trasferiva le terre senza onerare il concessionario di alcuna prestazione, per concludere che esse non erano state trasferite in feudo, ma in allodio. La Cassazione confermava questa ricostruzione, cui non ostava il fatto che, tra i beni trasferiti, comparisse nel titolo un casale

---

(57) Vedi Cassazione di Napoli, 20 aprile 1878, *Finanze c. Comuni di Capua e Castel Volturno*, in « Gazzetta del Procuratore », 13, 1878-1879, p. 205 e ss.

(58) Cassazione di Napoli, sent. 29 maggio 1886, *Comune di Lavello c. Faele e altri*, in « Giurisprudenza italiana », 1887, p. 56, con nota E. GIANTURCO.

cum villanis, elemento da cui il Comune traeva la convinzione dell'esistenza di un'*universitas*, da cui si sarebbe dovuta comunque desumere l'esistenza di usi civici, qualunque fosse la diagnosi giuridica sulla natura della concessione.

La Corte respinse quest'ultimo argomento, sia in fatto che, soprattutto, in diritto. In fatto, il *castrum cum villanis* indicava la semplice presenza di un piccolo nucleo di coltivatori, non di una popolazione gravata da oneri verso la Mensa di Melfi e i suoi aventi causa. In diritto, ogni indagine sull'esistenza di un'università era inutile, poiché a mancare, in questa vicenda, era il feudo (59).

Fuori dalla concessione feudale, che importava una promiscuità di diritti proprietari tra feudatario e generalità dei cittadini, non vi era materia per accertare gli usi civici.

Ancora una volta, non troviamo né formulata, né applicata, la presunzione di cui avrebbero discusso Astuti e Trifone a metà del secolo successivo. Quella presunzione deriva dall'esistenza del feudo quella del demanio, e dal demanio gli usi, assumendo come dato normale la presenza di una popolazione. La Corte di Cassazione di Napoli segue, invece, le stesse strade della Commissione feudale nel momento in cui deve esercitare la propria giurisdizione sullo stesso comprensorio ed è chiamata a applicare le stesse leggi, stante il disposto dell'art. 16 della l. 2248/65 (all. E): accerta gli usi civici non dal fatto storico della soggezione del territorio a un dominio feudale, ma dai titoli che, provando la concessione feudale, provano anche l'estensione dei diritti del feudatario, e verifica se tali diritti trovassero una generalità di cittadini che potesse essere titolare di una legittimazione concorrente.

Anche qui, Astuti avrebbe potuto criticare queste sentenze perché continuavano a adoperare la « superata dottrina medioevale della pluralità dei domini », non perché traevano l'esistenza degli usi civici immaginando plebi derelitte che solo il legnatico o il pascolo difendevano da una vita inerme.

---

(59) « Attesoché superflua del pari tornerebbe la ricerca della università, cui fosse per attribuirsi l'esercizio degli usi civici, quando, mancato l'estremo del feudo e del demanio feudale, svanisce l'obbietto essenziale, a cui dovrebbe riflettere cotale esercizio ». Ivi, p. 64.

7. *Costruzione e uso di schemi presuntivi nei giudizi ordinari e negli appelli avverso le decisioni del giudice speciale istituito dalla l. 22 giugno 1888 n. 5489.*

Non è la stessa cosa onerare le parti della prova in concreto dell'*universitas* o dare questa per accertata, fino a prova contraria*: ubi feuda, ibi demania*, come principio di diritto, esiste solo in questo secondo caso, non nel primo. Nel primo caso si individuano due proprietà sullo stesso bene dall'esistenza, accertata al di là di ogni ragionevole dubbio, di due proprietari. Nel secondo caso, per contro, si deriva l'esistenza attuale di un proprietario — l'*universitas* — solo dall'antica esistenza di un altro proprietario, il feudatario.

La Corte di Napoli, investita della giurisdizione di controversie che potevano essere agevolmente istruite col ricorso a titoli di vendita o di avocazione dei feudi, custoditi in pubblici archivi, come anche a precedenti giudicati, formatisi sia in tempi recenti — quelli della Commissione feudale — che risalenti — quelli della Regia Camera della Sommaria, ad esempio — segue la prima via, perché non ha alcuna necessità di scegliere la seconda.

Questa viene invece seguita da altre Corti, e a proposito di territori diversi, ai quali non si applicava l'art. 16 della l. 2248/65 all. E, ma le norme di altre leggi speciali, nel frattempo sopravvenute, o quelle comuni del Codice di procedura civile, in giudizi iniziati per l'accertamento degli usi civici o come titolo di proprietà di un terreno, o come titolo di una servitù discontinua su fondi di proprietà altrui.

Leggi speciali furono innanzitutto quelle sugli ex domini pontifici, la l. 24 giugno 1888 n. 5489, seguita, per gli stessi territori, dalla l. 4 agosto 1897 n. 394 (60). La prima, in estrema sintesi, aboliva le « servitù di pascolo, di seminare, di legnatico, di vendere erbe, di fidare o d'imporre tassa a titolo di pascolo, che in alcuni Comuni o frazioni di Comuni » nelle undici provincie che avevano fatto parte dello Stato della Chiesa, tanto su beni comunali, che privati. All'abo-

(60) Questi provvedimenti sono stati oggetto di ampia analisi, a partire da quella di P. Grossi, *Un altro modo di possedere. L'emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica postunitaria*, Milano, Giuffrè, 1977, p. 326 e ss. E Id., *La cultura giuridica di Giovanni Zucconi*, in Id., *Il dominio e le cose*, Milano, Giuffrè, 1992.

lizione doveva seguire il compenso attraverso la cessione di una parte del fondo liberato, corrispondente al valore degli usi o, in taluni casi, con l'imposizione di un compenso annuo in denaro. La l. 394/1897 imponeva agli utenti di riunirsi in assemblea per la costituzione di associazioni agrarie, per la gestione in comune dei terreni.

Anche queste norme generarono un nutrito contenzioso, a cavallo tra Ottocento e Novecento, deciso spesso (se non sempre) col ricorso delle corti al principio *ubi feuda, ibi demania*.

Un primo esempio, tra i tanti possibili, è la sentenza 17 settembre 1901, in una causa tra il Banco di Napoli e il Comune di Mentana (61). Il primo, ricorrente, era proprietario in Mentana di un'ampia tenuta, sul quale il secondo rivendicava gli usi civici, che gli vennero riconosciuti nei gradi precedenti. La Corte respinse il ricorso, confermando integralmente la sentenza impugnata. Questa aveva accertato gli usi civici di tutti gli abitanti di Mentana perché il territorio era notoriamente un tenimento feudale della famiglia Orsini, come per i territori dei comuni limitrofi.

Se i cittadini non avessero potuto prendere da quelle terre il necessario, non avrebbero avuto di che sopravvivere: questo era il principio « ove son feudi, sono usi civici », che suppliva alla naturale mancanza di titoli scritti da parte della popolazione. Il principio, continuava la sentenza, era una vera presunzione, implicita « nell'indole istessa della terra », che, per non provare troppo, avrebbe dovuto essere supportata dalla prova che uno o più usi civici fossero stati effettivamente esercitati. Questa prova, tuttavia, poteva essere data con ogni mezzo, non esclusa la pubblica fama.

Si apriva qui la questione che animava il ricorso del Banco di Napoli: i documenti allegati in giudizio dal Comune provavano piuttosto degli atti di concessione precaria e revocabile *ad nutum* del feudatario verso taluni residenti, non dei diritti collettivi, che tali residenti potevano esercitare a prescindere dal consenso del signore e anche contro la sua volontà. Lo statuto Orsini del 1552 citava difatti l'obbligo di chi volesse arare e seminare un terreno, di corrispondere una prestazione in natura alla casa nobiliare. Da qui,

(61) Cassazione di Roma, sent. 17 settembre 1901, *Banco di Napoli c. Comune di Mentana*, in « Foro italiano », 26 (1901), I, p. 1462.

secondo il ricorrente, il vizio della sentenza impugnata, che non aveva considerato che il pagamento di un corrispettivo era compatibile con gli usi civici solo nel caso di un demanio comunale, quindi di una terra sulla quale non si era mai esteso il titolo del feudatario, non su un demanio feudale. Il corrispettivo indicava, pertanto, un rapporto obbligatorio tra coltivatori e feudatario, non una situazione reale.

La Corte respinse il ricorso su un percorso argomentativo in cui usò di una serie di presunzioni, tutte riconducibili al principio. Innanzitutto, il giudizio della Corte d'appello doveva essere misurato non sui singoli documenti, rispetto a taluni dei quali esso ben poteva « dirsi claudicante o deficiente », ma « dal loro insieme e dall'armonico loro contenuto ». L'armonia dei documenti veniva però ricavata da una prima applicazione della presunzione: il diritto di semina preesisteva allo statuto, il quale ne fece solo ricognizione, appunto perché diritti consimili vanno presunti sulla necessità che la popolazione aveva di sostentarsi (62). L'obbligo di corrispondere una parte dei frutti al feudatario non era di ostacolo a questa ricostruzione, poiché — seconda applicazione della presunzione — lasciava « intatto e invulnerato nella collettività il diritto » a coltivare la quarta parte dei fondi.

In questo cerchio tautologico, la Cassazione di Roma costringeva tutte le risultanze probatorie allegate in causa, ricostruendole in

---

(62) « Lo statuto Orsini, infatti, non creò e non concesse ai Mentanesi diritti che essi prima non avevano; ma codificò per così dire e governò con varianti norme quelli preesistenti, tra i quali il *ius serendi.* A conforto, basta tra i nostri feudisti citare l'autorità del card. De Luca, il quale esaminando con la sua speciale competenza lo statuto Orsini, imperante sul contiguo territorio di Montelibretti, altro feudo della stessa casa baronale cui apparteneva quello di Mentana, e quindi in analoghe condizioni, ritenne l'uso civico di semina spettare a quegli abitanti ex intrinseca natura et qualitate rei (Tract. de servitutibus); cosicché per ragione di analogica posizione lo stesso deve dirsi riguardo al diritto di semina spettante ai Mentanesi ». È appena il caso di evidenziare come, applicando per analogia la consuetudine di Montelibretti, in realtà la Cassazione di Roma ne abbia fatto una norma astratta e generale, contro la definizione stessa di consuetudine, come diritto proprio di un determinato territorio. Qui soccorre la moderna critica storica, che ha evidenziato come non si possa parlare generalmente di un indiscriminato *ius serendi* sui feudi laziali in generale, e sugli stessi feudi degli Orsini in particolare. Cfr. F.L. SIGISMONDI, *Lo Stato degli Orsini. Statuti e diritto proprio nel ducato di Bracciano*, Roma, Viella, 2003, p. 34, ove altri riferimenti bibliografici.

modo del tutto arbitrario. La prestazione del coltivatore non sarebbe andata a vantaggio del feudatario come persona, ma a una sorta di pubblico patrimonio con cui il feudatario avrebbe dovuto provvedere alle necessità del territorio (63). Quanto i coltivatori erano obbligati a dare costituiva, comunque, la contropartita dell'obbligo che il feudatario assumeva di mantenere un quarto dei suoi possessi a disposizione del pubblico per l'esercizio del diritto di semina e coltivazione.

Col che gli usi civici, in ultima analisi, si sarebbero provati da sé stessi: la feudalità li presumeva, e tutte le prove che si sarebbero potute raccogliere da antichi documenti non valevano a escluderli, perché andavano interpretate in conformità alla presunzione. Nel caso di Mentana, lo statuto Orsini non poteva che aver disciplinato un diritto che esisteva già prima, di cui non aveva potuto modificare la struttura (64). Nella sostanza, e a dispetto delle dichiarazioni della Corte di Roma, *ubi feuda* era una presunzione assoluta.

La Cassazione di Roma continuerà su questa via per molti anni. Nella sentenza 5 giugno 1914, respinse un ricorso del Comune di Terracina contro l'università agraria locale (65). La pronuncia d'appello aveva a sua volta confermato una decisione della Giunta d'arbitri, il giudice speciale istituito dalla l. 24 giugno 1888 n. 5489, che aveva riconosciuto gli usi civici sul territorio comunale, imponendone la liquidazione con la cessione di parte del territorio ai residenti, poi costituito come università agraria ai sensi della l. 394/1897.

---

(63) « Non ripugna, infatti, intrinsecamente il concetto di una tale corrisposta all'esercizio dello *ius serendi*, inquantoché lascia intatto e invulnerato il *diritto*, per quanto il suo *esercizio* possa essere nei singoli sottoposto a tale modalità, rivestendo simile corrisposta aspetto di un contributo, di un emolumento, il cui prodotto non va già a ricadere a vantaggio della persona del feudatario, ma va invece destinato *ad consulendum publicis necessitatibus*, al quale intento si devolve a beneficio della Corte feudale, per provvedere alla bisogna, ché altrimenti una diversa locuzione avrebbe lo statuto adoperato ». Cassazione di Roma, sent. 17 settembre 1901, cit., p. 1468.

(64) « Il disciplinare con norme più certe e concrete, nei reciproci rapporti tra feudatario e comunisti, l'esercizio di un uso civico, importa necessariamente la preesistenza del diritto di cui si vuole appunto regolare meglio l'uso. », *ibidem*.

(65) Cassazione di Roma, sent. 5 giugno 1914, *Comune di Terracina c. Università agraria di Terracina*, in « Foro italiano », 39 (1914), p. 981.

Il Comune si era difeso contestando che Terracina fosse stata mai feudo. La Corte replicava che l'inesistenza di un regime feudale non avrebbe per sé sola provato dell'inesistenza degli usi civici, fondati sul diritto naturale e che, comunque, essendo stato provato ampiamente in causa che Terracina era stata soggetta, a partire dall'anno Mille, a svariate dominazioni feudali, trovava immediata applicazione il principio *ubi feuda, ibi demania* (66). Gli statuti di Terracina potevano solo regolamentare l'uso, non escluderlo.

Ma non vi fu solo Roma. Anche la Cassazione di Torino confermò il principio, in diverse pronunce. Quella che meglio si presta ad esempio è una sentenza del 1902, su ricorso di un privato in una causa contro un comune ligure, decisa in primo grado dal Tribunale di San Remo (67).

Il ricorso si affidava a due mezzi. Col primo, il ricorrente censurava la decisione di primo grado perché aveva fatto indiscriminata applicazione della presunzione per cui ovunque il regime feudale si sarebbe imposto sulle proprietà dei cittadini, creando gli usi civici come « necessario compenso ». Il Tribunale avrebbe dovuto considerare la questione con più attenzione storica, e concludere che non ovunque la potenza feudale era stata tanto oppressiva da raggiungere questo risultato. Col secondo mezzo, la sentenza di primo grado veniva censurata perché non aveva considerato che, nel 1339, i beni feudali erano tornati nel dominio della comunità, con la conseguenza di estinguere per confusione i diritti collettivi, massimamente quello di pascolo, che era in causa.

La Cassazione di Torino respinse il primo mezzo di ricorso affermando che, se pure in linea teorica il principio *ubi feuda, ibi demania* non aveva avuto una generale validità, certo era che aveva avuto causa nella maggior parte delle situazioni. Da qui la legittimità della presunzione. L'applicabilità della presunzione, inoltre, si provava dalla continua osservanza del diritto di pascolo, che era in

(66) « In conclusione, adunque, se Terracina non fu mai feudo, non può perciò concludersi che non ebbe usi civici; e poiché la Corte dimostra che fu feudo e preesisteva ad esso, la conclusione si è che ebbe gli usi civici, come li ebbero tutte le popolazioni infeudate ». Ivi, p. 985.

(67) Cassazione di Torino, sent. 31 gennaio 1902, *Lanteri c. Comune di Ceriano*, in « Il Filangieri », 1902, p. 448.

esercizio anche all'epoca del giudizio. La seconda censura avrebbe potuto essere respinta anche solo per motivi di rito, non essendo stata avanzata nel grado precedente la relativa eccezione, pure la Corte la esaminò e la respinse nel merito. Il Tribunale, difatti, aveva comunque detto che il ritorno dei beni feudali alla comunità, avvenuto con un atto negoziale, aveva da un lato fatto acquisire ad essa una personalità giuridica, e che, dall'altro lato, aveva estinto il dominio diviso, portando all'attuale Comune la piena proprietà dei terreni, col peso dei diritti di godimento dei cittadini, il quale « prese poi il carattere di una servitù inalienabile su terre altrui ».

Si trattava pertanto di due diritti diversi, titolati a due soggetti diversi: Comune come ente e cittadini come singoli. Il passaggio delle terre in proprietà del primo, non poteva aver estinto la servitù inalienabile, perché questo era un diritto diverso. Anche su questo punto, la Corte adoperava una presunzione: non si sarebbe potuto sostenere, come faceva il ricorrente, che il Comune del 1339 non fosse un ente giuridico, ma la semplice aggregazione dei *cives*, perché il « concetto dell'antico condominio, proprio delle società primordiali, non poté rivivere col risorgere dei Comuni dopo le invasioni barbariche e le dominazioni feudali ».

Né valeva il terzo mezzo di ricorso del privato: difetto di motivazione della sentenza, poiché questa aveva accertato l'esistenza di una servitù discontinua pur in assenza di titolo scritto. I codici moderni, primo fra tutti quello francese che fu esteso alla Liguria dal 1805, escludevano che una servitù potesse trovare titolo nel possesso immemorabile o centenario: il Tribunale avrebbe dovuto pertanto dire che il possesso immemorabile si era già compiuto a quella data, cosa che non fece.

Qui la sentenza cambiava direzione, entrando in contraddizione con sé stessa: gli usi civici non erano più delle servitù, poiché non si sarebbe potuto distinguere, nella loro fattispecie, un fondo dominante da un fondo servente. Impossibile ricostruire gli usi come servitù che sarebbe gravata su tutto il territorio del Comune, perché essa non era costituita in favore del territorio in quanto tale, ma dei suoi abitanti che, per la più gran parte, non erano proprietari di fondi.

Il punto era che gli usi civici costituivano uno *ius singulare*, che traeva vita dal bisogno dei cittadini di assicurare la propria sopravvivenza. L'esibizione di un titolo scritto poteva essere necessaria per

le servitù, che nascono da convenzione, non per questi diritti, che nascevano dalla necessità.

Ciò comportava un'ulteriore conseguenza: le servitù discontinue non si potevano provare per testimoni, poiché da questi sarebbe stato difficile, se non impossibile, distinguere « i fatti costitutivi dell'esercizio di un diritto da fatti esercitati per semplice tolleranza », mentre gli usi civici, che « abbiano a loro fondamento la presunzione derivante dalla origine feudale » ben potevano provarsi per testimoni, poiché qui non si trattava di accertare un fatto individuale, ma quello di un'intera popolazione, che aveva esercitato quel diritto a memoria d'uomo.

Questo dato, continuava la sentenza, era di legge e si trovava appunto nella l. n. 5489/88, la quale disponeva l'abolizione delle servitù promiscue « nell'estensione e misura dell'ultimo possesso di fatto ». Se il legislatore aveva riconosciuto che un diritto si provava dal possesso di fatto, era evidente che la prova di tale possesso non potesse essere data che per testimoni, e questo ovunque, non solo negli ex domini pontifici.

8. Ubi feuda *nel giudizio commissariale della l. 16 giugno 1927 n. 1766.*

Questo è *ubi feuda*: non il percorso logico che individua gli usi civici dalla compresenza di feudo e *universitas*, ma la presunzione dell'esistenza degli usi civici dalla sola esistenza del feudo, il quale dovrebbe implicare per definizione l'esistenza di una popolazione che, per eguale definizione, non potrebbe sopravvivere senza trarre risorse dal territorio. *Ubi feuda* fu così parte del problema che il r.d.l. 22 maggio 1924 n. 751, più volte modificato prima di essere convertito nella l. 16 giugno 1927 n. 1766, avrebbe voluto risolvere una volta per tutte. Il contenzioso sull'esistenza di diritti collettivi si era rapidamente esteso a tutto il territorio italiano, ma in assenza di una disciplina sostanziale circa la titolarità dei terreni e il loro regime giuridico. A quel fatidico 1924, gli usi civici venivano disciplinati dalla legge solo per i demani meridionali, le terre che la Commissione feudale aveva individuato come esterne ai feudi, le quali erano ancora da quotizzare da parte dei Prefetti a termini della legge sull'Amministrazione civile del Regno delle Due Sicilie e dell'art. 16

della l. 2248/65 all. E. Gli usi civici che i tribunali riconoscevano incessantemente su terreni comunali centro-settentrionali erano invece privi di qualsiasi disciplina specifica, mentre gli usi civici nelle ex provincie pontificie, su terreni privati come pubblici, avrebbero dovuto essere liquidati sulla base della legge del 1888.

La nuova disciplina riuniva nelle mani di un unico soggetto, il Commissario per la liquidazione degli usi civici, tanto il potere di accertare e liquidare gli usi civici in via amministrativa, quanto quello di decidere le contestazioni in sede giudiziale. Nello specifico, il Commissario avrebbe dovuto innanzitutto individuare i terreni gravati da uso civico, valendosi della collaborazione di periti demaniali incaricati allo scopo e rivendicare alla massa quelli occupati senza titolo. Ove gli usi fossero gravati su terre private — e dietro questa locuzione si intuisce facilmente il latifondo — al proprietario sarebbe rimasta una quota del terreno, libera da qualsiasi uso, in compenso della liquidazione. I demani comunali, ossia le terre sempre aperte agli usi delle popolazioni sarebbero stati liquidati senza compenso. I terreni risultanti dalla liquidazione avrebbero incontrato un destino diverso, a seconda della loro natura. Quelli capaci di agricoltura sarebbero stati quotizzati e assegnati in enfiteusi alle famiglie residenti, quindi con l'obbligo delle migliorie. I terreni di bosco e pascolo sarebbero passati in proprietà del Comune, perché tutti i cittadini potessero esercitarvi gli usi, almeno fino a quando il proprietario pubblico non avesse loro trovato migliore destinazione, ad esempio con la vendita.

Il tutto era circondato dalle istituzioni dell'economia corporativa, dal Ministero dell'Economia nazionale alle cattedre ambulanti di agricoltura. La legge, ad esempio, prevedeva che, di fronte a grandi estensioni di terra da liquidare, il Ministero dell'Economia nazionale potesse nominare un delegato tecnico perché i terreni fossero sottoposti a opere di trasformazione « con gestione unica » e solo quando queste opere fossero state compiute si sarebbe provveduto alla quotizzazione (art 15). Il Ministero poteva affidare tale gestione unica all'Opera nazionale combattenti e reduci (art. 16) (68).

(68) U. PETRONIO, *Dalla legge del 1927 al disegno di legge quadro: problemi storico-giuridici*, in *Gli usi civici. Realtà attuale e prospettive*, Atti del Convegno, Roma, 1-2 giugno 1989, a cura di O. Fanelli, Milano, Giuffrè, 1991.

Tutto il sistema della legge del 1927 si comprende appieno solo se lo si legge alla luce del corporativismo fascista e del suo progetto di fondo e ciò vale, in primo luogo, per la figura del Commissario, che avrebbe dovuto, attingendo a volte a poteri amministrativi, a volte a poteri giudiziari, risolvere speditamente quanto non si era riusciti a fare in più di sessant'anni di Stato unitario: il raggiungimento della massima produttività agricola, come massimo strumento di pace sociale.

Questo disegno fu frustrato alla radice per vari motivi. Pesò sicuramente la mancanza di impulso del livello governativo, certamente poco interessato a entrare in urto con i grandi proprietari fondiari, che spesso costituivano l'ossatura del regime in territori in cui il controllo di uno Stato lontano riusciva meno efficace. Pesò soprattutto la formazione dei Commissari, che l'art. 27 disponeva dovessero essere solo magistrati col grado non inferiore a Consigliere di Corte d'appello: persone poco avvezze all'attività amministrativa e maggiormente proclivi a gestire contenziosi che, ricordiamo, potevano introdurre d'ufficio, funzione che mantengono ancora oggi (69).

Le operazioni dei Commissari per la Liquidazione degli Usi civici si fermarono quindi lì, dove si erano arrestate le operazioni dei Prefetti dello Stato liberale: nelle aule di giustizia. L'unica differenza rispetto al passato era che il primo grado di giudizio si svolgeva dinanzi a un giudice speciale e non più dinanzi al giudice ordinario, per poi proseguire immancabilmente fino alla Cassazione (70). I contenziosi aumentarono esponenzialmente, fin dall'entrata in vigore del r.d.l. del 1924, il che dette motivo per la pubblicazione di

(69) MARINELLI, *Gli usi civici*, cit., p. 93.

(70) La legge del 1927 affidava l'appello alla Corte nel cui distretto fossero le terre in contestazione. Con la l. 10 luglio 1930 n. 1078, poi abrogata dal d.lgs. 1 settembre 2011 n. 150, la competenza a discutere gli appelli di tutti i Commissari fu accentrata in una Sezione speciale della Corte d'Appello di Roma, salvo quelli relativi alla Sicilia, che ancora oggi sono di competenza della Corte d'appello di Palermo. Il giudizio di secondo grado fu oggetto di forti dibattiti durante i lavori preparatori della legge del 1927, come nota, con ricchezza di notazioni storiche, C. FEDERICO, *Il processo in materia di usi civici*, Pisa, Pacini, 2017, p. 202 e ss.

una rivista specializzata, che pubblicava in primo luogo le sentenze dei Commissari (71).

Nella giurisprudenza commissariale, sia pure a un'analisi parzialissima, possiamo trovare la stessa differenza che abbiamo sinora riscontrato nella giurisprudenza delle Corti di Cassazione. Al proposito, compariamo due pronunce, prese a distanza di poco più di un anno l'una dall'altra.

La prima è una corposa pronuncia del Commissario regionale di Milano, resa il 17 maggio del 1927 ai sensi del decreto legge 751/1924, in una causa tra il Comune di Bienno e una serie di privati, molti dei quali erano parte di una « società di antichi originari » o traevano causa da questa (72). Il Comune aveva denunciato al Commissario l'esistenza di usi civici su beni di sua proprietà, come su quelli di proprietà degli « antichi originari » di Bienno, e aveva vieppiù denunciato delle usurpazioni perpetrate da questi a danno del demanio comunale. Avviata, a termini del decreto, una conciliazione, questa era sfumata per l'opposizione di un singolo, che si affermava proprietario di un'intera montagna. Tale proprietà, come molte altre nel comprensorio del Comune, traeva titolo da una divisione intervenuta nel 1799 tra gli antichi originari del tempo, la quale doveva essere ritenuta nulla e inopponibile ad esso. I convenuti sostenevano, per contro, che i terreni in causa non erano mai appartenuti al demanio comunale, ma a una collettività di fatto, e furono poi divisi tra i legittimati dell'epoca in esecuzione delle leggi francesi e che tale divisione fu sempre rispettata, anche in tempi successivi.

Il Commissario reintegrò al Comune buona parte del territorio e dichiarò esistere comunque gli usi civici della generalità della popolazione anche sui terreni di cui riconobbe la proprietà a chi aveva avuto legittimamente causa dagli antichi originari. L'argomen-

---

(71) Una prima rivista fu pubblicata con periodicità irregolare e pochi fascicoli a Cosenza nel 1924-1925, con il titolo *Demani ed usi civici. Rivista mensile di dottrina, legislazione e giurisprudenza*. Nel 1925, a Roma, inizia le pubblicazioni la *Rivista dei demani, usi civici, domini collettivi*, che cambierà nome più volte, fino a cessare le pubblicazioni nel 1943, quando aveva assunto il titolo de *Il diritto dei beni pubblici*.

(72) Commissario regionale di Milano, sent. 17 maggio 1927, *Comune di Bienno c. Panteghini e altri*, in « Rivista dei demani, usi civici, domini collettivi », 1928, p. 46.

tazione della sentenza fu, in estrema sintesi, questa: anche in Alta Badia si poteva tracciare la differenza tra usi civici propriamente detti e demani universali. Questi diritti venivano dalla stessa origine e traevano sviluppo dalle medesime condizioni economiche che si potevano notare ovunque. Nel Mezzogiorno, i diritti collettivi avevano avuto una dottrina e una legislazione per effetto della lotta contro i baroni, e ciò aveva portato a definire giuridicamente il concetto di demanio civico e a dargli una disciplina con la legge sull'Amministrazione civile del 1816. Ciò però non escludeva che la stessa cosa fosse riconoscibile ovunque coesistessero terre private e terre aperte all'uso comune: ove non era stata disciplinato per legge, il demanio esisteva per consuetudine, che talvolta era comparsa negli statuti (73).

Agli argomenti dei convenuti, per cui di demani si sarebbe potuto parlare solo per il Sud, e non per il Nord Italia, poiché questo sarebbe stato da secoli immune al feudalesimo, la sentenza rispondeva con un dato positivo: il decreto legge 22 maggio 1924 n. 751 aveva esteso a tutto il territorio nazionale l'accertamento e la liquidazione degli usi civici e dei demani comunali, il che faceva eliminava ogni ragione di disputa storica. La lunga fase di preparazione della nuova legislazione aveva messo in luce ciò che la giurisprudenza di legittimità aveva più volte accertato: i demani erano esistiti e potevano esistere anche al Nord, poiché, se pure il feudo era stato meno invadente, pure esistevano le stesse ragioni di diritto naturale, rese evidenti dalle condizioni della locale economia agraria. Tanto era dimostrato dalla stessa disciplina di legge, che aveva disposto la quotizzazione (art. 7) delle terre di uso civico appartenenti ai Comuni, sul presupposto che in qualsiasi Comune esse potessero esistere e che, quando aveva voluto disciplinare solo per i demani meridionali, lo aveva specificato.

La seconda è una sentenza del Commissario regionale di Napoli, resa il 18 giugno 1928 tra una serie di ricorrenti *uti cives* di Acquavella, frazione del Comune di Casalvelino, contro taluni pro-

(73) « L'esserne mancata la definizione legale, non toglie l'esistenza della cosa. Quando si definisce, si riconosce ma non si crea ». Ivi, p. 50.

prietari di terreni (74). Nello specifico, i ricorrenti deducevano che i naturali residenti della frazione avevano esercitato da tempo immemorabile una vasta serie di usi, dal pascolo al ghiandatico, alla semina con onere di terraggio, su un vasto latifondo che era stato beneficio ecclesiastico della Chiesa parrocchiale. Producevano a sostegno una Bolla papale del 1728, che assegnava il beneficio, e tre delibere del Comune, prese tra il 1861 e il 1894, che dichiaravano l'esistenza di tali usi.

Il ricorso fu respinto, sulla base della settima massima della Commissione feudale: la feudalità si prova con i titoli, e questi non solo non furono allegati dagli attori, ma il Commissario — anch'egli giudice inquisitore — non ne aveva trovati. Aveva semmai trovato documenti che provavano il contrario, ossia una sentenza del Tribunale di Salerno del 1833 con cui si accertava, sia pure *incidenter tantum*, che i fondi erano nel patronato laicale del dante causa dei convenuti, cosa che importava a lui il dominio diretto, poi consolidatosi in piena proprietà con la soppressione dei benefici ecclesiastici, proprietà utili. Dinanzi a questa prova era inutile tentare la dimostrazione della perduranza degli usi da parte dei residenti della frazione, poiché dall'esercizio di questi non si poteva provare la feudalità del territorio.

Si potrebbe agevolmente continuare nell'esame della giurisprudenza di legittimità originata dalla legge del 1927, ma non individueremmo principi diversi da quelli dell'ordinanza da cui abbiamo preso le mosse e dalle sentenze che essa cita. Nell'assenza del legislatore, convinto che bastassero poche e semplici norme per sbarazzarsi di sparuti fossili giuridici, la giurisprudenza ha dovuto creare tutte le regole che presiedono alla cognizione dei diritti collettivi, con un'opera necessariamente influenzata dai diversi contesti storici in cui sono state prese le singole decisioni che oggi fungono da precedente. La legge del 1927, se fu poco applicata dal regime fascista, dette luogo a un intenso contenzioso nei primissimi anni della Repubblica, indotto dal dibattito sulla riforma agraria: molti grandi proprietari terrieri del Meridione fecero ricorso ai

(74) Commissario regionale di Napoli, 18 giugno 1928, *Scola, Rappo e altri c. Granito di Belmonte, Pinto e altri*, in « Rivista dei demani, usi civici, domini collettivi », 1928, p. 300.

Commissari per avere accertate in piena proprietà terre che erano state già dichiarate demaniali dalla Commissione feudale quasi un secolo e mezzo prima. Quella stagione ha prodotto molti dei principi poi costantemente osservati dalla giurisprudenza di legittimità.

Il resto è storia di oggi. Il d.p.r. n. 616/77 ha trasferito le funzioni amministrative dei Commissari alle Regioni, lasciando a questi la funzione giurisdizionale, che si restringe a un'unica competenza, l'accertamento della c.d. *qualitas soli*, appunto la demanialità civica. Competenza esclusiva, perché quando in un qualsiasi giudizio si apre la questione della demanialità, esso deve essere sospeso col rinvio degli atti al Commissario, il che fa oggi del giudizio commissariale un ottimo strumento dilatorio nelle esecuzioni immobiliari. La recente legge 20 novembre 2017 n. 168 è destinata a aumentare i problemi, perché da un lato codifica il demanio civico come oggetto di tutela ambientale, dall'altro non è stata accompagnata da un rinnovamento delle norme processuali per il suo accertamento, che restano affidate, in massima parte, alla giurisprudenza di legittimità, la quale ha creato nel tempo, oltre al principio *ubi feuda, ibi demania*, gli altri pilastri del giudizio commissariale.

9. *Conclusioni.* Ubi feuda *come norma di conflitto tra ordinamenti distanti nel tempo.*

> Ce qui fait l'originalité et tout à la fois la subtilité du problème, c'est que, suivant la qualification à laquelle on s'attachera pour fixer la nature de la prétention litigieuse, la loi interne applicable à cette prétention variera (75).

In questi termini, Étienne Bartin introduceva, nel 1897, il problema del conflitto che si realizza allorché il giudice di un determinato Stato deve conoscere, secondo il proprio ordinamento, delle relazioni tra parti private formatesi secondo un altro ordinamento, quanto cioè la moderna disciplina del diritto internazionale

(75) E. Bartin, *De l'impossibilité d'arriver á la suppression définitive des conflits de lois*, in « Journal du Droit international privé », 1897, p. 230.

privato chiama *conflitto tra leggi*. Bartin dimostrava come il conflitto tra leggi non fosse evitabile con un accordo tra Stati sull'individuazione in astratto delle norme di conflitto, con cui disciplinare la scelta dell'ordinamento da applicare a una determinata fattispecie, se nello Stato in cui si sarebbe dovuto giudicare, la pretesa dell'attore venisse qualificata in modo diverso che nell'ordinamento dell'altro Stato. L'esempio di Bartin è un classico del diritto internazionale privato, noto a qualsiasi giurista: due soggetti contraggono matrimonio in un dato Stato; in costanza di matrimonio, il marito acquista la cittadinanza di un altro Stato, ove ha delle rilevanti proprietà immobiliari; muore senza testamento (76). I due ordinamenti presentano le stesse norme quanto alla legge applicabile: la successione deve essere regolata dall'ordinamento del luogo in cui si è aperta, mentre i rapporti patrimoniali tra i coniugi sono regolati dall'ordinamento dello Stato di cui il marito aveva la cittadinanza al momento del matrimonio. La vedova agisce contro altri eredi del marito nello Stato in cui si trovano gli immobili, assumendo che le sia dovuta una certa quota degli stessi, non in base al diritto successorio di quello Stato, che non le darebbe questo diritto, ma in base alle norme sui rapporti tra coniugi dello Stato di cui il marito aveva la cittadinanza quando il matrimonio fu celebrato che, al contrario, glielo assicura.

Malgrado entrambi gli ordinamenti abbiano le stesse norme sulla legge applicabile, nei fatti la pretesa del coniuge superstite dipende dalla qualificazione che essa ha presso l'ordinamento dinanzi al quale l'azione è stata introdotta. Se l'ordinamento di quello Stato qualifica questa pretesa come attinente ai rapporti tra coniugi, la vedova dell'esempio potrà invocare la legge che le è favorevole, mentre non potrà farlo se, per quell'ordinamento, la sua azione attiene alla successione. Continuando negli esempi: due Stati possono ben convenire — anche per consuetudine — che una controversia avente ad oggetto beni immobili debba essere giudicata dall'ordinamento dello Stato in cui gli immobili insistono, ma ciò

(76) È il caso Bartholo, deciso dalla Corte d'appello di Algeri con sentenza del 24 dicembre 1889, che si trova citato in qualsiasi manuale istituzionale di diritto internazionale privato. Cfr. F. Mosconi, C. Campiglio, *Diritto internazionale privato e processuale*, vol. I, Milano, UTET Wolters Kluwer, 2013^{6}, p. 211.

non toglie che, se i due ordinamenti tracciano in modo diverso la distinzione tra beni mobili e immobili, il giudice di quello Stato potrebbe negare la propria giurisdizione o, se la afferma, pure potrebbe dire che deve applicarsi la legge di nazionalità del proprietario perché, per il suo ordinamento, quel bene non è immobile.

Ubi feuda, ibi demania è l'indice di un problema dello stesso genere, che attende di essere affrontato nella stessa prospettiva: un conflitto tra ordinamenti, distanti tra loro non nel dominio dello spazio, ma in quello del tempo.

L'ipotesi semplificante seguita da molti storici del diritto si è rivelata subito incongruente, perché viziata da un errore di prospettiva storica, che si palesa immediatamente alla diagnosi giuridica: nel giudizio il feudo non entra come questione di fatto, ma come questione di diritto. Il compito di cui il giudice è investito dalla domanda dell'attore, per come abbiamo visto, non è quello di accertare che, in un passato più o meno lontano, un territorio sia stato dominato da un qualche signore feudale.

Il compito del giudice è quello di qualificare una situazione giuridica del passato che non trova definizione in alcuna norma del suo ordinamento vigente. Ciò vale tanto nel caso in cui le leggi che il giudice deve applicare intendano trasformare quei diritti in una forma diversa di proprietà, quanto nel caso in cui vogliano tutelarli nella latitudine che essi hanno manifestato per consuetudine inveterata, come nel caso della l. n. 168/2017. Dalla legge del 1° settembre 1806 di Giuseppe Bonaparte alla vigente l. 16 giugno 1927, n. 1766, la definizione dei diritti da liquidare è stata costantemente affidata a un'endiadi tralatizia fatta di « usi civici » e « promiscuità di diritti », in cui sono stati di volta in volta individuati dalla giurisprudenza le situazioni giuridiche più svariate. La l. n. 168/2017 non raggiunge esiti diversi, e non per caso: qualsiasi definizione più specifica dei diritti collettivi impedirebbe lo scopo di qualsiasi legge, poiché non riuscirebbe a comprendere tutte le situazioni giuridiche antiche che il legislatore odierno si propone di disciplinare, sia nel senso della liquidazione, che in quello della tutela. In altri termini, ciò di cui il legislatore non si è sentito mai capace è di tradurre in tipi legali situazioni giuridiche che provengono dalla strutturale atipicità della consuetudine medievale, col rischio di lasciar fuori dalla disciplina quelle situazioni giuridiche

che, per avventura, non possano essere riconosciute appieno nelle definizioni positive.

Per stretta conseguenza, nessuno dei tanti diritti collettivi che *ubi feuda, ibi demania* dovrebbe accertare fino a prova contraria rispondono a una fattispecie univoca, né per il diritto medievale, che li ha creati, né per le leggi che si sono incaricate di estinguerli, nella cui applicazione il principio è venuto a crearsi.

È per questo che abbiamo visto alcuni giudici, in tempi diversi, adoperare variamente la presunzione di demanialità e altri, negli stessi periodi, non adoperarla affatto: entrambi cercavano di individuare la situazione giuridica collettiva oggetto di causa, e ciascuno ha costruito in modo diverso il rinvio alle norme antiche che quella situazione avevano costituito. La Commissione feudale prima, la Cassazione di Napoli dopo, sono riuscite a costruire un rinvio diretto alle norme di diritto feudale: è così che i « terraggi » o i diritti « di mezza semenza » potevano dimostrare la feudalità dei terreni che ne andavano soggetti, mentre la loro assenza individuava i demani universali, come terre soggette solo a un dominio utile della generalità dei residenti, senza alcuna legittimazione del feudatario. Ancora, è con un rinvio diretto alle norme di diritto feudale che i diritti « di piazza e bagliva » o quelli « di zecca, pesi e misure » potevano essere tenuti distinti da quelli, importando essi una giurisdizione sul territorio, non un dominio diretto sul terreno in causa. Altri giudici sono riusciti a costruire, per contro, solo un rinvio indiretto per riportare l'esistenza di un diritto collettivo, che trovavano ancora in esercizio, a una consuetudine di cui reperivano una qualche corrispondenza in antichi statuti.

Il segno della differenza tra queste due vicende è nel diverso onere di ricostruzione giuridica che gravava sul giudice. Quando ha potuto operare un rinvio diretto, il giudice non ha fatto altro che verificare se i diritti della generalità e del feudatario avessero ad oggetto la percezione di risorse dalla terra. Quando ha operato un rinvio indiretto, per contro, il giudice ha dovuto ricostruire a posteriori le caratteristiche del diritto collettivo, colmando le lacune nelle fonti col proprio ragionamento induttivo, che si è spesso rivelato nel ricorso a categorie del proprio diritto vigente.

Il punto è questo: leggere a posteriori i provvedimenti dei giudici in materia di diritti collettivi significa criticare il *come* essi

abbiano operato il rinvio al diritto previgente, non il *fatto in sé* del rinvio.

Il rinvio è ineludibile nel momento stesso in cui si affida la liquidazione a un procedimento contenzioso, in cui si può fare questione dell'esistenza o meno del diritto da liquidare. L'unico giudizio che si può dare, oggi, è se il rinvio operato da ciascun giudice sia stato corretto o meno, abbia cioè individuato l'esistenza di un diritto reale ammissibile nell'ordinamento di partenza o, per contro, ne abbia creato uno artificiale che non avrebbe potuto, come fece la Cassazione di Torino nel caso della transumanza ligure, essere qualificata come servitù discontinua e inalienabile, o lo abbia creato artificialmente, come fece la Cassazione di Roma nel caso di Mentana, ricostruendo l'impossibile figura giuridica del demanio itinerante. Quanto non si può fare è, invece, valutare struttura e esiti di quel rinvio sulla base di una presunta superiorità dello studio storico delle vicende di singoli territori rispetto all'argomentazione giuridica.

Inutile quindi chiedere alla giurisprudenza una maggior consapevolezza « dei risultati conseguiti dalla moderna storiografia giuridica », citando ancora una volta Astuti, perché è inutile contrapporre i risultati di chi ha scelto di guardare al feudo come a un insieme di fatti, con i risultati di chi ha dovuto, per statuto, guardare al feudo per quello che è: un ordinamento giuridico. I fatti sono destinati a mai più replicarsi e possono essere studiati solo nella loro singolarità di eventi storici. L'ordinamento produce sempre nuovi istituti in stretta conseguenza con le proprie regole di qualificazione dei fatti.

Ce qui fait l'originalité et tout à la fois la subtilité du problème è che dal conflitto tra un ordinamento del passato e uno vigente si producono istituti che non appartengono integralmente né all'uno, né all'altro. *Ubi feuda, ibi demania* attende di essere indagato per quello che è, una norma di conflitto, e da ciò potrebbero arrivare risultati più significativi per l'analisi giuridica del feudo delle incrollabili certezze cui lo storico pretenderebbe di sottomettere il giudice.

ADRIAN J. CABRERA BIBILONIA

MÁS ALLÁ DEL ESTADO DE LOS DERECHOS EL ESTADO MESTIZO DE ALESSANDRO BARATTA

1. Baratta y las razones para estudiar su proyecto político. — 2. El estado mestizo. — 2.1. Baratta ante la modernidad. — 2.2. Las bases epistemológicas: Marx y Freud. — 2.3. Un concepto mundano de la Alianza. La ciudadanía plural. — 2.4. El pensamiento frágil de la posmodernidad. — 3. El modelo de guerra, el opio de los intelectuales.

1. *Baratta y las razones para estudiar su proyecto político.*

En la década de 1990 los teóricos marxistas tuvieron que enfrentar una crisis, que podríamos llamar 'de sentido'. Dígase ¿hasta qué punto se podía seguir confiando en el marxismo como referente para una posible superación de la lógica del capitalismo? o, por otro lado, ¿hasta qué punto un pensamiento moderno como el de Marx debía subsistir dentro de una dinámica de crisis de la modernidad? De una forma u otra estas son problemáticas y cuestionamientos que marxistas, o, en sentido general, economistas, filósofos, teóricos políticos, buscaron darle una respuesta positiva o negativa.

> En el ocaso del siglo que se cierra el marxismo se enfrenta a dos desafíos monumentales. El primero, inesperado, es el de su existir mismo, y el segundo, de exigencia permanente, el de desarrollarse creadoramente. Claro que ambos retos están íntimamente imbricados: sin la segunda condición difícilmente pueda producirse la primera. Sin embargo, el asalto contra el marxismo es hoy — particularmente después del colapso del socialismo en Europa del Este — de tal envergadura que su existencia ha llegado a estar en juego, y ello incluso con independencia de su capacidad para autoregenerarse (1).

---

(1) I. MONAL, *La huella y la fragua: el marxismo, Cuba y el fin de siglo*, en « Revista Temas », 3 (julio-septiembre 1995), p. 5.

Esta dinámica en la que el marxismo debe reinventarse para subsistir, a la vez que para subsistir debe reinventarse; se va a vivir de forma perenne en los años 90' y un poco más. Así, tenemos el surgimiento de nuevas interpretaciones de la obra marxiana o reactivaciones de proyectos alternativos a la orientación soviética. En efecto, si en algún contexto discursivo pudiera ser insertado Baratta, y aún con reticencias, sería en el de las filosofías políticas que mantuvieron una línea cuestionadora del capitalismo, basado en el proyecto emancipatorio de Marx, esta vez confluyendo con otras vertientes de la teoría crítica, las herramientas psicoanalíticas o incluso con herramientas pre y pos modernas.

Alessandro Baratta (1933-2002), a quien pudiéramos resumir como filósofo del derecho penal devenido en criminólogo crítico, en el periodo ya mencionado, va a dirigir sus esfuerzos, tanto a mantener su crítica al derecho penal (los procesos de criminalización, la selección de los comportamientos negativos, etc.) como hacia una propuesta de un proyecto político que fuese capaz de producir una sociedad no violenta (promesa incumplida por la modernidad). Nuestro trabajo centrará aquí su interés, tomando como referencia central (pero no única) un ensayo de su última etapa, titulado *El estado mestizo y la ciudadanía plural* (2). Texto en donde con más claridad y distensión expone su propuesta. Publicado primeramente en italiano en 1998, y en castellano en el 2004 (3). Expondremos

---

(2) A. BARATTA, *El estado mestizo y la ciudadanía plural. Reflexiones para una teoría mundana de alianza*, en ID., *Criminología y sistema penal (compilación in memoriam)*, dirigido por C. Elbert, Montevideo-Buenos Aires, Editorial BdeF, 2004.

(3) El compilador de esta edición de textos de Baratta (*in memoriam*) dijo recibir de manos del propio autor en 1994 este ensayo en portugués. El texto, en cambio, verá la luz por primera vez en italiano en 1998. Si bien cabría preguntarse porque el texto estaba en portugués y aún más porque Baratta esperó tanto para su publicación; no es desdeñable pensar que ya estuviera escrito para esa fecha, pues otros textos del filósofo italiano demuestran que por esos años ya tenía 'ideado' su Estado Mestizo. Véase: A. BARATTA, *La niñez como arqueología del futuro*, en *El Derecho y los chicos. Balance y perspectivas de las reformas legislativas*, Actas del Seminario Internacional, Buenos Aires, 21-24 marzo 1995, compilado por M. Bianchi, Buenos Aires, Espacio, 1995; M.A. JIMÉNEZ; N. ESPEJO (entrev.), *Alessandro Baratta en la Universidad Diego Portales, Apuntes de Derecho*, Santiago de Chile, 1995; A. BARATTA, *Balance de una obra esencial* (1994), en ID., *Criminología y sistema penal*, cit. La versión en castellano, por demás, no es derivación de la versión italiana; sino que está traducida del portugués, por Jorge A.

entonces brevemente, que nos mueve a considerar esta filosofía política barattiana como una variante legitima a tener en cuenta al día de hoy dentro de la realidad cubana y latinoamericana.

— Se trata de una propuesta política, que es posible dilucidar (más allá del debate de su factibilidad) en la realidad cubana. Teniendo en cuenta su inserción, la de la realidad cubana, dentro de una lógica de discursos modernos (como pudiera ser la noción de estado de derecho dentro de la Constitución) o contemporáneos como el enfoque de género y el biocentrismo. Que son discursos que buscan penetrar campos de las minorías sociales (las sexuales, las étnicas...) o la 'desmarginalización' de sujetos excluidos en la modernidad (la naturaleza o la niñez, por ejemplo). Precisamente, el estado mestizo sobreviene también como una explicación de todos estos fenómenos (desde el estado de derecho, hasta los derechos de las minorías), a la vez que una alternativa para los mismos.

— Baratta realizó muchos de sus estudios a partir de la década de 1980, pensando en la realidad latinoamericana. Consideraba que el sistema penal, los mecanismos de control social y, en general, la relación entre violencia y Derecho, debían ser estudiadas en las zonas periféricas del sistema capitalista, en donde sus conflictos se encontraban más desnudos y visibles. De esta forma, también se sabe que varios de sus textos de la época mencionada fueron escritos para encuentros latinoamericanos (4). Al decir de Aniyar de Castro, « él venía insistentemente a América Latina, donde sentó cátedra en diferentes países, participó en seminarios y asesorías, y publicó en español casi toda su obra » (5). Ello nos indica que no se trata de un autor europeo más, que nunca pensó en el hemisferio sur del mundo y que en todo caso quiso discursar sin conocerlo. No se trata de una mera asimilación teórica de un modelo político alternativo ajeno;

Andrés, de la versión que Baratta puso en las manos de Carlos Elbert (*Nota del editor*, en *Criminología*, cit., p. 221).

(4) M. Martínez, *El Sur que amaba el profesor Baratta. Latinoamérica como referente material para la construcción de la Criminología Crítica*, en « Revista Anthropos: Huellas del conocimiento », 204 (2004), p. 126.

(5) L. Aniyar de Castro, *Alessandro Baratta: hombre del renacimiento en el siglo XX: notas y referencias sobre la obra de Alessandro Baratta*, en « Revista Latinoamericana de Derechos Humanos », 21 (julio-diciembre 2010), 2, p. 218.

sino que ha sido pensado y elaborado desde el conocimiento y la vivencia de la realidad de nuestra región.

— No menos interesante es el hecho de la posibilidad del reconocimiento teórico del pensamiento barattiano, dentro del mundo marxista. Pensamiento, reducido por buen tiempo a su vertiente criminológica y a las polémicas sobre la misma. En cambio, visualizar la filosofía política de Baratta, permite introducirlo en un contexto intelectual cubano en donde, sin duda alguna, el debate sobre el marxismo debe ser constantemente revitalizado.

Ya por el interés que despierta el autor, ya por lo curioso de su proyecto, lo expuesto nos parece suficiente para atender a su discurso. Intentemos, entonces, agregar algunas palabras respecto a esta faceta de la vida de Baratta aún por hacer chirriar y exprimir.

2. *El estado mestizo.*

Quizá un buen punto de partida sería explicar el porqué de 'mestizo'. El propio autor habría dicho que es una metáfora que proviene de las posiciones que « tienen validez en los filósofos de la política francesa que hablan de *Mestizage*, aludiendo a una sociedad que en lugar de encerrarse en una unidad económica se abre, busca su riqueza en lo que se llama *mestizage*, la práctica del estado mestizo » (6). Marra, habría ahondado más en las influencias que marcaron a Baratta y, de igual forma, nos remonta a la filosofía francesa, a las investigaciones de Jean Benoist sobre el *métissage*; así como a la idea de *société métissée* de Etienne Balibar, discípulo de Althusser (7). En cambio, Dimoulis habría adjudicado la utilización del término « a una evidente inspiración latinoamericana » (8).

En cualquier caso, acudir a la idea del mestizaje le permitió a Baratta crear una imagen: la de la unión a través de la pluralidad, ya

---

(6) BARATTA, *La niñez como arqueología del futuro*, cit., p. 15.

(7) R. MARRA, *Alessandro Baratta e le promesse della modernità*, en « Materiali per una storia della cultura giuridica », XLIV (diciembre 2014), 2, p. 580.

(8) D. DIMOULIS, *Alessandro Baratta como teórico da fundação do estado mestiço: Além o nacionalismo e do falso cosmopolitismo*, en *Leituras de um realismo jurídico-penal marginal. Homenagem a Alessandro Baratta*, organizado por P. Corrêa, São Paolo, Cultura Académica Editora, 2012, p. 127.

no desde la percepción del otro, sino desde la mezcla. Ya no desde el reclamo de derechos individuales, que 'consolidan' y 'promueven' disimiles ciudadanías (entendidas como las distintas formas en que un Estado se relacionaría de forma socio-política con los sectores sociales); sino de una gran ciudadanía almizclada.

El estado mestizo a su vez es, en sí mismo, producto de una convergencias de autores y de discursos; de negaciones y reafirmaciones de proyectos políticos y filosóficos. Si por un lado, va a establecer una crítica respecto a los proyectos de la modernidad y la posmodernidad. Por el otro, va a sentar sus bases en el pensamiento marxista y en el freudiano, a través de los cuales se debería constituir un proyecto emancipatorio del hombre. Emancipación, que en pos de poder superar tanto las dificultades sufridas en la modernidad como las insuficiencias de la *condición posmoderna*, tendría intrínseca una inversión de paradigmas discursivos, de los cuales destaca un concepto mundano de la Alianza llamado a revertir el contrato social.

2.1. *Baratta ante la modernidad.*

Baratta consideraba que la contradicción que existía en el Derecho Penal entre sus principios declarados (igualdad, interés general, etc.) y su funcionamiento real (producir y sostener la desigualdad) no era una mera contingencia, un caso fortuito, producto de errores de la imperfección humana; sino que era su componente ideológico. Componente ideológico que formaba parte inmanente del sistema penal mismo, sin el cual no tuviera la legitimación necesaria para actuar (9). Siguiendo la misma lógica, va a entender la contradicción entre la propuesta declarada del pacto social y lo sucedido en su realización histórica, como el componente ideológico que ha permitido el desarrollo del proyecto político de la modernidad.

El contrato social se habría legitimado a partir de una promesa de universalidad: un pacto que llegaría a todos los sujetos humanos,

---

(9) A. BARATTA, *Viejas y nuevas estrategias en la legitimación del derecho penal*, en *Prevención y teoría de la pena*, dirigido por J. Bustos, Santiago de Chile, Editorial Jurídica ConoSur Ltda., 1995, pp. 80-82.

considerados como iguales en su ciudadanía potencial. En cambio, se trató de un pacto exclusivo de minorías iguales. Dígase, « un pacto entre propietarios blancos, hombres y adultos, para excluir y dominar individuos pertenecientes a otras etnias, mujeres, niños y pobres » (10). Para él, estaba programado este carácter selectivo del pacto y, por ende, la exclusión de grupos sociales del concepto abstracto de ciudadanía. La propuesta declarada, no era más que un elemento de la construcción ideológica consciente.

En el mismo sentido, como causa y consecuencia de este *pactum ad excludendum*, el Estado y el Derecho modernos se habrían configurado para controlar y anular la violencia, a través de su monopolización y enclaustramiento en la 'violencia legal'. Pero lejos de ello, terminaron perpetuando y reproduciendo la violencia como la substancia misma de las relaciones jurídicas.

> La condición de validez y de eficacia del pacto es la eliminación de la violencia gracias al monopolio legítimo del uso de la fuerza por parte de un Estado imparcial. Sabemos, al contrario, que el resultado histórico hasta ahora [...] es que el derecho moderno, en el intento de contener la violencia, ha terminado por ocultarla, excluyendo del pacto los sujetos débiles, haciendo jurídicamente invisible la desigualdad y la violencia estructural en la sociedad [...] La interrelación entre la conflictividad social y política, y el proceso institucional e informal de criminalización; entre desigualdad y represión, entre violencia estructural y violencia penal, es una constante en la historia de la sociedad moderna y de sus sistemas punitivos (11).

De esta forma, la modernidad posee una bifurcación congénita: este pacto social que se ha mostrado con un potencial universal pero que ha sido conscientemente excluyente; y, con ello, una promesa de monopolizar la violencia en la violencia legal, que ha terminado en ocultamiento (y no en anulación), en reproducción (y no en aguante). No se trata entonces de salvar o corregir la modernidad buscando reformar sus defectos, sino de superarla. « Las desigualdades y por tanto la violencia inmanente en el derecho y en

---

(10) BARATTA, *El estado mestizo y la ciudadanía plural*, cit., p. 238.

(11) A. BARATTA, *Nuevas reflexiones sobre el modelo integrado de las ciencias penales, la política criminal y el pacto social*, en ID., *Criminología y sistema penal*, cit., p. 176.

el Estado de la modernidad, son constitutivas en la fundación del Estado y del derecho modernos, y no son errores de discurso debidos al arbitrio de personas interesadas » (12).

Si bien en las luchas llevadas a cabo por el Estado de derecho se abrieron nuevos espacios para los derechos de las víctimas y de los excluidos; en todo caso,

> el Estado de derecho solamente reconoció, de esta manera, la existencia de *ciudadanías* distintas de la ciudadanía abstracta y formalmente igual para todos, o sea, de los 'ciudadanos del Estado'. Aceptó una autonomía limitada de todas estas nacionalidades distintas, de las cuales los individuos participaron en su existencia concreta, en cuanto miembros de una etnia, de un género, de un franja etaria, de una capa social, de una comunidad local, etc. (13).

Baratta se cuestiona de esta forma la dinámica del 'otorgamiento de derechos', tanto por parte del estado de derecho, como de los grupos sociales. Por un lado, expone la falsedad del axioma creado en el cual el reconocimiento de derechos significa una inclusión efectiva dentro del modelo de ciudadanía del estado. Por el otro, está invitando a cuestionarse si está 'lucha' por el reconocimiento de los derechos propios, es el camino eficaz hacia la emancipación humana, poniendo de relieve el carácter fragmentario y 'metabolizador' de este proceso.

Para la construcción del estado mestizo, hay en Baratta una consistencia en buscar el pensamiento radical de lo moderno que permita la subversión. En este punto es donde él considera « la herencia de Marx y Freud [...] como una gran supervivencia del pensamiento de la modernidad » (14).

2.2. *Las bases epistemológicas: Marx y Freud.*

Si a nivel de proyecto político ya hemos visto la posición respecto a la constitución misma de la modernidad; a nivel filosófico, Baratta va a considerar imprescindible escudriñar lo que conside-

---

(12) Baratta, *El estado mestizo y la ciudadanía plural*, cit., p. 238.
(13) *Ibid.*, pp. 239-240.
(14) *Ibid.*, p. 232.

raba su pensamiento radical para obtener de allí lo que sería la base de la emancipación humana: la reconciliación del hombre con la sociedad. En el pensamiento moderno, Kant habría desentendido a las pulsiones y la ética. Dígase, en términos hegelianos, entre la ética y las necesidades reales; entendiendo por necesidad real, la posibilidad de existir y desarrollar la propia existencia que tienen los individuos en función de la evolución de las capacidades de producción material y cultural en una sociedad dada (15). Baratta ve entonces en la crítica de Hegel a Kant un intento de colocar a las necesidades reales como la condición material a través de la cual realizar una ética. A nivel de pensamiento, ya decíamos, es esta la premisa para la emancipación humana. Ahora bien, es en Marx y Freud donde nuestro autor observa con más claridad una conciliación entre la naturaleza humana y la sociedad. Veamos de que se trata en los dos casos.

Si fuéramos a mostrar con brevedad su visión de Marx, sus palabras al respecto en un debate de 1994 en conmemoración al décimo aniversario de su influyente obra *Criminología Critica y crítica al derecho penal* (16) son bastante elocuentes:

> Yo siempre he tratado [...] de superar una visión puramente economicista del materialismo histórico. Por ejemplo, yo nunca he utilizado un término que aquí sí ha sido usado como para dar un rótulo a mi manera de buscar una referencia con Marx: el concepto de materialismo dialéctico. Es completamente ajeno a mi visión del marxismo. El materialismo dialéctico es una visión economicista de un proceso necesario en la historia del mundo, que al final produce una escatología a través de una sociedad mejor, que no se puede parar, con la lógica hegeliana. Esta visión escolástica del marxismo, que yo llamo vulgar, siempre la he rechazado. La manera con la cual yo me coloco dentro del discurso de Marx, está mediatizada por autores como Walter Benjamín y como Ernst Bloch; autores que han rescatado el núcleo emancipatorio del marxismo, sin aceptar la visión de un desarrollo necesario de la historia, que es típico del materialismo dialéctico, del marxismo de escuela, poniendo la acción eman-

(15) *Ibid.*, pp. 226-227.

(16) Véase: A. BARATTA, *Criminología Crítica y crítica al derecho penal. Introducción a la sociología jurídico-penal*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores Argentina, 2004.

> cipadora dentro de un horizonte de posibilidades y no dentro de una necesidad lógica o dialéctica (17).

Marx va a cumplir una doble funcionalidad dentro de la filosofía política barattiana. Es el sujeto pensante por excelencia del cual se ha tomado la lógica de su estado mestizo. Es, también, objeto, al ser elemento del estado mestizo, precisamente, por su reconciliación entre las necesidades reales y la sociedad. Marx es, entonces, base y solución. La teoría misma de las necesidades reales, es capturada de Marx. El filósofo alemán, habría hablado de necesidad, no en el sentido negativo de carencia, más sí, en un sentido positivo, como exigencia de realizar las propias capacidades y de objetivarse en la relación con la naturaleza y con los otros hombres (18). De esta forma, hablando Marx para el contexto alemán decimonónico, « una revolución radical sólo puede ser la revolución de necesidades radicales, de las cuales parecen fallar igualmente las premisas y las sedes propicias a su resurgimiento » (19). Esta concepción de una teoría de las necesidades reales como potenciación del hombre, Baratta la habría sostenido como fundamento tanto de su política criminal alternativa (20), de su percepción de los derechos humanos (21) como, en cuestión, de su estado mestizo.

Se podría ir un poco más allá y afirmar que no solo se trata de un rescate de la teoría de las necesidades, sino que la propuesta misma, ya se encontraba en la obra marxiana. En *Sobre la cuestión judía*, Marx habría dicho que

> sólo cuando el ciudadano real, individual, reabsorba en sí mismo al abstracto ciudadano y, como hombre individual, exista a nivel de especie en una vida empírica, en su trabajo individual, en sus relaciones individuales; sólo cuando, habiendo reconocido y organi-

---

(17) BARATTA, *Balance de una obra esencial*, cit., pp. 411-412.

(18) BARATTA, *El estado mestizo y la ciudadanía plural*, cit., p. 229.

(19) K. MARX. *Introducción para la crítica de la Filosofía del Derecho de Hegel*, en F. HEGEL, *Filosofía del Derecho*, Buenos Aires, Editorial Claridad, 1968[5], p. 17.

(20) A. BARATTA, *Per una teoria materialistica della criminalità e del controllo sociale*, en *Attualità di Marx*, Milano, Unicopli, 1986.

(21) A. BARATTA, *Derechos humanos: entre violencia estructural y violencia penal. Por la pacificación de los conflictos violentos*, en ID., *Criminología y sistema penal*, cit.

> zado sus 'fuerzas propias' como fuerzas sociales; sólo entonces, se habrá cumplido la emancipación humana ([22]).

Más que nada, entonces, lo que hay de Marx en Baratta es el propio método, la capacidad para producir un análisis radical de las relaciones sociales y la situación humana. En el momento de la elección de su marxismo es que el sujeto se vuelve objeto; pero se trata de un instante. Cuando se decanta por una visión específica de Marx y hace de esta visión elemento del estado mestizo, es un segundo de ficción; realmente 'está fuera', jugando a ser método y conocimiento a la vez.

A diferencia de Marx, Baratta no siempre observó al pensamiento freudiano como una herramienta para la emancipación humana. Para cuando se publica *Criminología Crítica y crítica al Derecho Penal* ha establecido un cuestionamiento al psicoanálisis como parte de las teorías que se proponen la etiología del comportamiento, aceptando la cualidad de 'criminal', sin analizar las relaciones sociales que despliegan la ley y los mecanismos de criminalización. Las teorías psicoanalíticas, dijo en ese momento, « orientan el propio análisis a la función punitiva sin mediar este análisis con el del contenido específico del comportamiento desviado, de su significado dentro de la determinación histórica de las relaciones socioeconómicas » ([23]). Véase que se trata acá de contrarrestar la percepción del psicoanálisis, con una teoría materialista de la criminalidad.

Cuando diez años más tarde, en el debate ya citado en torno a esta obra, le han preguntado sobre si cambió de opinión respecto al psicoanálisis, ha respondido que sí en dos sentidos. Por un lado, habría toda una generación de psicoanalistas contemporáneos que no analizó en el libro y, por el otro, un cambio de percepción respecto a Freud. Ello, comenta,

> me llevaría a mitigar, a relativizar mucho, la crítica que yo hago a la teoría psicoanalítica, de haber indicado estos componentes que llamamos irracionales, llamamos atávicos, del sistema de la justicia criminal, pero dentro de un marco teórico de una antropología

---

([22]) K. Marx, *Sobre la cuestión judía y otros textos*, Buenos Aires, s/a, p. 37.
([23]) Baratta, *Criminología Crítica y crítica al derecho penal*, cit., p. 53.

> general ahistórica. Una crítica de falta de vinculación de la teoría con la historia social y cultural. Ahora yo esto lo relativizaría mucho más, porque me doy cuenta que hay una gran concurrencia de resultados para un análisis del sistema de la justicia criminal, pero también para otros aspectos que se refieren a la construcción de una visión nueva del Estado y de la sociedad, una concurrencia entre el discurso de Freud y el discurso de Marx (24).

Ya estaba pensando, sin dudas, en el proyecto teórico-político que esbozaría poco tiempo después. Esta nueva visión del Estado en donde concurrirían Marx y Freud, sería el Estado mestizo.

Vemos como lo que Baratta llama relativización de su crítica, se trata de un viraje en su percepción de lo que puede ofrecer la teoría freudiana; que pasó de ser cuestionada como parte del entramado de las tendencias criminológicas positivistas, a trasladarse como condición de posibilidad de la libertad humana. Este giro que ha dado en la manera en que percibe a Freud tiene, en su esencia, en que ya este no podrá ser ubicado entre los autores que se inscriben dentro de una historia natural, con un fundamento biologicista. Lejos de ellos, ahora va a insistir en que « la llave de la teoría psicoanalítica de Freud no es la biología, más sí la antropología cultural » Permitiendo así, « reconstruir la historia de la cultura, de los mitos y de la religión, a través de la dialéctica del ello, el yo y el súper yo » (25). Terminando por decir que si bien, en Freud,

> el objetivo del impulso posee una base biológica, el objeto a través del cual este impulso puede ser realizado es fungible: su individualización hace parte no solamente de la historia del alma individual, sino también de la historia de la cultura [...] Aún sobre el plano metodológico, la relatividad de las posibles clasificaciones de los impulsos sustentada por Freud, demuestra que, en esta materia, él empleaba tipos ideales más que conceptos naturalistas. Sin embargo, el más importante a subrayar en este contexto es que Freud, de la misma forma que Marx, aún con diversas implicaciones, realizó una gran interpretación histórica de la subjetividad humana fundada

(24) BARATTA, *Balance de una obra esencial*, cit., p. 407.
(25) BARATTA, *El estado mestizo*, cit., p. 230.

sobre la dialéctica de la totalidad y al mismo tiempo con una base empírica y materialista (26).

Así, a través de esta dialéctica entre el ello, el yo y el súper yo, que facilita una especie de continuidad entre las pasiones, las necesidades reales, y la sociedad (historia social); Baratta encuentra una suerte de hendija que se torna camino para establecer una relación entre ética, derecho y hombre, que no lleve consigo la violencia (entendida como la supresión y frustración de necesidades reales). En conclusión, el proyecto de liberación que está intrínseco en Marx y Freud, es, sobre todo, una reconciliación de la subjetividad humana consigo misma. Es un « proyecto de rescate y desenvolvimiento de las potencialidades positivas, de las necesidades reales, a través de un conocimiento auto-reflexivo de nosotros mismos, de la situación humana, del mundo en el cual hemos sido tirados y a través de una mudanza de nosotros mismos y de la estructura de las relaciones sociales » (27).

2.3. *Un concepto mundano de la Alianza. La ciudadanía plural.*

En la gran disección del aparato moderno que representa la *Dialéctica del Iluminismo*, se dice: « Los hombres se encuentran tan radicalmente extrañados entre sí y respecto a la naturaleza que ahora saben sólo para qué se sirven el uno al otro y qué se hacen recíprocamente. Cada uno es un factor, el sujeto o el objeto de una praxis determinada, algo con lo cual es necesario arreglar cuentas o no es necesario ya hacerlo » (28). Una situación semejante debe haber estado en los cálculos de Baratta, cuando estableció la inversión de los paradigmas modernos, de tal manera que se llegaran a producir las relaciones sociales de su estado mestizo. En lugar de los actores (partes del contrato), hablar de las víctimas (los excluidos del

---

(26) *Ibid.*, pp. 230-231. Vale decir que sobre este denominador común entre Marx y Freud, ha insistido un joven filósofo cubano. Véase: G. BEREGOVENKO, *Marx y Freud: un diálogo teórico sobre la subjetividad humana*, en « Revista Temas », 93-94 (enero-junio 2018).

(27) BARATTA, *El estado mestizo*, cit., pp. 230-231.

(28) M. HORKHEIMER, T.W. ADORNO, *Dialéctica del iluminismo,* La Plata, Terramar, 2013, pp. 272-273.

contrato); en lugar del hombre como centro y dominador de la naturaleza, hablar del policentrismo de la naturaleza y del respeto de la naturaleza por parte del hombre; en lugar del otro como extraño, hablar de nosotros como extranjeros de nosotros mismos; en lugar de contrato, hablar de alianza (29).

Este último aspecto, en el que nos queremos detener, es, se podría decir, la 'tercera pata' del estado mestizo junto con Marx y Freud. Es el sustento del resto, de lo que hemos llamado: inversión de los paradigmas modernos. Insistirá en este concepto como forma de superación del contrato social y, en general, del comportamiento de las relaciones política-jurídicas de la modernidad.

> La alianza: creo que sería importante reconstruir, en su dimensión mundana, este concepto fundamental de la tradición judaica-cristiana, en nuestra búsqueda de un camino para salir de la crisis de la modernidad y permitir una refundación del Estado y del derecho, una nueva constitución. No se trata de reproducir fielmente el modelo de la alianza con Dios, que une los hombres en un pueblo capaz de pecado y de redención. Se trata de alimentar el proyecto, en primer lugar, de una alianza entre todas las víctimas, los excluidos del contrato; en segundo lugar, de una *alianza*, de los hombres con la naturaleza (30).

Si por un lado hay una emancipación, ya redundante desde Nietzsche, del hombre en sus relaciones respecto a Dios; por el otro, la Alianza no se instaura como el lazo natural entre los hombres, sino como una relación provocada y construida entre los sujetos marginalizados en las sociedades modernas. Esta lógica en la cual cada ciudadanía se encierra en sus derechos, criticada por Baratta, es superada en el momento en punto que se establece la Alianza como el eje de las relaciones humanas. Lo cual mantendría los logros que se hayan podido alcanzar en el Estado de derecho, pero iría « más allá del estado de los derechos » (31). Pues el proyecto de la Alianza « impone que se dé un paso adelante, que se funde un estado más rico, alimentado por todas las distintas ciudadanías, de las cuales los

---

(29) BARATTA, *El estado mestizo*, cit., p. 239.
(30) *Ibid.*
(31) *Ibid.*

individuos podrán ser parte, al mismo tiempo, por las experiencias, los proyectos, las visiones del mundo a través de las cuales se expresaron las diferentes nacionalidades de cada uno » (32).

Este vínculo forjado por la Alianza, es el que permitiría crear un concepto tan radical en el estado mestizo como el de ciudadanía plural. Esto es, ya no una serie de ciudadanías que reclamasen derechos para sí, sino una sola ciudadanía plural en donde convivieran los distintos grupos sociales, a partir de lo que sería una verdadera experiencia de la diversidad. El estado mestizo de Baratta es un intento de superar el triunfalismo de la reivindicación de derechos. Se trata de una subversión de la lógica del estado que otorga derechos y habla de inclusivismo, produciendo, en realidad, toda una serie de moldes e identidades dispersas; por una de la alianza que produzca una sola ciudadanía plural.

> Este Estado de la diversidad también es construido a través de operaciones intelectuales que van más allá del horizonte *de los derechos* de las diversas ciudadanías, y que permite valorizar las expectativas correspondientes a cada una de ellas, para una nueva manera de leer o administrar los conflictos. Tal vez de este proyecto podrá surgir una civilización superior a la 'civilización del derecho', una civilización en la cual el potencial inmanente de violencia no permanece oculto, pero es revelado para permitir, a través de esa revelación, la realización de formas no violentas de superación de la violencia. La alianza de las víctimas y los excluidos, la alianza de los hombres con la naturaleza, es un gran gesto pacífico, con el cual la subjetividad humana procura apartarse de la catástrofe originada por la alianza secular del derecho con la violencia (33).

Esta ciudadanía plural, lejos de ser resultado de la instauración del estado mestizo, es su constitución misma. Esta unión de las ciudadanías, de la alianza entre las víctimas y de los hombres con la naturaleza no es el resultado final lógico de una dialéctica determinista. Para Baratta, « el estado de la ciudadanía plural no es una utopía pacifista que descuida las diferencias y los conflictos potenciales. Todas las ciudadanías deben convivir, y sin embargo esta

(32) *Ibid.*, p. 240.
(33) *Ibid.*

convivencia no es la premisa, aunque si el resultado del proyecto [...] La paz y la amistad no son situaciones naturales sino conquistas sociales » (34). Se está distanciando, casi de forma unísona, tanto de una posible interpretación determinista de su estado mestizo, como de ser considerado su proyecto una especie de estado de naturaleza.

Se podría decir que algunas de estas ideas se han seguido. El biocentrismo o el enfoque de género, pudieran ser muestras, se nos podría decir. Pero sucede que Baratta, tenía muy claro que para llegar a cabo este estado mestizo o, en todo caso, para poder subvertir el estado moderno; era necesario que este proceso se diese como totalidad. Lejos de ello, y en *sensu contrario*, los grupos y las minorías han sido arrastrados a posturas cada vez más fragmentadas y encasilladas, sin que el resultado no pueda ser otro que el de la extrañeidad y esta heterogeneidad de ciudadanías producto de la sectorización de los derechos. « Si cada ciudadanía se hace dentro de los confines de sus derechos, tendremos, en la mejor de las hipótesis, una coexistencia de extranjeros, más no un Estado mestizo » (35). Los acontecimientos sobrevenidos en las dos primeras décadas del siglo XXI parecen más que nada, alejarnos de una alianza entre los hombres y, en general, del estado mestizo; más éste no ha desaparecido del horizonte de posibilidades.

2.4. *El pensamiento frágil de la posmodernidad.*

Como es de percatarse, el proyecto filosófico-político del autor que nos ha ocupado en estas líneas representa, antes que todo, una queja respecto al orden de cosas existentes. Una alternativa ante una realidad constituida. No es de extrañar entonces que Baratta también pusiera su mirada sobre la *condición posmoderna*, claramente construida y desarrollada para la década de 1990. Condición que, es conocido, decía substraerse de la modernidad y se autoproclamaba como la negación y como agrupadora de los discursos críticos de la misma. El propio Baratta nos propone una reflexión sobre el estado de la cuestión:

---

(34) *Ibid.*, p. 246.
(35) *Ibid.*

> Se nace moderno. Se torna posmoderno. Esto depende no solo de una condición general, sino también de la historia de cada uno de los intelectuales que participan de una *postura* de 'posmodernidad'. La condición general está dada por el tiempo: lo moderno es tan antiguo, y lo posmoderno es tan reciente, que todavía no existe una generación de intelectuales formados en una cultura así llamada posmoderna. Los intelectuales posmodernos también se formaron en la tradición de la cultura moderna y acreditaron haberse distanciado de cualquier manera de ésta, o por lo menos creen que tienen el deseo de hacerlo. Este componente cognitivo (el autorreconocimiento y también el reconocimiento recíproco) y este componente volitivo, constituyen el tejido común que determina conjuntamente el estilo de la posmodernidad (36).

Esbozaremos el análisis a la posmodernidad en tres puntos de crítica que, para Baratta, desmoronaban la proyección de cualquier salida emancipatoria partiendo de esta filosofía:

— La filosofía posmoderna es un pensamiento auto-reflexivo, para el cual los hombres pueden ser considerados solamente como los 'ambientes' del sistema social y no como los protagonistas de un proyecto social. Esto hace que, si la situación humana es miserable, la autorreflexión posmoderna es incapaz de hacernos salir de ella. Baratta habría dicho, a modo de resumen: « la autorreflexión sobre nuestro ser tirado en el mundo [...] no cambia el hecho de que estamos ahí jugados » (37). En todo caso, el considerar al humano como un 'ambiente', no es paliativo de su existencia, ni disminuye su condición miserable.

— Si bien el pensamiento posmoderno habría representado un progreso en tanto la reflexión que favoreció sobre las infinitas facetas de la situación espiritual y el 'antídoto saludable' que significó contra el dogmatismo de las grandes verdades y las grandes historias:

> el pensamiento posmoderno contiene, en su postura, un defecto que lo torna inútil para la construcción de proyectos: se coloca en un nivel auto-reflexivo que está siempre 'sobre' la búsqueda de opciones teóricas y prácticas, que permite analizar esta búsqueda, pero que no

(36) *Ibid.*, p. 222.
(37) *Ibid.*, pp. 235-236.

> participa de ella. El empeño en la búsqueda de orientaciones para tomar decisiones es el objeto de su reflexión, no su finalidad (38).

Ello hace que el discurso posmoderno termine por constituirse, a su vez, como metadiscurso de la realidad.

— El pensamiento posmoderno se ha establecido como un pensamiento de los centros y no de la periferia, identificándolo con las relaciones sociales establecidas a nivel del orden mundial. « Tal vez el pensamiento 'frágil', que es el programa de la filosofía pos-moderna, sea un privilegio, un lujo reservado a las clases sociales fuertes [...] Son los ricos y no los pobres los que pueden permitirse concentrar sus atenciones sobre las pequeñas historias » (39). En cambio, las clases subalternas, las historias que precisan reconocer y contar para el proceso de emancipación pertenecen a las grandes historias. « La *historia* de las relaciones de las dos naciones de las cuales [...] los pueblos se componen: los ricos y los pobres » (40).

En conclusión, estamos ante tres problemas insuperables respecto a la posmodernidad: el concepto de hombre, la posición a través de la cual se conoce (en donde el objeto se establece en el cambio de la realidad y no en la realidad), y la forma de conocer misma (la construcción desde el centro de un pensamiento frágil que no responde a las clases emancipatorias). Defectos originarios que, Baratta avizoró, no permitirían establecer una teoría radical de la realidad, ni una superación de los problemas sociales heredados de la modernidad, ni mucho menos erradicar las contradicciones de clases.

3. *El modelo de guerra, el opio de los intelectuales.*

Si hay un defecto que cuelga a la vista del estado mestizo, es que no parece visualizarse lo que podría llamarse un plan de acción (que cumpla con las líneas dispuestas). En otras palabras, la forma en que se llevaría a cabo la subversión, no se encuentra. La explicación del porqué, es redundante: no existe. Baratta, no lo concibió. Tal vez solo quedaría claro que debía tratarse de una 'lucha pacífica'.

---

(38) *Ibid.*, p. 242.
(39) *Ibid.*
(40) *Ibid.*

Para la cual, una vez más, Marx, Freud y la Alianza han marcado el camino.

> En la herencia de Freud y de Marx no encontramos meramente un método para analizar las raíces económicas y psicológicas de la solución bélica de los conflictos, sino también elementos para desenvolver técnicas de solución pacífica de ellos. Son técnicas que rompen el círculo entre derechos y guerra. Ir más allá de este círculo significa renunciar a la violencia, mas no abandonar los derechos. La estrategia de la alianza no es la estrategia del pacifismo, es la estrategia de las grandes luchas pacíficas (41).

Cuando en 1995 ha intervenido con su proyecto en el Seminario Internacional « El derecho y los chicos » celebrado en Buenos Aires, habría reconocido que su estado mestizo era, sobre todo, utópico. « Estamos haciendo un poco de utopía y no podemos renunciar a ella, porque renunciar sería como decir que esta realidad es la mejor realidad posible, y no es así [...] Estamos recién ahora en la prehistoria de un nuevo Estado cuyo modelo estoy tratando de dibujar en esta gran utopía » (42). Coincidiendo con Ernst Bloch, nos va a decir que este *utopismo* (en donde el acto originario constituyente de la democracia se revela como organización de los portadores de necesidades reales), no es ni más menos, que el principio de la esperanza (43).

Una vez más aquí, se fusionan en nuestro autor una concepción puntual del marxismo con aspectos propios de una mirada cristiana. De la misma forma en que nos encontramos una pervivencia sana entre Habermas y Foucault o, quizá la más clara, entre Marx y Freud. Si hay una gran lección en la propuesta de Baratta respecto a los intelectuales, es el diálogo.

> Nosotros, los intelectuales de la modernidad (o de la posmodernidad) hicimos y hacemos parte, también contra nuestras intenciones, de la operación cultural de la ocultación de la violencia, y por tanto el trabajo de autorreflexión y de desmitificación de tal ocultación nos

(41) *Ibid.*, p. 246.
(42) BARATTA, *La niñez como arqueología del futuro*, cit., pp. 11-12.
(43) *Ibid.*, p. 15.

> interesa no solo en tanto víctimas, sino también y sobre todo como coautores de la mistificación (44).

Este mensaje conlleva un doble significado: el intelectual, como coautor de la mistificación, debe intentar no ocultar la violencia en su teorética; como víctima, debe intentar no receptarla y continuar la cadena reproductiva en su competencia. De lo que se trata, en definitiva, es de una búsqueda de superación de la lógica smithiana amigo/enemigo a la hora de relacionarse a todos los niveles de lo social. Si alguna enseñanza a dejado Baratta, dentro de la lógica de su estado mestizo para el intelectual, es la búsqueda de relaciones no violentas entre sí. Lección aun por aprender.

(44) BARATTA, *El estado mestizo*, cit., p. 237.

KATALIN EGRESI

LA « PICCOLA COSTITUZIONE » NELLA STORIA DEL COSTITUZIONALISMO UNGHERESE

1. Introduzione. — 2. Il concetto di costituzione nel diritto pubblico ungherese. — 3. La nascita della « piccola costituzione ». — 4. I diritti umani e la separazione dei poteri. — 5. L'elezione del Presidente della Repubblica e le sue competenze. — 6. Cenni conclusivi. — Appendice: il testo della costituzione del 1946.

1. *Introduzione.*

« C'era una preparazione consapevole per trasformare quello sfortunato, antico, arretrato e miserabile paese in una moderna democrazia civile ed europea » (1). Così, scrive nel 1945, un anno prima della 'piccola Costituzione', István Bibó, allievo di Guglielmo Ferrero a Ginevra (2), apprezzato giurista democratico della scienza giuridica ungherese. Il testo del 1946, chiamato « piccola costituzione », restò un corpo « estraneo » nel diritto pubblico ungherese, non riuscì a rendere l'Ungheria — come auspicava Bibó — parte integrante della democratizzazione europea del seconda dopo-guerra.

Questo articolo intende analizzare la nascita della Costituzione

---

(1) István Bibó, *A magyar demokrácia mérlege* [L'equilibrio della democrazia ungherese], in Id., *Válogatott tanulmányok* [Scritti vari], a cura di István Vida, vol. II, Budapest, Magvető Kiadó, 1986, p. 167.

(2) István Bibó (Budapest 1911-1979), giurista, professore del diritto internazionale e di teoria del diritto, ministro di Stato nel terzo governo di Imre Nagy durante la rivoluzione del 1956. Bibó frequentò le lezioni di Guglielmo Ferrero a Ginevra nel 1934-35; i due si incontrarono nuovamente a Parigi nel 1938. Particolarmente influenzato dagli scritti di Ferrero *Il potere* e *Il genio invisibile dello Stato* (entrambi del 1942), Bibó dedicò la sua opera principale (*Sull'equilibrio e la pace in Europa*) alla memoria di Ferrero. Cfr. Mihály Bihari, *Hatalom és legitimitás. Guglielmo Ferrero hatása Bibó gondolkodására* [Potere e legittimità. L'influenza di Guglielmo Ferrero sul pensiero di Bibó], in « Jog-Állam-Politika », V (2012), 1, p. 3.

del 1946 e collocarla nella lunga storia del costituzionalismo ungherese: le grandi differenze tra lo spirito e le disposizioni della costituzione storica, basata sulla dottrina della Santa Corona, e la prima costituzione scritta del 1946, mostrano appieno tensioni e contraddizioni presenti nella cultura costituzionale ungherese.

2. *Il concetto di costituzione nel diritto pubblico ungherese.*

Nel pensiero del diritto pubblico ungherese il concetto di costituzione è associato ad una serie di qualifiche apparentemente contraddittorie. La stessa interpretazione del termine 'costituzione' è al centro del dibattito della giuspubblicistica ungherese. La 'costituzione storica' non è scritta: fino al 1946, infatti, non venne codificata alcuna carta costituzionale; i documenti di diritto pubblico prodotti dalle rivoluzioni del XIX secolo (ad esempio le leggi d'Aprile del 1848) furono 'assorbiti' nella costituzione storica. Se si prescinde dal breve intermezzo della Repubblica dei Consigli, la « piccola costituzione » del 1946 è la prima e unica costituzione scritta dell'Ungheria (3). Dopo il cambio di regime del 1989, la Corte costituzionale ha elaborato il concetto della « costituzione invisibile » (4): la Legge Fondamentale (5) menziona la costituzione storica, come eredità del diritto pubblico ungherese.

---

(3) I testi costituzionali ungheresi: le leggi dell'aprile 1848; la legge I del 1946 (piccola costituzione); la legge XX del 1949 (Costituzione della Repubblica Popolare Ungherese); la legge XXXI del 1989 (la 'costituzione' del cambio di regime del 1989 che ha revisionato integralmente la 'costituzione' comunista del 1949) seguita da molti altri emendamenti aggiuntivi adottati dal parlamento liberamente eletto nel 1990.

(4) Sulla concezione elaborata dalla giurisprudenza della Corte costituzionale negli anni novanta cfr. László Sólyom, *Az Alkotmánybíráskodás kezdetei Magyarországon* [Gli inizi del giudizio di costituzionalità in Ungheria], Budapest, Osiris, 2001; József Petrétei, *Az alkotmányos demokrácia intézményei* [Le istituzioni della democrazia costituzionale], Budapest-Pécs, Dialóg Campus, 2009; Id., *Magyar alkotmányjog I* [Diritto costituzionale ungherese I], Budapest-Pécs, Dialóg Campus, 2002; István Kukorelli, *Magyarországot saját alkormánya nélkül kormányooozni nem lehet. A közjogász almanachja* [Non si può governare l'Ungheria senza la sua costituzione. Almanacco del giurista pubblico], Budapest, Mery Ratio Kiadó, 2014; Gábor Halmai, *Silence of transitional constitutions. The "invisible Constitution" concept of the Hungarian Constitutional Court*, in « International Journal of Constitutional Law », XVI (2018), 3, pp. 969-984.

(5) È il nome della legge I del 1920 sulla restaurazione dell'ordine costituzionale e sull'organizzazione dell'esercizio del potere supremo statale; la Legge Fondamentale

I contrastanti riferimenti al concetto di costituzione hanno suscitato vivaci dibattiti tra gli studiosi di diritto costituzionale. In queste pagine, assumendo come filo conduttore il *metodo storico*, cercherò di analizzare gli sviluppi del diritto pubblico ungherese, di distinguere le sue principali fasi storiche (6) e i loro nessi con i complessivi sviluppi del costituzionale europeo.

Nel pensiero giuspubblicistico, il concetto di « costituzione » appare con la nascita delle costituzioni scritte in seguito alla Rivoluzione francese del 1789. In Ungheria esso si ritrova per la prima volta nella legge X del 1791: « L'Ungheria è un paese con un proprio Stato e una propria costituzione » (7). Fino al 1848 il sistema di diritto pubblico dello Stato ungherese era formato da norme consuetudinarie e documenti 'medievali'. Lo storico del diritto Ferenc Eckhart ha definito questo assetto costituzionale nel seguente modo: « Una costituzione degli ordini è quella in cui gli strati più ampi della società — la nobiltà comune, risvegliata all'autocoscienza dalla stessa nobile libertà — sono permanentemente coinvolti negli affari dello Stato, il cui forum principale è la Dieta degli ordini » (8). L'idea della Santa Corona è strettamente legata alla costituzione degli ordini, la cui teoria più canonica si trova nel *Tripartitum* di István Werbőczy. Il *Tripartitum* è una raccolta di consuetudini, che venne approvata dal Re e dalla Dieta, ma che non entrò mai effettivamente in vigore. La Corona aveva un significato di diritto pubblico autonomo, era la fonte del potere, in cui il sovrano e la nobiltà avevano « una eademque libertas ». Il potere del re derivava dalla nobiltà attraverso la Corona, e la nobiltà era a sua volta elargita dal sovrano. Il re e la nobiltà come i membri della Santa Corona, formavano un'unità inseparabile.

Il vero punto di svolta nella cultura costituzionale ungherese

---

ungherese del 2011 menziona nel Preambolo e tra i principi fondamentali la costituzione storica e la dottrina della Santa Corona.

(6) Per un esame più dettagliato delle tappe della storia costituzionale ungherese, cfr. Katalin Egresi, *La storia del costituzionalismo ungherese*, in « Nomos. Le attualità nel diritto », 2013, 2.

(7) István Kukorelli, *Bibó István láthatatlan alkotmánya* [La costituzione invisibile di István Bibó], Budapest, Gondolat, 2019, p. 26.

(8) Ferenc Eckhart, *Magyar alkotmány-és jogtörténet* [Storia della Costituzione e del diritto ungheresi], a cura di Barna Mezey, Budapest, Osiris, 2000, p. 41.

furono le Leggi dell'aprile del 1848, che facevano parte della serie di carte costituzionali emerse nell'ondata rivoluzionaria che travolse l'Europa (9). Le Leggi ungheresi del 1848, pur non fissando una costituzione unitaria, una costituzione scritta in senso stretto (10), ebbero comunque un ruolo importante in tutte le successive fasi costituzionali: nel processo costituente del 1946; nei negoziati della 'tavola rotonda' del 1989; nella elaborazione del testo della Legge Fondamentale entrata in vigore il 1° gennaio 2012.

Nel 1848 la tradizione del diritto pubblico ungherese influenzò la nobiltà liberale e progressista impedendo che si giungesse a una costituzione vera e propria; tuttavia, alcuni elementi progressisti di questo documento sono degni di essere sottolineati. La forma di governo rimase invariata, ma lo Stato fu trasformato, si passò dalla monarchia assoluta alla monarchia costituzionale, con il potere legislativo esercitato congiuntamente dalla Dieta, che si riuniva regolarmente ed era legittimata su base rappresentativa, e dal re. L'articolo III prevedeva l'istituzione di un ministero responsabile; stabiliva i principi della responsabilità ministeriale e configurava un « *impeachment* ministeriale », sul modello del parlamentarismo liberale. Oltre la separazione dei poteri, il legislatore del 1848 codificò la libertà di stampa (articolo XVIII), la libertà di religione (articolo XX), la libertà di educazione (articolo XIX), e il diritto di voto (articolo V), previsto su base censitaria, in linea con la pratica europea dell'epoca.

Anche se il Compromesso del 1867 non significò un ritorno alle Leggi dell'aprile del 1848, la legge del Compromesso (XII del 1867) creò la possibilità per lo Stato ungherese di codificare una serie di leggi costituzionalmente significative. Queste includono la legge sull'uguaglianza delle nazionalità (XLIV del 1868), sulla separazione dell'amministrazione pubblica dalla magistratura e sull'esercizio del potere giudiziario (legge IV del 1869), sull'istituzione dell'Ufficio statale di controllo (legge XVIII del 1870), sull'istitu-

(9) Ferenc Hörcher, *Reforming or Replacing the Historical Constitution? Lajos Kossuth and the April Laws of 1848*, in *A History of the Hungarian Constitution. Law, Government, Political Culture in Central Europe*, a cura di Ferenc Hörcher e Thomas Lorman, London-New York, I.B. Tauris, 2019, pp. 92-121.

(10) Kukorelli, *Bibó István*, cit., p. 28.

zione della Corte dei conti dello Stato (legge XXXIII del 1871), il codice penale (meglio conosciuto come codice Csemegi: legge V del 1878); la legge sull'istituzione del tribunale amministrativo (XLIII del 1896) e le leggi sul funzionamento e gli organi del governo locale (1866, 1886) (11).

I quasi cinque decenni di Monarchia furono particolarmente favorevoli allo sviluppo di una dottrina di diritto pubblico caratterizzata da una commistione fra dimensione politica e filosofica da un lato e una rilevanza del diritto pubblico dall'altro. Negli anni della nascita del diritto pubblico europeo, i giuspubblicisti ungheresi non riflettevano le concezioni del positivismo giuridico e della scuola storica del diritto. La figura più rappresentativa del periodo, Győző Concha, applicò la filosofia del diritto di Hegel alla sua concezione dello Stato. Secondo Concha lo Stato non doveva essere oggetto di studi da parte del diritto pubblico ma da parte della scienza politica:

> Lo Stato ha un'essenza ideale sia nei suoi scopi e nella sua stessa esistenza. Lo scopo è l'uomo, o meglio gli uomini, che vengono riuniti nella nozione di popolo, di nazione, di umanità; ogni uomo sta insieme agli altri perché mette da parte le diseguaglianze, derivate dalle differenze economiche e intellettuali, e si concentra su quanto vi è in comune, così anche lo Stato esiste per l'uomo in maniera uguale. Il fine dell'uomo è vivere, realizzarsi, e lo scopo dello Stato è di contribuire al raggiungimento di tale indispensabile fine. [...] Ne consegue che l'essenza dello Stato risiede nell'universalità, nel bene comune e nell'interesse collettivo (12).

Győző Concha, in particolare con la sua opera *Politica*, pubblicata nel 1895, influenzò a lungo il pensiero accademico sullo Stato e l'ordinamento di diritto pubblico, rigettando esplicitamente l'idea di costituzione scritta.

Un altro influente giurista, Imre Hajnik, cercò di conciliare la tradizione costituzionale ungherese con il sistema monarchico e con

---

(11) Ivi, pp. 29-30.

(12) Győző Concha, *Beköszöntő előadás a Kolozsvári Tudományegyetemen* [Prolusione all'Università di Kolozsvár], in Id., *A konzervatív és a liberális elv. Válogatott tanulmányok, 1872-1927* [Il principio conservatore e liberale. Scritti vari 1872-1927], Máriabesnyő-Gödöllő, Attraktor, 2005, p. 10.

l'idea di una società moderna basata sull'uguaglianza dei diritti. Nel suo *L'Ungheria dai re Árpád alla costituzione dello* ius aviticum *e dell'Europa feudale*, pubblicato nel 1867, Hajnik identificava la Santa Corona, considerata il simbolo pubblico del paese, con i membri liberi della nazione, gli inviati delle libere città reali e il re incoronato, dalla fondazione dello Stato attraverso l'era feudale.

> Al tempo di Santo Stefano, l'incoronazione era una cerimonia religiosa, non ebbe rilevanza di diritto pubblico. Fin dall'inizio del XIV secolo, l'autorità reale era radicata nell'incoronazione. La Santa Corona venne ad essere considerata dalla nazione come il *palladio* della costituzione, come il rappresentante della legge del paese [...] solo i re legalmente incoronati potevano esercitare insieme ai nobili le prerogative reali (13).

Poi, nella sua *Storia universale del diritto europeo dall'inizio del Medioevo alla Rivoluzione francese*, scritta nel 1899 dopo le celebrazioni del millennio della conquista della patria, individuò l'essenza della Santa Corona nella relazione che univa la società ungherese nel suo insieme nel senso del diritto pubblico, e quindi la considerò equivalente al concetto ungherese di Stato.

> Inizialmente, la Santa Corona era intesa solo come il distintivo dell'incoronazione ungherese. Col tempo, tuttavia, l'incoronazione divenne una garanzia della costituzione. Dalla fine del XIII secolo e dal XIV secolo in poi, la corona cominciò a diventare un simbolo del potere reale e della sovranità reale [...] la Santa Corona divenne sinonimo del potere pubblico costituzionale condiviso tra il re e la nazione [...] Dal XIV secolo essa era il sinonimo del concetto di Stato (14).

Allo stesso tempo, Hajnik distingueva tra la nazione nobile

---

(13) Imre HAJNIK, *Magyarország az Árpád-királyoktól az ösiségnek megállapitásáig és a hübéri Európa* [L'Ungheria dai re Árpád alla costituzione dello *ius aviticum* e dell'Europa feudale], Pest, Heckenast, 1867, pp. 99-100.

(14) Imre HAJNIK, *Egyetemes európai jogtörténet a középkor kezdetétől a franczia forradalomig* [Storia universale del diritto europeo dall'inizio del Medioevo alla Rivoluzione francese], Budapest, Athenaeum, 1899, pp. 240-241.

come concepita da Werbőczy e la nazione ungherese creata dal Compromesso del 1867. Quest'ultimo, come le cosiddette leggi d'Aprile del 1848, recepiva l'idea dell'uguaglianza dei diritti al posto dei privilegi nobiliari. La legge del Compromesso, tuttavia, aveva introdotto l'idea di una nazione ungherese « costituzionale », « sovrana » e « indipendente »; un'idea questa che, secondo Hajnik, era compatibile con la Santa Corona. La teoria di Hajnik, che divenne dominante nel diritto pubblico, mantenne anche la concezione organica dello Stato: la Santa Corona, definita come il soggetto del potere supremo dello Stato, era intesa come un organismo vivente in cui erano uniti il potere legislativo ed esecutivo. Il soggetto della Santa Corona (cioè il potere statale supremo) è composto da tutti coloro che fanno parte del potere legislativo ed esecutivo nello Stato ungherese, vale a dire il sovrano e la nazione ungherese. Insomma:

> Il sistema delineato da Imre Hajnik era adatto alla difesa della costruzione costituzionale del 1867, poiché sosteneva l'indipendenza della nazione ungherese all'interno dell'Impero Asburgico. Il potere supremo significava quindi non solo il governo congiunto del re e del popolo, ma anche la comunità dei cittadini uniti nella Santa Corona (15).

La situazione politica cambiò significativamente dopo la prima guerra mondiale. Dopo la dissoluzione della Monarchia austro-ungarica e la proclamazione il 16 novembre 1918 della Prima Repubblica ungherese — trasformatasi in Repubblica dei Consigli a partire dal 21 marzo 1919 — non c'è stata alcuna rottura nella cultura costituzionale ungherese. Il potere che si stabilì dopo la caduta della Repubblica dei Consigli fu provvisorio nel senso del diritto pubblico, ma rappresentò anche un ritorno agli ideali del costituzionalismo del secolo precedente. Fino al 16 novembre 1918, la forma di Stato era stata la monarchia, con la dinastia degli Asburgo da cui proveniva la persona del monarca e l'ordine di successione al trono regolato dalla Prammatica Sanzione adottata nel 1713. Una breve eccezione si era avuta nel periodo della rivolu-

---

(15) Barna Mezey, *Magyar alkotmánytörténet* [La storia della Costituzione ungherese], Budapest, Osiris, 2003, pp. 262-263.

zione del 1848, quando la dichiarazione d'indipendenza, proclamata il 14 aprile 1849, privò i membri della dinastia d'Asburgo del trono. Tuttavia, essa fu revocata dopo il fallimento della rivoluzione. L'idea di repubblica non era dunque assente ma era sovrastata dalla forza della dottrina della Santa Corona e dallo spirito della costituzione storica che permeava anche i giuristi ungheresi progressisti. Il 13 ottobre 1918, l'imperatore d'Austria Carlo I (re Carlo IV d'Ungheria) abdicò con una lettera da Eckartsau. L'Atto di detronizzazione fu finalmente approvato due anni dopo (la legge XLVII del 1921). I giuristi ungheresi si divisero tra i legittimisti, che sostenevano la restaurazione della dinastia degli Asburgo, e gli altri che argomentavano per la libera scelta del re sostenendo la detronizzazione. In questa diatriba, anche la dottrina sulla Santa Corona si divise tra opposte argomentazioni (16).

La legge I del 1920 prevedeva in via provvisoria l'istituzione di un reggente elettivo e di un Parlamento unicamerale (denominato Assemblea Nazionale Provvisoria). Era in netto contrasto con la rivoluzione del 1918, così come con il sistema politico della Repubblica dei Consigli. L'art. 2 della legge prevedeva la nomina di un Capo di Stato, eletto a scrutinio segreto. La cosiddetta parte operativa della legge stabiliva quanto segue: « L'Assemblea Nazionale promulga l'elezione di Miklós Horthy di Nagybánya come reggente dell'Ungheria » (sezione 1). Non era chiaro se questo 'reggente' fosse un « presidente d'emergenza », un « rappresentante del re » o forse un vice del re (e se sì, di quale re). Anche questa legge non era stata « approvata » dal sovrano, ma firmata e dotata di una clausola

(16) « The dilemma of how to combine the need for both continuity and change was a central feature of the historical constitution and was also evident in the deliberations of the National Assembly that convened at the beginning of 1920. Although there was broad agreement that legal continuity with the historical constitution should be restored, there was no consensus over the extent to which the new political system should be connected to the legal system that had existed between 1867 and 1918. In the specialist literature that has concentrated on this dilemma, a distinction has been drawn between the idea of 'formal' (or formally enacted) continuity and 'substantive' (or de facto) continuity, and this chapter will now focus on the parliamentary debates that preceded the passing of Law I of 1920 in which the clash between these two rival concepts of legal continuity was evident » (István SZABÓ, *Law I of 1920 and the historical constitution*, in *A History of the Hungarian Constitution*, cit., p. 162).

di promulgazione dallo stesso reggente, autorizzato dall'Assemblea Nazionale. Il testo della legge I del 1920 non si occupava della natura della forma di Stato, anzi, non la menzionava nemmeno (17). Fu un decreto (n. 2394/1920 ME) che dichiarò (e in parte « spiegò » — in modo insolito per una norma giuridica) che la forma di Stato dell'Ungheria era il regno (18).

Il reggente non aveva più le vecchie prerogative regie: non aveva il diritto di sanzionare le leggi, di conferire titoli nobiliari e lo « ius supremi patronatus ». Era obbligato a promulgare le leggi entro 60 giorni, con la riserva di poterle rinviare una volta all'Assemblea Nazionale per l'esame. I disegni di legge sulla forma di Stato e sulla persona del Capo dello Stato facevano invece eccezione a questa regola, poiché non potevano essere oggetto di rinvio. Non poteva proporre l'aggiornamento dell'Assemblea Nazionale, poteva solo scioglierla se non era in grado di lavorare per qualche ragione inevitabile, ma era obbligato a convocare una nuova Assemblea Nazionale entro tre giorni. Il consenso preventivo dell'Assemblea Nazionale era richiesto per la dichiarazione di guerra, per lo schieramento dell'esercito al di fuori dei confini del paese, e per la conclusione della pace. Il potere esecutivo era esercitato dal reggente attraverso i ministri responsabili di fronte all'Assemblea Nazionale. In caso di violazione della legge o della Costituzione, il reggente poteva essere ritenuto responsabile se due terzi dei membri dell'Assemblea Nazionale avessero votato una mozione presentata da 300 membri dell'Assemblea Nazionale. La legge lasciava aperta la questione della forma dello Stato: la sfida fondamentale per il diritto pubblico era provare a interpretare questo nuovo assetto in relazione con la costituzione storica e la dottrina della Santa Corona.

Al centro della « battaglia » c'era la qualificazione da attribuire alla detronizzazione. István Csekey, nel suo articolo *Il reggente e i suoi poteri*, pubblicato nel 1920, sostenne la libera scelta del re, perché la fonte esclusiva del potere in uno Stato senza sovrano, spettava in conseguenza della dottrina della Santa Corona, all'As-

(17) Péter Takács, *On Stateform of Hungary between 1920 and 1944: Applicability of the Term "Monarchy without a King"*, in « Journal on European History of Law », X (2019), 2, pp. 143-144.

(18) *Ibidem*.

semblea Nazionale (19). Stando a tale teoria il potere è diviso tra l'organo legislativo e il reggente, e quest'ultimo — fatte alcune eccezioni — esercita i poteri del re in base alla legge 1 del 1920. Sulla base della Prammatica Sanzione, Károly Kmety affermò che con la dissoluzione della Monarchia austro-ungarica e con la lettera di Eckartsau la dinastia degli Asburgo aveva perso il suo diritto di successione al trono ungherese e pertanto, stando alla dottrina della Santa Corona, il diritto di scegliere il re ritornava alla nazione ungherese (20).

Al contrario, i legittimisti sostenevano che la Prammatica Sanzione aveva fissato un rapporto indissolubile tra il re e la nazione all'atto dell'incoronazione, e che quel nesso indissolubile garantiva il diritto alla successione dinastica. « Una volta incoronato legalmente, il re è il legittimo sovrano del paese; non può essere detronizzato con mezzi legali se non con la rivoluzione » (21). János Reiner definì la lettera di Eckartsau una « abdicazione fittizia » e la dichiarò non valida (22). Nello spiegare la sua posizione legittimista, il professore dell'Università di Budapest muove dalla teoria del contratto sociale: l'incoronazione con la Santa Corona, saldando il monarca e la nazione in un'unica entità vivente, esclude la possibilità che la nazione, come parte sovrana, stipuli 'un contratto' che le accordi la possibilità di 'licenziare' il re. Non esiste, insomma, un diritto di libera scelta del re; tale diritto può nascere nella nazione ungherese solo nel caso di estinzione della dinastia. Stando a tale prospettiva l'Assemblea Nazionale Provvisoria, convocata sulla base delle ele-

---

(19) István Csekey, *A kormányzó és jogköre* [Il reggente e i suoi poteri], in « Magyar Jogi Szemle », 1920, 5, cit. in Katalin Egresi, *A köztársasági eszme és a Szent-Korona tan a magyar politikai gondolkodásban a két világháború között* [L'idea di Repubblica e la dottrina della Santa Corona nel pensiero politico ungherese tra le due guerre], in *Köztársaság a modernkori történelem fényében* [La Repubblica alla luce della storia moderna], a cura di Istváb Feitl, Budapest, Napvilág Kiadó, 2017, p. 246.

(20) Károly Kmety, *A királyválasztás joga* [Il diritto di elezione del re], in « Magyar Jogi Szemle », 1920, 1, cit. in Egresi, *A köztársasági eszme*, cit., p. 246.

(21) Géza Ferdinándy, *A királyválasztás joga* [Il diritto di elezione del re], Budapest, 1920, p. 18.

(22) János Reiner, *A magyar királykérdés* [La questione del re ungherese], Budapest, 1921, cit. in Egresi, *A köztársasági eszme*, cit., p. 246.

zioni del gennaio 1920, poteva avere un solo compito: rimuovere gli ostacoli all'esercizio del potere reale (23).

Géza Ferdinándy, un legittimista che scriveva sulle colonne della Rivista *Cultura Ungherese*, distingueva tra continuità giuridica in senso formale e materiale. A suo avviso, l'Assemblea Nazionale Provvisoria poteva solo prendere misure per contrastare le rivoluzioni e proteggere la costituzione storica, ma non poteva attuare riforme costituzionali.

> Ci può essere solo un tipo di continuità del diritto: la continuità formale del diritto, perché la continuità del diritto è continuità della legislazione; il diritto può essere creato o cambiato solo da un organo legittimato dalla legge, se lo fa un altro organo, si ha la rivoluzione. È una rivoluzione anche se la maggioranza della nazione l'accetta [...] L'opinione pubblica ungherese ha paura anche dell'ombra della rivoluzione, ed è per questo che il costituzionalismo, e quindi il progetto di legge sulla costituzionalità, viene bollato con il marchio della continuità del diritto, ma si tratta al massimo di una semplice continuità sostanziale del diritto, che non è altro che un inganno misericordioso (24).

Il più importante rappresentante della posizione legittimista fu Kálmán Molnár, professore presso l'Accademia di Giurisprudenza di Eger. Il suo punto di partenza era dato dalla tesi dell'identità della nazione ungherese e del sovrano. La Santa Corona, come fonte del potere statale, simboleggia l'unità tra il monarca legalmente incoronato e il parlamento, composto dalle due camere. Interrotta dalle rivoluzioni del 1918 e 1919, tale unità potrà essere ristabilita solo richiamando al trono il re Carlo IV, ristabilendo la continuità giuridica.

All'inizio del 1928, il parlamento discusse un progetto di legge sulla custodia della Santa Corona e dei gioielli dell'incoronazione. Prima del dibattito parlamentare, il primo ministro illustrò il significato di diritto pubblico della Corona, teorizzando l'identità tra la

---

(23) *Ibidem*.

(24) József Kardos, *Az államfői jogkör alakulása Magyarországon a két világháború között* [Lo sviluppo del potere del capo di Stato in Ungheria tra le due guerre], Budapest, Eötvös József Tudományegyetem, 1995, p. 55.

corona, lo Stato e il potere reale. La Santa Corona non era rappresentata come un semplice gioiello della corona, ma come il simbolo del potere, dell'autorità pubblica e della continuità giuridica. Il discorso attribuiva alla Santa Corona anche un significato sociale, presentandola come simbolo di unità sociale e di integrazione sociale.

Alcune rilevanti monografie caratterizzarono il periodo tra le due guerre. István Egyed, docente e membro dell'Ufficio legislativo del Ministero della Giustizia, nel suo libro *Il nostro attuale sistema di diritto pubblico* (1928), definì provvisorio l'ordinamento di diritto pubblico istituito dalla legge I del 1920, ma — basandosi sull'idea di continuità giuridica — sostenne che lo sviluppo costituzionale organico dell'Ungheria si era bloccato con le rivoluzioni del 1918/1919. Anche secondo l'opera di Károly Kmety la Santa Corona incarnava il territorio dello Stato, e in questo senso i cittadini simboleggiavano il popolo della Santa Corona, fonte di ogni potere. Per essa, l'Assemblea Nazionale Provvisoria convocata nel 1920 era anch'essa un organo dotato di potere sovrano, e « la legge della detronizzazione era una istituzione postuma di uno Stato di diritto » (25).

Uno degli esempi più eclatanti del conflitto tra legittimisti e fautori della scelta libera del re si ebbe nel dibattito accademico tra Móric Tomcsányi e Kálmán Molnár. Tomcsányi sosteneva che l'Assemblea Nazionale del 1920, in quanto organo legislativo deputato a regolare l'esercizio dei diritti del sovrano, aveva diritto di disporre dell'istituzione del governatorato, il che era di fatto una continuazione dei poteri del sovrano. Molnár, al contrario, non considerava separabili i fattori del sovrano e della nazione, e in assenza di un sovrano legalmente incoronato, riteneva che l'Assemblea Nazionale non potesse essere considerata un organo sovrano e legittimo. La posizione conservatrice di Molnár era caratterizzata da una visione organicistica dello Stato; una visione che attingeva alla filosofia medioevale e alle teorie hegeliane (26):

---

(25) EGRESI, *A köztársasági eszme*, cit., p. 251.

(26) Giovanni di Salisbury descrisse la comunità politica analogamente al corpo fisico, che si compone di parti e strutture diversi tra loro, gerarchicamente e funzionalmente in rapporto di reciprocità. Tommaso d'Aquino sottolineò l'importanza della

> La Santa Corona come nazione è un tutto, un corpo la cui testa è il sovrano e le cui membra sono i cittadini. Il movimento del corpo e l'azione unificata e coordinata della testa e degli arti rendono l'unità possibile (27).

Secondo Molnár, occorreva distinguere la costituzione storica dal regime costituzionale transitorio. La costituzione storica, interrotta dalle rivoluzioni, poteva essere ripristinata solo da un monarca legalmente incoronato che avrebbe ristabilito l'unità dell'organismo. Molnár era convinto che, al di là del monopolio della coercizione fisica, fosse l'autorità spirituale della costituzione storica a garantire che i cittadini fossero percepiti come membri della Santa Corona e svolgessero le loro azioni in uno spirito di obbedienza allo Stato.

Accanto allo scontro tra legittimisti e sostenitori della libera scelta del re, troviamo negli stessi anni un vivace dibattito metodologico sulla natura della giurisprudenza come scienza. Ad animare ulteriormente il dibattito irruppe un giovane studioso, Ferenc Eckhart, che all'inizio della sua carriera accademica, era docente incaricato nel Dipartimento di storia costituzionale e giuridica presso l'Università di Budapest.

Un primo saggio di Eckhart, intitolato *La storia del diritto e della costituzione*, rompeva con il tradizionale pensiero giuspubblicistico ungherese, descrivendo non le singole fasi dello sviluppo della costituzione storica, ma confrontandola con le costituzioni europee. L'opinione scandalosa del giovane autore era che l'idea della Santa Corona non fosse esclusivamente ungherese, ma caratterizzasse anche l'esperienza del primo regno ceco, anch'esso basato sull'idea di una corona indipendente dalla persona del re. Questa tesi, che proponeva una visione nuova nel pensiero conservatore del

---

comunità sopra gli individui, attribuendo ad ogni strato sociale una propria funzione con cui contribuire al bene comune. Nella filosofia hegeliana, che venne adottata da Győző Concha, lo Stato è una realtà metafisica, sintesi di società e famiglia. Cfr. *Államelmélet I* [La teoria dello Stato], a cura di Péter Takács, Budapest, Szent István Társulat, 2007, pp. 60-62, 68, 200-202.

(27) Kálmán Molnár, *A Szent-Korona tan kifejlődése és mai jelentősége* [Lo sviluppo della dottrina della Santa Corona e la sua importanza attuale], Pécs, 1927, in Egresi, *A köztársasági eszme*, cit., p. 256.

diritto pubblico ungherese, fu immediatamente oggetto di attacchi frontali.

Negli stessi anni, un giurista italiano, Luigi Rossi analizzò la dottrina della Santa Corona nei paesi dell'Europa centrale durante il Medioevo (28), cogliendo nessi tra il modello ungherese e il Regno di Boemia e alludendo a un'eco « internazionale » del modello ungherese (29). La tesi di Rossi, che escludeva che la dottrina della Santa Corona fosse esclusivamente presente nel diritto pubblico ungherese, era in linea con la posizione di Eckhart:

> La Santa Corona è una figura complessa in cui sono frammisti fattori difficili da sceverare, in cui l'elemento giuridico entra solo in parte e muta d'importanza con altri elementi, politici, morali, religiosi ecc., secondo il prestigio e il valore dei principi, secondo l'influenza d'aristocrazia, secondo la coscienza pubblica, secondo la mentalità individuale e così via (30).

Fu il legittimista Kálmán Molnár a criticare per primo Eckhart. Alle tesi del giovane studioso basate sull'analisi di testi e documenti medievali, Molnár oppone l'idea di un diritto caratterizzato da un « nucleo trascendente » interno che non può essere identificato attraverso testi e documenti. L'interpretazione testuale della Bolla d'Oro non è necessaria per capire il funzionamento del regno ungherese.

> Ferenc Eckhart può solo dedurre la convinzione giuridica dal risultato, anche se è proprio il teorico del diritto ungherese che non deve dimenticare che le forze che fecondano e influenzano il pensiero giuridico ungherese si possono spesso mostrare in spazi dove il pensiero non ha potuto superare gli ostacoli significativi nel mondo dei fatti, e quindi

---

(28) Luigi ROSSI, *Potere personale e potere rappresentativo nella "Sacra Corona d'Ungheria" in confronto con la monarchia inglese e con la tradizione romana medievale*, in « Rivista di diritto pubblico e della pubblica amministrazione in Italia », 1934, 5, pp. 656-674. A conclusioni opposte rispetto a quelle di Rossi era giunto Robert REDSLOB, *Die parlamentarische Regierung in ihrer wahren und in ihrer unechten Form. Eine vergleichende Studie über die Verfassungen von England, Belgien, Ungarn, Schweden und Frankreich*, Tübingen, J.C.B. Mohr, 1918, che collegava lo sviluppo costituzionale ungherese a quello inglese. Cfr. ROSSI, *Potere personale*, cit., p. 664.

(29) REDSLOB, *Die parlamentarische Regierung*, cit.

(30) ROSSI, *Potere personale*, cit., p. 670.

> non è precipitato nei documenti. La teoria della Santa Corona non è solo una dottrina giuridica oppure una legge o regola giuridica che deriva dai dati delle fonti, basati sulle critiche scientifiche, ma è un completo sistema scientifico, una dottrina e una teoria. La Santa Corona non è sinonimo dei termini 'il territorio della Santa Corona', 'la rendita della Santa Corona', 'i beni della Santa Corona', anche se in certi periodi storici questi concetti sono stati collegati [... Il concetto] viene estratto dal miscuglio di dati provenienti da fonti che superano le critiche scientifiche, é estratto dall'anima dei dati, filtrato e distillato attraverso il filtro della giurisprudenza. Questo puro distillato è una grande sintesi intellettuale-storica e giuridico-teorica dei dati concreti. Questa è la dottrina della Santa Corona (31).

Le conclusioni dello studio di Eckhart furono discusse anche nel numero del 1931 della rivista *Századok*, in un articolo di Elemér Mályusz, intitolato *Il dibattito di Eckhart*, che tentava di conciliare le posizioni conservatrici e nazionaliste che avevano portato avanti l'unicità della dottrina della Santa Corona con la nuova visione. Secondo Mályusz, l'idea della Santa Corona era una particolare variante teorica della concezione organica dello Stato tardo medievale, e di conseguenza non appariva esclusivamente nel pensiero del diritto pubblico ungherese.

Eckhart ebbe modo di ribadire la sua posizione in una monografia, pubblicata dieci anni dopo (32), in cui tornò a sostenere l'importanza della comparazione storica nella storia costituzionale. In quest'opera considerava provate le radici comuni dell'idea della corona nello stato ceco e in quello ungherese e vedeva le somiglianze tra i due stati soprattutto nei rapporti politici e dinastici.

3. *La nascita della « piccola costituzione ».*

In questo percorso, la cui interpretazione è ancora oggetto di un considerevole dibattito, spicca la « piccola costituzione » (33) del

---

(31) *Ibidem*.

(32) Ferenc ECKHART, *A szentkorona-eszme története*, Budapest, Magyar Tudományos Akadémia, 1941.

(33) Il testo è poco conosciuto. Per qualche riferimento nella letteratura italiana si cfr. *La legge elettorale ungherese*, a cura di P. Santarcangeli, Firenze, Sansoni, 1946;

1946 che, ponendo fine a 946 anni di monarchia, istituiva la Repubblica. Il cambiamento della forma di Stato era reso ancora più importante dal fatto che l'idea di repubblica era assente nel pensiero politico ungherese.

Il Preambolo della costituzione menzionava due eventi simbolici della storia ungherese: l'Assemblea Nazionale di Ónod e la Dichiarazione d'Indipendenza del 1849. In entrambi i casi alcuni politici e scrittori si schierarono a favore delle idee di Rousseau, della sovranità popolare e della repubblica. Tuttavia, si trattò di casi eccezionali, poiché la nobiltà ungherese non si schierò per la forma repubblicana di Stato neppure di fronte alle riforme politiche ed economiche che si stavano svolgendo sotto lo slogan « patria e progresso ». Nel 1849, Lajos Kossuth, che ricopriva la carica di governatore-presidente, rifiutò fermamente la forma repubblicana nella Dichiarazione d'Indipendenza, che dichiarava la detronizzazione della Casa d'Asburgo.

Idee repubblicane erano completamente assenti nel periodo della Monarchia austro-ungarica, caratterizzato da un approccio conservatore al diritto pubblico. Nel 1913, sul finire della Monarchia, fu fondato il Partito Repubblicano, ma ebbe breve durata, poiché il governo guidato da István Tisza ne vietò le attività nel 1914. Il riferimento alla repubblica era, tuttavia, presente nei programmi politici del Partito Socialdemocratico Ungherese (MSZDP) e del Partito Civico Radicale (PR).

Da ciò si comprende come la monarchia e la costituzione storica insieme alla Santa Corona giocassero un ruolo esclusivo e dominante, nonostante i programmi dei partiti politici. Dopo la dissoluzione della Monarchia austro-ungarica, il 16 novembre 1918 fu proclamata la prima repubblica nella storia dell'Ungheria. Dal punto di vista della storia costituzionale, è interessante notare che nel giuramento del primo governo democratico si parli del « governo ungherese di Sua Maestà » (34). Il regime giuridicamente

---

Fausto VECCHIO, *Teorie costituzionali alla prova*, Trento, 2013, pp. 11-12. Non è menzionato nel volume *I sistemi costituzionali dei Paesi dell'Europa centro-orientale, baltica e balcanica*, a cura di Angela de Gregorio, Milano, Wolters Kluwer-Cedam, 2019.

(34) *Demokratikus köztársaságok Magyarországon* [Repubbliche democratiche in Ungheria], a cura di István Feitl, Budapest, Napvilág Kiadó, 2007, p. 20.

provvisorio instaurato dopo la caduta della Repubblica dei Consigli criminalizzò entrambe le rivoluzioni e l'idea repubblicana. La cosiddetta « Legge dell'ordine pubblico » del 1920 vietava la propaganda repubblicana, il che costrinse molti politici di sinistra ad emigrare. Il Partito Socialdemocratico Ungherese fu costretto a firmare il cosiddetto patto Bethlen-Peyer, in cui il partito rinunciò a professare l'ideale repubblicano (35).

La costituzione ungherese del 1946 si inserisce nel processo costituzionale del dopoguerra. Per quanto riguarda gli Stati dell'Europa centrale, i territori liberati tornarono alle costituzioni che avevano prima della guerra e furono investiti dall'ondata democratica che, tra il 1945 e 1947, portato la forma repubblicana di Stato (36).

La questione della costituzione e della forma di governo non fu menzionata nei documenti politici ungheresi fino all'autunno del 1944. All'inizio di dicembre a Szeged — nella città meridionale del paese già liberata — fu formata un'alleanza politica tra i partiti (37) e i Sindacati liberi il cui programma includeva la richiesta di uno Stato ungherese democratico. Il 21 dicembre del 1944 l'Assemblea

---

(35) Il patto Bethlen-Peyer, che prende il nome da István Bethlen, primo ministro 1921-1931, e da un membro del partito Socialdemocratico Ungherese (MSZDP), garantiva al più grande partito di opposizione la libertà di agire legalmente previa rinuncia alla propaganda dell'ideale repubblicano e alle riforme politiche contenute nel programma del 1903.

(36) La Finlandia mantenne il sistema presidenziale basato sulla costituzione del 1919. In Austria, il Consiglio Nazionale, formato sulla base delle prime elezioni tenute il 25 novembre 1945, elesse un Presidente e un governo (l'Austria non riottenne la sovranità fino al 1955; la costituzione del 1920, con i suoi emendamenti del 1929, entrò in vigore il 12 aprile 1946). La Cecoslovacchia, che aveva il governo in esilio, intraprese la strada della democratizzazione con il ritorno alla costituzione del 1920. La Polonia fece ritorno alla costituzione del 1921 e giunse poi a darsi una costituzione nel 1947. In Bulgaria, si giunse alla proclamazione della Repubblica Popolare il 25 settembre 1946; in Romania, l'Assemblea Nazionale proclamò la Repubblica Popolare il 30 dicembre 1947. Cfr. *I sistemi costituzionali dei paesi dell'Europa centro-orientale, baltica e balcanica*, cit., p. 17.

(37) 1) Fronte di Indipendenza Nazionale Ungherese, MNF; 2) Partito Indipendente dei Piccoli Proprietari, FKgP; 3) Partito Comunista Ungherese, MKP; 4) Partito Contadino Nazionale, NPP; 5) Partito Democratico Civico, PDP; 6) Partito Socialdemocratico, SDP.

Nazionale Provvisoria si riunì a Debrecen; il giorno successivo si formò il Governo Provvisorio (38).

L'adozione del termine « Assemblea Nazionale », invece di « Parlamento » (il termine Parlamento fu reintrodotto dalla legge elettorale XXII del 1947) intendeva rendere solenne il superamento della costituzione provvisoria: la convocazione di un'Assemblea Nazionale, infatti, « si effettua di solito in momenti di grandi cambiamenti nel diritto costituzionale, per svolgere un compito specifico, cioè porre le basi di una nuova costituzione » (39). Si intendeva riorganizzare lo Stato fin dalle fondamenta.

Nella prima metà del 1945, il dibattito si incentrò sulla legittimazione democratica del Parlamento. L'Assemblea Nazionale Provvisoria, priva di rappresentanti delle parti non ancora liberate del paese, non approvò leggi ma prese tuttavia una serie di provvedimenti alcuni dei quali particolarmente significativi (40). Il 12 marzo 1945 venne istituita una Commissione con il compito di elaborare i poteri del Capo dello Stato e questa propose all'Assemblea di dichiarare l'Ungheria « una repubblica democratica ».

A questo punto, possiamo tornare alle riflessioni István Bibó menzionate all'inizio. Nel suo studio sulla forma di Stato democratico Bibó considera il valore giuridico delle misure legislative prese nei periodo di 'transizione costituzionale', insistendo sull'importanza si anteporre la questione della legittimità del potere a qualsiasi discussione sulla 'forma delle leggi'.

> Il compito di risolvere le questioni di diritto pubblico non è quello di sottolineare la natura provvisoria dell'autogoverno democratico ungherese, ma di stabilire la legittimità del governo (democratico ungherese) già esistente nella opinione pubblica di dargli forma e renderlo contemplabile per il pensiero politico della nazione. Coloro che hanno a cuore il futuro della democrazia ungherese non devono

(38) Le parti centrali e occidentali del paese erano ancora sotto l'occupazione tedesca, la sede del potere legislativo ed esecutivo era nella parte orientale del paese, nella città di Debrecen. Cfr. József RUSZOLY, *Ungarn im Übergang zur Republik 1944-46*, in « Der Staat », XXIX (1990), 2, p. 276.

(39) *Demokratikus köztársaságok Magyarországon*, cit., p. 79.

(40) Tra i provvedimenti più rilevanti il decreto ministeriale sulla riforma agraria (600/1945 ME), che l'Assemblea Nazionale Provvisoria promulgò il 16 settembre 1945.

permettere che qualsiasi accordo costituzionale continui a rendere l'autorità della politica democratica ungherese sfuggente e la sua legittimità condizionata (41).

Nella seconda metà del 1945, terminò la provvisorietà: la legge 1945/VIII garantì il suffragio universale, uguale, segreto, per entrambi i sessi (42). L'Assemblea Nazionale, convocata dopo le elezioni, ebbe il compito di decidere la forma dello Stato e di costruire uno Stato democratico.

Il testo della piccola costituzione fu redatto da un comitato di rappresentanti dei partiti e di esperti, e poi singolarmente discusso dal governo (!) il 23 gennaio 1946. La discussione parlamentare lasciò aperta la questione delle modalità di elezione e dei poteri del Presidente della Repubblica. Mentre, infatti, il partito comunista voleva ridurre i poteri del Presidente, i deputati dei piccoli partiti volevano un'istanza pubblica superiore ai partiti. Il contrasto fu risolto attribuendo il potere esecutivo al governo, responsabile nei confronti dell'Assemblea Nazionale, e lasciando al Presidente della Repubblica la nomina del primo ministro dopo un'audizione della commissione politica dell'Assemblea nazionale.

Prima di esaminare il dibattito su alcune disposizioni della Costituzione, è opportuno mettere in luce la nettezza della scelta a favore della repubblica. Una scelta questa che è confermata dai risultati di due « sondaggi d'opinione » (43), che mostrano la per-

---

(41) István Bibó, *A demokratikus Magyarország államformájáról* [Sulla forma di Stato dell'Ungheria democratica], in Id., *Válogatott tanulmányok*, cit., p. 5.

(42) Restavano esclusi dal voto, in modo ingiustificato, i cittadini di nazionalità tedesca. Cfr. art. 4, comma 10 della legge VIII del 1945 sull'elezione dell'Assemblea Nazionale.

(43) *MTI Közvéleménykutató Intézet felmérése a Köztársaság államformájáról és a közéleti személyiségek népszerűségéről* [Sondaggio dell'Istituto di Ricerca sull'Opinione Pubblica dell'Ufficio Telegrafico Ungherese sulla Repubblica e sulla popolarità dei personaggi politici], 30 gennaio 1946, in *Demokratikus köztársaságok Magyarországon*, cit., p. 94.

Elezione del Presidente della Repubblica			
	Transdanubio (ovest) Città-campagne (%)	Danubio-Tibisco (centro) Città-campagne (%)	Nord Città-campagne (%)
Referendum	69,8 - 66,0	52,0 - 56,9	72,3 - 55,5

centuale di voti nelle città e nelle campagne, suddivisi per le tre unità territoriali dell'Ungheria. La principale conclusione che si può trarre dai dati è che non c'erano significative differenze tra popolazione urbana ed extraurbana: tutta la società ungherese era pro-repubblica; ovunque il 60% della popolazione era favorevole alla repubblica e contraria alla monarchia. Si trattava di un cambiamento decisivo dopo un così lungo periodo di regime monarchico; un cambiamento che avallava l'opinione degli storici convinti che alla fine della seconda guerra mondiale era emersa anche nella società ungherese un'istanza di democratizzazione.

Il modo attraverso cui scegliere la forma di Stato, presentava una questione diversa. Il sostegno quasi unanime della popolazione va al referendum, un istituto precedentemente sconosciuto nella storia del sistema politico ungherese, molto più basso, invece, il numero dei partecipanti al sondaggio che affermavano di voler rimettere la scelta della forma di governo all'Assemblea Nazionale.

I partiti di sinistra (socialdemocratici e comunisti) presenti nell'Assemblea Nazionale erano chiaramente filo-repubblicani, il che non è sorprendente, dato che la repubblica era un obbiettivo già nel programma del partito socialdemocratico del 1903. I politici socialdemocratici erano a favore della trasformazione democratica del paese, dell'introduzione del suffragio universale e della repubblica. Il Partito Nazionale dei Contadini e il Partito Indipendente dei Piccoli Proprietari erano divisi: quest'ultimo, che formava il maggiore gruppo parlamentare e che alla fine espresse il Presidente

Assemblea Nazionale	25,5 - 32,6	47,1 - 39,9	32,1 - 38,8
Altro	2,7 - 1,4	0,9 - 3,2	5,4 - 5,7
Totale	100,0	100,0	100,0

	Forma di Stato		
	Transdanubio (ovest) Città-campagne (%)	Danubio-Tibisco (centro) Città-campagne (%)	Nord Città-campagne (%)
Repubblica	67,4 - 69,2	78,0 - 65,5	59,9 - 59,0
Monarchia	22,8 - 23,1	12,1 - 23,2	27,4 - 29,3
Dittatura	3,6 - 1,4	2,7 - 2,7	2,9 - 2,7
Altro	6,2 - 6,3	7,2 - 8,6	9,8 - 9,0
Totale	100,0	100,0	100,0

della Repubblica nella persona di Zoltán Tildy, non era neppure interessato alla questione della forma di Stato, poiché voleva che fosse data la priorità ai problemi economici. Un gruppo di piccoli agricoltori guidati dai giuristi Dezső Sulyok e István Vásáry propose che la questione istituzionale fosse decisa con un referendum dopo la firma del trattato di pace (44). Le controversie all'interno del partito si approfondirono a tal punto che, per evitare una scissione, il Presidente del Partito in un discorso drammatico si pronunciò a favore di una decisione dell'Assemblea Nazionale sulla forma repubblicana: « Il partito non tornerà indietro, ma andrà avanti per la sua strada, e vuole una costituzione popolare moderna e democratica, una forma di Stato repubblicana » (45). In risposta al suo discorso, uno dei politici del partito dei piccoli agricoltori, Béla Varga, disse: « Quando ero bambino, io e mia madre pregavamo ogni mattina per il re e il paese, ma ora viva la repubblica! » (46). Anche il Partito Democratico del Popolo sosteneva la repubblica, ma preferiva che la decisione fosse presa con un referendum.

Dopo la discussione in commissione parlamentare, il compromesso si concretizzò in un impegno a sostenere la forma di Stato repubblicana e un Presidente eletto dall'Assemblea Nazionale. Il dibattito parlamentare sul progetto della « piccola costituzione » ebbe luogo il 30-31 gennaio 1946. La discussione fu breve e intensa: sebbene il testo della costituzione contenesse gran parte delle disposizioni relative al Presidente della Repubblica, il dibattito non affrontò i temi della divisione dei poteri, del governo, della magistratura e dell'ufficio del pubblico ministero; ma si concentrò ancora sulla forma di Stato. Al termine del dibattito, il Presidente della Repubblica fu eletto per acclamazione e non a scrutinio segreto.

4. *I diritti umani e la separazione dei poteri.*

La piccola costituzione è il primo documento scritto e democratico nella storia del costituzionalismo ungherese, e nonostante la sua breve vita è ancora interessante. Portava con sé una necessità di

(44) *Demokratikus köztársaságok Magyarországon*, cit., p. 98.
(45) Ivi, p. 93.
(46) *Ibidem*.

democratizzazione fortemente sentita in ampi strati della società ungherese. Il disegno di legge dell'Assemblea Nazionale enfatizzava il punto:

> Questa proposta [...] chiude un'epoca con chiara determinazione e apre un nuovo sviluppo nella storia della nazione ungherese. La proposta non rappresenta una rottura nello sviluppo storico ungherese, perché suo contenuto e motivo più essenziale è l'antico desiderio del popolo ungherese di libertà, di pienezza dei diritti umani e di vita nazionale indipendente (47).

Questi toni si ritrovavano anche nella giustificazione ministeriale del disegno di legge: « [...] la restaurazione della monarchia è lontana dalla volontà pubblica » (48). Secondo la proposta del relatore, la Costituzione rappresentava una rottura nella cultura costituzionale ungherese. Già dal preambolo del documento è chiaro che l'idea repubblicana rappresentava una novità in un paese fino ad allora retto dal sistema monarchico e dal concetto di una costituzione storica basata sulla dottrina della Santa Corona. I periodi finali del documento abolivano tutta la legislazione relativa al sistema politico precedente alla seconda guerra mondiale. Non si trattava solo una cesura legale; la cesura con il passato era anche simbolica.

La piccola costituzione è un breve testo di soli 19 articoli. Sancisce il suffragio universale, uguale, diretto e segreto; la sovranità popolare; i diritti umani, naturali e inalienabili (incorporando così i diritti fondamentali della Carta delle Nazioni Unite del 1945) e richiamando nel preambolo « il diritto ad una vita umana libera dall'oppressione, dal timore e dalla necessità » riecheggia Roosevelt e la Carta Atlantica (49).

Le analogie con le altre costituzioni democratiche del secondo

---

(47) A Nemzetgyűlés 8. ülésének naplója [Verbale della ottava seduta dell'Assemblea Nazionale], in *Nemzetgyűlési Napló* [Verbali dell'Assemblea Nazionale], 24 gennaio 1946, p. 207.

(48) *Demokratikus köztársaságok Magyarországon*, cit., p. 206.

(49) « Dopo la definitiva distruzione della tirannia nazista, essi sperano di veder ristabilita una pace che dia a tutte le nazioni i mezzi per vivere sicure entro i loro confini, ed assicuri che tutti gli uomini, in tutti i paesi, possano vivere la loro vita liberi dal timore e dal bisogno » (clausola VI della Carta Atlantica del 1941).

dopo guerra sono molteplici. I diritti si trovano all'inizio del documento e non dopo le disposizioni sull'organizzazione dello Stato, come nella Costituzione sovietica del 1936 (che menzionava i diritti solo nel Capitolo X) e nella Costituzione ungherese del 1949.

Da questo punto di vista la « piccola costituzione » era assimilabile alle costituzioni che collocavano il catalogo di diritti umani all'inizio del documento: la Costituzione francese del 1946 (li poneva nel preambolo), la Costituzione della Repubblica italiana del 1948 (nei principi fondamentali e nel capitolo dei diritti e doveri dei cittadini) e la Legge Fondamentale delle Repubblica Federale di Germania del 1949 (nel preambolo e nel capitolo dei diritti fondamentali).

La piccola costituzione ungherese recepisce le più importanti tendenze dell'Europa occidentale: la nuova realtà statuale prende il nome di Repubblica Ungherese (la stessa scelta è stata fatta in seguito con la costituzione del 1989 ([50]) e con la vigente Legge Fondamentale ([51])); utilizza meccanismi di *checks and balances* a tutela della separazione dei poteri; pone il Capo dello Stato a capo di un esecutivo che è responsabile di fronte al parlamento. I provvedimenti e decreti presidenziali richiedono la controfirma del primo ministro o del ministro competente. Il Presidente della Repubblica è tenuto a promulgare le leggi entro 15 giorni, con la riserva di poterle rinviare una volta all'Assemblea Nazionale per l'esame, unitamente alle sue osservazioni. È invece obbligato a promulgare entro 15 giorni la legge rinviata e successivamente riapprovata dall'Assemblea Nazionale. Il Presidente del consiglio è nominato e revocato dal Presidente della Repubblica. Nel fare la nomina, deve tenere conto del parere del comitato politico e quindi rispettare la maggioranza parlamentare. Il governo deve presentarsi

---

([50]) Capo I. Disposizioni generali.

Art. 1) Lo Stato di Ungheria è una Repubblica.

Art. 2) (1) La Repubblica di Ungheria è uno Stato indipendente, democratico e costituzionale.

([51]) Art. A) Il nome del nostro Paese è Ungheria.

Art. B) (1) L'Ungheria è uno Stato di diritto, indipendente e democratico.

(2) La forma di Stato dell'Ungheria è la repubblica.

(3) La fonte del potere pubblico è il popolo.

Trad. it. in G.F. Ferrari, *La Costituzione dell'Ungheria (2011)*, in *Codice delle Costituzioni*, vol. III, a cura di M. Ganino, Padova, 2013.

all'Assemblea Nazionale entro 8 giorni dalla sua nomina. Durante questo periodo il Capo dello Stato non può sciogliere l'Assemblea. La piccola costituzione stabilisce poi un procedimento specifico per l'*impeachment* e la rimozione del Presidente della Repubblica (52).

Per quanto riguarda le disposizioni sul potere giudiziario, la Costituzione è invece molto laconica. Solo l'art. 18 prevede che i tribunali esercitino il potere giudiziario in nome della Repubblica e rendano le loro sentenze e le altre decisioni definitive sempre in nome della Repubblica di Ungheria.

5. *L'elezione del Presidente della Repubblica e le sue competenze.*

Il Presidente della Repubblica è eletto dall'Assemblea Nazionale per un periodo di quattro anni. Ogni cittadino ungherese che abbia raggiunto l'età di trentacinque anni e che abbia diritto di voto nell'Assemblea Nazionale può essere eletto Presidente. Il metodo dell'elezione del Capo dello Stato venne regolato in più fasi. È preceduto da una designazione, per la cui validità è necessaria una proposta scritta, sottoscritta da almeno cinquanta deputati. Ogni membro dell'Assemblea Nazionale può proporre un solo candidato. In caso di un solo candidato il Presidente è eletto per acclamazione, purché siano presenti almeno i due terzi dei membri dell'Assemblea. Negli altri casi, si provvede alla elezione per votazione segreta. Viene proclamato Presidente della Repubblica in seguito alla prima votazione il candidato che abbia ottenuto almeno i due terzi dei voti di tutti i membri dell'Assemblea. Se alla prima votazione nessun candidato ha ottenuto tale maggioranza, si procede ad altra votazione. Per la validità dell'elezione è richiesta ugualmente la maggioranza di almeno i due terzi dei membri dell'Assemblea Nazionale. Dalla terza

(52) Il Presidente, in caso di violazione della legge, può essere imputato sulla base di una mozione scritta presentata da 150 deputati, in presenza di 2/3 di tutti i componenti l'Assemblea, e approvata con il voto di almeno 2/3 dei presenti. In questo caso, l'Assemblea Nazionale si trasforma in un tribunale. Il Presidente può anche dimettersi solo con il consenso del parlamento dichiarandolo davanti all'Assemblea Nazionale. Il Presidente ha il diritto di aggiornare o sciogliere l'Assemblea Nazionale non più di una volta per legislatura ove il governo o i 2/5 dei deputati ne facciano richiesta. La legge dà al Presidente dell'Assemblea nazionale il diritto di convocazione dopo l'aggiornamento, ma dopo lo scioglimento.

votazione basta che il candidato abbia conseguito la maggioranza dei voti. La Costituzione non consente la rielezione del Presidente della Repubblica. Dopo l'elezione il Capo dello Stato presta giuramento dinanzi all'Assemblea Nazionale.

Questa « tradizione costituzionale » sarebbe riemersa durante la transizione del 1989. Durante i negoziati della tavola rotonda si fece riferimento a questo modello di Capo dello Stato. Benché vi fossero state divergenze tra i partiti circa l'elezione della Presidente della Repubblica, nel testo della costituzione del 1989 si optò per l'elezione da parte del Parlamento (53). La differenza sta nella durata del mandato (di cinque anni), e nella possibilità di rielezione. Il voto parlamentare è espresso a scrutinio segreto, e l'elezione per acclamazione rimase prevista solo nel testo della « piccola costituzione ».

I singoli poteri del Capo dello Stato della piccola possono essere suddivisi in cinque gruppi (54): funzioni *rappresentative* (rappresenta tutta la nazione nelle relazioni internazionali); funzioni *simboliche* (per la validità di tutti i provvedimenti e atti del Presidente della Repubblica è necessaria la controfirma del Presidente del Consiglio o del competente Ministro responsabile; concede la grazia; ratifica i trattati internazionali); *poteri straordinari* (potere di dichiarare la guerra, di fissare la data d'inizio dello stato di guerra, di concludere la pace, di impiegare l'esercito entro i confini dello Stato soltanto con l'autorizzazione preventiva dell'Assemblea Nazionale); funzioni *necessarie al funzionamento delle istituzioni democratiche* (convocazione e scioglimento del parlamento, formazione del governo, nomina del primo ministro nel rispetto del principio di maggioranza); *potere politico autonomo* (con un « veto politico », può rinviare la legge all'Assemblea Nazionale).

Insomma, le competenze sopra classificate fanno parte integrante del costituzionalismo europeo dopo la seconda guerra mondiale. Il modello della « piccola costituzione » ungherese si colloca

---

(53) Art. 29 comma 2) della Costituzione ungherese del 1949: Il Presidente della Repubblica è eletto dal Parlamento per un periodo di cinque anni.

(54) Balázs FEKETE, *Law I of 1946 and Law XX of 1949. Continuity or Discontinuity in Traditional Hungarian Constitutionalism*, in *A History of the Hungarian Constitution*, cit., p. 188.

tra le democrazie parlamentari con un Presidente della Repubblica con competenze « deboli » eletto dal Parlamento.

6. *Cenni conclusivi.*

« La democrazia ungherese ha vissuto per 3 anni », scrisse István Bibó (55).

Il merito particolare della Costituzione del 1946 fu quello di includere nel suo preambolo il principio della sovranità popolare, il suffragio universale, uguale, diretto e segreto, i diritti umani; diritti enunciati in testa al documento e non dopo le disposizioni sull'organizzazione dello Stato, come invece avveniva nella Costituzione stalinista del 1936 e come avverrà poi nella Costituzione ungherese del 1949. Una costituzione questa del 1949 che, redatta sotto l'egemonia del partito comunista, svuotava i diritti basati sui valori liberali e negava la separazione dei poteri, rappresentando una rottura completa dello sviluppo costituzionale ungherese (56).

Ispirata com'era nei suoi principi alle linee essenziali del costituzionalismo moderno ed europeo, la « piccola costituzione » avrebbe potuto costituire il punto di partenza della democratizzazione sia delle istituzioni statali che della società. Il percorso fu breve: la costituzione del 1949 abolì diritti e istituzioni democratiche e creò una mera *facade constitution* (57).

* * *

Appendice: il testo della costituzione del 1946 (58).

Il 13 novembre 1918 è cessato in Ungheria l'esercizio del potere

---

(55) KUKORELLI, *Bibó István*, cit., p. 52.

(56) FEKETE, *Law I of 1946 and Law XX of 1949*, cit., pp. 183-205.

(57) Giovanni SARTORI, *Constitutionalism. A Preliminary Discussion*, in « The American Political Science Review », LVI (1962), 4, pp. 853-864.

(58) Legge 1946/I del 31 gennaio 1946 sulla Forma dello Stato d'Ungheria, trad. it. di P. Santarcangeli in *La Costituzione e il sistema elettorale ungheresi*, volume 40 della collana *Testi e documenti costituzionali* promossa del Ministero per la Costituente, Firenze, Sansoni, 1946, pp. 247-253, *http://legislature.camera.it/_dati/costituente/documenti/ministerocostituente/p2_Vol1_9.pdf.*

regio. La nazione ha riavuto il suo diritto di autodisposizione. Dopo una lotta di quattrocento anni, dopo il Congresso di Ónod, dopo la Dichiarazione di Debrecen del 1849, dopo il tentativo di due rivoluzioni e l'oppressione che le ha seguite, la nazione ungherese è finalmente libera di scegliere la propria forma di Stato.

L'Assemblea Nazionale, eletta in base al suffragio universale, uguale, diretto e segreto, procede ora a costituire, nel nome e per mandato del popolo ungherese, quella forma di Stato che meglio corrisponde alla volontà e agli interessi della Nazione: la Repubblica ungherese.

La repubblica garantisce ai suoi cittadini i diritti naturali e inalienabili dell'uomo, e al popolo ungherese la convivenza ordinata e la pacifica collaborazione con gli altri popoli.

I diritti naturali e inalienabili dei cittadini sono in particolare: la libertà personale; il diritto a una vita umana; libera dall'oppressione, dal timore, e dalla necessità; la libera espressione del pensiero e delle opinioni; il libero esercizio del culto; il diritto di associazione e di assemblea; il diritto di proprietà; il diritto alla sicurezza personale, al lavoro, ad una vita degna dell'uomo, alla cultura e il diritto di partecipare all'organizzazione della vita dello Stato e degli enti locali.

Nessun cittadino può essere privato di tali diritti senza un legittimo provvedimento e lo Stato ungherese ne garantisce l'esercizio a tutti i cittadini, senza distinzione di nessuna specie, entro l'ambito dell'ordine statale democratico, in modo e misura eguali.

Per realizzare tale scopo, l'Assemblea Nazionale Ungherese emana anzitutto la seguente legge:

Art. 1. Il popolo ungherese è la fonte e il possessore esclusivo del potere dello Stato. Il popolo ungherese esercita il potere legislativo per mezzo dell'Assemblea Nazionale eletta in base al suffragio universale, uguale, diretto e segreto.

Art. 2. (1) L'Ungheria è una Repubblica.

(2) La Repubblica è presieduta da un Presidente. Il Presidente viene eletto dall'Assemblea Nazionale per un periodo di quattro anni.

Art. 3. Può essere eletto Presidente della Repubblica qualunque cittadino ungherese che abbia compiuto trentacinque anni e che possieda il diritto ad essere eletto deputato all'Assemblea Nazionale.

Art. 4. (1) L'elezione del Presidente della Repubblica è preceduta da una designazione. Per la validità della designazione è richiesta una proposta scritta, sottoscritta da almeno cinquanta membri dell'Assemblea Nazionale. La designazione deve essere presentata al Presidente dell'Assemblea Nazionale prima che venga disposta la votazione. Ogni membro dell'Assemblea Nazionale può proporre un solo candidato. Le proposte dei membri che propongono più candidati sono nulle.

(2) Se vi è proposta per un solo candidato, questi può essere eletto Presidente della Repubblica per acclamazione, purché siano presenti almeno i due terzi dei membri dell'Assemblea Nazionale. Negli altri casi, si

provvede alla elezione per votazione segreta. In caso di necessità si fa luogo a più votazioni. Viene dichiarato Presidente della Repubblica in seguito alla prima votazione il candidato che abbia ottenuto almeno i due terzi dei voti di tutti i membri dell'Assemblea Nazionale.

(3) Se alla prima votazione nessun candidato ha ottenuto tale maggioranza, si procede ad altra votazione in base a nuova proposta formulata in base al 1° capoverso. Per la validità dell'elezione compiuta in base alla seconda votazione, è richiesta ugualmente la maggioranza di almeno due terzi di tutti i membri dell'Assemblea Nazionale.

(4) Se alla seconda votazione nessun candidato ha ottenuto la maggioranza richiesta, si procede ad una terza votazione. In tal caso si potrà votare soltanto per i due candidati che abbiano raggiunto il maggior numero di voti in occasione della seconda votazione. Viene dichiarato Presidente della Repubblica, in seguito alla terza votazione, il candidato che abbia conseguito la maggioranza dei voti, senza tenere conto del numero dei deputati partecipanti alla votazione.

(5) La procedura dell'elezione dovrà essere portata a termine entro tre giorni successivi.

Art. 5. Nessuno potrà essere eletto due volte a Presidente della Repubblica.

Art. 6. (1) Il Presidente della Repubblica presta giuramento o promessa solenne dinanzi all'Assemblea Nazionale.

(2) La formula del giuramento è la seguente:

« Io ... giuro su Dio vivente di essere fedele all'Ungheria e alla sua Costituzione. Osserverò e farò osservare le sue leggi e le sue consuetudini aventi forza di legge ed eserciterò il mio ufficio di Presidente della Repubblica d'accordo con l'Assemblea Nazionale e per il bene del popolo ungherese. Dio così m'assista ».

(3) La formula della promessa solenne è la seguente:

« Io ... prometto sul mio onore e sulla mia coscienza di essere fedele all'Ungheria e alla sua Costituzione. Osserverò e farò osservare le sue leggi e le sue consuetudini aventi forza di legge ed eserciterò il mio ufficio di Presidente della Repubblica d'accordo con l'Assemblea Nazionale e per il bene del popolo ungherese ».

Art. 7. L'elezione del Presidente della Repubblica e il suo giuramento o promessa solenne saranno messi a verbale. Il verbale sarà sottoscritto anche dal Presidente della Repubblica e la sua sottoscrizione sarà controfirmata dal Presidente del Consiglio dei Ministri. Il verbale sarà pubblicato nella Gazzetta Ufficiale.

Art. 8. Con la prestazione del giuramento o della promessa solenne da parte del Presidente della Repubblica eletto per la prima volta, cessa l'istituto del Consiglio Supremo Nazionale.

Art. 9. Il Presidente della Repubblica firma e munisce della clausola di promulgazione, entro quindici giorni, le leggi approvate dall'Assemblea Nazionale. Prima di ordinare la pubblicazione ed entro il termine ora

menzionato, egli può rinviare una volta la legge all'Assemblea Nazionale, insieme con la comunicazione delle sue osservazioni, è viceversa obbligato a fare pubblicare entro 15 giorni le leggi trasmessegli dall'Assemblea Nazionale per la seconda volta.

Art. 10. (1) Il Presidente della Repubblica può aggiornare l'Assemblea Nazionale una volta soltanto, entro una stessa sessione, e per un periodo di tempo non superiore ai 30 giorni. Durante il tempo dell'aggiornamento, se almeno 100 deputati propongono di riconvocare l'Assemblea Nazionale, egli è obbligato a convocarla entro 8 giorni dal ricevimento della proposta.

(2) Il Presidente della Repubblica può sciogliere l'Assemblea Nazionale su proposta del Governo o su richiesta di almeno due quinti dei deputati all'Assemblea Nazionale.

Art. 11. (1) Il Presidente della Repubblica rappresenta l'Ungheria nei rapporti internazionali. Invia e riceve gli inviati diplomatici, nomina i consoli e concede l'« exequatur » ai consoli stranieri. Può stipulare trattati con le potenze estere per il tramite del Consiglio dei Ministri; ma quando la materia del trattato incide sulla competenza del potere legislativo, è necessario il concorso dell'Assemblea Nazionale per la stipulazione del trattato.

(2) Il Presidente della Repubblica ha il potere di dichiarare la guerra, di fissare la data d'inizio dello stato di guerra, di concludere la pace, di impiegare l'esercito entro i confini dello Stato soltanto con l'autorizzazione preventiva dell'Assemblea Nazionale.

Art. 12. (1) Spetta al Presidente della Repubblica il diritto di grazia sovrana e il diritto di esenzione dagli impedimenti di legge, riservato al Capo dello Stato. Le amnistie generali e gli indulti in favore di un ministro o del Presidente della Corte dei Conti messo in stato di accusa o condannato in applicazione delle norme sulle responsabilità ministeriali possono essere concesse solo dall'Assemblea Nazionale.

(2) In caso di guerra o di mobilitazione, il Presidente della Repubblica decide, su proposta del Consiglio dei Ministri, sulla accettazione delle rinunce alla cittadinanza.

Art. 13. (1) Il potere esecutivo è esercitato dal Presidente della Repubblica attraverso un Consiglio dei Ministri responsabile di fronte all'Assemblea Nazionale.

(2) Spettano al Presidente della Repubblica, udita la Commissione Politica dell'Assemblea Nazionale e rispettando il privilegio della maggioranza parlamentare, la nomina e la revoca del Presidente del Consiglio dei Ministri e, su proposta di quest'ultimo, la: nomina e la revoca dei Ministri.

(3) Il Consiglio dei Ministri di nuova nomina deve presentarsi alla seduta dell'Assemblea Nazionale entro otto giorni dalla nomina. Prima di ciò il Presidente della Repubblica non può sciogliere l'Assemblea Nazionale.

(4) Per la validità di tutti i provvedimenti e atti del Presidente della Repubblica è necessaria la controfirma del Presidente del Consiglio o del competente Ministro responsabile.

Art. 14. (1) Il Presidente della Repubblica nomina, su proposta del ministro responsabile competente per materia, trasmessa per il tramite del Presidente del Consiglio dei Ministri, tutti i funzionari dello Stato appartenenti al V grado e superiori, e tutti i giudici a prescindere dal grado cui appartengono. Nomina inoltre, su proposta del ministro responsabile competente per materia, trasmessa per il tramite del Presidente del Consiglio dei Ministri, i titolari degli uffici per i quali il diritto di nomina è riservato per legge al Capo dello Stato.

(2) Il Presidente della Repubblica è autorizzato a concedere le onorificenze approvate dall'Assemblea Nazionale, nonché i titoli onorifici spettanti a determinati uffici.

Art. 15. (1) Il Presidente della Repubblica può dimettersi dalla carica solo mediante una dichiarazione indirizzata all'Assemblea Nazionale ed approvata da questa. L'Assemblea Nazionale può invitare il Presidente della Repubblica, entro quindici giorni, a riesaminare la propria decisione. Se il Presidente della Repubblica mantiene la decisione, l'Assemblea Nazionale non può rifiutare di prendere atto delle sue dimissioni.

(2) Se la carica di Presidente della Repubblica rimane vacante per morte del titolare o per altra ragione, quando il Presidente della Repubblica non può adempiere agli obblighi del suo ufficio, le corrispondenti funzioni verranno esercitate dal Presidente dell'Assemblea Nazionale fino all'elezione del nuovo Presidente, con la limitazione che egli non potrà rimandare all'Assemblea Nazionale per il riesame una legge approvata da questa, non potrà sciogliere l'Assemblea Nazionale e potrà esercitare il diritto di grazia solo in favore dei condannati con sentenza passata in giudicato.

(3) Se la carica di Presidente della Repubblica si rende vacante o se il Presidente della Repubblica diventa permanentemente inabile all'adempimento degli obblighi del suo ufficio, il Presidente dell'Assemblea Nazionale deve curare la convocazione dell'Assemblea Nazionale entro i trenta giorni successivi per l'elezione del Presidente della Repubblica. Se il mandato dell'Assemblea Nazionale è venuto a cessare prima che sia sorta la circostanza che rende necessaria l'elezione di un nuovo Presidente o se il Presidente della Repubblica ha sciolto l'Assemblea Nazionale, il Consiglio dei Ministri ha l'obbligo di curare l'elezione del Presidente in modo che il nuovo Presidente della Repubblica possa essere eletto entro sessanta giorni dal verificarsi della circostanza che ha reso necessaria l'elezione. In tal caso, i diritti del Presidente della Repubblica sono esercitati, salvo le limitazioni di cui al 2º capoverso, dal Presidente dell'Assemblea Nazionale disciolta rispettivamente dal Presidente di quell'Assemblea Nazionale, il cui mandato è venuto a cessare prima che l'ufficio del Presidente della Repubblica si sia reso vacante.

Art. 16. (1) La persona del Presidente della Repubblica è inviolabile; la difesa penale della sua persona è garantita da una legge speciale.

(2) Se il Presidente della Repubblica viola la Costituzione o la legge, l'Assemblea Nazionale può sottoporlo a giudizio di responsabilità, su richiesta scritta di almeno centocinquanta membri, alla presenza di almeno due terzi dei membri e con la maggioranza di almeno due terzi dei presenti. Il giudizio è affidato alla competenza di un tribunale formato per applicazione analogica dell'art. 34 della legge 1848/III.

Art. 17. (1) L'Assemblea Nazionale fissa un assegno in favore del Presidente della Repubblica.

(2) L'ufficio necessario per il disbrigo delle funzioni presidenziali è organizzato dal Consiglio dei Ministri e le spese necessarie saranno comprese nel bilancio preventivo dello Stato.

Art. 18. I giudici esercitano il potere giudiziario in nome della Repubblica e pronunciano le sentenze e le altre pronunce decisorie « in nome della Repubblica Ungherese ».

Art. 19. La presente legge entrerà in vigore con la sua pubblicazione dinanzi all'Assemblea Nazionale. Con la sua pubblicazione restano abrogate tutte le norme giuridiche relative alla cessata monarchia e all'istituto.

Letture

Enzo Cannizzaro, *La sovranità oltre lo Stato*, Bologna, il Mulino, 2021, pp. 127.

La sovranità negli ultimi tempi è tornata di gran moda. E non c'è da stupirsene. Il quadro internazionale ha smentito la profezia di un inesorabile tramonto degli Stati e le ricorrenti crisi dell'« ordine » globale hanno dimostrato quanto fossero precipitose le previsioni sull'avvento di una *civitas maxima* 3.0.

Non sorprende allora che Enzo Cannizzaro, eminente studioso del diritto internazionale nonché veterano di temi complessi, abbia deciso — molto coraggiosamente — di misurarsi con questo *Hauptproblеme*, regalandoci un saggio che si impone come un *must read* per storici, giuristi e politologi. E lo ha fatto partendo dalle origini del concetto che ripercorre con una sicurezza che lascia impressionati in un accademico il quale, seppure culturalmente strutturato, appartiene pur sempre a una scuola che si distingue per il suo tenace, ostinato, positivismo.

All'Autore la sovranità non ispira molta simpatia e, dal suo punto di vista, a ragion veduta. Se si prende come scenario lo scacchiere internazionale, la sovranità impedisce la stabilizzazione di un ordine mondiale ed è così *tranchante* nella sua fisionomia da non lasciare molta scelta: se mai vedesse l'aurora questo ordine, ciò significherebbe la dissoluzione della sovranità: *aut aut*!

Nondimeno Cannizzaro non si iscrive nel filone di pensiero che nasconde la polvere sotto il tappeto, ignorando l'ingombrante presenza di questo retaggio — che definisce elegantemente il centro del sistema tolemaico della coesistenza internazionale degli Stati — e lo affronta di petto. Cominciando dagli effetti della sovranità *in foro domestico* dove argomenta con forza la tesi che, complice la separazione dei poteri, la sovranità abbia perso il suo centro di gravità e pertanto la sua pregnanza. Che resta della sovranità di Bodin e Hobbes quando la sofisticazione della complessità costituzionale è tale da ridurre questa terribile parola a mera clausola di stile? Ci sarebbe, a dire il vero, la democrazia che ha celebrato dal Settecento in poi un matrimonio morganatico con la sovranità. Che lo si ammetta o meno (gli anglosassoni sono più restii a farlo, gli europei continentali molto di più) la democrazia ha trovato un alveo discorsivo possente nel concetto di potere costituente. Ma davvero la democrazia ha bisogno di questo partner ingombrante? Per

l'Autore la risposta è negativa, asseverata dall'esperienza storica nonché dal sospetto che il potere costituente sia un fatto anarchico e non un concetto giuridico e, come tale, estraneo alla sintassi costituzionale che pone di fronte a un radicale dilemma: se il potere costituente è fattispecie giuridica allora deve essere domato, disciplinato dalla scrittura; se non lo è appartiene al modo ferino. Stesso discorso per l'eccezione: se la stessa è ridotta a norma non ha più alcun carattere luciferino; se resta fuori della narrativa costituzionale è un fatto, dirompente quanto si vuole, ma privo di valenza giuridica. Ragionamento giudizioso ma non del tutto convincente. Tra fatto e diritto si frappone un terzo *genus*: la legittimazione. Ne era così consapevole Sieyès che nei suoi scritti echeggiava la distinzione tra *natura naturans* e *natura naturata* di Spinoza: la prima potenza immanente, la seconda attualizzazione storica, sempre in equilibrio precario. I francesi lo sanno bene, tanto che la loro costituzione del 1958 è nata sulla base di una dittatura rivoluzionaria, asseverata da un voto del parlamento in contrasto con tutte le norme sulla revisione costituzionale, sulla base invece di un *pronunciamiento* sul balcone del *Gouvernement General* di Algeri di De Gaulle (« je vous ai compris »...). E ancora oggi modificano la costituzione a colpi di plebisciti napoleonici, spettatore il Consiglio Costituzionale che con la sovranità popolare non interferisce.

Si potrebbe dire anche della Brexit, evento calamitoso ma determinante, che ha visto gli inglesi rompere con una tradizione di continuismo (dalla Magna Carta in poi), tutto *whiggish* alla Macaulay, per asserire con forza lo stesso principio: piaccia o no, il popolo quando si pronuncia è legge, persino di fronte a un riluttante sovrano parlamento britannico.

Ciò detto, non incorriamo in fraintendimenti. Se Enzo Cannizzaro ritiene che la costituzione abbia messo la museruola alla sovranità nel diritto interno, non si acquieta nemmeno nel racconto che vuole la sovranità ridotta a snodo procedurale con la Corte costituzionale ipostatizzata ad Atlante del mondo. Giustamente nemmeno questo lo persuade, troppo intellettualmente onesto per imboccare scorciatoie surrettizie al problema della decisione ultima.

Certo però, e siamo d'accordo con lui, la vera partita della sovranità si gioca nel campo internazionale dove si assiste a una forte resilienza degli Stati e a una incerta affermazione delle organizzazioni internazionali. Con grande probità intellettuale, l'Autore riconosce che non sempre la sovranità è stata fattore di destabilizzazione. Ai tempi del Concerto europeo, grazie all'equilibrio preservato dalla Gran Bretagna, l'ordine in Europa era un fatto concreto, a dispetto del fatto che tutti gli Stati, con in testa i loro dottori in diritto, reclamassero una intransigente sovranità. Ma questo è appunto un episodio della storia europea racchiuso tra due parentesi. Oggi si assiste piuttosto al caos, posto che, da una parte, né gli Stati, dall'altra né le organizzazioni internazionali,

mostrano di avere la forza necessaria per dettare una rotta, per costruire un paradigma nuovo.

E a questa incombenza si dedica Enzo Cannizzaro proponendo uno scenario inedito e interessante. Proviamo a immaginare che le organizzazioni internazionali fossero organizzate sulla base di una legittimazione democratica; non sarebbe forse una nuova pista per immaginare i confini del superamento della ormai datata sovranità statuale? Chi si limitasse a guardare la penosa performance dell'Organizzazione mondiale della sanità in piena pandemia Covid risponderebbe con un documentato scetticismo: davvero si può immaginare un orizzonte simile? Ma appunto l'Autore indica un cantiere di lavoro, un laboratorio da cui partire e, sotto questo punto di vista, poste le premesse di rigoroso realismo che sorreggono il Suo libro, siamo disposti a concedergli una *chance*. Il discorso è chiaro: l'Unione europea, con il suo modello di integrazione attraverso il diritto, non è esportabile, e del resto soffre di un disagio interno da non sottovalutare; d'altra parte, gli Stati sono troppo esausti per fare fronte alle sfide globali, che li vedono perdenti in partenza. Ecco allora che rivitalizzare un patrimonio già esistente, attraverso il conferimento di una legittimità democratica può schiudere delle prospettive di sicuro interesse. Si potrebbe obbiettare certo che il popolo o la nazione non possono essere improvvisati o elaborati *in vitro*. Ma va anche aggiunto che il « plebiscito di tutti i giorni » *à la* Renan non è un presupposto indefettibile per architettare una *natura naturans* che attribuisca una potente legittimazione a istituzioni che potrebbero conoscere una seconda giovinezza, una volta affrancate dalla pesante ipoteca intergovernativa degli Stati.

Si potrebbe ancora obbiettare che le *élites* tecnocratiche non ispirano grande fiducia nelle « masse »: e ne si registrano le testimonianze un po' dappertutto. Ma le *élites* che ha in mente Cannizzaro non sarebbero sprovviste della consacrazione della... ma sì diciamolo: sovranità popolare! Di un popolo certo molto diverso da quello che noi conosciamo.

Bravo quindi Cannizzaro: la diagnosi è seguita dalla terapia, ciò che appare sicuramente una singolarità nel panorama editoriale, dove al realismo estremo statocentrico si contrappone la celebrazione di una *global polity* che non esiste ancora. E va pure aggiunto che il Suo originale contributo sviluppa, secondo un itinerario tutto da scoprire, un'apertura che si ritrova in alcuni autorevoli internazionalisti americani che anelano anch'essi a vedere concretizzata una diversa sovranità. Pensiamo ad esempio ad Anne-Marie Slaughter, già preside della Wilson School of Diplomacy a Princeton, che, in un saggio di qualche anno fa, intitolato « La scacchiera e il web. Strategie di connessione in un mondo irradiato dalle reti », invitava a ridimensionare la metafora del gioco degli scacchi tra Stati sovrani per abbracciare una visione in cui campeggiassero i cittadini del mondo legati fra loro da possenti piattaforme digitali. Non è vero forse che il Commissariato dell'Onu per

i rifugiati già oggi lavora a stretto gomito con centinaia di ONG? L'ordine globale del XXI secolo si deve schiudere più di quanto abbia fatto fino ad oggi alla potenza della rete, confinando il gioco della sovranità classica allo stretto indispensabile. Già da tempo sono in corso esperimenti di *Open Order Building*. Ed è molto. Ma non basta. Dice la Slaughter: « l'ordine internazionale del XXI secolo deve essere doppio. Da una parte ammetterà l'esistenza di sfere domestiche e internazionali di azione e di operatività giuridica; dall'altra affermerà senza ambiguità che il confine tra le stesse è permeabile. Si tratta infatti di un confine di identità più che di separazione ». In altre parole, la diplomazia *top-down* ha fatto largamente il suo tempo. Occorre costruire un modello *bottom-up* decentrato, aperto e intelligente. O se si vuole, occorre costruire relazioni orizzontali che rimpiazzino dove possibile il sistema tutto verticale costruito intorno a una sovranità concepita come potere e non come responsabilità.

Come tirare le fila di tanto innovativo discorso? Con l'auspicio che questo possente sasso gettato da Enzo Cannizzaro nello stagno piuttosto apatico del diritto internazionale non rimanga inosservato, ma produca il dibattito che merita, vista la stringente, elegante, avvincente argomentazione che lo sorregge.

STEFANO MANNONI

Comparing Transitions to Democracy. Law and Justice in South America, Cristiano Paixão, Massimo Meccarelli (Editors), Cham, Springer Nature Switzerland AG, 2021, pp. V-323.

No capítulo 1, intitulado *The Transition to Democracy: A New Object of Study por Legal History?*, Cristiano Paixão e Massimo Meccarelli iniciam a apresentação da obra por eles editada, propondo questionamentos fundamentais, a partir dos quais « urge refletirmos sobre os problemas da democracia considerando a história desses problemas ». O primeiro deles seria o de « como a experiência da transição após a ditadura é importante para as democracias modernas », uma questão que diríamos, poderia ser considerada do ponto de vista político, jurídico e mesmo moral ou ético. O segundo, um questionamento em princípio « epistemológico », acerca de « se é possível escrever uma história dessas transições ». E, por fim, um questionamento, por sua vez, « interpretativo, teórico e conceitual », sobre se escrever uma história das transições for possível, « se tal história (*history*) inclui diferentes estórias (*stories*) das várias experiências da transição, cada uma necessariamente localizada e incomensurável » ou, ao invés disso, « se é possível considerar as 'transições à democracia' num sentido mais

geral, como um quadro e uma categoria unitária, um objeto como tal, suscetível — como 'ditadura' e 'democracia' — para análise para as ciências jurídicas » (p. 1).

Para contribuir, então, de forma não exaustiva, mas buscando ampliar as possibilidades de interpretações sobre « as transições para a democracia », a partir de diferentes pontos de vista teóricos e disciplinares, especialmente focados no « problema da justiça de transição », a presente obra reúne textos de pesquisadores de diversos países — Itália, Brasil, Uruguai, Espanha, Irlanda do Norte, Grã-Bretanha e Portugal —, oferecendo, assim, perspectivas comparativas sobre experiências latino-americanas e europeias. Cabe destacar, nas palavras dos seus editores, que esta obra

> se propõe também a considerar a simultaneidade dos diferentes tempos históricos subsumidos pela transição: tempo social e tempo individual (das vítimas e dos carrascos, por exemplo), bem como o tempo da política, do direito, da cultura, etc. Esses tempos históricos dizem respeito a diferentes aspectos da coexistência civil, cada um com sua própria evolução e trajetória, mas, para todos eles, a transição para a democracia representa, no entanto, o momento obrigatório do colapso comum, um processo unitário que coloca os tempos díspares em contato uns com os outros, produzindo uma aceleração geral — e, ao mesmo tempo, uma distorção — em seu andamento (*tempo*) (p. 2).

A obra está dividida em quatro partes. A Parte I, *Brazil*, reúne quatro capítulos, que tratam de questões sobre transição política e história do direito no Brasil, « focando o tempo da transição (e seus efeitos em termos de justiça de transição) em diferentes perspectivas, de questões raciais e de gênero a questões relacionadas a reformas constitucionais e à repressão policial ». O primeiro deles, de Cristiano Paixão (Brasil), intitulado *'Where the Silences Are Mute': Political Transition, State Violence, and the Racial Question in Contemporary Brazil*, considera que diferentes temporalidades estão envolvidas na observação das transições políticas e de sua história constitucional, sendo que as vítimas dos regimes autoritários, os movimentos sociais e os tribunais estão enredados numa teia de narrativas e práticas sociais que ligam o passado, o presente e o futuro. Tomando essa perspectiva como ponto de partida, o capítulo discute « o silêncio que prevalecido sobre a repressão ao Movimento Negro durante a ditadura militar brasileira », por um lado, ressaltando as violações cometidas contra cidadãos negros pelas forças de segurança no Brasil e, por outro as tentativas que estão sendo feitas por ativistas sociais, órgãos legislativos e comissões da verdade para dar visibilidade às violências perpetradas, bem como buscar por reparações. Cabe também ser destacada neste capítulo, em seu tópico cinco, a proposta apresentada acerca do que pode ser uma « política do tempo », ligada aos « silêncios e atos de resistência ao longo da história constitucional brasileira ». Quanto a esse último ponto, o texto bem afirma: « Silêncio, no modo em que

usamos a palavra aqui, significa exatamente isso: uma negação da participação na história, uma negação de outras possibilidades de escrever a história — ambas ao mesmo tempo » (p. 26).

O segundo capítulo da Parte I, de Juliana Neuenschwander Magalhães (Brasil), intitulado *Political Transition, Continuities and Permanences: The Rights of Indigenous Peoples and Political Transition in Brazil*, dividido em cinco tópicos, toma como ponto de partida o caráter paradoxal da própria noção de transição:

> A noção de transição é paradoxal, pois só se pode pensar em transição diante de uma mudança de regime que já ocorreu, mas, ao mesmo tempo, só se pode observar tal mudança quando a transição já ocorreu. Este paradoxo é constitutivo de transição, que se refere ao mesmo tempo a um passado a ser superado e a um futuro a ser construído, porque é tanto o momento da elaboração do passado quanto aquele para a projeção do futuro (p. 31).

Para o texto, a opção brasileira por uma justiça de transição que se caracterizou, ao mesmo tempo, como memória política e como esquecimento jurídico da ditadura militar impediu uma real transição, tese essa que é bem demonstrada ao se tratar das graves violações de direitos humanos sofridas pelos povos indígenas — violações, essas, silenciadas por muito tempo e que assumem características de verdadeiro etnocídio.

O terceiro capítulo da Parte I, de Maria Pia Guerra (Brasil), intitulado *Unemployed People in Street Protests: Theories of Political Transitions and the Limits of the Brazilian Democratization*, divide-se em sete tópicos. Na sua introdução o texto afirma que a literatura sobre o tema das transições políticas tem oscilado entre leituras institucionalistas e leituras influenciadas pelas teorias dos novos movimentos sociais. « Este capítulo toma como ponto de partida um conflito político no final do regime militar no Brasil — as ondas de saques de 1983 — para analisar exclusões promovidas pela transição política ». Assim, o texto trata de três categorias que retratam níveis distintos de exclusão: « saqueadores, que contestaram uma transição consensual; pessoas desempregadas, isoladas pela pobreza histórica e pelo associativismo local; e criminosos empobrecidos, entrincheirados em mecanismos institucionais de longo prazo. O resultado é um retrato das pessoas à margem da transição ». Assim, o texto analisa essas revoltas urbanas no Brasil e inicia uma discussão importante acerca de atores sociais que foram excluídos do processo político de transição no Brasil.

O quarto e último texto da Parte I, de Leonardo Augusto de Andrade Barbosa (Brasil), intitulado *Constitutional Politics During the Early Years of Brazilian Civil-Military Dictatorship: The Constitution as a Tool for Authoritarian Political Transition*, argumenta que « Enquanto a categoria conceptual de 'transição' é geralmente empregada para analisar a saída de uma ditadura para um sistema democrático, este

capítulo argumenta que também é importante entender como as democracias constitucionais colapsam em diferentes formas de governo autoritário ». Para isso, ele recupera uma das características marcantes da ditadura civil-militar brasileira, o uso instrumental das formas constitucionais, as tentativas de controle pelo regime autoritário da mudança constitucional e, por fim, o fracasso de seu « projeto constitucional autoritário ».

A Parte II, intitulada *Comparative Perspectives*, é dividida em três capítulos e busca apresentar estudos comparativos sobre a experiência sul-americana. Assim, o primeiro capítulo, de Cláudia Paiva Carvalho (Brasil), intitulado *Transitional Justice and Sexual Crimes in Latin America: Argentina, Brazil and Chile in Comparative Perspective*, busca realizar uma análise comparativa acerca de como a justiça de transição na Argentina, no Brasil e no Chile lidou com a prática de crimes sexuais como parte da estratégia de repressão e perseguição a seus adversários políticos, questão, essa, que levou muito tempo para que fosse levantada. O texto, então, propõe-se a realizar um estudo comparativo, por meio de metodologia empírica e qualitativa, a fim de « investigar as razões para o atraso na abordagem destes crimes e as diferentes estratégias e medidas adotadas pelas novas democracias para lhes dar resposta ». Assim, tendo-se m vista « os diferentes estágios de desenvolvimento em cada país, presta-se especial atenção aos obstáculos jurídicos, por um lado, e a argumentos jurídicos e estratégias desenvolvidas para buscar a justiça, por outro ». Com isso, resta demonstrado que « o uso do direito na justiça transicional não é neutro em termos de gênero e que abordagens específicas são necessárias para tornar as violações sexuais visíveis e para permitir que elas sejam processadas e punidas » (p. 87).

O segundo capítulo da Parte II, de Francesca Lessa (Reino Unido e Uruguai), intitulado *Justice Entrepreneurs and the Struggle for Accountability in South America: Comparative Reflections on Transitional Justice and Operation Condor*, bem considera que, comparativamente, os Estados sul-americanos deram respostas diferentes em termos de prestação de contas quanto ao seu passado ditatorial e que « alguns países foram capazes de investigar com sucesso os crimes do passado recente, enquanto outros ficaram significativamente para trás, inclinando-se até à impunidade ». O presente capítulo irá destacar o papel da sociedade civil. Para isso, o texto usa exemplos de processos criminais no caso de crimes cometidos na chamada Operação Condor, além de políticas mais amplas de justiça de transição da América do Sul, para argumentar que, em primeiro lugar, os ativistas de direitos humanos têm desempenhado um papel fundamental nos processos de responsabilização, atuando decisivamente na luta pela verdade e justiça e procurando desenvolver estratégias inovadoras para combater políticas de silêncio e de impunidade. Além disso, em segundo lugar, o texto introduz o conceito de « empreendedores da justiça » (*Justice Entrepreneurs*) para analisar o papel central que esses ativistas desempenharam, bem como detalhar

seis conjuntos de ações estratégicas que eles realizaram ao longo do tempo. Assim, o texto afirma que a existência e a mobilização ativa de « empreendedores da justiça » representam uma condição necessária para se conseguir a responsabilização pelos crimes cometidos.

O terceiro capítulo da Parte II, de Carla Osmo (Brasil), intitulado *Mobilization and Judicial Recognition of the Right to the Truth: The Inter-American Human Rights System and Brazil*, parte da afirmação segundo a qual o direito à verdade sobre graves violações a direitos humanos foi resultado de uma mobilização transnacional, em reação aos crimes cometidos entre 1960 e 1990 pelas ditaduras e por partidos envolvidos em conflitos armados na América Latina. Nesse sentido, o capítulo busca mostrar como se deu o reconhecimento judicial desse direito em ações judiciais individuais, com foco no sistema interamericano de proteção aos direitos humanos e no caso brasileiro. A conclusão é a de que se analisarmos, caso a caso, o judiciário brasileiro seguiu em alguns deles a Convenção Interamericana e em outros, não. Em conclusão, o texto ainda chama atenção para algo importante, hoje: « a luta por justiça e verdade no Brasil também passou a enfrentar novos desafios após a eleição, em 2018, do presidente Jair Bolsonaro, que elogia explicitamente as práticas da ditadura. Assim, tornou-se necessário que as vítimas, as famílias e as entidades de direitos humanos, além de avançar ainda mais, tentem evitar retrocessos e reagir ao desmantelamento das políticas de justiça transicional » no Brasil.

A Parte III, intitulada *Comparative Case Studies*, é formada por quatro capítulos. O primeiro, de Cath Collins (Irlanda do Norte), intitulado *Legitimation Narratives, Resistance, and Legal Cultures in Authoritarian and Post-authoritarian Chile: Lawyers and Judges in the (Post)-Transition*, inicia afirmando que « A literatura recente sobre regimes autoritários lançou luz considerável sobre os vários modos pelos quais os detentores de poder autoritários tentam resolver os dilemas gêmeos de controle social e coordenação intra-elite/compartilhamento de poder » (p. 166). O presente capítulo, baseando-se numa literatura sobre os tribunais, o constitucionalismo e as mobilizações no interior dos regimes autoritários, considera a importância contínua dos « momentos » constitucionais e o conceito de mobilização jurídica como uma forma de contestação e resistência, « para explicar e explorar os significados particulares que o direito, os advogados e o ativismo jurídico adquiriram antes, durante e além da transição chilena de 1990 ». Nesse sentido, o texto sustenta que « o momento de constituição do regime autoritário de 1980 deve ser visto — até hoje — como o momento crítico fundamental das últimas quatro décadas do Chile; e que a subsequente 'conversa de direitos' no Chile foi prejudicada por muitos anos por sua obediência às concepções de legalidade que remontam a essa fase da ditadura ». Por fim, considera-se que « O processo constituinte deflagrado por um plebiscito no final de 2020, no entanto ofereceu ao menos a promessa de transformação desses hábitos autolimitantes, conquistado como foi na rua ao

invés de na sala do tribunal ou mesmo na legislatura » (p. 165; ver também p. 188).

O segundo capítulo da Parte III, de Alfons Aragoneses (Espanha), intitulado *Spanish Law: Coming to Terms with the Ghosts of Francoism (1936-2017)*, inicia afirmando que « Direito e história não existem separadamente. Eles dialogam e interagem entre si » (p. 193). E, mais à frente, o texto afirma que « Por causa das circunstâncias da transição e dos primeiros anos da democracia após a ditadura de Franco, nenhum processo de justiça de transição foi realizado para abordar a violação de direitos ocorrida durante a ditadura ». A Constituição de 1978 ou as leis que a implementaram « fizeram vista grossa ao legado do franquismo ». Segundo o texto, esse silêncio criou um « vazio narrativo ocupado pelo discurso sobre a Guerra Civil e pela ditadura que foi sendo propagado pelo Estado, durante a ditadura ». E que esse silêncio somente foi quebrado em 2007 em nível nacional e em algumas regiões da Espanha.

O terceiro capítulo, de Antonella Meniconi (Itália), intitulado *The Failed Reconciliation: The Role of the Judiciary in Post-fascist Italy and the Togliatti Amnesty*, parte, entre várias afirmações, de que « É significativo que a historiografia se debruce sobre o tema da transição quase em intervalos regulares, em momentos de crise ou em fases agudas de mudança, quando o olhar volta-se para o passado, para o que poderia ter sido e não foi. Isso é especialmente verdade na situação italiana ». O presente capítulo aborda o papel do judiciário no período de transição, na Itália, tanto do ponto de vista « interno » (a questão dos expurgos dos elementos mais próximos ao regime fascista), quanto « externo » (« destacando a implementação judiciária concreta de regulamentos e sanções de anistia »). Momento decisivo nesse processo foi a anistia, de 1946, emitida pelo ministro da Justiça, Palmiro Togliatti, membro do Partido Comunista, ocorrida logo após o referendo de dois de junho que inaugura a República. A anistia representou, ainda que de maneira não controversa, uma passagem crucial do fascismo e da guerra à democracia. Nesses termos, o presente capítulo analisa, em seus tópicos dois a quatro:

> (1) o fracasso do fenômeno do expurgo, especialmente no que diz respeito aos escalões superiores do judiciário, envolvidos com da ditadura (Tribunal de Cassação, Tribunais de Apelação, Ministério da Justiça), que foram implicados nos processos de expurgo como juízes e réus; (2) a justiça de transição, implementada em 1944-1946, pelo Supremo Tribunal de Justiça para Sanções contra o Fascismo e pelos Tribunais Especiais de Assize, que eram tribunais especiais, mas sob o controle de juízes profissionais; (3) a ampla aplicação da anistia aos fascistas, colaboradores e hierarcas (p. 215).

E, por fim, o capítulo ressalta que a justiça de transição foi um momento importante, embora controverso, no caminho à democracia e ao primado do direito na Itália (pp. 233-235).

O quarto e último capítulo da Parte III, de Filipa Raimundo (Portugal), intitulado *Punishing the Wrongdoers During the Portuguese Transition to Democracy: A Comparative Historical Analysis*, inicia-se com o seguinte questionamento: « O que leva as democracias a tornar responsáveis os líderes e colaboradores do regime autoritário que as precedem? » O presente capítulo visa contribuir para o estudo da justiça de transição desenvolvendo uma análise de estudo do caso do processo de justiça transicional em Portugal, ocorrido durante a segunda metade da década de 1970. Segundo o texto, várias medidas retributivas foram implementadas em Portugal nos anos que se seguiram à transição « por ruptura », inclusive julgamentos e um processo de habilitação. Assim, de 1974 a 2017, « foram editadas mais de 100 leis e decretos-leis sobre justiça transicional, cobrindo predominantemente a justiça retributiva e a reconciliação ». Por meio de uma detida e bem detalhada análise histórica comparativa, o presente capítulo procura mostrar, então, que foi « a combinação de uma ruptura profunda com o passado, o papel predominante dos atores políticos que basearam sua ação em uma alegada legitimidade revolucionária nos estágios iniciais da transição, o papel limitado do judiciário no processo de justiça transicional e o forte viés de esquerda durante os 18 meses da transição que produziu o resultado » (p. 241).

A última parte da presente obra é intitulada « Transitional Time: Theoretical Approaches ». Ela está dividida em três capítulos. O primeiro capítulo, de Gabriel Rezende (Brasil), é intitulado *Transitional Justice: A Likely Story*. Este capítulo procura explorar de modo bastante percuciente as conexões conceituais entre a transitologia (aqui chamada de Tese-T) e a justiça de transição (aqui chamada Tese-JT), com foco na abordagem teórica de Ruti Teitel. Para o texto, apesar da justiça de transição ter trazido uma das críticas mais interessantes ao chamado « paradigma transicional », ela ainda se apoia na mesma « teleologia da consolidação », ou seja, na « ideia de que a estabilidade normativa é uma meta a ser alcançada por meio de pactos de elite ». Como se afirma no texto, « 'Consolidação' é impossível: *democracia constitucional é transição* [...] Não há um conceito de consolidação que permita as constituições ser 'consolidadas': constituições são, em nosso ponto de vista, constituições transicionais » (p. 273). Rejeita-se, portanto, essa ideia de consolidação e de pacto entre as elites em favor de um « constitucionalismo transicional », baseado numa « concepção genética de justiça ». O interesse, então, recai sobre a conexão necessária entre os caráteres narrativo e normativo das constituições transicionais. Constituições, assim, são « estórias prováveis » *(likely stories*), « no sentido de que elas criam uma explicação razoável da mudança normativa (um *brake* com o constitucionalismo autoritário), a que vale a pena acreditar ». E essa explicação « não é epistemológica, mas normativa »; a « identidade constitucional » (fazendo aqui referência ao diálogo realizado no presente texto com a obra do jurista brasileiro, Menelick de

Carvalho Netto) não é « estática », mas considera a permanente « tensão » entre o legado autoritário e o projeto democrático, estando a constituição aberta a constantes atualizações pelos próprios membros das comunidades políticas. « Em outras palavras, uma outra 'estória provável' (*likely story*) é sempre possível » (p. 275).

O segundo capítulo da Parte IV, de Douglas Antônio Rocha Pinheiro (Brasil), intitula-se *Taking Transitional Justice Carefully: Multitemporalities, Care, and Inclusion in Times of Transition*. Seu ponto inicial, o retorno à expressão « justiça em tempos de transição », para criticar a « atitude cronocêntrica e cronormativa da atual justiça de transição ». Cronocêntrica, explica o texto, « porque geralmente opera tendo em vista o tempo cronológico linear, que é marcado por uma contemporaneidade hegemônica presente e cujos limites quanto ao passado, futuro e outros presentes alternativos são rigidamente construídos ». E é cronormativo « porque, ao destacar projetos de vida majoritários na democracia e impossibilitando identidades e experiências subalternas, fortalece o controle sobre os corpos iniciado pelo regime que violam os direitos humanos — e que a justiça transicional deve superar » (p. 279). O texto, então, como alternativa, faz uma « proposta de transição para a inclusão, que não substitui o objetivo da transição para a democracia, mas que a torna sensível ao constitucionalismo, ao direito à diferença e às temporalidades não lineares e não normativas » (p. 279). E para tanto, o texto sugere a de « conjugar a ética da justiça com a ética do cuidado » que, na posição, ali defendida, possibilitaria « a integração de regras, direitos, procedimentos abstratos e conjuntos de princípios com intersubjetividade, responsabilidade, especificidade e o acúmulo de experiências locais ».

E, por fim, fechando a Parte IV, bem como a presente obra, o capítulo intitulado *Time and Legal Change: Some Methodological Remarks on Italy's Transition to Democracy*, de Massimo Meccarelli (Itália). E o texto começa com um trecho de Piero Calamandrei, em seu conhecido artigo de 1947, « Restaurazione clandestina »: « A dire oggi [...] che in Italia c'è stata (e forse non è finita) una rivoluzione, c'è da farsi maltrattare [...]: perfino alla Costituente, dove la dimostrazione che una rivoluzione è avvenuta è data [...] la parola 'rivoluzione' dà un suono falso: ed è regola di buona creanza non pronunciarla ». E o presente capítulo anota:

> Relendo a citação de Calamandrei, é interessante ver como essa 'revolução' paradoxalmente, mas também inevitavelmente esteve em curto-circuito. Embora tenha conseguido marcar uma descontinuidade com a história, precisou de tempo para ser plenamente realizada. A Itália também precisou de tempo, um período de transição, para se reconciliar com seu passado; desta vez também foi um passo obrigatório, um teste e uma condição operacional dos planos revolucionários para o futuro (p. 296).

O presente capítulo, diz seu « abstract », « se concentra na luta da Itália para responsabilizar o fascismo entre 1943-1946 dentro do complexo quadro da transição da nação para a democracia após a Segunda Guerra Mundial ». Assim, tal virada histórica « será tomada como exemplo de um regime específico de temporalidade, no qual as características conjunturais do tempo exercem uma força atributiva sobre as questões jurídicas ». Segundo o texto, o atendimento à exigência por justiça foi um « passo inevitável no pós-ditadura, e a forma como essa questão foi tratada qualificou algumas soluções de longo prazo que foram absorvidas pelo ordenamento jurídico democrático ». Nesse sentido, trata-se da tensão entre justiça restaurativa e apaziguamento nacional em dois níveis analíticos: marco normativo e debate jurídico. E, por fim, são apresentadas algumas considerações metodológicas sobre a importância do « tempo de transição » para a pesquisa histórica, bem como, em termos gerais, do « tempo » ou « momento de atribuição », na história e no direito.

Uma vez recuperados, ainda que em linhas gerais, os quinze capítulos da presente obra, cabe dizer da importância em termos de teoria da história e de análise de casos aqui apresentados. O que resta, no mínimo, da sua leitura é algo que faz algum tempo, procurei dizer com a expressão, « uma transição em transição », ao me referir à transição política no Brasil (e, quem sabe, alhures):

> A chamada transição política é marcada por uma pluralidade interna, por ida e vindas, continuidades e descontinuidades, valorizações e transvalorizações, enfim, por vários estratos semânticos de sentido e por um paralelogramo de forças políticas e sociais, que ora convergem, ora se distanciam, e, também, por uma sincronicidade assincrônica, em que isoladamente nenhuma das forças políticas, ainda mais se as tratarmos erroneamente como macrosujeitos, tinha total controle e a conduziu sozinha. Aqui, pois, é preciso colocar em questão a própria categoria de 'transição política' [...], reconhecer o seu caráter contingente e indeterminado, como processo histórico complexo, mais uma vez, contra toda leitura linear desse processo, e assim mostrar que toda tentativa ou projeto de programação ou de direcionamento que supostamente pudesse ser conduzido por uma elite política — quer formada por membros do próprio governo, da oposição, ou negociada com a participação de ambos — foi inviabilizada e não apenas em razão da sua unilateralidade (1).

Ou, então, como escrevem os editores desta obra:

---

(1) *Tempo cairológico da constituição e democracia sem espera: uma reflexão a partir da crítica aos discursos sobre a transição política, do resgate da memória do processo constituinte e da legitimidade da Constituição Brasileira trinta anos depois*, in Marcelo A. Cattoni de Oliveira, *Constitucionalismo e História do Direito*, Belo Horizonte, Conhecimento, 2020[2], p. 391.

> De fato, é quase como se o trabalho da democracia consistisse precisamente na contínua re-elaboração e re-estipulação de sua própria alteridade, com respeito a um passado que foi rejeitado, mas que não deixa de afetar o tempo presente. É quase como se o problema da democracia consistisse em levar a sério a força atributiva da própria transição, realizando a tarefa de produzir a síntese necessária para sustentar os projetos do futuro (p. 7).

Cabe, assim, sempre retornar às questões apresentadas pelos editores deste belo livro, em seu capítulo inicial e, mais uma vez, perguntarmo-nos sobre as possibilidades de aprendizagem social em longo prazo, com o direito e com a política, em meio às tensões e contradições socioeconômicas que *negativamente* perpassam a história e as estórias das chamadas « transições políticas ». Transições *em* transições: abertura a nossos estudos e renovadas discussões.

MARCELO ANDRADE CATTONI DE OLIVEIRA

FABRIZIO DI MARZIO, *Giudici divoratori di doni. Esiodo, alle origini del diritto*, Milano, Mondadori, 2021, pp. 287.

Nessuno potrebbe sospettare che il verso di Esiodo, « giudici divoratori di doni », provenga da un autorevole accademico che prima di mettere piede nell'università, ha speso anni importanti giudicando dalle vette della Corte di cassazione. Eppure, è così. Fabrizio di Marzio proprio perché la giustizia (o ingiustizia) l'ha vissuta sulla propria pelle, ha voluto risalire ai fondamenti archetipici del pensiero occidentale sulla giustizia. Esiodo, in nome del suo contenzioso ereditario con il fratello Perse, è stato la scelta quasi obbligata, poiché, addentrandosi più oltre, la giustizia si avvolge nella coltre del mito. Esiodo invece è molto moderno: relega Zeus in uno sfondo lontano e ambiguo, mentre rivendica agli umani la piena responsabilità della gestione di questo fondamentale nesso connettivo della comunità. Ma di quale giustizia parla Esiodo? Non certo di quella meramente procedurale, *à la* Rawls, che ha trovato il suo teatro a Mecone: dove gli Dei si accontentano delle ossa e gli umani delle parti più sostanziali del bue, in base a una discutibile partizione operata da un titano destinato a fama immortale. La sua è la rivendicazione di una giustizia sostanziale: torto o ragione! Tutto filerebbe liscio se non fosse che l'altro protagonista di questa rappresentazione, non lo sbiadito Perse, bensì nientemeno che Prometeo, non avesse con un sotterfugio regalato il fuoco agli uomini, subendo per questo il castigo degli Dei. Regalo ambivalente però quello di Prometeo. Perché la giustizia non può essere ridotta a tecnica, come tale privata di qualsiasi valenza assiologica. Lo stesso Esiodo commette

un notevole *faux pas* nel momento in cui esige di essere creduto — tanto sulla bontà delle sue pretese, quanto sulla parzialità dei giudici — senza dare la prova della sua istanza. Ma chi abbia familiarità con il quadro di Van Gogh che descrive un contadino sul far della sera, capisce che questa reticenza procede da una contraddizione profonda: la campagna, anzi meglio la terra, da una parte; e la città, dall'altra. La terra, come ci insegnano Heidegger e Carl Schmitt, è il luogo dove la giustizia trova il suo alveo prediletto. La forza dell'uomo, la resistenza della natura, il momento ctonio della divisione del tuo e del mio. È solo in quel duro rapporto con la Natura che si erge l'individuo responsabile, padrone del suo destino, ma non abbastanza potente da irradiare la sua forza sulla città. Insomma, il genere umano ha pagato caro il dono di Prometeo del fuoco, poiché ha smarrito le radici ontologiche del giudicare. Che non si riduce nel consesso in piazza di anziani avidi disposti ad accordare il loro favore alla più intraprendente o spregiudicata delle parti, bensì esige un *quantum* in più: il valore aggiunto del lavoro sul campo. Perse, infine, che mai ha coltivato un campo, che prove può dare della sua attendibilità e rispettabilità?

Si potrebbe replicare: solo diatribe lontane! Eppure, non è così. Al fine di punire gli uomini, per un atto da loro non commesso (bensì da Prometeo), gli Dei infliggono all'umanità la concorrenza delle donne. Ma anche qui gli Dei si mostrano miopi. La donna, custode del focolare domestico, diventa da subito non una punizione, quanto un complemento della mascolinità. Si è molto insistito sul vaso di Pandora. Ma alla fine tra i mali occorsi all'uomo, la donna difficilmente potrebbe essere ascritta tra essi.

Come la si voglia mettere, la giustizia, già dai tempi di Esiodo, ha rotto gli ormeggi con la divinità, e diviene pertanto un'area tutta riservata agli uomini. È merito di un Prometeo, quello di Esiodo, molto diverso da quello *unbound* di Shelley: tanto eroico il secondo, quanto ambiguo, doppio, mendace il primo. Non a caso bersaglio dell'ira di Zeus. Ancorché la pazienza degli Dei nell'infliggergli la punizione svapori col tempo a beneficio di una immedesimazione del titano nella montagna. La giustizia divina non è infallibile!

Ma gli uomini sanno responsabilmente gestire questo inatteso dono del fuoco? La giustizia in realtà non è riducibile alla tecnica, priva di *telos*, del diritto. Anzi. Proprio perché le due dimensioni, quella divina e umana, sono state recise dall'inizio, l'esercizio è particolarmente complesso. Il segreto è il ritorno al campo: al rapporto con la natura. Alla riasserzione dell'individuo *dominus*. Questo perché il diritto amministrato in città non offre alcuna garanzia. Per ricostruire la giustizia come *senso e identità* della comunità bisogna tornare ai primordi. In altre parole, se si vuole rincorrere la giustizia occorre riscoprire il senso di focolare della comunità, un senso primigenio. Una comunità certo primitiva, quella di Esiodo, e ben più complessa quella di oggi, ma che ancora abbisogna di pronunce oracolari. Il mito, nelle

sentenze, va pacatamente recuperato per tessere le fila di ciò che è stato tagliato. Sì Di Marzio ha ragione: il giudicare conserva dall'antichità qualcosa di numinoso, di sacro.

Oggi questo discorso si tradurrebbe in una sfiducia nei confronti del diritto legislativo, più imposto che posto, a favore di un diritto giurisprudenziale, elaborato da giudici, insensibili ai doni, e attento invece al pulsare della comunità.

Lord Denning, leggendario *master of the rolls* britannico, sarebbe stato d'accordo. Nei sistemi di *common law*, la norma legislativa è filtrata dalla sapienza del giudice, che la traduce in un diritto rispettoso dei ritmi della comunità, e che da essa è profondamente osservato.

Ma che dire dei sistemi di matrice napoleonica? Davvero qualcuno potrebbe riconoscere alla Corte di Cassazione un ruolo simile? L'argomento è trito: ne siamo consapevoli. Ma la certezza del diritto è un valore importante e imputare al giudice il mandato di mediatore tra la legge e la comunità non convince.

Fabrizio di Marzio è mosso da una forte ispirazione etica, che è tradita da ogni rigo di questo elegante esercizio di diritto e letteratura, il quale vibra di tensione, tutt'altro che antiquaria. Sarebbe bello che questa ispirazione fosse condivisa, divenisse lo statuto di un *esprit de corps* onorevole. Ma sappiamo che le cose non stanno così. La laboriosa quanto necessaria ricerca della giustizia, una volta che gli uomini hanno cacciato gli Dei, si spiega in una terra di nessuno nella quale si incontrano legislatore e magistrato. Esiodo non ne sarebbe stato contento. Ma lui stesso aveva preteso di essere creduto sulla parola, senza motivare i dettagli della fattispecie. Ed è proprio nell'esame, caso per caso, paziente, attento, della fattispecie, in un coro in cui le voci siano il legislatore, la giurisprudenza e la dottrina, che si può faticosamente provare a rintracciare le ragioni di un archetipo dell'Occidente che merita — come ha fatto Fabrizio di Marzio — di essere riscoperto perché più attuale che mai. Non il *nomos* ma il *logos* dell'argomentazione finisce per ricucire le lacerazioni della comunità.

STEFANO MANNONI

GUSTAVO GOZZI, *Eredità coloniale e costruzione dell'Europa. Una questione irrisolta: il 'rimosso' della coscienza europea,* Bologna, il Mulino, 2021, pp. 299.

Gustavo Gozzi riesce a concentrare in un volume agile e scorrevole una serie di temi cruciali, che si traducono in analisi precise e documentate e rendono il libro una preziosa fonte di riflessioni e di informazioni. Non possiamo stupirci dell'ottimo risultato raggiunto.

L'autore può infatti mettere a frutto gli apporti di numerose e approfondite ricerche, che egli (come autore e come coordinatore di studi altrui) ha dedicato all'esperienza coloniale e in particolare all'intreccio che i processi di colonizzazione hanno intrattenuto con la cultura giuridica traendo da essa un'efficace legittimazione e una robusta intelaiatura normativa ([1]).

Tanto il titolo quanto il sottotitolo del libro sono suggestivi e fanno intuire due delle sue tesi di fondo: in primo luogo, la tesi che la costruzione dell'ordine europeo non avviene in un tempo e in uno spazio nettamente separati dal 'passato' coloniale, come se quattro secoli di colonizzazione fossero stati risucchiati e dissolti nell'immane incendio della seconda guerra mondiale, ma è raggiunta e scossa dall'onda lunga di quel passato; in secondo luogo, la tesi che l'eredità di quel 'passato' (un 'passato' che non passa) è più sottaciuta che conclamata, è 'rimossa', in un senso freudianamente preciso: nel senso che quell'eredità, occultata nella retorica europeista, riemerge condensata in una serie di 'sintomi' rintracciabili nell'odierna politica europea.

All'illustrazione di queste tesi Gustavo Gozzi perviene attraverso un lungo itinerario nella cultura internazionalistica e giuridico-coloniale otto-novecentesca, di cui potrò ricordare soltanto alcune tappe.

Una tappa importante riguarda il fenomeno della colonizzazione nel suo complesso e in particolare le modalità del suo svolgimento. Gustavo Gozzi assume come privilegiato terreno dell'analisi la Francia e la sua espansione coloniale nell'Africa settentrionale: concentrarsi su un'area specifica e farne una sorta di *case study* è un accorgimento euristicamente utile perché permette di rendere concreta e determinata l'analisi, pur restando presenti sullo sfondo i profili più generali della colonizzazione.

La Francia, nella colonialistica tardo-ottocentesca, era presentata come il paese che aveva inventato il concetto di 'assimilazione' e lo aveva concretamente applicato: la 'colonizzazione' come 'assimilazione' dei colonizzati; la colonizzazione come un processo che conduce all'inclusione dei colonizzati nella comunità dei colonizzatori, trasformando i 'barbari' in cittadini francesi a tutti gli effetti. Questa dottrina è la dottrina coloniale 'ufficiale' della Terza Repubblica e non lo è per caso: la Terza Repubblica rivendica, infatti, la sua continuità ideale con l'Ottantanove e con i suoi messaggi universalistici, compendiati nella celeberrima Dichiarazione dei diritti dell'Uomo e del Cittadino; una Dichiarazione che si rivolge al mondo intero annunciando il legame essenziale fra l'essere umano e i diritti.

Nella prospettiva coloniale ottocentesca (e, prima, nell'ideologia napoleonica della *Grande Nation*), però, la diffusione dei diritti e della

---

([1]) Valga, come esempio recente, G. GOZZI, *Umano, non umano. Intervento umanitario, colonialismo, 'primavere arabe'*, Bologna, il Mulino, 2015.

civiltà era affidata non alle parole (o non soltanto alle parole), ma soprattutto alle baionette. Occorreva quindi conciliare l'universalismo dei diritti con la politica espansionistica e la crescente vocazione imperiale della nazione. In che modo? I passaggi sono concettualmente semplici e chiari. Il primo passaggio ci conduce al cuore dell'ideologia coloniale: che ha trovato per lungo tempo la sua principale legittimazione nell'idea di 'civilizzazione', già messa a fuoco dallo Schmitt del *Nomos der Erde*. Questa espressione deve essere a sua volta collocata nell'orizzonte di una filosofia della storia largamente diffusa nell'Ottocento, secondo la quale il movimento storico ha un carattere ascendente conducendo dalla barbarie alla civiltà, dall'arretratezza allo sviluppo, e procede con ritmi diversi a seconda dei tempi e dei luoghi: il 'progresso' è rapido e impetuoso in Occidente ed è più lento o addirittura pressoché bloccato in altre zone del mondo. Ciò che è temporalmente separato dal moderno e spazialmente distante dall'Occidente viene presentato come uno stadio 'primitivo' o 'barbaro' di un processo destinato a trovare la sua acme nella modernità occidentale.

Il secondo passaggio consegue naturalmente dal primo. L'Occidente, culmine del processo storico universale, ha una precisa responsabilità nei confronti del resto del mondo: deve farsi tramite di un processo di civilizzazione che i popoli arretrati non sono in grado di percorrere da soli. Ecco la missione dell'Uomo bianco (il famoso 'fardello' kiplinghiano): sottrarre i colonizzati al cono d'ombra della barbarie costringendoli (se vogliamo parodiare Rousseau) a essere civili, imponendo loro i diritti, i doveri, le forme di vita della civiltà superiore.

La dottrina della colonizzazione come assimilazione ha dunque le carte in regola per conciliare lo spirito dell'Ottantanove con l'espansionismo della *grande nation*, ma ha un tallone d'Achille: è una dottrina molto distante (con qualche momentanea eccezione) dalla prassi. Anche nel modello francese l'accesso alla cittadinanza resta selettivo e marginale e Gustavo Gozzi richiama opportunamente il cosiddetto 'regime dell'indigenato', che presuppone e implica la netta differenziazione fra le popolazioni native e i bianchi. Nonostante l'assimilazionismo dottrinario, l'ordine nelle colonie continua a essere assicurato dal mantenimento delle differenze di *status* fondate sulla frattura 'etnico-culturale' che separa i colonizzatori dai colonizzati (2). Al di là delle formule impiegate dalla colonialistica tardo-ottocentesca, sembra quindi possibile ipotizzare l'esistenza di alcuni tratti ricorrenti dell'esperienza coloniale. Mi limito a tre considerazioni in proposito.

---

(2) Cfr. ad esempio O. Le Cour Grandmaison, *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.

La prima considerazione. Il modello 'assimilazionista' non è una prerogativa esclusiva della Francia, anche se è vero che in questo paese l'onda lunga dell'Ottantanove ha condizionato più che in altri paesi la retorica coloniale. Se infatti la principale ideologia di legittimazione della colonizzazione è la missione civilizzatrice dell'Occidente, spunti 'assimilazionisti' non possono non essere presenti nelle più diverse esperienze di colonizzazione. Anche la colonizzazione britannica, presentata dalla trattatistica ottocentesca come la patria del modello alternativo all'assimilazione (il modello dell''autonomia'), mostra le impronte di un modello civilizzatore-assimilazionista. Si guardi all'intervento britannico in India fra la fine del Settecento e la prima metà dell'Ottocento e lo troveremo costellato di inviti a curare la modernizzazione-occidentalizzazione quanto meno della classe dirigente indiana e più in generale degli apparati normativi. Si pensi a Macaulay, a James Mill e infine a John Stuart Mill. Di Mill, infatti, opportunamente Gustavo Gozzi ricorda le *Considerations on Representative Government* e il suo ultimo capitolo, dedicato a illustrare la necessità del dispotismo: illegittimo per i popoli civili e moderni, ma indispensabile per condurre alla civiltà e alla modernità i popoli storicamente arretrati (3).

La retorica della civilizzazione-assimilazione, dunque, sorregge la colonizzazione francese, ma opera anche all'interno della colonizzazione britannica. E quando questa retorica entra in crisi, la presa di distanza dal modello 'assimilazionista' è analoga in molteplici esperienze coloniali. La Francia opta per la teorica dell''associazione' (come alternativa all'assimilazione) fra Otto e Novecento. Nell'impero inglese, Henry Sumner Maine, che, nel 1861, in *Ancient Law*, aveva tracciato la distinzione tra società 'stazionarie' e 'progressive', dieci anni dopo, nel suo lavoro sulle comunità di villaggio, valorizza la legittimità storica e l'intrinseca razionalità ('altra' rispetto alla razionalità moderna) delle società arcaiche. Non siamo lontani dalla prospettiva dell'*indirect rule*, teorizzata nel 1922 da Frederick Lugard. E un analogo processo è rintracciabile nella colonizzazione olandese delle Indie orientali, assimilazionista (come lo era stata la colonizzazione inglese in India) fino alla svolta patrocinata da Cornelis Van Vollenhoven e alla scoperta dell'*Adat law* (l'insieme di norme giuridico-etico-religiose che disciplinavano le società indonesiane).

La seconda considerazione. Quale che fosse il discorso della colonizzazione volta a volta prevalente, era comunque ricorrente una modalità di organizzazione che possiamo chiamare 'pluralistica', pun-

(3) « A vigorous despotism is in itself the best mode of government for training the people in what is specifically wanting to render them capable of a higher civilization » (J.S. MILL, *Considerations on Representative Government*, New York, Harper and Brothers, 1862, p. 249).

tualmente ricordata da Gustavo Gozzi: « continuava infatti a sussistere — scrive l'autore — anche il diritto dei colonizzati, sia pure attraverso la rielaborazione della giurisprudenza dei tribunali coloniali [...] » (p. 54). Sono diversi sistemi normativi che entrano in contatto e in frizione, dando luogo a modalità di applicazione tanto complesse quanto differenziate a seconda dei contesti.

Il pluralismo giuridico coloniale non è però la felice integrazione, l'allegro *melting pot*, di culture diverse: è lo strumento cui le potenze coloniali sono costrette a fare ricorso se vogliono governare situazioni estremamente eterogenee e culturalmente remote. Il pluralismo coloniale è insomma caratterizzato da una logica che, se da un lato riconosce e utilizza la pluralità delle forme e delle norme delle società colonizzate, dall'altro lato assume come decisiva e incolmabile la differenza fra colonizzati e colonizzatori (4). È ancora condivisibile, da questo punto di vista, la formula impiegata, molti anni orsono, da Pierre Guillaume: che presenta il regime coloniale come il regime dell'eccezione, mentre l'ordinamento metropolitano è il trionfo della norma (della 'normalità', della certezza del diritto). Se nella metropoli (nel cuore della civiltà moderna-occidentale) diviene possibile, anche se faticosamente e contraddittoriamente, moltiplicare i diritti, allargare la fascia dei loro titolari e costruire lo Stato di diritto (il potere *sub lege*), nella colonia resta ancora in vigore una governamentalità 'arcaica, i poteri non sono 'divisi', ma sono concentrati nelle mani del governatore e i diritti appaiono un appannaggio dei soggetti 'metropolitani' (5).

The West and the rest: i fasti del progresso e i misfatti del dominio. È proprio sul senso e sulle modalità di questo nesso che si apre il problema forse più difficile e sfuggente affrontato dal nostro libro, che dedica il suo VII capitolo al « colonialismo e le contraddizioni del liberalismo ».

È un merito sicuro della letteratura *postcolonial* l'avere visto nella colonizzazione non una voce fra le tante della storia economica e politica moderna, ma l'orizzonte stesso entro il quale la modernità si è formata e sviluppata: il rapporto fra l'occidente, la modernità e la colonizzazione è un rapporto non di estrinseca concomitanza, ma di intrinseca coimplicazione. Se ciò è vero, ne scaturisce la conseguenza che la modernità occidentale ha prodotto, per così dire con un unico movimento, i diritti e la loro negazione, il controllo del dominio e il suo libero dispiegarsi, l'emancipazione dei soggetti e il loro asservimento.

Questa tesi ha trovato la sua forse più efficace formulazione, in tempi ormai lontani, nel 1947, nella *Dialettica dell'illuminismo* di

---

(4) Mi permetto di rinviare a P. Costa, *Il 'pluralismo' politico-giuridico: una mappa storico-concettuale*, in « Quaderni fiorentini », 50 (2021), pp. 29-118.

(5) P. Guillaume, *Le monde colonial*, Paris, Armand Colin, 1999, p. 128.

Adorno e Horkheimer (6) e viene in sostanza riproposta dai *postcolonial studies*, che presentano (almeno nella più celebre vulgata *postcolonial*) l'illuminismo e il liberalismo come un blocco unitario, complessivamente coestensivo della 'modernità'.

In realtà, che esistano l'illuminismo e il liberalismo come dottrine compatte e univoche e, ancor più, che l'uno consegua dall'altro in perfetta continuità teleologica è una tesi che un'aggiornata storiografia stenterebbe a prendere sul serio (anche senza voler accogliere la proposta di Pocock di rinunciare all'idea stessa dell'illuminismo, al singolare, data la diversità radicale che il discorso pubblico assumeva a Parigi, a Londra, a Napoli o a Lisbona (7)). Fortunatamente, però, anche all'interno della galassia *postcolonial* non mancano ormai studi capaci di valorizzare la varietà degli approcci senza sacrificarla alla tirannia di un modello onniesplicativo (valga, come esempio fra i tanti, il libro, ricordato anche da Gustavo Gozzi, di Sankar Muthu sull'illuminismo e l'impero (8)).

Tolta di mezzo la zavorra ideologica, resta comunque il problema di fondo con il quale si confronta Gustavo Gozzi: come dar conto della coesistenza, nello stesso spazio culturale, di progetti di emancipazione fondati sull'universalismo dei diritti e di strategie di dominio fondate sulla discriminazione dei soggetti. È indubbio infatti che, pur nella grande varietà dei percorsi individuali e delle prospettive ideologico-politiche, è frequente la crasi fra la valorizzazione dei diritti e della libertà e la loro denegazione nei territori extraeuropei. La mia tesi, in generale, è che la partita dei diritti si giochi su un terreno dove la questione capitale è la definizione del soggetto; e che proprio da questa definizione previa dipenda la trasformazione dei 'diritti di tutti' in 'diritti di alcuni'. Per capire come ciò concretamente avvenga occorre, di nuovo, guardare a fenomeni, testi, autori specifici. Lo ha fatto benissimo, per Tocqueville, Lucia Re, mostrando proprio come la 'decostruzione' del soggetto sia lo strumento che permette all'interprete di comprendere come strategie di emancipazione e strategie di dominio possano essere le due facce della stessa moneta (9).

Potremmo dire: tutto ciò è importante e interessante, ma è il capitolo di una storia ormai conclusa. Al contrario, l'ultima parte del nostro libro porta robuste prove e ottimi argomenti per mostrare come

---

(6) M. Horkheimer, Th.W. Adorno, *Dialektik der Aufklärung. Philosophische Fragmente*, Amsterdam, Querido, 1947.

(7) J.G.A. Pocock, *Historiography and Enlightenment: A View of their History*, in « Modern Intellectual History », 5 (2008), 1, pp. 83-96.

(8) S. Muthu, *Enlightenment against Empire*, Princeton-Oxford, Princeton University Press, 2003.

(9) L. Re, *Il liberalismo coloniale di Alexis de Tocqueville*, Torino, Giappichelli, 2012.

questa storia non soltanto appartiene a un passato molto recente, ma incide direttamente sul nostro presente.

Quando si conclude la parabola della colonizzazione? Non con la Seconda guerra mondiale, che pure segna da tanti punti di vista una discontinuità radicale con il passato. È un nuovo clima quello che si respira nel secondo dopoguerra, quando nascono in Europa le democrazie costituzionali, va avanti la progettazione di un ordine europeo transnazionale e viene formulata un'audace Dichiarazione universale dei diritti dell'Uomo. E tuttavia, proprio questa Dichiarazione, cui possiamo idealmente collegare il futuro, impetuoso sviluppo dei diritti umani, è segnata da un fragoroso silenzio, da due singolari omissioni: la prima riguarda la condizione della donna e la seconda l'esperienza della colonizzazione (non per caso, dato il ruolo esercitato nella redazione del testo da due potenze coloniali come la Francia e la Gran Bretagna).

Dobbiamo spostare in avanti nel tempo, oltre la Dichiarazione del 1948, il processo che conduce al progressivo esaurimento dell'esperienza coloniale. Va avanti, nel corso del secondo Novecento, un impetuoso processo di decolonizzazione, che tuttavia non manca di ambiguità e si scontra con difficoltà che il nostro libro mette a fuoco con chiarezza ed equilibrio. Mi limito a ricordare due passaggi, di notevole rilevanza.

In primo luogo, il ruolo dei diritti umani nel processo di decolonizzazione. Da un lato, i diritti umani svolgono un ruolo di crescente importanza nel dibattito internazionale e tentano di emanciparsi dai condizionamenti colonial-occidentalisti che ancora pesavano sulla Dichiarazione universale dei diritti umani. Forse l'esito più interessante di questa evoluzione è offerta dalla Dichiarazione di Vienna, del 1993, che Gustavo Gozzi valorizza sottolineando la novità del suo approccio: in generale, la sua apertura a una fondazione transculturale dei diritti umani, la disponibilità a vedere in essi non tanto il frutto di perentorie definizioni a priori quanto l'esito di scambi, interazioni e contaminazioni fra culture diverse; e, in particolare, il tentativo di stabilire una precisa connessione fra lo sviluppo economico e la realizzazione dei diritti.

Dall'altro lato, però, con la fine della guerra fredda iniziava la lunga egemonia della prospettiva neoliberale, che condizionava pesantemente le politiche sociali delle democrazie europee e il modello di sviluppo adottato dalle istituzioni finanziarie internazionali: un modello di sviluppo — scrive l'autore — « inevitabilmente in contrasto con la tutela dei diritti umani » (p. 240). È possibile vedere nel divario fra lo sviluppo patrocinato dalle istituzioni finanziarie e la realizzazione dei diritti umani una conseguenza della colonizzazione, per così dire, *post festum*? Forse siamo di fronte, se non a una filiazione immediata, almeno a un effetto mediato da un elemento 'terzo': dall'evoluzione ultima di un capitalismo planetario che, in una sua precedente confi-

gurazione, aveva trovato nella colonizzazione un valido supporto e un fecondo terreno di svolgimento.

In secondo luogo, la costruzione dell'ordinamento europeo. Gustavo Gozzi si sofferma sul rapporto fra gli Stati africani e la Comunità europea, mostrando in pagine limpide e convincenti la permanenza di logiche coloniali nei rapporti che l'Europa ha intrattenuto con i paesi africani. Non mi è possibile un'analisi ravvicinata di questo processo e mi limiterò a un cenno conclusivo, che serve solo a corroborare il pregnante sottotitolo del nostro libro: il 'rimosso' della coscienza europea.

Pensiamo alla 'politica della memoria' che le istituzioni europee hanno promosso con crescente energia nell'ultimo ventennio (10). Non è una politica esornativa e cerimoniale: è indispensabile, per l'ordinamento europeo (come per qualsiasi apparato di governo), disporre di una retorica capace di individuare le radici etico-storiche dell'ordinamento stesso, in modo da mostrarne la legittimità e contribuire alla formazione di una soggiacente identità collettiva. In questa difficile 'politica della memoria', il ricordo dell'Olocausto ha rappresentato un momento problematico e difficile da maneggiare. Per lungo tempo trascurata (in un mondo che nel suo complesso aveva difficoltà e resistenze a fare i conti con l'universo concentrazionario), la memoria dell'Olocausto è divenuta, in anni più recenti, una componente fondamentale della 'politica della memoria'. Ha preso campo una strategia retorica che è stata efficacemente chiamata la '*politics of regret*' (11): una strategia fondata sulla denuncia di una colpa collettiva che valesse come esperienza condivisa dalle diverse nazioni europee e sottolineasse, per contrasto, il ruolo essenziale dei diritti umani che dell'ordine europeo sono il fondamento.

Nella 'politica della memoria' è entrato finalmente il ricordo dell'Olocausto e tuttavia continua a essere oggetto, nella retorica europeista, se non di oblio, certo di sottovalutazione proprio l'esperienza coloniale. È singolare che la '*politics of regret*' 'dimentichi' di includere nel compianto le vittime provocate dalla colonizzazione europea: è una 'dimenticanza' singolare, ma al contempo storicamente motivata e comprensibile proprio alla luce delle pagine che Gustavo Gozzi ha dedicato all'Eurafrica e all'ostinata, anche se dissimulata ('rimossa'), presenza dell'eredità coloniale nella coscienza europea. Quale immagine di Europa nasce da questo singolare 'oblio'? L'immagine di un'Europa senza responsabilità e senza debiti nei confronti dei soggetti

---

(10) Mi permetto di rinviare a P. COSTA, *L'identità europea fra memoria e progetto*, in *Cultura giuridica e letteratura nella costruzione dell'Europa*, a cura di O. Roselli, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018, pp. 45-88.

(11) J.L. OLICK, *The Politics of Regret: On Collective Memory and Historical Responsibility*, London, Routledge, 2007.

'esterni', libera di trarre la propria legittimità dalla retorica dei diritti umani e al contempo di decidere di irrigidire le proprie frontiere per impedire l'ingresso ai discendenti delle sue antiche 'vittime'.

PIETRO COSTA

RON HARRIS, *Going the Distance. Eurasian Trade and the Rise of the Business Corporation, 1400-1700*, Princeton and Oxford, Princeton University Press, 2020, pp. 488.

Nel riuscire a trovare un equilibrio tra rigore scientifico e divulgazione, storia del diritto e storia economica, *global history* e *microstudies*, evitando al contempo un approccio eurocentrico, questo libro è già un successo. *Going the Distance. Eurasian Trade and the Rise of the Business Corporation, 1400-1700*, pubblicato dalla Princeton University Press nel 2020 per la serie *The Princeton Economic History of the Western World*, si basa su più di dieci anni di ricerca dedicati alla storia del diritto commerciale nell'età moderna, con particolare riguardo allo sviluppo delle società di capitali, i cui risultati erano già in parte stati resi disponibili da Ron Harris, professore di « diritto e storia » presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Tel-Aviv, in una serie di articoli. *Going the distance* (letteralmente: andare lontano) riprende un tema caro all'Autore, quello del successo della *business corporation*, già affrontato nella monografia *Industrializing English Law. Entrepreneurship and Business Organization, 1720-1844* (Cambridge, 2000), cercando questa volta di delineare una genealogia dell'istituto nel lungo periodo e a livello globale.

Ciò che colpisce, in prima battuta, è l'estrema chiarezza dello stile e delle nozioni. A domande precise seguono risposte esaustive: le regioni coinvolte nel commercio eurasiatico usavano forme di organizzazione del commercio simili? In caso affermativo, tali forme di organizzazione furono sviluppate indipendentemente o piuttosto migrarono da una regione all'altra? E perché alcune forme organizzative che si rivelarono efficienti furono adottate solo in alcune regioni e non in altre? Passando poi all'analisi delle società di capitali, le domande continuano: perché la *joint-stock corporation* si è sviluppata solo nell'Europa occidentale? Perché proprio intorno al 1600? Perché nel contesto del commercio di lunga distanza? Perché in Inghilterra e nelle Province Unite? E così via. Per rispondere l'Autore adotta un approccio comparatistico, mettendo a confronto le forme di organizzazione del commercio in Cina, India, Medio Oriente ed Europa occidentale. Tutte regioni coinvolte nel commercio di lunga distanza nell'Oceano Indiano analizzate, probabilmente per la prima volta in uno studio di carattere

storico-giuridico, su un piano di parità. Nello sviluppare tale comparazione, Harris distingue tra tre tipi di istituzioni: *endogenous institutions*, *migratory institutions* ed *embedded institutions* (p. 7). Le prime sono quelle che si svilupparono indipendentemente in regioni diverse (ad es. il mercante itinerante o la piccola impresa familiare), le seconde quelle che migrarono da una regione all'altra (ad es. il prestito marittimo o la commenda), le ultime quelle che si affermarono in una sola regione e non circolarono rapidamente oltre la zona di origine. Fu questo il caso della *business corporation*. Come suggerisce il sottotitolo, infatti, tutto ruota attorno alla nascita delle società di capitali, un modello che raggiunse un esito straordinario nell'esperienza delle due *joint-stock compani*es rivali create per gestire i traffici tra l'Europa e le Indie orientali nei primissimi anni del XVII secolo: l'inglese *East India Company*, EIC (1600) e l'olandese *Vereenigde Oostindische Compagnie*, VOC (1602). Harris vede in questo successo una vera e propria rivoluzione (*organizational revolution*), consistente, in estrema sintesi, nel passaggio da modelli imprenditoriali a carattere familiare o etnico alle società di capitali e quindi da forme di cooperazione personali a forme di cooperazione impersonali (p. 2). Un modello che rimase esclusivamente europeo per circa tre secoli fino a « conquistare » lentamente il mondo intero.

Il libro abbraccia un periodo di tempo lunghissimo (quattro secoli stando al sottotitolo, ma nel testo non mancano i riferimenti alla Grecia del V sec. a.C., all'Egitto del II sec. d.C., alle città dislocate lungo la Via della Seta nell'alto Medioevo, solo per fare degli esempi) e l'organizzazione del commercio euroasiatico in senso lato. Questa ampiezza di prospettive obbliga Harris a fare delle scelte. Per dare concretezza alle sue teorie la soluzione adottata è quella di presentare una serie di interessanti « microstudi » basati, come avverte l'Autore, sulle ricerche di altri studiosi, in quanto la quantità di lingue ed archivi coinvolti superano le competenze di un singolo ricercatore (p. 9).

Per cercare di evitare una prospettiva eccessivamente eurocentrica, posto che la stragrande maggioranza dei documenti relativi al commercio eurasiatico in età moderna sono preservati negli archivi di Lisbona (sull'*Estado da Índia*), Amsterdam (sulla VOC) e Londra (sulla EIC), Harris si affida a fonti meno convenzionali per il fronte asiatico che, geograficamente, costituisce il nucleo dell'indagine: papiri provenienti dal deserto egiziano, contratti rinvenuti in caverne nella Cina occidentale, relitti di navi dal Mare di Giava, lettere della Geniza del Cairo, libri contabili conservati in un monastero armeno in Iran, ecc. Una preoccupazione, quella dell'eurocentrismo, che non abbandona mai l'Autore: preferisce ad esempio parlare di *migration,* anziché di *legal-transplant,* innanzitutto perché la letteratura specialistica si è finora troppo concentrata sul « trapianto » di norme e istituti dall'Europa verso gli altri continenti, piuttosto che l'inverso (p. 60).

Il viaggio nella storia del commercio euroasiatico è suddiviso in quattro tappe, per un totale di dodici capitoli. La prima parte intende fornire alcune coordinate geografiche ma soprattutto le coordinate metodologiche e teoriche per orientarsi nella lettura. Innanzitutto, è fondamentale per l'Autore chiarire cosa lui stesso intenda per « istituzione ». La sua definizione è più ampia di quella di Douglass North, tra i principali rappresentanti della *New Institutional Economics* e riferimento imprescindibile per questo lavoro. La carenza di fonti può, infatti, secondo l'Autore, essere bilanciata dal ricorso alla teoria (p. 48) e lui stesso non pretende di elaborane di nuove: « My contribution is in applying familiar tools (which are usually applied only to modern organizational forms, and primarily to the publicly traded corporation) to the organizational forms used in premodern Eurasian trade [...] ».

North sosteneva che l'Occidente deve la sua « ascesa » (D.C. North, R.P. Thomas, *The Rise of the Western World: A New Economic History*, Cambridge, 1973) alla capacità di progettare istituzioni in grado di tutelare la proprietà, distribuire i rischi, ridurre i costi delle transazioni. Tali istituzioni venivano da lui definite « the rules of the game in a society, or more formally [...] the humanly devised constraints that shape human interaction » (*Institutions, Institutional Change and Economic Performance*, Cambridge, 1990, p. 3). Harris ritiene che le istituzioni non possano essere ridotte semplicemente a norme giuridiche e sociali, e che debbano piuttosto includere (*encompass*) anche gli individui ad esse soggetti, gli strumenti che inducono gli individui a rispettarle e le sanzioni per coloro che le trasgrediscono (p. 49).

Alle diverse forme di organizzazione del commercio dall'antichità greco-romana al Medioevo è dedicata la seconda parte mentre la terza si concentra sull'analisi di quei tipi di organizzazione che erano sviluppati all'epoca della fondazione della EIC e della VOC e che avrebbero potuto costituire una valida alternativa nel commercio di lunga distanza: imprese a carattere familiare, *network* basati sulla comune origine geografica, etnica o religiosa dei mercanti e monopolio statale dei traffici. La quarta e ultima parte si concentra infine sulle *business corporations* ed in particolare sulle Compagnie delle Indie orientali olandese e inglese. È su questi capitoli conclusivi che ci soffermeremo.

Harris affronta innanzitutto il tema dell'origine del concetto di persona giuridica (*corporation*). L'estrema sintesi della trattazione finisce col banalizzare un tema complesso, una delle più studiate e celebrate *fictiones iuris* dell'intera storia giuridica occidentale. Scrivere che Irnerio fu coinvolto in una controversia sulle investiture e che papa Innocenzo IV insegnò (sic) diritto canonico in quella stessa università di Bologna dove un centinaio di anni prima aveva insegnato « il fondatore della Scuola dei Glossatori » per dimostrare che i confini tra diritto romano e canonico erano labili (*blurred*) può apparire infatti una semplificazione eccessiva (p. 257). Molto, infatti, è stato scritto sull'antropomorfizzazione dell'ente collettivo operata, già a giudizio di Otto

von Gierke (*Das deutsche Genossenschaftsrecht*, vol. III, Berlin, 1881), da Innocenzo IV prendendo le mosse dall'*universitas* descritta nelle fonti romane. Una vaghezza di confini già magistralmente descritta da Ernst Kantorowicz, e proprio a proposito della *corporation*, nella prefazione del suo *The King's Two Bodies. A Study in Medieval Political Theology* (Princeton, 1957). È lo stesso Autore, d'altro canto, ad affermare che « we don't need, for our ultimate purposes, to determine whether corporate ideas were originally Roman, were creatively read into Roman texts by medieval Roman-law jurists, or were formulated anew by canon-law jurists » (p. 257).

Molto più convincente diventa dunque la trattazione a partire dal paragrafo dedicato a *The European Corporation: From Church to Municipal to Trade* (p. 259). Non vi è alcun dubbio che i principi fondamentali relativi al diritto delle *corporations* in Inghilterra furono sviluppati nel corso del Medioevo con riferimento ad organismi di natura ecclesiastica (conventi e monasteri prima degli *Acts of dissolution* del 1536 e 1539, capitoli delle cattedrali dopo) e laica (città e villaggi, ma anche ospedali e *colleges*) e, prima del XVI secolo, solo eccezionalmente applicati ad organizzazioni di carattere esclusivamente commerciale. In questo paragrafo viene quindi delineata una storia della *corporation* inglese dalla sua concettualizzazione canonistica, alla secolarizzazione operata nel contesto urbano e al monopolio reale dell'*incorporation*, fino allo sviluppo delle prime *regulated companies* (ancora strettamente legate alle gilde mercantili) e quindi delle *joint-stock companies* come la EIC. Completamente diverso invece il percorso della Compagnia delle Indie orientali olandese che, secondo Harris, si sviluppò come una sorta di consorzio di commende combinate in un'unica entità giuridica (pp. 262, 265). Il confronto tra le due grandi compagnie rivali, protagoniste della corsa alle spezie all'alba del XVII secolo, è estremamente convincente, così come la disamina (e la critica), di una delle più discusse teorie sull'origine della *business corporation*, quella avanzata da Germain Sicard nel suo studio sull'organizzazione dei mulini nella Tolosa medievale (*Les Moulins de Toulouse au Moyen Age*, Paris, 1953). Sicard era arrivato alla conclusione che i mulini di Bazacle e Château Narbonnais sul fiume Garonna avevano sviluppato, soprattutto tra il XIII e il XV secolo, caratteristiche organizzative che oggi attribuiamo comunemente alle società di capitali. Secondo Harris, però, non somigliavano affatto alle *business corporations*. La cooperazione, infatti, non aveva luogo tra estranei, bensì tra vicini, il cui scopo principale era quello di fornire un servizio alla comunità, non quello di massimizzare i profitti. Solo in seconda battuta, se dei profitti venivano realizzati, si passava alla distribuzione tra i soci. Harris sostiene che l'assenza di problemi legati alla rappresentanza, al flusso di informazioni, al rischio d'impresa nonché di una qualsivoglia formalizzazione giuridica della loro « personalità », renda i mulini di Tolosa molto distanti dalle compagnie delle Indie orientali olandese e inglese, a cui

sono dedicati i *microstudies* (capp. 10 e 11) di questa quarta parte (anche se alla compagnia inglese vengono riservate più del doppio delle pagine). Il risultato è un limpido e inedito confronto tra le due compagnie, create con lo stesso scopo a soli due anni di distanza, eppure profondamente diverse nella loro struttura giuridica.

Questo libro ambizioso potrebbe risultare poco persuasivo sotto alcuni profili: i riferimenti in nota sono limitati quasi esclusivamente alla letteratura secondaria; più enfasi di quella che ci si potrebbe aspettare è posta sulla storia economica; l'estrema chiarezza delle domande e, più in generale, la ripetuta, minuziosa descrizione della struttura del testo possono risultare talvolta eccessivamente didascaliche. Si tratta però di caratteristiche praticamente ineludibili se si tiene a mente lo scopo di questo libro unico nel suo genere, ovvero spiegare, ad un pubblico eterogeneo (p. 48), quando, dove e (soprattutto) perché la società di capitali si è affermata proprio in Europa quale forma privilegiata del commercio internazionale. La risposta, niente affatto scontata, viene data nel capitolo conclusivo, il dodicesimo. In estrema sintesi, nel Medio Oriente e in India non erano necessari capitali esorbitanti, e pertanto un'organizzazione così complessa, in quanto i mercanti di queste regioni erano già in possesso dei prodotti ricercati dagli europei o potevano procurarseli in regioni non troppo distanti. Nella Cina imperiale, invece, il sistema di governo estremamente centralizzato non avrebbe permesso la creazione di una sorta di « stato nello stato », cosa che per lungo tempo furono le Compagnie delle Indie orientali inglese e olandese, non a caso conosciute anche come compagnie coloniali.

Affrontare la storia del commercio eurasiatico in età moderna, spaziando tra ordinamenti giuridici (e pertanto fonti) nonché contesti socio-culturali ed economici completamente differenti impone innanzitutto di chiarire tali contesti prima di affrontare le questioni più specificatamente giuridiche. Per riuscirvi, è inevitabile dover fare affidamento sulle ricerche di altri studiosi e ridurre l'analisi delle fonti al minimo. La chiarezza delle domande, nonché l'uso di schemi e tabelle, se possono risultare estremamente utili allo storico del diritto, appaiono indispensabili al lettore non necessariamente familiare con i diversi ordinamenti giuridici o con la storia del diritto in senso lato.

Nel 1973 Giovanni Tarello — lo ricordava Francesco Galgano nell'introdurre il suo classico studio sulla *lex mercatoria* —, denunciava quel « modo troppo diffuso di fare la storia del diritto commerciale che consiste nell'isolare gli istituti dal contesto generale, accentuando piuttosto le (apparenti) continuità della disciplina giuridica » ([1]). Una critica che certamente non può essere rivolta a questo lavoro innovativo in cui la storia giuridica viene intesa in un senso tanto ampio da comprendere

([1]) G. Tarello, *Le ideologie della codificazione nel secolo XVIII*, Genova, s.a. (ma 1973), p. 21, cit. in F. Galgano, *Lex mercatoria*, Bologna, il Mulino, 2001[4], p. 15.

tutte le diverse tipologie di normatività in grado di incidere sulle organizzazioni di carattere commerciale (norme statali, consuetudini mercantili, regole proprie di gruppi familiari, etnici o religiosi, ecc.: pp. 49-50), sempre in connessione con il contesto socio-economico. Il risultato è che storia economica e storia giuridica, terminologia economica e terminologia giuridica finiscono per amalgamarsi in un tutt'uno. I confini, se ancora esistono, sono labili o, come probabilmente scriverebbe Harris, *blurred*.

STEFANIA GIALDRONI

Le vie della cittadinanza sociale in Europa (1848-1948), a cura di Carmelo Calabrò, Roma, Edizioni di Storia e Letteratura, 2020.

L'intento del volume è coraggioso. La nozione di 'cittadinanza sociale' — quella che rinvia al sociologo inglese Thomas Humphrey Marshall e al suo *Citizenship and Social Class* del 1950 — non è intesa nella sua accezione più specifica, non è osservata nel suo significato più tecnico, non è studiata come preciso oggetto di ricerca, come definito e limitato campo di indagine. Piuttosto, il secolare processo di progressiva e concatenata estensione dei diritti civili, politici e sociali, di cui la cittadinanza marshalliana si nutre, è utilizzato, estrapolandolo dalla dimensione britannica alla quale l'analisi del sociologo inglese è rivolta, come modello paradigmatico, come categoria riassuntiva, come parametro e tipologia concettuale in grado di evidenziare il processo di trasformazione dell'ordine giuridico europeo; quel processo culminato, nel secondo dopoguerra, con i proclami del nuovo Stato sociale.

Il tentativo è stato spesso inibito dall'anglocentrismo che segna la *Citizenship and Social Class*, esclusivamente incentrata sulla vicenda d'oltremanica e, per di più, fortemente influenzata da un'interpretazione gradualista, da una narrazione progrediente ed evoluzionista del cammino dei diritti ben rispondente alla tradizione storiografica inglese. Ciò non toglie che, adoperando la categoria marshalliana e oltrepassando i confini della sua analisi, la cittadinanza sociale possa divenire uno strumento utile per descrivere, con le sufficienti precisazioni, l'affermazione di un comune modello sociale europeo basato sulla indivisibilità dei diritti.

L'indivisibilità dei diritti civili, politici e sociali diviene dunque lo strumento retrospettivo per orientare l'analisi, tracciando un comune orizzonte evolutivo entro il quale indagare lo sviluppo storico, i percorsi, le *vie della cittadinanza sociale* tra le varie esperienze europee. L'opera non intende certo negare che le singole vicende nazionali siano, a tratti, molto diverse. La selezione di saggi ha invero lo scopo di

certificare che le loro rilevantissime differenze « non escludono un tema di fondo, un colore che, alla giusta distanza appare come un mosaico », le cui tessere, pur mostrando « inequivocabilmente caratteri nazionali », compongono un quadro d'insieme che « assume un profilo europeo » (p. VII).

Si spiega così la mancata trattazione di quelle esperienze totalitarie che tanto hanno segnato la storia europea e che risultano sempre difficilmente sminuibili a mere parentesi (si pensi all'infinità di critiche piovute sulla nota interpretazione crociana). All'interno del volume, nel proposito di esaltare un comune percorso della cittadinanza sociale, ma forse al rischio di rinunciare all'ambizione di esaustività del racconto necessaria ad argomentare il paradigma, « non sono state inserite delle tessere che ne avrebbero alterato architettura ed equilibrio » (p. XII).

Potrebbe sembrare altrettanto azzardato il tentativo di retrodatare le origini della cittadinanza sociale, sia pur in modo embrionale, in coincidenza con gli scossoni del 1848. La periodizzazione può essere spendibile solo qualora si chiarisca che, nella seconda metà dell'Ottocento, la proposta di riconoscere congiuntamente un minimo di diritti civili, politici e sociali non soverchi un ordine individualistico fondato su proprietà e contratto, non conosca un apprezzabile riscontro legislativo e risulti visibile unicamente da un punto di vista teorico-filosofico.

È molto accurato il saggio di Mauro Lenci *Democrazia e cittadinanza nel pensiero politico di Alberto Mario* (pp. 51-62); figura di rilievo del Risorgimento e della Lega della Democrazia garibaldina impegnata, nei primi anni Ottanta, a proporre il riconoscimento del suffragio universale. Specie nell'ottica di mostrare le origini storiche dell'indivisibilità dei diritti, la sua influenza europea non è però comparabile a quella di John Stuart Mill (a cui Mario spesso si ispira), le cui opere non trovano uno spazio conveniente all'interno del volume.

Proprio sulla realtà britannica si sofferma Alberto De Sanctis che, con un contributo intitolato *Liberalismo e One-Nation Tory: due modi opposti di intendere la cittadinanza sociale* (pp. 149-164), evidenzia come l'Inghilterra di Gladstone e Disraeli, già segnata dai nitidi allargamenti del suffragio, vanti il proposito di migliorare le condizioni delle *working classes*, sbandierato da entrambi i partiti anche al netto delle strategie divergenti. Nondimeno, è solo il *New Liberalism* di Thomas Hill Green a rinnegare la nozione di libertà 'negativa' e a proporne, all'opposto, una concezione 'positiva' che postula l'intervento dello Stato e dei servizi pubblici per assicurare il suo pieno soddisfacimento. Tale visione sarà ereditata da John Atkinson Hobson e da Leonard Trelawny Hobhouse che, al volgere del secolo, teorizzeranno una effettiva libertà-eguale, volta a garantire a tutta la cittadinanza pari opportunità di realizzazione personale, attraverso il riconoscimento di un nucleo essenziale di diritti sociali nel rispetto della Costituzione storica e della democrazia pluralista.

È centrato anche il riferimento al solidarismo francese. Cristina Cassina mostra un lungo tracciato che, *Sulle ali della solidarietà* (pp. 119-133), contraddistingue la riflessione d'oltralpe. Per l'autrice tale traiettoria muove, intorno al Quarantotto, dalla filosofia di Charles Renouvier e dal suo appello circa la necessità di « garantire allo stesso tempo *libertà* ed *eguaglianza* » (p. 122). Con il fallimento della *Seconde République* e dei suoi proclami verso il *droit au travail*, il « vero lancio dell'idea solidaristica » (p. 127) coincide però con il libretto *Solidarité* di Léon Bourgeois del 1896. E si intravede il tentativo, in un universo giuridico ancora condizionato dalla sacralità assegnata al Codice napoleonico e al suo marcato individualismo, di consolidare la nozione di solidarietà attraverso la creazione di vincoli di natura quasi-contrattuale, capaci, grazie alla loro cogenza, di oltrepassare « tanto il concetto morale di carità cristiana quanto l'idea repubblicana di *fraternité* » (p. 129).

Eppure, nonostante il radicarsi della corrente solidarista, nella quale andrebbero per vero annoverati quantomeno i contributi di Émile Durkheim, Léon Duguit e, successivamente, di Georges Gurvitch, la legislazione sociale della Terza Repubblica non perviene a esiti altrettanto rivoluzionari: si pensi, in particolar modo, al ritardo con cui la Francia vara un programma organico di assicurazioni sociali obbligatorie. Anche il saggio di Paola Persano circa *Le politiche del sociale nella Terza Repubblica francese* (pp. 135-148), ancorché dedicato alla sola questione femminile, pare confermare la difficoltà di emanciparsi dal carattere paternalista della riflessione dottrinale e della tutela legislativa.

Le vie della cittadinanza sociale, si diceva, non conoscono una seria traduzione istituzionale, non riescono a piegare gli assunti dello Stato monoclasse. Fino all'avvento del modello assicurativo bismarckiano, la legislazione sociale in Europa riguarda unicamente i servizi municipali — specie in materia di igiene e salute pubblica — e la normativa industriale diretta alla limitazione degli orari di lavoro di donne e fanciulli. Anche le assicurazioni sociali del cancelliere tedesco Otto von Bismarck, sebbene vengano spesso considerate l'anno zero del *welfare* europeo, si nutrono di valori paternalistici e, perciò, rispondono a dinamiche incompatibili con il concetto di cittadinanza sociale.

Fa bene, dunque, Ronald Car, con un bel contributo intitolato *La cittadinanza nell'Impero tedesco tra paternalismo e contestazione* (pp. 1-17) a negare la tesi storiografica secondo la quale, durante il Secondo Reich, sarebbe percepibile un progressivo processo di « democratizzazione silenziosa » che permetterebbe di « riconoscere nelle politiche di previdenza sociale avviate da Bismarck il nucleo di una nascente cittadinanza sociale » (p. 2).

L'interpretazione, guardando all'indivisibilità dei diritti, non è sostenibile. Sin dalla Costituzione prussiana del 1867 il progetto bismarckiano si avvale del militarismo di uno Stato forgiato — usando le parole del cancelliere pronunciate qualche anno prima — « col ferro e

col sangue » (p. 4); uno Stato che, anche nella Costituzione imperiale del 1871, equiparava le nozioni di suddito e cittadino. E le elaborazioni della nuova scienza giuridica pubblicistica svelano il volto autoritario dello Stato borghese di diritto: i *Lineamenti* gerberiani del 1865 certificano una netta separazione tra Stato e società, realtà per nulla comunicanti, tra le quali non v'è spazio per solidarismi che avrebbero compromesso l'assoluta eguaglianza formale dei sudditi di fronte alla legge. Lungi dal teorizzare la rilevanza dei diritti sociali come effettivo godimento degli altri diritti, inoltre, le stesse assicurazioni sociali promulgate negli anni Ottanta convivono con le leggi antisocialiste, nell'obiettivo, invero inefficace, di arginare il consenso della SPD: i diritti sociali restano lo strumento per frenare — e non per incentivare — lo sviluppo democratico.

Solo da Weimar è possibile quindi datare lo sviluppo della cittadinanza sociale tedesca. Ciò è vero non tanto perché la Germania, prima tra i grandi paesi europei, riconosce il suffragio universale anche femminile. E nemmeno perché la riflessione weimariana riesca a emancipare il concetto di cittadinanza da quello di nazionalità: i giuristi — lo ricorda Nico De Federicis nel saggio *Cittadinanza e appartenenza politica negli anni di Weimar* (pp. 17-50) — non elaborano in questo campo soluzioni particolarmente innovative e, a differenza della futura analisi marshalliana, non pensano « a un primato dei diritti sull'appartenenza » (p. 38). Il carattere straordinariamente innovativo della Costituzione del 1919 risiede nel riconoscere — sia pur in veste programmatica — accanto ai diritti civili, non solo i diritti politici, ma anche i diritti sociali: ancorché senza particolari successi, si registra il tentativo di costruire — usando la categoria cara a Hermann Heller — uno « Stato sociale di diritto ». Ereditando il pluralismo delle riflessioni di Otto von Gierke maturate nel cinquantennio precedente, inoltre, lo Stato, non più separato dalla società, si propone di entrare nel sociale tramite il diritto del lavoro e l'azione diffusa dei servizi pubblici: « integrazione » è il lemma utilizzato da Rudolf Smend — uno dei giuristi sul quale De Federicis si sofferma maggiormente — per proporre un reciproco dialogo tra l'individuo e lo Stato, alla ricerca di un senso di unità spirituale volto alla creazione di una comunità cooperativa e solidale.

Come è noto, sarà invece la frammentazione, denunciata dal *Begriff des Politischen* e dalla *Verfassungslehre* di Carl Schmitt, a fotografare le incompiutezze weimariane, incapaci di dar seguito alle enunciazioni costituzionali, nonché a preannunciare il crollo della Repubblica, l'irrompere dello Stato totale e della contrapposizione tra cittadino e straniero che ricalca quella tra 'amico' e 'nemico'. L'interventismo in materia economica e sociale, lungi dall'essere lo strumento per il migliore esercizio delle libertà democratiche, tenderà allora a configurarsi come la principale contropartita per la soppressione dei diritti civili e politici.

D'altra parte, vista unicamente dall'angolatura della cittadinanza sociale, non troppo diversa è la vicenda spagnola. Se durante gli anni della Seconda Restaurazione tende a delinearsi — citando il titolo del contributo di Marco Cipolloni — *Una democrazia 'con troppi attributi'* (pp. 77-100), forse l'attributo più calzante per descrivere l'ordine giuridico spagnolo riguarda il perdurante carattere paternalistico delle risposte alla questione sociale, ormai montante anche in una realtà segnata dall'egemonia della cultura tradizionalista e dalle arretratezze della struttura socio-economica.

Nonostante il timido riformismo dei primi anni del Novecento, solo a partire dalla Grande guerra circolano progetti, unitari e coerenti, per garantire una migliore rappresentanza degli interessi economici e sociali; progetti presto archiviati dal disegno corporativo della dittatura di Primo de Rivera. A evidenziarlo è il saggio *Fra Stato, amministrazione e costituzione: cittadinanza e dimensione sociale nella Spagna tra le due guerre mondiali* (pp. 101-117) di Giacomo Demarchi. La Costituzione della Seconda Repubblica del 1931, seguendo il solco del costituzionalismo sociale aperto da Weimar, sembra infine riconoscere una nozione di cittadino che trova « nell'incontro fra diritto, società e partecipazione la ragion d'essere e la forza di un modello di costituzionalismo razionalizzato » che intenda « i diritti sociali come il nuovo orizzonte della democratizzazione » (p. 114). Anche in questo caso, tuttavia, sarà il totalitarismo a travolgere le mire del nuovo Stato democratico e sociale.

È la realtà inglese a ultimare il percorso storico dell'indivisibilità dei diritti. Manca però, all'interno del volume, il riferimento alla stagione del riformismo dei governi liberali che, tra il 1906 e il 1914, varano vaste riforme destinate a introdurre una più efficace assistenza scolastica e minorile, una pensione per gli anziani indigenti, una assicurazione sociale contro le malattie e la disoccupazione. Se la tutela contro la disoccupazione rappresenta il primo vero esempio europeo della copertura su scala nazionale di tale rischio, tutto l'impianto riformista sembra, nonostante qualche persistenza paternalista e la perdurante egemonia culturale della diceyana *Law of the Constitution*, nel complesso rivolto a premiare assetti inclusivi e solidali dell'ordinamento. Temendo il dilagare del collettivismo ai danni dell'individualismo del sistema giuridico ottocentesco, è lo stesso Dicey a preannunciarlo prima — nella *Law and Public Opinion* del 1905 — e a certificarlo poi — nell'*Introduzione* alla seconda edizione del 1914. Ciò vale, in particolar modo, perché l'azione di governo tende esplicitamente a richiamarsi agli ideali del *New Liberalism* di Green, Hobson e Hobhouse, ora trasposti sul piano legislativo. Ciò vale, ancor più, perché lo stesso Marshall, nel suo *Citizenship and Social Class* guarda proprio a tali riforme per evidenziare come l'innesto dei diritti sociali in Gran Bretagna risulti compatibile con le libertà costituzionali e l'impianto democratico in via di definitivo perfezionamento, ultimando così la progressiva estensione dei diritti civili, politici e sociali.

L'*interwar period*, sul quale si sofferma il contributo di Carmelo Calabrò *L'idea di cittadinanza in Inghilterra tra le due guerre* (pp. 165-185), rappresenta comunque un importante laboratorio concettuale. Le teorie pluralistiche dello Stato, già circolanti in terra inglese dall'inizio del secolo, acquisiscono nel primo dopoguerra un'identità più definita: è il *guild socialism* di George Douglas Howard Cole, seguito con interesse anche dal primo Harold Laski, a proporre, superando il fabianesimo dei coniugi Webb, una riorganizzazione della vita economica che valorizzi la rappresentanza e la partecipazione attiva dei lavoratori nel condizionamento delle scelte industriali. Sebbene l'azione statuale, persino nella morsa della Grande crisi, resti legata all'ortodossia finanziaria del Tesoro, le elaborazioni di John Maynard Keynes indicano la necessità di archiviare il *laissez-faire* e, all'opposto, varare strategie anticicliche e una ingente pianificazione economica.

Il piano Beveridge del 1942 e le riforme laburiste che ne recepiscono quasi interamente gli assunti finalizzano il percorso: il 5 luglio del 1948 divengono operative un'ampia assicurazione sociale dalla vocazione universalistica, un'assistenza nazionale avulsa da inclinazioni colpevolizzanti e il nuovo *National Health Service* orientato a offrire (almeno in una prima fase) prestazioni sanitarie gratuite a tutta la cittadinanza. Non è un caso, dunque, che Marshall elabori la sua teoria in una serie di conferenze tenute a Cambridge nel 1949, base per la *Citizenship and Social Class* pubblicata l'anno successivo: i diritti sociali universalistici, in quanto elargiti indistintamente senza particolari forme di condizionalità selettiva, si configurano inevitabilmente come attributo della cittadinanza e su questa fondano la propria legittimazione.

Si noti inoltre che il piano Beveridge, la cui popolarità europea è straordinaria, diviene in molte realtà il faro dei progetti welfaristi. Si pensi alla figura di Pierre Laroque (sulla quale si sofferma Cassina alle pp. 129-133). Si pensi, inoltre, al dibattito della nostra Costituente, in cui il solidarismo dei diritti sociali riveste un'assoluta centralità, perché palesa la necessità di disconoscere sia gli assunti dello Stato liberale, già clamorosamente in crisi nelle celebri riflessioni del Santi Romano degli anni Dieci, sia le aberrazioni del regime fascista, le cui riforme sociali sospinte dal corporativismo e dall'inedito interventismo economico, sebbene assai rilevanti e certamente da considerare, non sfuggono alla cornice totalitaria. Tommaso Greco, nel descrivere *Lo 'strano caso' dei diritti sociali* (pp. 63-76), ricorda come Calamandrei, pur considerandoli un presupposto essenziale per il godimento delle libertà, li derubricava a norme dal contenuto più programmatico che prescrittivo. Di qui la proposta di inserirli in un preambolo — sul modello della Costituzione della Quarta Repubblica francese — per non confonderli con quei diritti già perfettamente azionabili perché sprovvisti di un carattere necessariamente prestazionale. Non serve ricordare la ben diversa soluzione accolta dalla nostra Costituzione, ispirata dall'esigenza di non delegittimare i diritti sociali e di suggerirne — nel rispetto

della nozione di cittadinanza sociale — un'effettiva equiparazione con i diritti civili e politici.

Ebbene, è sostenibile ritenere che l'indivisibilità dei diritti possa divenire la cifra di un modello sociale che, in una prospettiva storica aperta all'ordine contemporaneo, distingue l'Europa e la sua vocazione tesa alla dignità umana, parametro centrale nel *Grundgesetz* del 1949, nella Costituzione spagnola del 1978 e nella più recente Carta di Nizza. Ciononostante, quello dei diritti sociali resta davvero uno « strano caso »: se la perdurante difficoltà a conquistare un valore giuridico pari a quello dei diritti di libertà non ha certamente sfavorito il radicamento della cultura normativa neoliberista, l'ordinamento comunitario, d'altra parte, ha conosciuto un processo di integrazione tutto fondato su criteri fortemente mercatistici; criteri che solo le crisi attuali potrebbero, forse, ridiscutere.

Anche per questi motivi, è da sottoscrivere l'appello con cui Calabrò chiude la sua *Prefazione:* « se la sfida dell'Europa è oggi più che mai quella di trascendere i limiti nazionali per garantire una cittadinanza più piena e soddisfacente, la consapevolezza storica è un'arma indispensabile per evitare errori e facili illusioni » (p. XIII).

LORENZO PACINOTTI

PIER LUIGI PORTALURI, *La cambiale di Forsthoff. Creazionismo giurisprudenziale e diritto al giudice amministrativo*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2021, pp. 172.

L'amministrativista italiano continua, a distanza di anni (vedi in questa Rivista, 25(1996), pp. 667-82, un'altra nostra rassegna), a essere attratto dalla complessa figura di Ernst Forsthoff. Questa volta è Pier Luigi Portaluri a dimostrare la sua notevole familiarità con la giuspubblicistica tedesca prima e dopo le due guerre mondiali, in un volume certamente pensato per mettere a nudo alcuni nodi problematici dell'odierno processo amministrativo, indotti dal crescente ruolo creativo del giudice. Ma che ha il pregio di uscire dalla cronaca del momento per riscoprire, dietro una parabola che sembra inevitabilmente sprofondare *Towards Juristocracy*, una dialettica di ben più lunga data tra legge e giudizio.

Der Wechsel auf die Zukunft, la cambiale sul futuro che dà il felice titolo al volume, è il pericolo da cui intende mettere in guardia l'ultimo Forsthoff, nel 1959, nei confronti di quei contenuti sovrapositivi che alterano il vincolo del giudice alla legge e che potrebbero dischiudere spazi di indeterminato diritto giurisprudenziale, con il rischio di minare la certezza dell'ordine giuridico e aprire varchi pericolosi al 'presenta-

tore' che volesse portarla all'incasso in un futuro magari segnato da orizzonti più incerti e turbolenti. In una *Bundesrepublik* che ha da poco messo in cantiere una propria, contrastata, modernizzazione costituzionale, per Forsthoff non esistono dubbi: tra *Rechtsstaat* e *Richterstaat* il primato, ancora nel 1970, non può che andare al ripristino di un positivismo di stretta marca ottocentesca, che metta al riparo dalla « tirannia dei valori », denunciata dal proprio maestro Carl Schmitt, e che circoscriva il più possibile quella valorizzazione in via giurisprudenziale degli enunciati costituzionali, appena avviata dalla Corte di Karlsruhe per attivare e realizzare il sistema dei diritti. Non è però tanto verso questa nuova puntata della mai cessata tenzone sul custode della costituzione (su cui ritornano invece le recenti, dense, analisi di *Recht oder Politik?* di Dieter Grimm) o verso le radici di quella 'religione civile' che sarà merito della Corte radicare, in una Germania ancora alle prese con il proprio ingombrante passato, che si indirizza il nostro A.

Pur perfettamente consapevole della strumentalità di certe tardive 'conversioni', per giuristi impegnati in prima persona, negli anni Trenta, nella messa a punto dell'ordinamento giuridico nazista, l'A. dimostra di prendere sul serio l'ammonimento positivistico per arginare quella giurisprudenzializzazione dell'ordinamento che sembra ormai segnare il destino anche degli stessi ordinamenti codificati.

Il tema è quanto mai attuale e controverso e si può naturalmente dubitare, tanto più dalle colonne di questo foglio, sulla possibilità che il problema sia risolto attraverso un ritorno puro e semplice ai rigori di una gerarchia delle fonti ormai insidiata da un incombente pluralismo e a un principio di legalità pensato per la semplicità del mondo di ieri e nel cui « stampo » — come doveva malinconicamente concludere nel 1945 un pur fermo paladino dello stretto ossequio al comando legislativo come Piero Calamandrei —, « si può colare oro o piombo ».

È nondimeno merito dell'A. non essersi fermato all'ultimo Forsthoff, come molte volte in passato ha fatto la recezione italiana, arretrando sino ad una rilettura dell'opera prima di Carl Schmitt, *Gesetz und Urteil*, del 1912, brillante indagine *zum Problem der Rechtspraxis*, sulla « applicazione del diritto nella prassi », in una stagione ancora segnata dalle contrastanti passioni per il 'diritto libero'. E andando quindi al cuore del dibattito nazista sul controllo di meritevolezza nell'accesso alla giustizia — vero e proprio 'sbarramento' sulla strada della tutela (p. 97 e ss.) — e più in generale sul ruolo del giudice, improvvisamente svincolato dal 'paragrafo' e proiettato in un *arbitrium* appena tracciato da « vaghissimi criteri orientativi del decidere e topica del caso concreto » (p. 14), con pagine di notevole interesse anche per lo storico chiamato al compito, sempre arduo, di decrittare il diverso atteggiarsi dello schiacciamento totalitario, ora nel nazismo « distruttore della legalità », ora nel fascismo « falsificatore della legalità », tanto per riprendere ancora due celebri espressioni di un altro scritto del Calamandrei del 1945. Così, solo per fare un esempio, uno studio più

sistematico e meno rapsodico, rispetto a quelli oggi disponibili, sui magri spazi di tutela che l'ordinamento fascista consentì nei confronti delle leggi razziali del 1938, ci potrebbe dare un'ottima cartina a tornasole sulla nostrana infamia della legalità, restituendo al contempo ad alcune disposizioni costituzionali, come l'art. 24 o l'art. 113 c. 2, gli autentici motivi della loro genesi.

E non è un caso se proprio su queste norme, e in particolare sullo specifico versante che inclina verso il processo amministrativo, si concentrino gli ultimi capitoli del lavoro, in cui l'A. ricerca, con dotte deviazioni non sempre benevole per il lettore, una propria strada di possibile accettazione del diritto giurisprudenziale (e del ruolo vieppiù creativo svolto dalla nomofilachia dell'Adunanza plenaria), una volta che questo venga almeno bilanciato da una parallela « linea di progressivo innalzamento della tutela » (p. 140), secondo una direzione che potrebbe condurre, lungo una nuova miscela tra soggettivismo e oggettivismo, anche ad una valorizzazione della sempre tormentata nozione di interesse legittimo. Questioni di bel nuovo problematiche e controverse che le considerazioni al calor bianco che investono la *Juristocracy* di casa nostra rendono ancora più imperscrutabili e dalle quali, secondo un risalente giudizio del recensore, non sarebbe male invece assumere più nette prese di distanza, anche per una più rigorosa, preliminare, depurazione concettuale.

Tanto più che anche per l'A., riprendendo in conclusioni un profetico giudizio di un giuslavorista contemporaneo di Forsthoff, che nella 'cambiale' vedeva non un infausto futuro di turbolenze, ma la garanzia di nuovi diritti, « Richterrecht bleibt unser Schicksal » (p. 172): un destino — già vissuto, ben più di quanto comunemente si creda, nell'ottocentesca età del codice civile —, che l'attuale domanda di giustizia e il crescente pluralismo degli ordini giuridici rende inevitabile, ma che non riesce a metterci da solo al riparo dai conflitti e dagli straripamenti di potere e che perciò richiede una lettura espansiva dello Stato costituzionale e un ripensamento dei suoi equilibri, ora interni, ora multilivello, insieme a un'etica pubblica profondamente rifondata.

BERNARDO SORDI

Storia costituzionale del Regno Unito attraverso i Primi Ministri, a cura di Alessandro Torre, Milano, Wolters Kluwer-Cedam, 2020, pp. 1210.

Per la completezza del percorso trattato, l'imponente volume curato da Alessandro Torre si candida a divenire un indispensabile strumento per chiunque voglia indagare la vicenda moderna e contem-

poranea d'oltremanica. Dedicare un saggio a ogni Primo Ministro del Regno, muovendo da Robert Walpole, in carica dal 1721 al 1742, fino a giungere all'attuale *premiership* di Boris Johnson, consente al lettore di ripercorrerne cronologicamente la storia costituzionale, restituendo ai provvedimenti normativi più rilevanti l'adeguata contestualizzazione in relazione agli specifici dibattiti via via intervenuti nel tempo. Si tratta di una storia costituzionale, dunque, non perché il volume ricapitoli le celebri riflessioni di Blackstone, Bentham o Dicey, ma piuttosto perché l'agenda dei singoli Primi Ministri — quella che l'opera ricostruisce minuziosamente — coglie con particolare efficacia la rilevanza costituzionale dei passaggi storicamente più significativi.

L'impresa è d'interesse, anche e soprattutto, per lo storico del diritto, non sempre sensibile al susseguirsi delle vicende istituzionali inglesi più recenti, perché attratto dal fascino di epoche più risalenti, nelle quali l'egemonia del *Common Law* esemplifica il primato dello storicismo del diritto contro il volontarismo della politica. Il volume sembra invece evidenziare, persino in una realtà priva della nozione rivoluzionaria di potere costituente, da sempre restia nei confronti di un'autonomia scientifica del diritto pubblico e del rilievo propriamente giuridico dell'esecutivo, quanto il gioco di governo, concettualmente opposto alla storicità dell'ordinamento e al tradizionalismo delle Corti, condizioni l'ordinamento inglese e la sua celebre Costituzione non scritta.

L'evoluzione della figura del Primo Ministro, in quest'ottica, risulta particolarmente indicativa, giacché mostra i mutevoli equilibri, le velate sfumature, le complessità e le contraddizioni dei rapporti tra la Costituzione storica, la sovranità del Parlamento e la crescente strutturazione della macchina di governo; e ciò proprio nel più delicato punto di giuntura, dove tali dimensioni, sfiorandosi, devono reciprocamente e necessariamente comunicare.

Si tenta di seguito, sebbene tali percorsi meriterebbero ben più ampie dissertazioni, di offrire una sintesi — che non rende merito alla completezza del testo e risulta perlopiù condizionata dalla sensibilità scientifica di chi scrive — dei passaggi principali trattati dal volume, di cui, oltretutto, non è stato possibile citare tutti i saggi per ovvie questioni di economia descrittiva.

L'origine dell'istituto rimanda alla figura di Robert Walpole, almeno secondo un'« operazione definitoria di generale uso e di comune accettazione » (come ricorda Torre a p. 7). Tale convincimento potrebbe per vero apparire puramente convenzionale, poiché derivante dalla sua ininterrotta permanenza a capo del governo per più di un ventennio; con un *record* che, indice della qualità e della disinvoltura della sua azione politica, resta tutt'ora ineguagliato. Quasi che l'importanza della persona abbia creato le fortune del ruolo; e non che l'importanza del ruolo abbia determinato le fortune della persona. In realtà, il consolidamento della carica di Primo Ministro discende anche dalla centralità del modello

parlamentare frutto della *Glorious Revolution* e da un regime segnato dalla tipica contrapposizione di partito — destinata a caratterizzare a lungo la storia britannica — tra *Whigs* e *Tories.* Lo conferma il fatto che « nella politica pre-walpoleana non erano mancate significative figure » (p. 8) in grado di condizionare gli equilibri parlamentari. È però da chiarire che lo spessore del personaggio Walpole segnala « il passaggio da una rappresentazione della *premiership* che si può considerare sperimentale a una più concreta sua organizzazione, definitivamente identificata in un singolo statista » (p. 7).

Non v'è dubbio, inoltre, che durante tutta la seconda metà del Settecento il ruolo del Primo Ministro tenda a consolidarsi grazie all'azione di personaggi non certo trascurabili (si pensi ai fratelli Henry e Thomas Pelham, a William Pitt 'il Vecchio' o, al figlio, William Pitt 'il Giovane'), spesso altrettanto decisivi per l'assestarsi delle prassi costituzionali e per il contenimento della persistente influenza regia nel condizionamento delle maggioranze parlamentari. E il capo del governo acquisisce compiti fondamentali in materia di relazioni internazionali all'aumentare della complessità dei rapporti tra Impero e colonie. Si noti inoltre che rappresentare gli interessi nazionali in occasione di eventi quali la rivoluzione americana, quella francese o le successive vicende napoleoniche, « consent[e] alla figura del Primo Ministro di assumere sempre più il ruolo di un *leader* in grado di coordinare l'operato degli altri ministri, di orientare l'andamento dei dibattiti presso le Camere, di svolgere il ruolo di anello di congiunzione fra il Re, il Gabinetto e il Parlamento » (Paolo Rondini, p. 316). Non è un caso che nel lessico quotidiano, come ricorda Angus Hawkins nel suo saggio introduttivo, il termine '*Prime Minister*' inizi a circolare nelle pagine del *Times* proprio agli inizi dell'Ottocento (p. XXXII).

La svolta coincide però con la 'rivoluzione' *Whig* avviata da Charles Grey e dal suo *Great Reform Act* del 1832, che emenda il sistema delle circoscrizioni elettorali e sancisce un primissimo allargamento del suffragio diretto a includere l'alta borghesia. Nonostante la sua stagione riformista venga spesso celebrata dalla storiografia inglese, esaltandone gli aspetti proto-democratici, il programma di Grey si proponeva esclusivamente di contrastare l'estremo tradizionalismo delle *Reflections on the Revolution* di Edmund Burke; un tradizionalismo che appariva incapace di contenere una montante conflittualità sociale destinata a esplodere, poco dopo, nell'agitazione del movimento cartista. Solo comprendendo il carattere fortemente paternalistico delle riforme di questi anni, rivolte a preservare — e non a modificare — l'assetto classista ed elitario del modello costituzionale, si spiega la legislazione sociale di cui al *Factory Act* del 1833 (che prevede limitazioni al lavoro industriale dei fanciulli) e al *Poor Law (Amendment) Act* del 1834 (il cui schema, preparato nell'ultimo periodo del governo Grey, riformando il sistema delle *old poor laws* di elisabettiana memoria, associava l'assistenza alla detenzione e allo stigma delle *workhouses*). Come bene riassume Pamela Martino nel saggio

dedicato a Lord Grey, « se evidentemente il suo fine non era quello di instaurare il governo del popolo, ma di preservare la costituzione aristocratica e di arginare le aspirazioni delle forze sociali emergenti dalla rivoluzione industriale », l'afflato riformista contribuiva a scongiurare « il pericolo di una rivoluzione ponendo le basi per il fluido avvio di ulteriori processi di riforma che avrebbero segnato il corso del secolo XIX » (p. 490).

Sembrano sostanzialmente due, almeno guardando ai temi trattati dal volume, le principali direttrici che in futuro orienteranno tali processi di riforma.

La prima attiene alla questione amministrativa. Si assiste difatti, oltre a un progressivo accentramento delle funzioni ai danni del localismo del *self-government*, al passaggio, sull'onda dell'utilitarismo benthamiano, dalla concezione 'classica' del *Common Law* a quella 'moderna', nella quale il centralismo della macchina legislativa travolge la tradizione giurisdizionale rappresentata dal 'governo dei giudici'. Nel nuovo orizzonte, la carica di Primo Ministro assume un'assoluta centralità. Ciò vale non solo perché costituisce il vertice dell'esecutivo e delle sue crescenti funzioni, ma anche perché rivela le peculiarità della *English Constitution* che consiste — almeno secondo la nota interpretazione di Walter Bagehot del 1867 — nella vicinanza tra l'indiscussa sovranità del Parlamento e l'azione di governo, ossia nella fusione tra il potere legislativo e quello esecutivo che si consuma all'interno delle riunioni di Gabinetto mediate dal *premier*.

La seconda direttrice, cronologicamente parallela alla prima, concerne l'allargamento del suffragio. Il *Second* (1867) e il *Third Reform Act* (1884), il cui combinato disposto quasi quadruplica l'elettorato, consentono di « incamminarsi con passo spedito sulla strada della democratizzazione dei meccanismi costituzionali, con un progressivo allargamento della partecipazione alla vita politica e all'attività delle istituzioni » (Claudio Martinelli, p. 636). È la stagione della democrazia dell'alternanza tra Disraeli e Gladstone, la cui staffetta a capo del governo è favorita dal tradizionale meccanismo elettorale maggioritario puro *First-past-the-post*, nato per banali esigenze di semplicità in epoche segnate da elezioni estremamente elitarie, ma ora importante strumento per conservare il bipolarismo e, dunque, un'alternanza tra conservatori e liberali destinata a venir meno solo nel Novecento con l'avvento del *Labour Party*.

La competizione elettorale, oltre ad agevolare un'organizzazione interna ai partiti di tipo perfettamente contemporaneo, sembra favorire i propositi riformisti: non sorprende che le mire progressiste si palesino, tra le due riforme che estendono il suffragio, con gli *Education Acts* per l'istruzione elementare, l'istituzione del *Local Government Board* per il controllo delle autorità locali, il *Trade Union Act* per il riconoscimento legale dei sindacati, l'*Employers' Liability Act* che istituisce una prima disciplina specifica per il risarcimento degli infortuni sul lavoro, i *Supreme*

Court of Judicature Acts che razionalizzano le Corti giudiziarie e riuniscono, dal punto di vista processuale, lo storico divario tra *Common Law* ed *Equity*. In effetti, la ricerca del consenso di massa e la concorrenza tra capi di partito — richiamando la nota teoria poi formulata da Joseph Schumpeter circa lo scambio politico e la *leadership* concorrenziale — è certamente un fattore che contribuisce all'evoluzione del ruolo del Primo Ministro, così come alla trasformazione dell'ordinamento nel suo complesso che, pur mantenendo la sacralità del *Rule of Law* individualistico appena celebrata nelle pagine della diceyana *Law of the Constitution* e conservando il dogma del libero scambio garantito dal meccanismo internazionale del *gold standard*, va indubbiamente dirigendosi verso il collettivismo della dimensione novecentesca.

D'altra parte, per un primo disconoscimento dell'individualismo giuridico serve attendere, almeno da un punto di vista istituzionale, il riformismo *New Liberal* del governo guidato da Herbert Henry Asquith; nuovo perché rivolto, in linea con la filosofia di Thomas Hill Green a cui un giovane Asquith si era avvicinato negli anni da borsista a Oxford, a garantire il migliore esercizio della libertà attraverso un interventismo statuale in grado di incrinare le certezze del *laissez-faire*. La necessità di reperire le risorse finanziare per la pensione non contributiva dell'*Old Age Pensions Act* (1908) e per l'assicurazione contro le malattie e la disoccupazione del *National Insurance Bill* in via di discussione (poi promulgato nel 1911), spinge il governo e l'allora Cancelliere dello Scacchiere Lloyd George a predisporre un bilancio — il *People's Budget* del 1909 — rivolto ad acuire la progressività fiscale, generando un'aspra crisi costituzionale tra le due Camere conclusasi solo con il *Parliament Act* del 1911 (sul punto cfr. Paola Piciacchia, pp. 734-738 e Giuliana Carboni, pp. 754-760).

L'ulteriore limitazione del potere legislativo dei *Lords* sembra coerente con la transizione dallo Stato monoclasse allo Stato pluriclasse e, dopo la Grande guerra, con un ordine giuridico proiettato verso il suffragio universale maschile — *Fourth Reform Act* 1918 — e femminile (*Representation of the People (Equal Franchise) Act* 1928. Non che il pieno riconoscimento dei diritti politici inibisca la conflittualità (si pensi alla drammatica guerra civile irlandese) o le crisi istituzionali: lo dimostrano le vicende dell'agosto del 1931 e la successiva, controversa, formazione del *National Government* guidato dal laburista Ramsay MacDonald, per questo radiato dal partito e ora bersaglio delle critiche di Harold Laski (cfr. Giulia Caravale, pp. 806-812); un governo costituito, nelle difficoltà della Grande crisi, in nome del salvataggio della sterlina, della parità aurea e del mantenimento del cambio prebellico con il dollaro che era stato ristabilito da Churchill nel 1925 al prezzo della rivolta popolare.

Ciononostante, il Regno, a differenza delle esperienze continentali coeve, riesce a preservare un equilibrio, sia pur a tratti conflittuale e contraddittorio, tra le storiche garanzie del *Rule of Law* e le novità del

Welfare State in via di affermazione. Cosicché, se da un lato la figura di Churchill si erge a personificazione dello Stato di diritto contro la tirannia nazista, persuaso com'era che « la storia britannica, anche costituzionalmente parlando, fosse stata e fosse caratterizzata dal lento ma continuo sviluppo delle istituzioni verso le libertà individuali » (Carlo Fusaro, p. 863), dall'altro, il suo successore, Clement Attlee, sarà l'artefice del « most significant legislative achievement of any 20th century prime minister » (Angus Hawkins, p. XLI), ossia del definitivo approdo al *Welfare State* sancito nell'immediato secondo dopoguerra attraverso la recezione legislativa delle proposte del Piano Beveridge.

Il nuovo *National Health Service* è il simbolo più genuino dell'universalismo e dell'indivisibilità dei diritti tipica della cittadinanza sociale, ma anche l'esempio più rappresentativo delle nazionalizzazioni laburiste, le quali, con l'aumentare delle esigenze di pianificazione sociale ed economica dettate dalla nuova impostazione keynesiana dello Stato, poi condivisa anche dal governo conservatore di Harold Macmillan (cfr. Paolo Passaglia, pp. 901-920), ampliano scopi e compiti di governo. Di qui il definitivo passaggio del ruolo del *premier* da *Chairman* a *Chief Executive*, da presidente con funzioni di rappresentanza e mediazione ad amministratore esecutivo; un passaggio comprovato dal netto incremento del suo *staff* al numero 10 di *Downing Street.*

Vero è che l'azione di Margaret Thatcher — sulla quale si sofferma Ginevra Cerrina Feroni, pp. 995-1037 — proporrà il contenimento della spesa pubblica, specie nel campo dei servizi sociali, non arretrerà di fronte allo scontro violento con le *trade unions*, varerà un vasto programma di privatizzazioni formali e sostanziali, lo smantellamento della gestione pubblica delle case popolari, un testatico in materia di servizi territoriali, un generale abbassamento delle aliquote fiscali, in particolar modo se riferite ai redditi più alti. È altrettanto vero, tuttavia, che alla reazione al *Welfare State* keynesiano-beveridgiano e alla rinuncia alla gestione diretta dei servizi pubblici consegua un incremento delle esigenze di regolazione che, pur creando un nuovo modello di *governance* orientato a logiche mercatistiche e concorrenziali, impone strumenti di governo dall'ingerenza spesso altrettanto invadente.

La ricerca di una *Third Way* — per usare la nozione cara a Anthony Giddens — tra la strategia classica del laburismo e l'opposta ricetta neoliberista riassume il decennio di Tony Blair, nel quale peraltro non mancano decisive riforme costituzionali: su tutte, la *devolution* del Galles, della Scozia e dell'Irlanda del Nord, lo *Human Rights Act* del 1998 rivolto a incorporare la CEDU nel diritto interno, la riforma della *House of Lords* e il *Constitutional Reform Act* del 2005 che istituisce la nuova Corte suprema (cfr. Francesco Clementi, pp. 1079-1094).

Anche alla luce delle vaste riforme delle ultime decadi che hanno ampiamente modificato i caratteri tradizionali dell'ordinamento del

Regno, restano alcune storiche persistenze, specie nel campo giuridico-amministrativo. Nonostante l'amministrazione abbia acquisito — dopo un lento e secolare percorso — una propria identità giuridica e possieda ormai, avverando gli incubi di Dicey, una serie di principi e regole diverse da quelle privatistiche, il diritto pubblico britannico resta materia, almeno nel confronto con il continente, legata più alla discrezionalità politica che alle pratiche formalizzate del diritto. A maggior ragione, i vertici di governo e la *premiership* — lo ricorda George W. Jones nel saggio posto, in sua memoria, in chiusura del volume — si configurano come una « elastic band » (p. 1210) che « depends on many variabilities » (p. 1197) condizionate da molte discriminanti di tipo soggettivo legate alla persona e al carattere di chi ricopre l'incarico. Al numero 10 si ritrova, dunque, la più genuina espressione del volontarismo di una *Political Constitution* — richiamando il titolo di un noto articolo di John Aneurin Grey Griffith apparso su *The Modern Law Review* del gennaio 1979 — che ha senza dubbio il vantaggio della flessibilità, ma non di rado paga il prezzo di dover continuamente ridiscutere strategie giuridiche appena consolidate.

Per questi motivi, non sembra errato ipotizzare che l'ampia discrezionalità spesso visibile in ambito pubblicistico abbia favorito la brusca alternanza tra il dirigismo welfarista del governo Attlee e il ferreo liberismo di Margaret Thatcher, allo stesso modo in cui l'ingresso nel mercato comunitario, promosso da Harold Wilson e concretizzato da Edward Heath nel 1973 (cfr. Francesca Rosa, pp. 941-959 e Justin Orlando Frosini, pp. 961-982), è stato disconosciuto con il processo *Brexit*; un processo avviato dopo l'esito, spiazzante, del referendum indetto da David Cameron, proseguito invano dai negoziati di Theresa May e ultimato da Boris Johnson, non senza passaggi costituzionali a tratti rocamboleschi (cfr. Elisabetta Palici di Suni, Gaetano Marzulli e Serena Sileoni, pp. 1127-1191).

LORENZO PACINOTTI

Tiempos de la Historia, tiempos del Derecho, Javier Fernández Sebastián, Javier Tajadura Tejada (dirs.), Madrid, Marcial Pons, 2021, pp. 236.

1. Este es un libro, nos parece, de claro aire heideggeriano. En los tiempos puritanos y de censura que corren, en nombre muchas veces de no sabe muy bien qué determinación moral (esa amputadora corrección política que campa entre nosotros), con seguridad para algunos esta mera alusión resultará incomoda. Guste más o menos, el pensamiento de Heidegger — no todas sus ideas, ni por supuesto determinadas adhesiones ideológicas que protagonizó, para tranquilidad de los más

timoratos — forma parte de nuestro sustrato intelectual, de ese con el que nos aprestamos a pensar el mundo que nos rodea, lo que nos incluye a nosotros mismos como « seres-ahí », por decirlo a la manera del filósofo alemán. Más que les pese a muchos, en Heidegger se encuentran todavía algunos de los elementos o las claves con las que explicarnos, más allá de que seamos conscientes o no de ese bagaje (1).

Esa huella heideggeriana se intensifica sin duda y se hace muy evidente cuando, como sucede en el libro objeto de esta reseña, la reflexión gira en torno al tiempo y a la Historia (también al Derecho, aunque a éste el maestro de Friburgo ciertamente le prestó poca atención, al menos de forma directa). Tiempo e Historia y sobre todo la relación entre ambos fue una preocupación temprana de Heidegger. *El concepto de tiempo en la ciencia histórica* es un texto que se remonta a julio de 1915 y que constituyó la prueba de capacitación docente que realizó entonces en la Facultad de Filosofía de la Universidad de Friburgo, texto publicado inmediatamente como artículo al año siguiente en la *Zeitschrift für Philosophie und philosophische Kritik* (2). Un joven Heidegger, muy fenomenológico, se ocupa con especial claridad de una cuestión historiográfica fundamental: la singularidad del concepto de tiempo propio de la ciencia histórica y de cómo éste sería un elemento constitutivo de la misma, determinante, concluye, de su peculiar carácter y de su originalidad frente a otras ciencias. Años después, ya en la cercanía cronológica de *Ser y tiempo* (1927) — se la considera una anticipación de éste —, pronuncia en la Sociedad Teológica de Marburgo, en julio de 1924, su conocida conferencia *El concepto de tiempo* (3). Ahí volverá a insistir acerca de la necesidad de una noción propia de tiempo para la Historia, a partir de reconocer el dominio o la fuerza del presente para establecer tanto qué debe entenderse por pasado (que es el territorio de la Historia) como por futuro: « De esta manera, el tiempo — nos dice — ya es interpretado como ya-no-más-presente y el futuro como un indeterminado todavía-no-presente: el pasado es irreversible, el futuro indeterminado ». De todo ello, concluirá la necesidad de reconocer al pasado su propio presente (es decir, que la Historia se dote de su propio concepto de tiempo).

2. Bastante de todo esto, de la evidente dificultad para establecer la temporalidad de la Historia (pero también de la importancia general del tiempo para el Derecho), pensamos que resuena en el planteamiento

---

(1) Véase el capítulo *La presencia de Heidegger*, en G. Steiner, *Heidegger*, México, FCE, 1999^2, pp. 219-261.

(2) M. Heidegger, *El concepto de tiempo*, Madrid, Trotta, 2011^5.

(3) El texto de la conferencia se recoge en M. Heidegger, *Tiempo e Historia*, Madrid, Trotta, 2020^2, pp. 13-38.

general de *Tiempos de la Historia, tiempos del Derecho*, la obra colectiva dirigida por Javier Fernández Sebastián y Javier Tajadura Tejada a la que dedicamos esta recensión. Ellos mismos se encargan de explicitar en el texto de consideraciones preliminares con el que, a modo de introducción, se abre el libro como es justamente esa preocupación intelectual la que los ha reunido, a ellos y a los otros cuatro autores, en un equipo multidisciplinar (o « transdisciplinar », como lo califican), que es otra, como luego subrayaremos, de las aportaciones que contiene. La reflexión acerca del tiempo que proponen es en cierto modo la misma que encontramos en Heidegger y en otros autores — al fin y al cabo, el tiempo ha sido y continúa siendo una de esas grandes cuestiones, presente en diversas disciplinas intelectuales o académicas — pero renovada en su problematicidad por algunos rasgos contemporáneos o circunstancias actuales que ellos describen como procesos de dislocamiento temporal o de hiperaceleración (que resultan en su opinión especialmente preocupantes por lo que suponen de erosión de las instituciones, con un claro socavamiento de su legitimidad). En efecto, si algo caracteriza a nuestra modernidad tardía es esa extraordinaria aceleración temporal que afecta a todo y a todos, desde la vida de los individuos hasta los sistemas políticos, sometidos al estrés y al vértigo de una crisis permanente. En definitiva, vienen a plantear, a la vista de todo ello, la necesidad de repensar el concepto de tiempo tanto en la Historia como en el Derecho, partiendo de las evidentes conexiones (lógicas, metodológicas y de otro tipo) existentes entre ambas disciplinas. Como señalan, recurriendo a Hamlet, el tiempo vuelve a estar fuera de quicio y eso justifica que historiadores y juristas enfrenten juntos, como sucede en este libro, en qué medida ello puede afectarles.

Como también apuntan con acierto, ello se ve favorecido por el hecho de que unos y otros, historiadores y juristas, compartan una misma infraestructura epistémica e incluso deontológica. En este sentido, subrayan como algunas nociones fundamentales y cualidades originarias del Derecho, como el valor de la imparcialidad, o conceptos acuñados en el Derecho romano-canónico, como hecho (*factum*) o proceso (*processus*), han terminado por extenderse hasta ser adoptados, entre otras disciplinas, por la Historia. Por supuesto, en la línea heideggeriana apuntada, parten con el convencimiento (incontestable, añadiría) de que el tiempo, la dimensión temporal, es un elemento inherente al Derecho. Tal y como destacano, inspirándose en Husserl y sobre todo en Caroni — al que recurren convenientemente con asiduidad —, no se trata de un mero acompañamiento o de un elemento que sirva sólo para enmarcar al Derecho, sino que configura la estructura que nos permite concebirlo como tal. De ello se deduce, de modo inmediato, la evidente historicidad del Derecho, esto es, que éste, el del pasado pero también el vigente, no pueda explicarse sin hacer referencia a la Historia. Esta consideración, la de la esencial temporalidad e historicidad del Derecho, que surge a partir de la segunda mitad del

siglo XIX, es la que les lleva a concluir, en línea con Koselleck, que el Derecho no tiene Historia, sino que la contiene; o, expresado de otro modo, que tiene Historia porque es Historia. De ahí a entender que el Derecho es un producto de la sociedad, es decir, algo determinado por un determinado contexto social hay sólo un paso que el jurista debe dar incorporando la Historia a su aproximación a las normas vigentes (y a los otros productos u objetos jurídicos). De nuevo apoyándose en Caroni, no dudan en proclamar que todos los juristas deben ser historiadores del Derecho.

Las consideraciones preliminares que realizan los directores de la obra son especialmente valiosas por lo que se viene indicando. Con todo, resultan en algún momento un tanto abigarradas y hasta, si se nos permite, embarulladas. En determinados pasajes, el texto puede decirse que acusa la coautoría, lo que debe evitarse a toda costa en una elaboración a cuatro manos como sucede en este caso. Es como si trataran de meter muchas cosas en poco espacio, de decirlo todo, de no dejar nada fuera por lo que se refiere a la relación entre Historia y Derecho, siempre en torno al tiempo. Así, se ocupan en esta introducción, de manera como decimos no siempre ordenada, de las concomitancias metodológicas entre el trabajo del historiador y el del jurista pero también de sus profundas diferencias, apreciables sobre todo en el punto de llegada, en el resultado final de sus respectivas tareas. Ello les lleva a abordar, como una derivada de los anterior, de esa proximidad metodológica, otro par de cuestiones que, a estas alturas, pueden considerarse clásicas en este ámbito. De un lado, la relación entre el juez (exponente primero del jurista-historiador) y el historiador — tópico con ocasión del cual hacen desfilar por el texto a los previsibles e imprescindibles Calamandrei, Ricoeur y Ginzburg —; de otro, de la mano de este par funcional, se refieren a las diferencias entre la verdad judicial (que califican de formal y relativa, pero definitiva) y la verdad histórica (material y provisional). En cierto modo, algunas de estas cuestiones son un anticipo de lo que luego vuelve a tratar en extenso el propio Fernández Sebastián en su contribución particular al volumen, como capítulo III: *Pasado irreversible, pasado irrevocable. De anacronismos, crímenes, memoria y olvido*, a la que luego nos referiremos. Como digo, el texto de consideraciones preliminares es más que meritorio y va desde luego más allá de lo meramente introductorio, aunque resulte, por momentos, un tanto agotador por su incontenido afán por decirlo todo y porque nada de lo que interesa quede sin referir.

3. A pesar de ello (o precisamente por este motivo, por esa vocación de la introducción a tratarlo o apuntarlo todo sobre el tema), sí se echa de menos una cierta consideración específica de cómo la cuestión de la temporalidad y el cambio de paradigma que estamos viviendo haya podido afectar (esté afectando) específicamente a la

Historia del Derecho. No puede calificarse de carencia — sería a todas luces injusto — ya que se trata de algo que nos habría *gustado* encontrar en un texto, en un libro que aborda la cuestión del tiempo para la Historia y el Derecho. Que lo echemos de menos es por supuesto algo atribuible al puro gusto, a un interés personal si se quiere, aunque, eso sí, desde el convencimiento de que tal vez alguna peculiaridad o especificidad puede tener la cuestión en el ámbito histórico-jurídico. Al fin y al cabo, como antes se recordaba, la Historia del Derecho surge junto con otras de las llamadas Historias especiales en los siglos XVIII y XIX, como han estudiado bien los padres de la *Begriffsgeschichte*, en particular Otto Brunner. Éste señalaba que estas Historias especiales, entre ellas la del Derecho, contra lo que puede creerse, no habrían surgido de una supuestamente omnímoda Historia de la cultura, sino que su irrupción habría sido dispersa y dispar, en distintos momentos y con unos objetivos diferentes de los de la Historia propiamente dicha. Como señalaba Brunner (citado por Pasamar y Ceamanos (4)), mientras que esta última tiene como empeño el ser humano, tanto individualmente considerado como en sus diversas formas de socialización, el objetivo primario de las Historias especiales no es precisamente el hombre o los grupos humanos sino sus obras. Es evidente, creemos, que el cambio en la percepción y la consideración del factor tiempo estaría afectando significativamente también a la Historia que tiene por objeto el Derecho.

Con todo, aunque este libro no aborde directamente la cuestión de la temporalidad en o para la Historia del Derecho — no lo hace en la introducción como acaba de señalarse, ni en ninguno de los seis capítulos que lo componen, ni tampoco ninguno de los autores está adscrito académicamente a esta disciplina —, no deja de parecernos un libro de más que recomendable lectura para los que se dedican a ésta, al menos para aquellos que pretendan tomar algo de consciencia de su propio oficio. Es un libro valioso por el asunto principal que aborda y que, no se trata de eso, no resuelve, pero sobre todo por la propuesta que hace de cómo, historiadores y juristas, deben enfrentar sus respectivas tareas ante la nueva concepción del tiempo con la que se enfrentan. Por obvias y evidentes razones, lo que se sugiere, lo que se propone en el libro, es perfectamente aplicable, con las correspondientes adaptaciones y adecuaciones, a los historiadores del Derecho. Nos parece, por ello, especialmente aconsejable para quienes de entre estos, como decíamos, practican una Historia del Derecho consciente, es decir, con pleno sentido de lo que se traen entre manos o, si se prefiere, para aquellos que resultan metodológicamente reflexivos, dispuestos a elaborar (y a contar con) una historiografía jurídica — algo desde luego tan

(4) Véase G. PASAMAR, R. CEAMANOS, *Historiografía, Historia contemporánea e Historia del presente*, Madrid, Editorial Síntesis, 2020, p. 31.

poco habitual entre los historiadores del Derecho españoles, bastante ayunos de auto-plantearse la filosofía de su disciplina o el desempeño de su propio oficio (5). Por supuesto, se trata de un libro que raramente interesará a los meros acarreadores de fuentes, a los coleccionistas de anécdotas aisladas y a los que escrutan el pasado jurídico como una suerte de coto cerrado, sin prestar la debida atención al contexto social, económico, cultural y político en el que el Derecho se desenvuelve. Por supuesto, esta lectura que proponemos, de provecho para los historiadores del Derecho, puede tener diversas intensidades en la medida en que todos los capítulos del libro cabe que no sean, es evidente, igualmente interesantes a estos efectos. Aun así, y ya lo adelantábamos, la propia concepción interdisciplinar del equipo que elabora la obra, al frente del cual se sitúan un profesor de Historia del pensamiento político y otro de Derecho constitucional, a los que se añaden otros académicos de distintos campos (un profesor de filosofía, dos constitucionalistas más y un investigador en el campo de la Ciencia Política), es en sí misma un mensaje sobre lo que puede denominarse la opción multidisciplinar (como ahora diremos, algo presente constitutivamente en la Historia de los conceptos y sobre todo en la trayectoria y la obra de Reinhart Koselleck).

En la línea indicada de subrayar qué contribución puede ser especialmente útil para los historiadores del Derecho, nos atreveríamos a señalar como tal la que se contiene en el capítulo IV con el título *Historia conceptual y temporalidad en el Derecho y la política: una cuestión filosófica desde Kant y Fichte al trasluz de Reinhart Koselleck*, de la que es autor Faustino Oncina Coves. Se trata (con permiso del propio Fernández Sebastián y de Antonio Gómez Ramos), creemos, del principal koselleckiano con el que contamos en nuestro país, alguien que une además a su condición de catedrático de Filosofía en la Universidad de Valencia un especial interés por la Historia del Derecho (no en vano ha sido investigador invitado en el Instituto Max-Planck de Historia del Derecho Europeo de Frankfurt). Un interés por lo jurídico que desde luego no puede sorprender en un fiel seguidor de Koselleck. Del trabajo que nos entrega — màs allà sin duda de su aportación a la cuestión de la temporalidad del Derecho y a cómo le afecta la aceleración que

(5) Como una feliz excepción a lo que acaba de afirmarse ha de computarse el volumen colectivo *Maneras de construir la Historia. La filosofía de los Historiadores del Derecho*, José María Pérez Collados (ed.), Madrid, Marcial Pons, 2020, que desde luego merece una mayor consideración que la que nos parece ha tenido. El libro en sí mismo ya es digno de aprecio y lo son también algunas de las contribuciones que se recogen en él, como las de Álvarez Cora (*La definición de la Historia jurídica*), Martínez Álvarez (*¿Hay una filosofía de/para la Historia del Derecho? Algunas reflexiones históricas [y ninguna propuesta concreta]*) o Ramis Barceló (*Sobre la filosofía de la Historia del Derecho en el siglo XXI*).

estamos experimentando — nos interesa lo que llamaremos la « propuesta koselleckiana » para la Historia del Derecho. En efecto, Oncina relata bien como Koselleck, desde el planteamiento interdisciplinar que le es característico y que practicó a lo largo de toda su vida intelectual, dedicó una especial atención al Derecho, al punto de haber propugnado la integración de la Historia jurídica en los planes docentes de la Historia general, algo que pretendió incluso que se materializara arquitectónicamente, en la misma disposición de los edificios departamentales de la nueva Universidad de Bielefeld, a cuyo comité fundador perteneció. Con independencia de estas aspiraciones organizativas, finalmente no realizadas, siguió abogando — y esto es lo que nos interesa especialmente — por la interdisciplinariedad como el mejor modo de aproximarse al Derecho, incluida por supuesto la Historia que se ocupa especialmente de éste. De ello, y de otras cuestiones, como nos recuerda Oncina, se ocupó Koselleck en la conferencia *Historia, Derecho y Justicia* (6), pronunciada en 1986 en el marco del congreso de los historiadores del Derecho alemanes (como es conocido, fue este un año complicado desde el punto de vista historiográfico, el de la *Historikerstreit*, en la que, en torno al revisionismo, contendieron principalmente, comandando los respectivos bandos, Ernst Nolte y Jürgen Habermas).

Este texto, que nos parece tan importante y recomendable, tiene el valor de quien inteligentemente observa desde fuera y con distancia, sin prejuicios ni condicionamientos. Por supuesto, Koselleck fija su posición sobre la dimensión temporal del Derecho, determinada por una mayor estabilidad de los fenómenos u objetos jurídicos, de lo que se deriva que la Historia del Derecho transcurra, en su opinión, más lentamente que, por ejemplo, la Historia política en la que la velocidad de transformación, debida a una más rápida sucesión de acontecimientos, resulta evidente. Pero, sobre todo, Koselleck tiene clara la incardinación de la Historia del Derecho en la Historia general, en la Historia política, en la socioeconómica y en la cultural. Las líneas de separación de aquella respecto de éstas podrán ser más o menos rígidas o elásticas en función de los específicos temas o contenidos que se aborden. Así, habla de aquellos « genuinamente jurídicos » que pueden necesitar en menor medida apoyarse en otras disciplinas afines, como las recién mencionadas, a las que pueden añadirse la Historia de la religión, de la lengua o de la literatura. Ello, y lo señala también Koselleck, tiene el valor añadido de redimensionar la Historia jurídica respecto de estas otras Historias, en el sentido de que no es sólo aquella la dependiente, sino que también éstas la necesitan (su conclusión a este respecto es clara y rotunda: « la Historia del Derecho es una condición necesaria

(6) El texto de la conferencia está recogido en R. KOSELLECK, *Modernidad, culto a la muerte y memoria nacional*, edición e introducción de Faustino Oncina, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2011, pp. 19-38.

pero no suficiente de la Historia general »). En definitiva, y ésta sería su propuesta, estaría abogando por una Historia del Derecho interdisciplinar, abierta y no clausurada en sí misma, dispuesta a ocuparse de la parcela que le toca (de lo jurídico) sin que ello suponga su aislamiento respecto de otras disciplinas.

4. Aunque pueda parecer exagerado, sólo por dar noticia de lo que hemos denominado (con toda probabilidad también de forma exagerada) la « propuesta koselleckiana » ya merece la pena este libro. Pero quedarnos sólo con esto sería además no hacerle justicia, incurriendo en una apreciación muy parcial (en un sentido literal, justamente por estar basada en un interés muy personal). Sería injusto, como decimos, no reconocer el indudable valor (en general y en particular alguno concreto) que tienen también los otros trabajos incluidos en el volumen. Como se reconoce en el texto introductorio, todos los autores comparten el gusto por la Historia de los conceptos así como la preocupación por la cuestión temporal para la Historia y el Derecho (y por las evidentes transformaciones que está experimentado). A partir de esta base común, cada uno entrega su respectiva contribución en la que por supuesto se refleja su adscripción académica y sus intereses concretos.

El texto de Fernández Sebastián — que en los últimos tiempos ha publicado algunos importantes trabajos en su línea de fidelidad koselleckiana (7) —, que ya ha sido citado antes y que constituye el capítulo III del libro, es en cierto modo, como también se señalaba, una continuación (y una profundización) de algunos de los temas abordados (quizás demasiados) en las consideraciones preliminares, siempre a partir de las evidentes similitudes, conceptuales y metodológicas, existentes ente la Historia y el Derecho. Si algo se añade de significativo respecto de la introducción es toda la parte que dedica al protagonismo de las víctimas y sobre todo a la cuestión de la memoria, en particular, en su relación, no siempre fácil, con la Historia, que en el caso español ha generado (o degenerado) en la llamada memoria histórica. No oculta desde luego su posición crítica respecto de ésta y a como se ha convertido en su opinión, antes que nada, en un instrumento para la agitación política. Precisamente, en este punto aflora un tono que va más allá de la crítica y que puede calificarse de militante, sin querer decir con ello que el autor lo haga, que milite en ningún partido o facción concreta; más bien, lo que queda claro es aquello que no le

(7) Véase *Historia conceptual en el Atlántico Ibérico: lenguajes, tiempos, revoluciones*, Madrid, FCE España, 2021, y el volumen colectivo, codirigido con F. Oncina, *Metafóricas espacio-temporales para la Historia: Enfoques teóricos e historiográficos*, Valencia, Pre-Textos, 2021.

gusta (contra lo que milita) del presente intelectual y sobre todo político español (entre otras cosas, la utilización interesadamente política de la memoria). Más allá de la coincidencia personal que podamos tener con alguna de estas opiniones militantes de Fernández Sebastián — que la tenemos —, es cierto que la expresión de las mismas puede llegar a perjudicar al texto, por resultar un tanto extravagantes y hasta fuera de lugar. Seguramente, en su descargo, se puede invocar con razón que asume la responsabilidad del intelectual y del académico que no debe permanecer en su torre oteando la realidad sin inmiscuirse ni mancharse. El problema, nos parece, es que se termina incurriendo en el mismo o muy similar defecto que se denuncia en otros, lo cual resulta cuando menos un poco desconcertante por contradictorio.

Los autores de los capítulos I, II, y VI comparten, además de todo lo ya reseñado, su condición de profesores de Derecho constitucional. En casi todos ellos también, en mayor o menor medida, se usa puntualmente ese tono crítico sobre nuestro presente político apenas aludido. Así, el interesante trabajo de Ignacio Fernández Sarasola *Orígenes doctrinales de la « constitución generacional »* (capítulo II) termina siendo más bien un texto contra los que ahora en España, desde hace unos pocos años, utilizan el argumento generacional para impugnar la Constitución de 1978. Seguramente, como apunta bien este constitucionalista, el problema sea el propio concepto de constitución generacional ya que condena a ésta, por el solo transcurso del tiempo, a una segura inoperatividad (con independencia de que, en la concreta crítica a la nuestra, haya mucho del insoportable adanismo y de la ignorancia que caracteriza a bastantes de los nuevos políticos españoles).

Por su parte, el capítulo VI, *Derecho nuevo vs. Derecho viejo: la sucesión de normas en el tiempo y el problema de la retroactividad*, que firma Javier Tajadura, es un excelente trabajo en el que aborda una cuestión clásica (y genuinamente temporal): la de la sucesión de las normas en el tiempo y la de si cabe la aplicación al pasado de las que se promulgan hoy, es decir, la retroactividad, una cuestión cuya solución debe ofrecerse desde el Derecho positivo. Obviamente, aunque se hable con carácter general de sucesión de normas en el tiempo, como Tajadura deja claro, de lo que se trata es de la ley, es decir, de un problema que se plantea en el ámbito de la llamada cultura de la legalidad, surgida a partir de la Revolución Francesa. Es así algo propio del Estado de Derecho con constitución liberal, esto es, con ley. Ésta tiene, a partir de entonces, toda la fuerza que le proporciona su carácter soberano y de ella puede plantearse su aplicación al pasado desde las premisas de la seguridad jurídica y el respeto a los derechos adquiridos. El texto resultante es un magnífico ejercicio de Historia conceptual (el concepto sería la retroactividad) pero también de uso de la Historia por parte del jurista. En definitiva, un exponente acabado de esa interdisciplinariedad entre Historia y Derecho por la que se aboga continua y tácitamente en este libro. Y es también, por supuesto, un excelente

texto de Historia del Derecho, eso sí, realizado por un constitucionalista. Al fin y al cabo, esto último reitera uno de los mensajes que pueden extraerse del libro en su conjunto, en la idea de saltarse (por empobrecedora) la compartimentación administrativa con la que suele operarse en el ámbito académico. Así, debe reiterarse, un constitucionalista realiza un ejercicio de *longue durée* en el que, al hilo de la cuestión de la retroactividad, de como, en suma, el Derecho puede aplicarse (cambiándolo o alterándolo) al pasado, se hace desfilar a Federico II y las Constituciones de Melfi, Alfonso X El Sabio, las monarquías absolutas, la Revolución Francesa o el alumbramiento del Estado de Derecho. Y es que la excelencia historiográfico-jurídica, frente a lo que piensan muchos, y como acredita sobradamente este trabajo, consiste también en esto: en encajar en el presente hechos del pasado, conocidos y sobradamente estudiados, por medio de los conceptos que permiten abarcar (por sí mismos) el tiempo transcurrido.

En este registro histórico-conceptualista hay que inscribir también el tercer trabajo elaborado por un constitucionalista, el capítulo I *Tiempo y constitución: conceptos y metodología*, del que es autor Josu de Miguel Barcena. Aunque le pueden sobrar por reiterativas, en nuestra opinión, algunas de las páginas iniciales, el autor realiza un notable esfuerzo para presentar la relación entre tiempo y constitución (enmarcada por supuesto en el contexto general de la relación entre tiempo y Derecho), haciéndolo además con esa exhaustividad (consistente en un claro propósito por abordarlo *todo*) que ya hemos visto que está presente en la práctica totalidad de los trabajos que componen el libro.

Finalmente, estaría el capítulo V *Una república contra el tiempo: los tres conceptos prefederalistas de constitución americana*, del que es autor Marcos Reguera Mateo, investigador que se mueve, académicamente hablando, en un territorio a caballo entre la ciencia política y la Historia (fundamentalmente del constitucionalismo, nos parece). El trabajo sería doblemente koselleckiano: presenta el momento fundacional de Estados Unidos, en el contexto del *Sattelzeit* de Koselleck, precisamente desde la dimensión temporal, en concreto analizando como ésta opera en el constitucionalismo americano. Logra con mucho mérito en pocas páginas sintetizar muy bien los tres conceptos de constitución que se manejaron en el momento de la independencia y la revolución americana. Su conclusión es que precisamente el modo de enfrentar el tiempo histórico, de integrarlo de alguna manera, es una de las claves para entender la constitución de Estados Unidos y sobre todo para explicar su pervivencia en el tiempo.

5. Decíamos al principio que este libro tiene un evidente aire heideggeriano por tratar sobre el tiempo. De lo que no cabe duda es que constituye un homenaje a Koselleck y a su pensamiento: genuinamente suyo es el tema (el del tiempo como elemento constitutivo de la

Historia) que desencadena o da origen al libro y también, como hemos visto, su modo de hacer Historia está presente en buena parte de los trabajos que lo componen. Somos de los convencidos de que la Historia como disciplina intelectual y académica (la *Historie* que Koselleck diferenciaba de la *Geschichte*, para entendernos) debe gran parte de su importancia a la capacidad de haber generado una filosofía (la de la Historia) y una teoría (la historiografía) propias, materializadas en un importante corpus bibliográfico, que difícilmente tiene parangón en otras disciplinas. Este volumen hay que inscribirlo por mérito propio en dicho corpus, al ocuparse de la temporalidad en la Historia y en el Derecho, partiendo justamente del planteamiento de Koselleck. Aunque la obra de éste es bastante conocida entre nosotros, quizá no lo sea tanto entre los historiadores del Derecho, tan poco inquietos en general, como decíamos desde el punto de vista historiográfico, tan poco dados a la reflexión teórica (si hacemos caso a Joubert, siempre agudo, algo que resulta preocupante en la medida en que « Quien no se haya observado a sí mismo lleva consigo una experiencia que ignora »). Sirva este libro de llamada de atención sobre un autor que tiene, sin duda, mucho que aportar a lo que estos hacen cotidianamente midiéndose con la Historia y el Derecho.

CÉSAR HORNERO MÉNDEZ

Discussioni

Discussione su
PAOLO GROSSI, *Il diritto civile in Italia fra Moderno e postmoderno (dal monismo legalistico al pluralismo giuridico)*, Milano, Giuffrè Lefebvre, 2021.

NATALINO IRTI

LETTERA A PAOLO GROSSI

Caro Paolo,

i tuoi allievi Paolo Cappellini e Giovanni Cazzetta mi hanno amabilmente intimato di scrivere una 'pagina introduttiva'. Preferisco una semplice lettera, che, nella sua racchiusa sobrietà, meglio nasconda e custodisca qualche abbandono dell'animo.

Quando nel pomeriggio del 3 dicembre si era nella sala di 'Villa Ruspoli', il mio sguardo si sviò (non me ne vogliano gli ottimi commentatori del libro) oltre le ampie vetrate, posandosi su un gracile parco, ombroso di foglie e colori autunnali.

E dentro mi nacque l'interrogativo se il parco conferisse forma agli alberi e li stringesse in unità, o se quegli arbusti stessero diritti e saldi nella loro pluralità. Ed anche pensai, stretto dalle immagini e curioso di arditi raffronti, come la domanda cogliesse la diversità dei nostri sguardi sul mondo. Il tuo, volto alla nativa varietà e pluralità delle cose; il mio, all'unità. L'unità, che, non elargita né dalla natura né da potenze ultraterrene, l'uomo da solo costruisce e demolisce nel corso del tempo, senza sosta e senza meta.

Ma poi, richiamato dalle voci di sala, tornai a vederci nelle nostre esistenze, con gli sguardi diversi e insieme vicini, con gli animi che ignorano il disaccordo e si riconoscono nelle ore liete e dolorose della vita.

Un saluto denso di memoria e un augurio affettuoso

Natalino

CARMELITA CAMARDI

LA SCIENZA DEL DIRITTO CIVILE NELL'OTTICA DEL PLURALISMO. NOTE BREVI

1. Pluralismo e storia del pensiero giuridico, nel Laboratorio fiorentino. — 2. Pluralismo e oggetto della ricerca civilistica. — 3. Pluralismo e metodo della ricerca civilistica. — 4. Articolazioni di metodo. Il « nuovo ». — 5. La comparazione. — 6. Rottura del positivismo. — 7. Metodo civilistico e valori della Costituzione. — 8. Figure. — 9. Pluralismo e *contemporaneità* del civilista.

1. *Pluralismo e storia del pensiero giuridico, nel Laboratorio fiorentino.*

Mi sono chiesta, nel momento nel quale ho iniziato a comporre queste note di presentazione del volume di Paolo Grossi, quale potesse essere un punto di partenza appropriato per restituire agli ascoltatori un'ipotesi non inattendibile delle scelte dei Civilisti presentati in questa ideale passerella, per essere definiti come *monisti* o *pluralisti.* Scelte che evidentemente non possono essere casuali, così come non casuale immagino che sia stata la selezione delle opere di ciascuno degli Autori menzionati, in ragione delle quali effettuare quella definizione. Mi son chiesta ad esempio, la ragione per la quale Stefano Rodotà viene più volte citato per la sua attenzione alle clausole generali o per i suoi primi studi prettamente di diritto civile (su proprietà contratto e responsabilità), piuttosto che per quelli svolti in età più matura e dedicati alla coppia diritti e tecnologia. In questi ultimi, infatti, le note di plauso sulla sentenza Englaro sembrano realizzare nel modo più compiuto quella sensibilità al pluralismo delle fonti, interne ed esterne, formali e informali, che nel volume di Grossi è più volte valorizzata (e non come mera formula astratta).

Ora, guardando all'opera dall'alto, non si può prescindere dal fatto che il libro di cui discutiamo sia il n. 124 della Biblioteca « Per la storia del pensiero giuridico moderno », e nemmeno dal fatto — che l'Autore stesso racconta — che si sarebbe dovuto trattare non di un libro, bensì di un contributo al *Quaderno fiorentino* monografico del 2021, n. 50, poi divenuto esuberante rispetto alle ragionevoli dimensioni di un articolo su Rivista e perciò trasformato in opera monografica. E non si può prescindere da questi dati, se si guardano poi gli indici del Volume e del Quaderno, perché in essi il tema del pluralismo ritorna prepotentemente ad imporsi all'attenzione del giurista, e vi torna come chiave di lettura di un secolo di cultura civilistica, e non solo!

E così, ciò che ci troviamo di fronte oggi non è solo un libro, ma un frammento non secondario di un'operazione culturale complessa. Ciò che invero rende più gravoso l'onere di chi deve discuterne, ma al contempo ne valorizza i contenuti quale parte — anch'essi — di questa operazione culturale, regalando una serie di benefici.

In primo luogo, perché leggere e discutere questo libro significa avere ingresso nel Laboratorio fiorentino di Paolo Grossi, strutturato come perenne occasione di dialogo *con* e *fra* i giuristi, nel nome dell'unità della scienza giuridica. E l'accesso a questo *stile* non è mai fine a se stesso, quanto piuttosto conferisce — a chi ne ha la disponibilità mentale — l'occasione per stabilire una condivisione di pensiero, un confronto, e una coralità: elementi tutti idonei a generare un certo modo « dialogico » di interpretare, cioè di svolgere il magistero del giurista.

C'è poi un secondo beneficio, perché il respiro dell'atmosfera storica da parte del giurista positivo gli consente di apprezzare quel *continuo* e *discontinuo* proprio dell'esperienza sociale e giuridica che permette di mettere a fuoco in concreto il problema che il « caso » pone all'interprete, al di là delle operazioni classificatorie con le quali talvolta comodamente ci si avvicina all'oggetto del caso.

Ed infine il terzo beneficio, perché il tema oggetto di questi ultimi prodotti del Laboratorio fiorentino è il *pluralismo*, un tema non solo caro a Paolo Grossi e al *Progetto di una storia del pensiero giuridico moderno*, ma anche cruciale nel paesaggio giuridico contemporaneo, perché capace di atteggiarsi come duplice chiave di lettura dell'esperienza giuridica, e per ciascuna di queste chiavi di lettura capace di sviluppare ulteriori chiavi di comprensione. Dunque, una sorta di *pluralità semantica del pluralismo giuridico*.

Spiegherò fra un istante cosa intendo dire, non prima di aver ricordato — a mo' di preliminare atto dovuto — ciò che il nostro Autore chiarisce nell'esordio del volume, e cioè che non è suo intento dare un generico contributo alla storia della letteratura civilistica, quanto piuttosto scoprire *in che modo i civilisti si pongono di fronte al problema delle fonti del diritto*, dal moderno al posmoderno; e ciò attraverso due parole chiave: il *monismo* (quale pretesa del monopolio dello Stato nella intiera esperienza giuridica), e il *pluralismo* (quale riconoscimento della pluralità di assetti ordinativi, alla luce del nesso inscindibile fra diritto e società, e valorizzazione conseguente *anche* delle fonti non formali, dalla dottrina alla giurisprudenza).

Posso così tornare a quella pluralità semantica del pluralismo giuridico, che mi pare — in verità — di poter leggere tra le righe e le pagine del volume di Paolo Grossi. E qui comincia il mio discorso.

2. *Pluralismo e oggetto della ricerca civilistica.*

Intanto il pluralismo è chiave di lettura contestualmente di ciò che la scienza giuridica assume ad *oggetto* delle sue ricerche, e del *modo in cui si pone* di fronte a tale oggetto.

Soffermandoci un istante sul profilo relativo all'oggetto della ricerca civilistica, esso non è mai indifferente o irrilevante, ma contribuisce a delineare lo statuto epistemologico del civilista e della sua « scienza », laddove il diritto civile è connotato — prima ancora che da un certo tratto metodologico — da un oggetto che altre discipline non hanno: e cioè il Codice civile. Una legge alla quale — diversamente che ad altre — si vuole riconoscere un tratto ontologico che fa la differenza, e cioè l'attitudine a perimetrare le relazioni di diritto privato ed a farlo con il tratto della *sistematicità*.

Ora, in ragione di ciò perfino la scelta dell'oggetto normativo da indagare può evidenziare un atteggiamento monistico o pluralistico, e proprio nel senso che Grossi esplicita nelle premesse del suo libro, come atteggiamento di chi consapevolmente o inconsapevolmente ascrive al diritto civile solo ambiti di problemi inclusi nel codice, ovvero anche altri. Ed ancora oggi, nel terzo decennio del XXI secolo si possono riscontrare nel panorama dottrinario civilistico alcune opzioni pregiudiziali su quello che deve o dovrebbe essere il campo di analisi del civilista che ricordano l'atteggiamento di Santoro Passarelli davanti alla realtà dell'impresa, una realtà considerata disarmonica — già nel nome — rispetto a quella restituita dagli altri libri del codice civile.

Vedo un atteggiamento di questo genere, ad esempio, nella posizione di chi ancora propone categorie, come quelle di « diritto primo » e « diritti secondi », per stabilire una linea di confine tendenzialmente invalicabile per il civilista (dal diritto primo ad un « secondo »), perfino quando palesemente istituti di un cosiddetto diritto secondo esibiscono meccanismi e congegni tratti dal codice e riadattati a più complesse realtà estranee alle dinamiche semplificate dei rapporti codicistici (mi riferisco — ad esempio — all'uso della cessione del credito nelle operazioni finanziarie connotate da meccanismi di cartolarizzazione: sono temi da civilista o no?).

Certo, l'organizzazione burocratica che è stata impressa al sapere scientifico gioca in tutto ciò un ruolo non secondario, avendo la divisione in settori scientifico-disciplinari determinato una serie di confinamenti e di vasi non comunicanti, per di più legati ai meccanismi del reclutamento, che a loro volta sono diventati causa di un confinamento dei saperi non sempre giustificabile, e spesso foriero di un monismo culturale che si vorrebbe garante di « purezza », e che invece finisce per generare nient'altro che incomprensione di ciò che si vorrebbe proteggere.

Un argomento a riprova dei guadagni che il pluralismo culturale può attribuire alla civilistica si trae — a contrario — dalla rapida

osservazione degli esiti conseguiti all'approccio *sub specie iuris* al mondo dominato dalla tecnologia, dove a fatica gli istituti del diritto civile riescono a lambire modi e condizioni attraverso i quali gli attori di quel mondo si appropriano e distribuiscono risorse che nemmeno è facile classificare come quelle che il codice assume ad oggetto delle proprie norme. Ora, l'incursione in questo mondo, pionieristicamente iniziata da Rodotà, e proseguita oggi da studiosi metodologicamente bene attrezzati, ha restituito una rigenerazione del diritto civile implementata proprio dal superamento del perimetro codicistico e dall'acquisizione di un metodo tipicamente combinatorio e di « bilanciamento », dove proprio la pluralità delle fonti normative da invocare è stata intesa come la precondizione della più corretta e ragionevole soluzione dei casi che la società digitale pone all'interprete (specie in punto di tutela dei diritti fondamentali).

3. *Pluralismo e metodo della ricerca civilistica.*

Ma andiamo adesso a quell'altro significato del pluralismo, quello che delinea l'approccio metodologico del civilista. Il quale, invero, si articola in modi non sempre scindibili l'uno dall'altro a seconda che il civilista abbia assunto ad oggetto di analisi materie comprese nel codice civile, ovvero materie e rapporti che ne stanno fuori, in quanto *fatti nuovi*, e sempre che tali fatti il civilista decida di considerare come propri.

Ecco, qui il pluralismo si ramifica — *more cibernetico* direi — in una pluralità di indirizzi e approcci che è forse possibile e spero interessante ricavare disarticolando in tal senso la crono-presentazione storica che Grossi ci offre dal moderno al posmoderno, lungo un percorso che corre dai primi anni del '900 ai nostri giorni. Una prospettiva che auspico non sia frutto di un fraintendimento.

Ma per disarticolare e poi riarticolare questo percorso (giustamente scandito anche su eventi che devono essere collocati nel loro tempo storico: la guerra, il dopoguerra, le rivoluzioni industriali), occorre un punto di partenza convenzionale che renda attendibile, e non arbitrario, il percorso riflessivo che propongo.

Credo e spero di non sbagliare se individuo questo punto di partenza in un elemento che è storico, ma anche metodologico, e che è la condizione di quel monismo contro il quale Grossi e la sua Scuola costruiscono quel loro progetto scientifico: un progetto che nel positivismo giuridico e nel monopolio statuale della legge vede il sacrificio del diritto, attraverso la mortificazione della coralità dell'esperienza giuridica e della sua attitudine alla creazione di regole.

Questo punto di partenza è la « codicolatria », non tanto il codice in sé, quanto la sua « ombra maestosa », che lo fa signoreggiare — ancora una volta — ben oltre i confini del suo corpo, facendo sì che il

diritto si identifichi nella Legge e pertanto nel monopolio statuale del diritto, unica fonte di produzione.

In tal senso si comprende la precisazione iniziale di Grossi già ricordata, circa la sua analisi della civilistica condotta attraverso il filtro del modo in cui il civilista si pone di fronte al problema delle fonti del diritto: se monista o pluralista.

Dunque, la « codicolatria » (in un mio studio l'avevo chiamata più semplicemente *malattia*). E però la *codicolatria* non è vuota mitizzazione della legge; è molto di più, è la base che regge lo statuto scientifico dominante del civilista tradizionale (alla Santoro per intenderci), identificandosi quasi senza residui in quella dogmatica che imbriglia il giurista più e prima di quanto non facciano le norme stesse del diritto positivo, allorché i dogmi sono usati per essere anteposti fra l'interprete e il caso, per far sì che il fatto trovi un ordine precostituito nel quale l'interprete, garante della stabilità del sistema, lo possa inserire. Una casella, un cassetto dell'armadio mediante il quale — attraverso l'astrattezza del caso normativo — si riduce e controlla l'irruenza e la complessità del fatto concreto, nel contempo assicurando la completezza dell'ordinamento (sicché ciò che la categoria non riconosce resta fuori dall'armadio, come efficacemente osserva Nicolò Lipari ricordando l'atteggiamento di Don Ferrante di fronte alla peste: non la conosco, dunque non esiste).

Sia ben chiaro che non si conduce da parte mia una guerra contro i concetti e la dogmatica in quanto tali; bensì solo contro la cattiva dogmatica, quella che cristallizza la realtà attraverso categorie astoriche non filtrate dalla verifica della capacità di comprendere i problemi che sarebbero deputati a risolvere (come Mengoni — lo vedremo tra poco — spiegherà nel suo imprescindibile contributo alla scienza del metodo).

È da qui allora che si può far partire il pluralismo: come antimonismo e perciò antidogmatismo, praticato attraverso itinerari non univoci, ma a loro volta plurali, ancorché non sempre riconducibili ad un atteggiamento di piena apertura verso il riconoscimento di fonti diverse dalla legge e dal codice.

Provo allora a decostruire e ricostruire in questa chiave alcuni di questi percorsi pluralisti — rievocando le parole di Grossi — a partire dalle reazioni al dogmatismo aprioristico che i civilisti hanno tenuto sul piano del metodo, e a partire dalle scelte di quanto può essere o meno oggetto dell'analisi civilistica. L'ordine che seguo non è — evidentemente — cronologico, né di importanza.

4. *Articolazioni di metodo. Il « nuovo ».*

Un primo esito della rottura antidogmatica è quello che affronta i fatti nuovi che — dotati di una potente forza propria — indeboliscono

e offuscano la purezza e la durezza del dogma. Il lavoro e l'impresa sono le prime realtà fattuali che irrompono nell'universo civilistico, l'uno perché veste l'individuo astratto dei suoi panni concreti e diseguali; l'altra perché oppone alla logica individualistica un fenomeno di organizzazione di un'attività che privilegia meccanismi aggregativi e consociativi e di fruizione di risorse economiche che a fatica si riportano negli schemi di disciplina del codice. Tanto che lo stesso codice ha dedicato un libro al tema del lavoro, che si apre con la disciplina del lavoro in senso stretto e prosegue con quella dell'impresa e delle società (e nel mezzo una elementare disciplina dei beni immateriali e della concorrenza ma non ancora in chiave di mercato).

Questa è la prima « resa dei conti », dice Grossi; e mentre Santoro e Ascoli mostrano tutta la loro riluttanza verso questi fatti, ben diversa è la reazione di Rosario Nicolò e originale la sua costruzione del diritto soggettivo d'impresa, peraltro esplicitamente inserita nel contesto di una « moderna dottrina del diritto civile » (ancorché pubblicata nella *Rivista di diritto commerciale*...!). E sebbene l'esito della teorica sfoci nella tradizionale figura del diritto soggettivo, restano da notare — ad oggi — innanzitutto il tentativo di superare la rigidità dei diritti reali, e soprattutto l'idea di presidiare il potere d'impresa dall'altrui interferenza grazie all'obbligo negativo di astensione imposto ai terzi dalla disciplina dei segni distintivi e da quella della concorrenza sleale: tutte fonti tradizionalmente escluse dal raggio analitico del civilista e delle sue figure.

Analogo discorso riguarda il fatto lavoro, percepito come estraneo all'area analitica del civilista, incapace di mettere a tema quelle manifestazioni collettive dell'autonomia privata che solo più avanti un genuino alfiere del pluralismo saprà recuperare ad una dimensione teorica compiuta. Questa incomprensione stride un po' con la circostanza per cui in una prima fase della sua esistenza il diritto del lavoro è stato appannaggio didattico dei civilisti, che ne hanno sviluppato l'aspetto individualistico del « contratto » prima di cedere integralmente la competenza scientifica della materia a studiosi bene attenti a diradare le loro frequentazioni e i legami con la civilistica.

In tal senso non è solo una nota di colore che uno dei primi maestri del diritto del lavoro sia stato un allievo di Santoro Passarelli, Mattia Persiani, e che Santoro — così si narra — lo considerasse con Peppino Benedetti uno dei suoi due « camerlenghi ».

5. *La comparazione.*

Un secondo esito della rottura antidogmatica trae pure origine dall'abbandono dell'esclusivo terreno civilistico e dall'intrapresa *dell'esperienza comparatistica*, un'esperienza che trova in Gino Gorla (ma

già in Ascarelli, che però merita un discorso a parte) un esempio di pluralismo metodologico che va sottolineata.

L'analisi comparatistica, infatti, produce ben più che il generico guadagno del cambiamento di orizzonte: è analisi storica; è analisi che relativizza gli assolutismi, primo fra tutti un certo riduzionismo e immobilismo giusnaturalistico; rende possibile, nel contatto con altri ordinamenti, sperimentare altri metodi, ad esempio quello casistico del *common law*, di per sé un antidoto non insignificante contro l'uso anchilosante dei concetti. In tal senso la comparazione « fa bene » al diritto civile, lo illumina e non ne comporta un distacco, ma semmai una provvida apertura che non toglie al civilista il suo abito speculativo. Ciò che invece è avvenuto nel divorzio fra civilisti e commercialisti o tra civilisti e lavoristi, i primi assorbiti dal progressivo tecnicizzarsi del diritto delle imprese, i secondi immersi in un conflitto di valori e di interessi troppo concreto per essere « civilistico » (tendenzialmente astratto e generale).

6. *Rottura del positivismo.*

Proseguiamo dunque verso percorsi di pluralismo più schietto, per dirla con il nostro Autore, a più ampio raggio e più ampia potenzialità di risultati.

Qui campeggiano maestri che vanno oltre il tempo storico del loro magistero e la specificità delle connotazioni che il tempo storico ha loro consegnato. Ascarelli, Betti, Mengoni e Benedetti, che cito insieme non certo per una improbabile assimilazione del loro pensiero, ma perché con loro si assiste alla emersione della « coscienza del metodo », una incisione profonda della dogmatica nel cuore della sua stessa ragion d'essere come strumento analitico. Ciò avviene attraverso frequentazioni filosofiche (talvolta comuni: Gadamer, a volte no), alle quali quei Maestri affidano la piena modernizzazione dell'analisi civilistica, senza cedere ma anzi preservando l'autonomia del metodo giuridico e lo statuto epistemologico della scienza giuridica nella sua funzione sociale.

Tullio Ascarelli, forse il più ardito, libera la norma dalla prigione del testo e attraverso la sua personalissima elaborazione dei « concetti » — come strumenti che operano la « ricostruzione tipologica della realtà in funzione normativa » — consegna all'interprete il compito di elaborare la norma — che non è mai un « dato » ma un « costruito » —; essendosi comunque preoccupato di fugare l'arbitrio di tale *inventio* attraverso il rifiuto dell'equità come regola del caso concreto, e la proposta di una teoria della *giustizia* intrisa di storicità, intesa come affermazione generalizzata di un principio *nuovo*.

Emilio Betti scuote la dogmatica attraverso la sua vocazione speculativa e l'attenzione agli orientamenti ermeneutici. Ciò che — nella sua copiosa produzione — trova un manifesto irripetibile nella

prolusione romana del '48 sulle *Categorie civilistiche dell'interpretazione* e nella polemichetta sul negozio giuridico. Nell'una l'affermazione decisa della *storicità del soggetto interpretante* genera « una inversione del processo creativo nel processo interpretativo ». Nell'altra, la dogmatica della volontà cede il posto alla riconfigurazione del negozio come strumento di relazioni sociali.

Giuseppe Benedetti, protagonista di una lenta ma definitiva conversione ermeneutica, che parte dal superamento colto del positivismo, per approdare — nel contesto di una autentica condizione esistenziale — alla fondazione di una scienza civilistica che accoglie la dimensione della complessità e del pluralismo come fertile terreno per sviluppare la *contemporaneità* quale giustizia storica del diritto, contro il nichilismo e il relativismo.

Un percorso analogo a quest'ultimo è poi quello di Vincenzo Scalisi.

Luigi Mengoni, infine, sottrae alla legge il monopolio della norma lasciandole solo una « prerogativa »; rinnova la dogmatica con la topica e con i valori costituzionali, inseriti in quel virtuoso circolo ermeneutico all'esito del quale la norma del caso sarà norma del diritto come anche — e in un senso non soggettivistico — norma dell'ordinamento morale.

7. *Metodo civilistico e valori della Costituzione.*

Certo, se assumiamo la Costituzione come paradigma e spartiacque di un approccio interpretativo che offre al civilista un sistema di fonti pluralistico, allora la linea metodologica della incisione dogmatica attraverso i valori si accresce, e include il meglio della scuola romana degli anni '70, da Stefano Rodotà a Nicolò Lipari (ai quali giustamente Grossi affianca anche Pietro Perlingieri), figure non omologhe ovviamente, ma accomunate da quella forma di pluralismo nutrito dal richiamo ai valori costituzionali come « norme » del sistema civilistico che a pieno titolo entrano nell'argomentazione del giurista; e implementato dalla storicità della ricostruzione del caso, dall'attenzione al « fatto », dalla valorizzazione dei diritti della persona come dimensione necessaria della costruzione della norma.

Ed è questo un approccio che favorisce — sempre su una lunghezza d'onda pluralista — l'inclusione nel percorso argomentativo del civilista, *arricchito dal sempre più frequente richiamo dei principi*, di un'altra fonte sempre più pervasiva: il diritto europeo. Una fonte strutturata di atti normativi di diversa efficacia, di Carte dei diritti, di una Corte, di una Commissione, con un'attività di produzione normativa e giurisprudenziale che sfida la più flessibile delle sistematiche e la più moderna dogmatica, introducendo nella strumentazione del civilista un parametro dagli esiti non sempre prevedibili: il principio dell'inter-

pretazione conforme, figlio di quella *primauté* del diritto europeo oggi così drammaticamente messo in discussione.

8. *Figure.*

Non voglio andare oltre nel riassegnare alle figure cui Grossi ha dato posto nel suo paesaggio una collocazione frutto di un riordino diverso, ma mi auguro non in contraddizione, se non per parlare di due ultime figure la cui singolarità vorrei invece sottolineare con un segno specifico di pluralismo.

Una è quella di Pietro Rescigno, il cui pluralismo si cimenta con la valorizzazione delle società intermedie, partiti e sindacati, soggetti privati produttori di un diritto — come quello dei contratti collettivi — che nel superare la dimensione prettamente individualistica delle relazioni sociali affida al diritto civile il compito di garantire — attraverso le formazioni sociali — le libertà della persona contro i poteri, nella più genuina interpretazione dell'art. 2 della Costituzione. Una saldatura tutta originale tra diritto e società, che coglie la dimensione normativa e politica del collettivo in un contesto che definitivamente abbandona la prospettiva pubblicistica e burocratica del precedente ordinamento, per valorizzare l'autonomia privata — fonte di regole — oltre i confini del contratto individuale.

L'altra figura è quella di Francesco Galgano, giurista senza steccati capace di trasformare la sua esperienza di contatto con il mondo degli affari in uno strumento teorico di conoscenza dell'ordinamento. Le cui fonti includerebbero la *lex mercatoria* e l'autonomia privata, le consuetudini e tutte quelle forme di diritto spontaneo *non statuale* alle quali non si poteva non riconoscere efficacia, al pari del diritto formale. Galgano era il giurista della globalizzazione e le sue formidabili intuizioni hanno restituito — dai tempi del progetto originario di Contratto e impresa — una visione pluralista non di maniera, ma di straordinaria consapevolezza pragmatica.

9. *Pluralismo e* contemporaneità *del civilista.*

E per chiudere torno all'incipit di queste riflessioni, al progetto culturale fiorentino come disegnato nel n. 50/2021 dei Quaderni e con il quale avverto una personale affinità.

Qui troviamo Pietro Costa (e lo cito per tutti), con la sua distinzione tra *pluralità* e *pluralismo*, cioè tra un dato dell'esperienza e un paradigma teorico, che rifiuta di pensare il « giuridico » esclusivamente dentro lo spazio della statualità. Una distinzione argomentata nella successiva descrizione del cosiddetto diritto coloniale (da parte di Gianluca Bascherini), come modello di diritto plurale, ma non plurali-

stico, che offre anzi legittimazione a politiche di controllo e discriminazione. E così via dicendo.

Ora, a partire da questa premessa, a me pare che l'intento di Paolo Grossi, sviluppato attraverso la sua coppia concettuale, sia quello di tracciare il profilo del civilista *non in astratto* (ché questo non sarebbe il frutto coerente dell'officina dello storico), ma del *civilista posmoderno*, quello che — volente o nolente — con il pluralismo deve confrontarsi, salvo che non scelga di chiudersi nella camera oscura di una certa rassicurante tradizione e privarsi così quasi del tutto dello sguardo sull'esterno.

Questo invero mi sembra si possa ricavare anche dall'ordine impresso dal nostro Autore alla confezione del paesaggio posmoderno. Ma vi è di più.

La passerella dei civilisti non è mera storia della letteratura. Sotto la specola dell'indagine sul modo in cui i civilisti si pongono di fronte al problema delle fonti, si delineano i tasselli di una *teoria dell'interpretazione come fonte*. Dell'affermarsi cioè di una teoria dell'interpretazione come attività di *creazione della norma del caso*, alternativa all'esegesi mera della norma quale tecnica che — immortalata nei cosiddetti commentari — restituisce un giurista inerte, e umiliato nella sua funzione di *inventio* dalla potenza del legislatore.

Sotto quella specola si intravede la sagoma della più recente versione dell'ermeneutica giuridica, applicata agli ordinamenti della posmodernità come ideale forma della loro conoscenza, come metodologia i cui strumenti appaiono particolarmente congeniali alle caratteristiche di un contesto pluralistico — per definizione *non statuale*.

Ed infatti, se l'attenzione alla pluralità delle fonti ha un senso, questo non si esaurisce certo nella mera constatazione direi quantitativa di tale pluralità, ma richiede che il giurista (il civilista) *elabori il pluralismo* come percorso di conoscenza finalizzato alla soluzione concreta del caso e che comunque implica l'attivazione di un *circolo*. E per far questo, evitando che le fonti vengano usate arbitrariamente o come addendi di una mera sommatoria, serve un metodo. Un metodo che includa una logica non di gerarchica contrapposizione, ma di apertura, di mediazione e di dialogo tra le fonti e gli orizzonti, un *circolo* per l'appunto che sappia utilizzare strumenti di *inventio* e di giustificazione capaci di restituire una regola condivisa, ragionevole e replicabile.

Questi strumenti — che non sono certo nel bagaglio del positivista — trovano posto invece in quello del giurista che ha introiettato il pluralismo come approccio attraverso il quale condurre l'esperienza dell'interpretazione in un contesto poliarchico, deterritorializzato e multiculturale (attributo con il quale non si indica un generico pluralismo di valori, quanto la coesistenza di ordinamenti potenzialmente in conflitto fra loro).

Anzi è questa *coscienza del pluralismo* che guida l'approccio ermeneutico verso la più appropriata combinazione delle fonti che è necessario richiamare per il caso e degli argomenti che è necessario sviluppare per giustificare una soluzione.

Ciò che io credo trovi un modello che ha fatto scuola nella sentenza Englaro. Rispetto alla quale vorrei ricordare di nuovo il commento di Stefano Rodotà, il quale, opponendosi a quella lettura di impronta positivistica che vedeva nella decisione della Corte un'operazione di supplenza al vuoto legislativo (*perché non c'era la norma/fattispecie*), replicava da par suo che invece la sentenza era « piena di diritto », un diritto tratto da una pluralità di fonti combinate e trovate in uno scacchiere *multilevel* interno e internazionale, *soft* e *hard*, sapientemente disposte lungo un circolo comunque destinato a chiudersi sotto il vigile controllo di un'interprete attrezzato. Giuseppe Benedetti direbbe che Rodotà era un giurista « contemporaneo », nel senso peculiare che — lo si è accennato prima — Egli attribuiva a questo termine.

Ciò che vorrei in tal modo significare — per chiudere davvero — è che forse l'elaborazione del pluralismo costituisce una necessità per il civilista contemporaneo, se tale egli vuole essere. Sono pochi i temi civilistici contemporanei che sfuggono a questa « sorte ». E può essere vana talvolta la ricerca della norma della fattispecie limitata al proprio contesto nazionale o a quello delle norme formali.

Non devo spiegarlo a questa platea, basta guardarsi intorno e affacciarsi — di nuovo — al mondo dell'immateriale e delle tecnologie, per scoprire — ad esempio nella disciplina europea delle telecomunicazioni — che il regime di accesso allo spettro radio e quello dei diritti di uso delle relative risorse sono sottoposti ad una normativa che include fonti europee, fonti nazionali e fonti internazionali non formali; e per scoprire che proprio gli atti dell'Unione richiamano le regole di ITU (*International Telecommunication Union*), organizzazione internazionale delle Nazioni Unite che determina gli *standard* applicabili nelle telecomunicazioni e nell'attribuzione delle onde radio con efficacia riconosciuta in tutto il mondo.

E basta ancora semplicemente documentarsi su temi anch'essi molto « contemporanei », come quelli legati alla disciplina delle informazioni commerciali riservate, oggetto di proprietà industriale non solo immateriale ma anche « digitale », per scoprire come la stessa venga elaborata da giuristi come Mario Libertini (al quale non si può negare di essere un privatista completo) richiamandosi alla prassi, alla disciplina europea, a quella statunitense e alla giurisprudenza.

Forse allora che la perenne battaglia di Paolo Grossi contro « la legge », e per « il diritto », contro il « culto del testo », non debba davvero essere la battaglia del civilista *contemporaneo*?

Questa è una domanda che non si può eludere, e alla quale comunque noi civilisti dobbiamo una risposta, quale che sia.

Grazie a Paolo Grossi per avercela posta ancora una volta.

FRANCESCO MACARIO

IL DIRITTO CIVILE COME STORIA DEL PENSIERO E LA FORMAZIONE DEI GIURISTI

1. L'approccio storico e la dimensione tecnica del diritto civile nel segno dell'unitarietà del sistema. — 2. Un esempio emblematico: la vicenda del diritto di proprietà nel pensiero dei civilisti e nell'evoluzione normativa. — 3. Il diritto civile e la sua storia come prospettiva metodologica per la ricerca e l'insegnamento nel tempo « posmoderno ». — 4. Il percorso evolutivo « dal monismo legalistico al pluralismo giuridico » quale espressione dell'intrinseca storicità del diritto civile. — 5. Considerazioni conclusive.

1. *L'approccio storico e la dimensione tecnica del diritto civile nel segno dell'unitarietà del sistema.*

Da un volume che offre al civilista moltissimi motivi di interesse, caratterizzandosi per la ricchezza dei riferimenti e il consueto avvincente stile espositivo di Paolo Grossi, lo spunto per la breve riflessione che vorrei esporre, di natura essenzialmente metodologica, viene dal rapporto, tutto da coltivare e forse da ricostruire, tra la storia del diritto (nello specifico, il diritto civile), quale itinerario inteso a ripercorrere i momenti decisivi nell'evoluzione della cultura giuridica (civilistica), e il percorso per la formazione dei giuristi, a cominciare da quella di base affidata all'insegnamento universitario.

La magistrale sintesi di una vicenda lunga e articolata — nella prospettiva dei giuristi, ma soprattutto nella narrazione che ci consegna il volume in esame, il Novecento non sembra affatto mostrare i tratti del c.d. 'secolo breve', tanti sono i momenti che hanno caratterizzato l'evoluzione culturale, continua e profonda, avvenuta in ambito giuridico — può indurre, tra l'altro, a ripensare, non soltanto alla necessaria integrazione tra le materie di studio, ma anche e soprattutto al modo di trasmettere agli studenti, sin dall'inizio della formazione universitaria, il senso di una 'materia' (già a livello delle 'istituzioni'), quale il diritto civile, diversa dalle altre, che richiede in primo luogo la comprensione delle sue peculiarità.

Se, per un verso, appare agevole constatare come, nelle facoltà giuridiche, la detta integrazione tra gli ambiti dell'esperienza giuridica (ormai, inevitabilmente, sempre più 'sezionata' e articolata) possa (e debba) essere molto più valorizzata di quanto normalmente accada, per altro verso è sin troppo evidente che, qualunque sia l'accezione preferita

sul piano definitorio, il diritto civile non potrà mai identificarsi (oggi, come del resto in ogni momento della sua lunga storia) con un ambito normativo settoriale. In altri termini, posto che il diritto civile non è isolabile attraverso un criterio di riferimento (oggettivo o soggettivo che sia), tale da consentire una sufficiente delimitazione del suo ambito (come avviene per altri 'settori' dell'ordinamento, che ruotano intorno a una data fenomenologia di rapporti: ad esempio, il diritto tributario, il diritto del lavoro e così via), è ragionevole considerare il diritto civile alla stregua di un metodo, funzionale a tenere insieme un sistema organico di norme e principi; un sistema che consente ai soggetti dell'ordinamento di regolare i loro rapporti mediante atti di autonomia, all'interno tuttavia di una precisa cornice ordinamentale, destinata a disciplinare le modalità di esercizio e i limiti della stessa autonomia.

In questo senso, il sistema si forma e si modifica continuamente, evolvendosi nel contesto complesso — per i diversi risvolti e intrecci: politici, sociali, economici, culturali, nel senso più lato possibile —, in cui i rapporti giuridici si svolgono, ma anche legittimando, al contempo, la rappresentazione dei 'passaggi', come quelli evidenziati, con particolare efficacia, nel titolo e, soprattutto, nel sottotitolo del prezioso volume, che Paolo Grossi consegna, in modo diretto agli studiosi del diritto civile, ma indirettamente a ogni cultore del diritto nel senso più ampio.

Se si volesse muovere proprio dal titolo, *Il diritto civile in Italia tra moderno e posmoderno*, e ancor più dal sottotitolo, che sembra voler esprimere il messaggio culturale dell'Autore, *dal monismo legalistico al pluralismo giuridico*, verrebbe da considerare subito come diverse contrapposizioni — se si preferisce, polarizzazioni dialettiche — siano state in passato il modo per rappresentare alcuni aspetti (metodologici) del diritto civile: ad esempio, la contrapposizione tra teoria e pratica (1), oppure tra sociologia e dogmatica (2), e ancora, nella più classica, ma sempre viva distinzione, tra pubblico e privato (3); sino alle più moderne ideali raffronti concettuali, come tra persona e mercato (4).

---

(1) Con richiami molto autorevoli, che vanno da Salvatore Pugliatti del celebre saggio sul « diritto come scienza pratica », sino a Pietro Perlingieri, della fine degli anni Sessanta, che segnalava come tra scienza giuridica e pratica il rischio fosse quello di una « frattura da evitare », soltanto a titolo d'esempio dei tanti studiosi che hanno condotto riflessioni importanti sul tema.

(2) È il tema del noto saggio di Lipari, prolusione tenuta all'Università di Bari alla metà degli anni Sessanta, in un momento particolarmente significativo per l'evoluzione del diritto privato e della cultura giuridica più in generale.

(3) Anche in questo caso, solo in via esemplificativa: dalla notissima voce enciclopedica di Pugliatti, se non si vuole risalire alla celebre formulazione di Bobbio sulla « grande dicotomia », ripresa più volte dagli studiosi, sino ai più recenti contributi,

Con l'attuale *summa* di storia del diritto civile nella cultura giuridica italiana dell'ultimo secolo o poco più — a suggello di un pensiero, già sviluppato in tanti scritti precedenti, tutti allineati in un chiaro messaggio metodologico, che lo studioso del diritto vigente non può non condividere —, Paolo Grossi propone però una sorta di dialettica concettuale molto diversa da quelle appena enunciate (certamente più classiche, in quanto sedimentate ormai nella tradizione). Una dialettica che, comunque, va oltre le contrapposizioni ideali esplicitate nel titolo e nel sottotitolo, finendo per proporre una visione articolata — in nessun modo alternativa, tanto meno antitetica, come si cercherà di chiarire — di un diritto civile, che si esprime e dunque va considerato « tra storia e tecnica », ovvero se si volesse tentare di esprimere il concetto in modo più preciso: tra storia del pensiero e tecnica dell'analisi giuridico-formale (necessariamente connessa, e anzi assoggettata, all'opzione metodologica prescelta dal giurista).

A fronte di contrapposizioni più nette — in un certo senso, anche più scontate: ad esempio, quella tra diritto pubblico e privato, la cui chiarezza, evidente sul piano dei principi, finisce per mutare nel tempo e nei diversi contesti e così potrebbe andare sfumandosi, ponendo ai giuristi nuovi problemi definitori —, quest'ultima distinzione fa capo a un diffuso e tradizionale approccio alle materie giuridiche, considerate nella duplice prospettiva: più intrinsecamente storica (o storicistica) e, dall'altro lato, attuale (o attualizzante), in quanto incentrata sul diritto vigente (da cui l'espressione, talvolta, usata del giurista « vigentista »). Ancora oggi, stando almeno alla consuetudine accademica, sembra che ci si trovi inevitabilmente al cospetto di due ambiti giuridici separati, al punto da poter determinare un certo senso di « solitudine », nella percezione dello storico del diritto (5).

Se è indubbiamente — o almeno si deve ritenere che sia stata, in passato — molto pesante l'ipoteca del « passato lottizzato » nella tradizione gius-romanistica, che spiega anche, in qualche modo, il

---

fra cui vanno segnalati quelli di Bernardo Sordi e, in particolare, la recente riflessione in *Diritto pubblico e diritto privato. Una genealogia storica*, Bologna, il Mulino, 2020.

(4) Con gli importanti studi di Giuseppe Vettori (e di altri civilisti, sulla sua scia) su un tema, che ormai da tempo rappresenta una delle frontiere del diritto civile dei nostri giorni.

(5) Riprendendo il titolo di uno straordinario volume di Pio Caroni di alcuni anni fa, sul quale vi sarà modo di ritornare (*infra*, n. 3) che induce e aiuta a riflettere sulla problematica, con una serie di sollecitazioni puntuali e acute, nell'inconfondibile stile dell'autore, che costituiscono l'occasione per riconsiderare la settorialità e l'isolamento del sapere giuridico nell'insegnamento universitario.

« naufragio della storicità » (6), conviene tuttavia confidare sulla possibilità di rinvenire e coltivare la corretta connessione tra le due dimensioni dell'esperienza giuridica (7). L'interrogativo finisce per incentrarsi, piuttosto, sulle modalità con cui, in concreto, si dovrebbe operare, ammesso naturalmente che tale sforzo sia ritenuto utile e fruttuoso, in vista della formazione dei giuristi (intesi, questi ultimi, nel senso più lato del termine, ossia di tutti coloro i quali, dopo la formazione universitaria di base, opereranno professionalmente con il diritto).

In particolare, ci si potrebbe domandare cosa in concreto ostacoli, o almeno abbia sinora ostacolato, questa operazione squisitamente culturale. L'idea che il tecnicismo, quindi l'inevitabile dimensione tecnico-formale del diritto civile e di qualsiasi approfondimento scientifico in quest'ambito, esprima un approccio alternativo a quello autenticamente storico, va senz'altro respinta ed è proprio l'esperienza di giurista di Paolo Grossi a darne la riprova, mediante il rapporto, continuativo e sempre ricchissimo di stimoli, con gli studiosi del diritto civile. La prospettiva indicata è dunque non soltanto possibile, ma anche assai fruttuosa; invero, è l'unica capace di consentire la comprensione tanto della storia del pensiero giuridico (del passato, anche e soprattutto quello più recente), quanto dell'attualità (nel nostro caso, s'intende, del diritto civile).

Quella che il volume ci presenta è, a ben vedere, una sorta di storia del presente, ove il passato « ci chiarisce le idee » (soprattutto quello recente, di cui tuttavia per una serie di ragioni, si rischia di perdere rapidamente la memoria) (8). L'idea del « presente come storia » non vale soltanto come espressione suggestiva, ma appare profondamente pregnante e comunque idonea a rappresentare il mondo del diritto, in particolare quello del diritto civile: un sistema di concetti, categorie, principi, dogmi e, più in generale, di idee — s'è già avuto modo di evidenziare la dimensione sistematica e organica propria del diritto civile —, che rivela il suo senso soltanto se inquadrato in un tempo storico e, di conseguenza, in un dato contesto culturale, ove sono

---

(6) Espressioni molto plastiche, che riprendo ancora da Pio Caroni, il quale, com'è noto, è solito esprimersi con sufficiente chiarezza, ossia senza mezzi termini.

(7) Non possono del resto non essere considerate le molteplici connessioni e le intersezioni che, in tempi più o meno recenti, sono state istituite con il diritto civile (ma, si direbbe, con il diritto in genere), muovendo da altri ambiti del sapere e della cultura (si pensi alla bioetica, ma anche in senso più lato alla letteratura, alla musica, all'arte in genere e così via).

(8) Vien fatto di rammentare l'incisivo titolo, completato con un altrettanto stimolante sottotitolo, di uno studio condotto in chiave storica, ma anche socio-politica, dal filologo Luciano CANFORA, *Il presente come storia. Perché il passato ci chiarisce le idee*, Milano, Rizzoli, 2014.

all'opera giuristi (e dunque non soltanto norme, affidate per lo più a disposizioni scritte, che sembrano all'occhio frettoloso valere esclusivamente per i contenuti testuali e linguistici).

Più volte studiate e rappresentate in modo magistrale, ricompaiono così nel volume le figure dei giuristi più significativi nella storia del pensiero civilistico dell'ultimo secolo, ciascuno colto nelle sue più peculiari caratteristiche e, soprattutto, con il lascito culturale più rilevante nella storia delle idee. E il valore aggiunto, per così dire, delle dense pagine é nell'esposizione — talvolta resa con il pregio di una sintesi che l'Autore, nel suo stile espositivo avvincente, realizza con poche ma incisive pennellate, altre volte svolta in modo più ampio — del contenuto giuridico tecnico dell'opera dei grandi giuristi, che hanno contribuito alla storia del diritto civile, mediante puntuali riferimenti agli istituti del diritto civile e alla loro evoluzione, avvenuta proprio grazie al pensiero critico degli studiosi considerati per il loro apporto alla storia delle idee.

2. *Un esempio emblematico: la vicenda del diritto di proprietà nel pensiero dei civilisti e nell'evoluzione normativa.*

In questo senso, gli spunti offerti dal volume sono veramente tanti, posto che dietro la dialettica « monismo legalistico/pluralismo giuridico » si cela l'intero percorso del diritto civile degli ultimi due secoli, ma a ben vedere la sua lunghissima storia. Se tuttavia si volesse tentare di isolare un tema — una vicenda, si potrebbe dire più correttamente — per comprendere e valorizzare il messaggio metodologico, ne sceglierei uno (notoriamente, molto caro anche a Paolo (9)), ossia quello della proprietà, che consente di seguire un affascinante itinerario di storia del pensiero, di tendenze e ideologie contrapposte, di metodologie giuridiche alternative e, ancora una volta, spesso confliggenti.

Si tratta di una vicenda, autenticamente culturale e dall'ampio raggio d'azione (ossia rilevante sul piano politico, economico, sociale e, infine, giuridico), che, evidentemente, non si riuscirebbe mai a comprendere appieno, senza considerare le figure e le personalità dei giuristi che hanno segnato le tappe fondamentali — da Enrico Finzi a Salvatore Pugliatti, per giungere in tempi a noi più vicini sino a Stefano

(9) Tra i tanti scritti in materia, rimane una pietra miliare per ogni studioso, che intenda cimentarsi con la tematica della proprietà e dei diritti reali, specialmente in relazione alle più moderne tendenze a valorizzare le (nuove) dimensioni 'comuni' dei beni e delle forme proprietarie in generale, per l'utilizzazione degli stessi: *'Un altro modo di possedere'. L'emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica postunitaria*, Milano, Giuffrè, 1977.

Rodotà e a Pietro Rescigno —, non essendo certamente un caso che, proprio su questo tema si siano misurate le menti più brillanti del diritto novecentesco — non soltanto, va da sé, espressive della cultura civilistica.

Una vicenda storico-culturale che non ha mai perso realmente d'interesse, anche se, negli ultimi decenni, la disciplina degli affari e del mercato, ma più in generale la predominanza dell'economia dei servizi (rispetto a quella degli scambi), sembrerebbe aver messo in un angolo le questioni giuridiche relative al diritto dominicale. La persistenza dell'interesse, e dunque dell'attualità della materia, considerando il suo paradigma più tradizionale, legato alla proprietà fondiaria, è del resto dimostrata dal recente dibattito sui beni comuni, che ha finito per mettere in discussione le stesse categorie fondanti della materia, a cominciare dalla distinzione tra proprietà privata e pubblica, che sul piano normativo sembrava tanto chiara e netta, quanto ineliminabile.

Probabilmente, ancor più che in altri ambiti del diritto civile, si rivela inevitabile l'approccio storico e, al contempo, tecnico al percorso connotato da una vera e propria storia delle idee. Può essere sufficiente considerare le due vicende, diverse certamente ma non scindibili nella prospettiva storica qui in esame, della codificazione del diritto di proprietà (in relazione, in primo luogo, al suo contenuto sostanziale, come manifestazione del diritto soggettivo per eccellenza) e della sua, successiva, 'costituzionalizzazione', che ha finito per ridisegnare interamente lo scenario ordinamentale del diritto dominicale. Dopo gli studi metodologicamente innovativi e ideologicamente espressivi del 'socialismo giuridico' della fine del secolo XIX (10), ove campeggia il nome di Enrico Cimbali, il punto di riferimento imprescindibile è rappresentato da Enrico Finzi, cui non a caso Paolo Grossi dedica un volume della Biblioteca « per la storia del pensiero giuridico moderno », raccogliendone gli 'scritti minori', tra i quali si segnalano in modo particolare quelli dedicati al diritto di proprietà (11), introdotti da un lungo saggio sul pensiero e sul « messaggio scientifico » dello stesso Finzi, il quale affronta magistralmente il tema delle « moderne trasformazioni del diritto di proprietà » e propone, nel 1922, come criterio guida (esclusivo o comunque prevalente) per la nuova disciplina del diritto dominicale quello della funzione sociale (poi, non certo casualmente, recepito dalla Costituzione) (12).

---

(10) Esaminato, in tutti i suoi risvolti, nel volume monografico dei « Quaderni fiorentini », *Il « socialismo giuridico ». Ipotesi e letture*, 3/4 (1974/75).

(11) Enrico Finzi, *"L'officina delle cose". Scritti minori*, a cura di Paolo Grossi, Milano, giuffrè, 2013.

(12) In apertura dell'appena ricordato volume: *Enrico Finzi: un innovatore solitario*, ivi, p. V, spec. p. XXXII e ss.

A rappresentare emblematicamente il passaggio tra la visione individualistica più tradizionale e quella maggiormente pubblicistica e 'sociale', che va affermandosi nel pensiero dei giuristi più illuminati, vi è poi il contributo fondamentale di Salvatore Pugliatti, cui è dedicato un capitolo del volume (13), la cui preziosa sintesi va tuttavia integrata con la lettura dell'appassionata trattazione che sempre Paolo Grossi aveva svolto sulla figura di un grande — si direbbe, irripetibile al giorno d'oggi — uomo di cultura: giurista, dunque, ma anche vero intellettuale del suo tempo, il quale non poteva non enfatizzare, nella sua immensa opera letteraria (non soltanto in ambito giuridico, va ricordato), il forte nesso tra logica giuridica, visione sistematica e storia del diritto (14). È innegabile il contributo fondamentale che l'elaborazione di Pugliatti in tema di proprietà, completata negli anni Cinquanta (15) — dopo interventi importanti anche di altri giuristi di rango, come Filippo Vassalli (16) —, apporta agli studi successivi, ove è definitivamente metabolizzata la concezione 'plurale' della disciplina della proprietà (introdotta proprio da Pugliatti con la celebre distinzione tra « la proprietà e le proprietà ») e si schiudono i nuovi scenari, nel segno, da un lato della valorizzazione e dell'effettività della « funzione sociale », ormai diventata anche formula legislativa, per di più di rango costituzionale, dall'altro lato della diversificazione dei regimi normativi dei diversi beni (dunque, delle proprietà al plurale), in ordine all'appartenenza, ma soprattutto alla loro utilizzazione e alle regole di circolazione dei relativi diritti. È storia del presente, si diceva, a tutti ben nota quella relativa all'evoluzione del pensiero dei giuristi sul tema, attraverso i contributi di studiosi che condividevano l'interesse per l'appassionante materia, seppure con impostazioni metodologiche molto diverse tra loro (17).

---

(13) Ma che ritorna, opportunamente, nelle pagine conclusive, ricordando la 'scuola messinese' e in particolare l'insegnamento di Vincenzo Scalisi, tra i più sensibili della sua generazione, alle novità e alle aperture metodologiche (p. 160).

(14) Si allude all'ampio e documentato saggio su *Salvatore Pugliatti giurista inquieto*, in P. Grossi, *Nobiltà del diritto. Profili di giuristi*, Milano, Giuffrè, 2008, p. 553.

(15) Si veda il volume *La proprietà nel nuovo diritto*, Milano, Giuffrè, 1954.

(16) Ricordato nel volume con il celebre contributo, *Per una definizione legislativa del diritto di proprietà*, in *La concezione fascista della proprietà privata*, Roma, Arte della stampa, 1939.

(17) Può essere sufficiente ricordare i nomi di: Stefano Rodotà, il quale ha sempre continuato a svolgere le sue riflessioni in materia, sino alla partecipazione attiva al dibattito sui c.d. « beni comuni » e sulla riforma del codice civile, finalizzata alla 'modernizzazione' della disciplina di cui al Libro III del codice civile; Michele Costantino, con il suo importante *Contributo alla teoria della proprietà*, del 1967, ristampato per i tipi della ESI nel 2019; Antonio Gambaro, che ha arricchito l'attento esame della

Non è questa la sede per approfondire la riflessione sul tema specifico (18), che vale soltanto a esemplificare si diceva un chiaro messaggio metodologico, dal momento che le considerazioni sul nesso inestricabile tra storia del pensiero e diritto positivo formalizzato riguardano l'intero diritto civile, sicché si potrebbe ragionare negli stessi termini considerando l'evoluzione di altri istituti del diritto civile, come ad esempio quello del contratto e, più in generale, dell'autonomia privata.

Sganciandosi dal modello seguito nella prima parte, ove in molti casi il giurista con il suo nome — è il caso di Venezian, Vassalli, Ascarelli, Finzi, Betti, Gorla, Rescigno, Trabucchi, Mengoni — designa il capitolo e vale a segnalare la problematica o la tendenza culturale, nell'ultima parte del volume vengono individuate le « sfide di inizio millennio ». Al centro della riflessione non sono più le idee dei singoli studiosi, ma « il dogmatismo legalistico alla resa dei conti », rispetto al diritto privato europeo, alla globalizzazione giuridica (che investe, evidentemente, anche il radicatissimo e solidissimo diritto civile), alla rilevanza dei principi (rispetto al primato assoluto della legge).

In questa sintetica, ma assai pregnante, rappresentazione delle diverse « sfide », emergono gli ambiti del diritto civile nei quali gli studiosi più sensibili hanno offerto un contributo, sia pure nelle diverse forme degli itinerari di pensiero, rispettivamente, « pluralistici » e « monistici ». In questa prospettiva, il grande tema dell'autonomia privata e del contratto ha senz'altro rappresentato il terreno di incontro (e scontro) tra giuristi formatisi in scuole di pensiero diverse e appartenenti a differenti generazioni, con un innegabile arricchimento del panorama culturale, ma al contempo con la riprova — se non altro per l'incrocio venutosi a determinare, come accennato, anche sul piano più genuinamente 'generazionale' — di quanto la considerazione della storia e dell'evoluzione del pensiero sia decisiva e costituisca, a ben vedere, l'unica via per comprendere il tempo presente. Un tempo, ricco di grandi novità — è sufficiente pensare agli scenari, rispettivamente, europeistico e globale, nei quali aree sempre più ampie del diritto civile si trovano oramai immerse — che esigono (se non altro il tentativo, di) una razionalizzazione sistematica, anche alla luce della tradizione civi-

---

normativa con la fondamentale prospettiva comparatistica, aprendo la strada a tanti più giovani studiosi, attenti a esaminare singoli aspetti dell'ampia tematica.

(18) Mi permetto di rinviare al contributo di chi scrive, *Assolutezza, pienezza, inviolabilità: il diritto di proprietà nelle codificazioni europee. In memoria di Michele Costantino*, in « Giustizia civile », 2014, p. 227 (con il titolo *La codificazione del diritto di proprietà: definizione e funzione delle facoltà dominicali*, anche negli *Scritti in memoria di Michele Costantino*, Napoli, ESI, 2019, p. 817).

listica, oltre che dei principi e delle norme su cui il sistema stesso si regge.

La prospettiva che Paolo Grossi ci indica con la sua 'storia del presente' è dunque non soltanto possibile, ma anche fortemente auspicabile, si direbbe imprescindibile, non soltanto per lo studioso civilista, ma in generale per quanti hanno il compito di insegnare una qualsiasi materia giuridica nel corso di studi universitario, con l'obiettivo di aiutare i discenti a costruirsi la base metodologica per affrontare la diverse problematiche (in termini tanto scientifici, quanto pratici e operativi), dal momento che siamo abituati a ragionare appunto su problemi e non sulle astrazioni concettuali interne a una specifica disciplina.

3. *Il diritto civile e la sua storia come prospettiva metodologica per la ricerca e l'insegnamento nel tempo « posmoderno ».*

La lettura del volume consente di rievocare alcune riflessioni sull'intrinseca storicità del diritto civile, svolte alcuni anni fa, ragionando sul già ricordato contributo di Pio Caroni (19), espressione, anche in quel caso, di autentica quanto inusuale cultura giuridica, confermandosi la convinzione secondo la quale non si può neanche immaginare il diritto civile al di fuori della sua dimensione storica e aggiungerei, al contempo, metodologica, con la necessaria integrazione delle prospettive (20).

Ancora più che in quella occasione, ritengo oggi che tutti gli studiosi del diritto civile vigente, ma soprattutto gli esponenti delle più giovani generazioni, dovrebbero leggere le pagine di Paolo Grossi, che rendono inevitabile una sana e proficua autocritica, sol che si consideri l'impoverimento dell'insegnamento (ma anche, non di rado, degli studi condotti nell'ambito dell'attività di ricerca) nella nostra materia, dopo aver constatato la scarsa rilevanza attribuita alla prospettiva che dovrebbe essere propria e connaturale al diritto civile — contribuendo a

---

(19) P. Caroni, *La solitudine dello storico del diritto. Appunti sull'inerenza di una disciplina* altra, Milano, Giuffrè, 2009, traduzione in italiano della versione originale della raccolta di saggi dal titolo *Die Einsamkeit des Rechtshistorikers. Notizen zu einem problematischen Lehrfach*, Basel, 2005. L'edizione originale è recensita da Pietro Costa nei « Quaderni fiorentini », XXXV (2006), p. 917, mentre la traduzione è arricchita da una riflessione, in forma di postfazione, di Italo Birocchi.

(20) Si è cercato di svolgere qualche considerazione sul punto in F. Macario, M.N. Miletti, *Presentazione. Le ragioni di un incontro: per un dialogo tra storici del diritto e civilisti*, in *Tradizione civilistica e complessità del sistema. Valutazioni storiche e prospettive della parte generale del contratto*, a cura dei medesimi, Milano, Giuffrè, 2006, p. VII e ss.

connotarlo in modo significativo, rispetto ad altre discipline giuridiche — ossia quella autenticamente storica, nel senso in cui Grossi ci insegna ancora una volta con il recente volume. Ci si lamenta spesso del declino degli studi giuridici — accade sempre più di frequente, al punto da diventare un generico e insignificante luogo comune, caratteristico del 'distacco' che si tende a sottolineare tra le generazioni, soprattutto con quelle successive —, ma non ci si interroga costruttivamente sulle cause e sui modi per rimediare, tanto meno si promuovono dibattiti sull'insegnamento del diritto.

Si tratta di un impegno di cui dovrebbero farsi carico tutti i docenti, ma che mi sembra investa in prima battuta e in modo particolare i cultori del diritto civile vigente, che si vedono sempre più sopraffatti da un'attività normativa alluvionale e disorientante, proveniente da luoghi e soggetti diversi ed eterogenei, apparentemente non governabile con gli strumenti metodologici collaudati, al punto da condizionare il discorso che si ritiene di alto profilo della civilistica, concentrandolo (purtroppo, sin quasi a esaurirlo) sull'annoso « problema delle fonti » e sul tentativo di ritrovare una sorta di 'nuovo ordine', che si riveli capace di tenere insieme il sistema con una certa coerenza (21).

Non è certo casuale che il punto di vista dell'Autore, nel magistrale affresco sulla storia del pensiero nella civilistica del Novecento che stiamo esaminando, sia proprio quello delle fonti, considerate — secondo il suggestivo sottotitolo del volume — nel passaggio « dal monismo legalistico al pluralismo giuridico ».

Invocata spesso come unico strumento valido a governare la complessità dei rapporti, la detta alluvione normativa, se da un lato rende particolarmente complesso il compito 'ordinante' del giurista, dall'altro lato, e anzi proprio per questo, impone con maggiore urgenza rispetto al passato di ricercare anche le trame nascoste dell'evoluzione del diritto, come modo di pensare al diritto stesso, e dunque determina l'esigenza di interrogare la « storia strutturale » ossia « di lunga durata », quella che supera la prospettiva della *histoire événementielle*, non lasciandosi così suggestionare troppo dagli « eventi » immediatamente percepibili perché legati alle contingenze dell'attualità (22).

---

(21) Tra i diversi contributi recenti e dotati di sufficiente autorevolezza, si può segnalare l'analisi di N. LIPARI, *Le fonti del diritto*, Milano, Giuffrè, 2008, spec. p. 19 e ss.

(22) Per lo sviluppo del discorso, non si può che rinviare alle pagine, altrettanto magistrali, di F. BRAUDEL, *Storia e scienze sociali. La "lunga durata"*, in ID., *Scritti sulla storia*, Milano, Bompiani, 2001, p. 37 e ss. (il saggio *Histoire et sciences sociales. La longue durée*, si legge anche in « Annales E.S.C. », 1958, 4, p. 725), il quale ricorre all'espressione *histoire événementielle* proposta da François Simiand e spiega — senza che ciò suoni come giustificazione, ma semmai come spunto di autocritica anche per i giuristi,

La consapevolezza dell'intima storicità dell'esperienza giuridica, che il libro di Paolo Grossi trasmette in ogni passaggio, alla stregua di un vero e proprio *Leitmotiv*, declinato in vario modo, anche se in queste pagine non potrà che essere rappresentato per rapidi cenni e brevi estratti — va da sé che la loro selezione sconta l'arbitrarietà di ogni scelta, sicché ciascuno potrà cogliere dalle dense pagine del volume insegnamenti e messaggi ulteriori — dovrebbe indurre a impostare diversamente il dibattito sulle stesse problematiche legate alla metafora delle fonti del diritto (nel senso, ad esempio, dell'interrogativo sull'utilità o inutilità di tormentarsi sull'inesorabile e già da tempo accertato disfacimento di una gerarchia, rispetto alla quale sembra che talvolta si voglia ricercare un nuovo « ordine », mentre la storia sembra aver già condannato come velleitaria questa pretesa) (23).

Più in generale, la lettura del volume potrebbe — e dovrebbe, ad avviso di chi scrive — stimolare una seria riflessione, nell'ambito della c.d. comunità scientifica (degli studiosi del diritto civile, in particolare), sull'insegnamento e sulla ricerca anche nel nostro settore, che sembrano aver smarrito — l'uno e l'altra, sempre nei limiti in cui possano valere le generalizzazioni di questo tipo — il senso della storia e dell'impianto metodologico che ha sempre assistito il diritto civile e sul quale, in fin dei conti, la materia si è radicata nella tradizione del pensiero e dell'insegnamento. Di qui, la rilevanza decisiva della storia del diritto come ambito del sapere, per un verso autonomo e per altro verso pienamente integrato negli studi giuridici (24).

---

cui la riflessione è senza dubbio riferibile — che « le scienze sociali per gusto, per istinto profondo, forse per formazione, tendono sempre a sfuggire alla spiegazione storica. Esse vi sfuggono — prosegue il celebre storico — per due vie quasi opposte: l'una riduce troppo all'avvenimento o, se si vuole, attualizza troppo gli studi sociali, grazie a una sociologia empirica, sdegnosa di qualsiasi storia, limitata ai dati del tempo breve, dell'inchiesta sul vivo; l'altra travalica puramente e semplicemente il tempo immaginando, come punto di arrivo d'una 'scienza della comunicazione', una formulazione matematica di strutture quasi atemporali » (p. 49).

(23) Il rinvio, in questo caso, è alle già ricordate pagine di I. Birocchi, *Presentazione*, in Caroni, *La solitudine dello storico del diritto*, cit., p. 37, sulla tendenza a presentare gli ordinamenti del passato come « sistemi », secondo la concezione odierna; in argomento, dello stesso A., non può non ricordarsi l'opera monografica, *Alla ricerca dell'ordine. Fonti e cultura giuridica nell'età moderna*, Torino, Giappichelli, 2002.

(24) In tal senso, è significativa la decisa reazione di P. Grossi, *Uno storico del diritto alla ricerca di se stesso*, Bologna, il Mulino, 2008, p. 23, alle considerazioni di Arnaldo Momigliano che, nel convegno (del 1963) dedicato a « La storia del diritto nel quadro delle scienze storiche », immaginava l'assorbimento della materia negli studi storici *tout court*, negando la autonomia della storia del diritto « che è per sua natura una formulazione di rapporti sociali radicati in molteplici attività umane » (A. Momigliano,

Se così fosse, della c.d. « solitudine dello storico del diritto » ossia della sensazione di isolamento i civilisti potrebbero (*rectius*, dovrebbero) sentirsi corresponsabili, essendo i primi — si direbbe, quasi naturali — interlocutori nel dialogo tra i due rami del sapere giuridico: un dialogo che dovrebbe costantemente connotare tanto lo studio, quanto l'insegnamento nelle facoltà giuridiche. In altri termini, se lo storico è (o si sente lasciato) solo nell'insegnamento, ciò può dipendere (se non altro, come concausa) dal modo in cui lo studioso del diritto vigente (in particolare, il civilista) ha inteso e tuttora intende svolgere il suo compito didattico. E la considerazione vale, in particolare, nel momento attuale, s'è detto, in cui la congerie della legislazione e delle fonti normative scritte che, a vari livelli e con diversa provenienza, occupano intere aree o settori della società e determinano il problema cui si faceva appena riferimento, avvertito come prioritario, di una qualche forma di 'riordino' dei dati normativi, prima di procedere alla loro esegesi — anch'essa resa sempre più complessa e controversa, in considerazione dei nuovi linguaggi normativi —, con la conseguenza di far passare in secondo piano, se non nelle retrovie più o meno dimenticate, l'indagine sul radicamento del diritto nella storia e nella società (sulla quale la norma va, in ogni caso, a incidere).

Di qui, la perdita del rapporto con chi, invece di fermarsi sul « punto » (occasionale ed effimero), tenta di ricostruire la « linea », fatta di continuità e discontinuità — queste ultime peraltro maggiormente espressive dello sviluppo storico del diritto, proprio perché è insista nella comprensione della frattura l'esigenza di contestualizzazione del dato giuridico —, ma pur sempre espressione di una 'storia', all'interno della quale soltanto è possibile comprendere il senso del « punto » (attuale) (25).

Le conseguenze del rinnovamento della storia del diritto, in *La storia del diritto nel quadro delle scienze storiche*, Firenze, Olschki, 1966, p. 287 e s.). Sul punto, anche M. BRETONE, *Diritto e tempo nella tradizione europea*, Roma-Bari, Laterza, 1994, p. 135 e s., che rileva come tale posizione fosse stata già sostenuta da Marc Bloch negli anni Quaranta (potendosi rinviare, per alcuni notevoli spunti di riflessione sulle idee espresse dallo storico francese, alle parole del connazionale parimenti celebre medievista, Jacques LE GOFF, *Prefazione* a Marc BLOCH, *Apologia della storia o Mestiere di storico*, Torino, Einaudi, 1998, p. XVII e ss.).

(25) Si tratta di temi affrontati spesso da Paolo Grossi nei suoi saggi: si vedano, ad esempio, P. GROSSI, *Il punto e la linea (l'impatto degli studi storici nella formazione del giurista)*, in ID., *Società, diritto e Stato: un recupero per il diritto*, Milano, Giuffrè, 2006, pp. 3-12 (il contributo fa parte anche del volume *L'insegnamento del diritto oggi*, che raccoglie gli atti di un convegno genovese in data 4-6 maggio 1996, editi per i tipi di Giuffrè, 1996); il motivo della contrapposizione tra l'isolamento del « punto » e la continuità della « linea » (pur con le incrinature e le fratture che inevitabilmente essa

Gli interrogativi determinati dalla constatazione di una sostanziale perdita del contatto tra le discipline, anche quando il legame appare connaturale — come nel caso, s'è detto più volte, della storia del pensiero giuridico e del diritto civile — potrebbero svolgersi in un contesto ancora più generale, ove si consideri l'esigenza di un dialogo, e quindi di un confronto, con gli altri rami del sapere giuridico. Ancora più rara è l'ipotesi in cui si considerino le contaminazioni che possono provenire dal confronto con i saperi 'non-giuridici', essendo nella nostra accademia prevalsa la passiva accettazione del carattere autoreferenziale e de-contestualizzato del dato normativo, cui ha condotto una determinata concezione del diritto civile, prodotto di una deriva giuspositivistica, che ha segnato in modo indelebile intere generazioni di studiosi, e che appare ancora oggi ben lungi dall'essere debellata (nonostante i preziosi esperimenti compiuti sporadicamente e intesi a propiziare, anche da noi, un incremento degli studi di *law and humanities*, secondo il modello originariamente maturato in area nordamericana), mentre non manca chi, dopo aver seguito con attenzione l'intera evoluzione del pensiero giuridico dell'ultimo secolo, essendone peraltro protagonista in termini tanto di diritto civile, quanto di teoria generale, sottolinea l'importanza nell'analisi giuridica della dimensione della « complessità » (26). La riflessione su quest'ultimo punto, che finisce per convergere sul carattere tecnico-specialisitico del 'mestiere'

---

può presentare e che, s'è detto, sono il segno della mobilità della storia e dunque anche del diritto) è ripreso di frequente, ricordando Paolo Grossi come il giurista troppo spesso dimentichi « che maneggia materiale storicissimo e che i risultati da lui conseguiti, anche se validi, sono *relativi* » [corsivo nel testo], cedendo invece alla « tentazione — intensa in ogni ordinatore — a immobilizzarli e assolutizzarli, una tentazione che è pressoché costante nel cultore d'un diritto positivo, avvezzo a separare e isolare il *punto* minimo del suo oggetto d'indagine, il diritto vigente, dalla lunga *linea* storica nel cui alveo si colloca e si giustifica » [così P. Grossi, *Le molte vite del giacobinismo giuridico (ovvero: la "Carta di Nizza", il progetto di "Costituzione europea" e le insoddisfazioni di uno storico del diritto)*, in « Riv. storia dir. Italiano », 2003, p. 31; in « Jus », 2003, p. 405; nonché in Id., *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, Giuffrè, 2007, p. 128].

(26) Il profondo radicamento della convinzione relativa al ruolo fondamentale, nonché imprescindibile, della interdisciplinarità nella riflessione giuridica, la continua ricerca del maggior contatto possibile tra diritto e vita, fa sì che, nella sesta ed ultima edizione del volume di A. Falzea, *Introduzione alle scienze giuridiche. Il concetto del diritto*, Milano, Giuffrè, 2008^6, p. XX, si sciolgano le « incertezze » (e le esitazioni, nel dare vita a tale nuova edizione) derivanti « dalle profonde e incisive svolte che, dopo essersi susseguite nel corso dell'ultimo mezzo secolo, sono culminate nei tempi più recenti in un tornante insieme ontologico e metodologico che tutte le sovrasta e che ha trovato la più intensa espressione nella teoria della complessità », cui Falzea ha voluto dedicare, come è noto, anche un'apposita « voce » di uno dei volumi di aggiornamento,

di giurista — una questione che ha costituito oggetto di indagini profonde e raffinatissime in passato — è particolarmente complessa e non può essere ovviamente ripercorsa in questa sede.

4. *Il percorso evolutivo « dal monismo legalistico al pluralismo giuridico » quale espressione dell'intrinseca storicità del diritto civile.*

Qualche considerazione, infine, per avviarsi a concludere le brevi notazioni svolte, valorizzando la rappresentazione di un diritto civile che riveli la sua autentica natura e sostanza, ossia non già un mero insieme di regole e norme scritte, più o meno ordinato grazie a categorie concettuali (spesso utilizzate dallo stesso legislatore, al fine di 'generalizzare' e 'astrarre' la norma), ma un sistema (pur sempre composto di norme e principi, evidentemente), che nasce da una storia di idee, di esigenze e bisogni, non di rado travagliata, nonché caratterizzata da scontri ideologici di vario tipo: una storia dunque articolata, che si cela dietro (e, in un certo senso, sembra svanire con) il dato normativo formalizzato o la costruzione categoriale, sedimentata nella cultura giuridica e perciò utilizzata nella pratica quotidiana del giurista.

In questo senso, il percorso che Paolo Grossi ricostruisce tra i due poli concettuali posti al centro della riflessione, ossia « dal monismo legalistico al pluralismo giuridico » può dirsi veramente emblematico dell'intrinseca storicità del diritto civile. Le pagine che iniziano con il capitolo dedicato al civilista di fronte alle « sfide d'inizio millennio » contengono una straordinaria rappresentazione di un percorso di cui, molto probabilmente, gli stessi protagonisti — puntualmente ricordati, con i riferimenti ai loro contributi più significativi, quali tappe ideali del percorso disegnato — non sono stati pienamente consapevoli, avendo operato come giuristi immersi nell'evoluzione del « diritto vigente » (da cui l'espressione utilizzata da Pio Caroni: « vigentisti »), pur non mancando momenti di riflessione autenticamente interdisciplinare su temi centrali, rimasti ancora oggi di grande interesse, come il senso (attuale, evidentemente) della disciplina generale del contratto. Qui la tradizione rappresentata nel sistema del codice civile viene sottoposta, evidentemente, alla prova — la « sfida », direbbe più correttamente Paolo — di tenuta rispetto alle innovazioni, che operano sul piano tecnico, socio-economico e, inevitabilmente, giuridico, e che inducono a domandarsi se abbia sempre un senso e, in caso di risposta positiva, in che termini dovrebbe oggi strutturarsi una « parte generale » del contratto (tanto

---

in forma di « Annali », dell'*Enciclopedia del diritto* (voce *Complessità giuridica*, *Annali*, 2007, I, p. 201).

più che recenti esperienze di 'modernizzazione' della disciplina codicistica hanno già indicato alcune vie adottate dai legislatori in altri ordinamenti) (27).

Sembrerebbe, invero, quasi un lontano ricordo — ove si consideri la letteratura degli ultimi decenni, se non altro — il « dogmatismo legalistico del civilista », che non a caso viene ritenuto « alla resa dei conti », in primo luogo con riferimento al diritto privato europeo, che non poteva non svolgersi sganciato dalle tradizioni « dogmatiche » maturate nella cultura giuridica più sofisticata degli ultimi due secoli, all'insegna, per un verso, di una salutare tendenza funzionalista — il punto di riferimento, per il legislatore innanzitutto, sono infatti le problematiche concrete della realtà socio-economica, lungi dall'inquadramento categoriale e dunque, in un certo senso, dogmatico delle questioni —, per altro verso, di un « diritto in prevalenza giurisprudenziale » (un ulteriore carattere del nostro tempo, che si manifesta in vario modo, atteggiandosi, al contempo, a causa ed effetto dell'esaurimento della tendenza dogmatica e legalistica, che aveva caratterizzato la cultura civilistica per lungo tempo) (28).

Se la vicenda della « globalizzazione giuridica » — un'altra delle « sfide » di inizio millennio — è idonea anch'essa a esprimere la dialettica metodologica tra chi (come Natalino Irti, in modo particolarmente convinto e parimenti autorevole) considera l'esperienza giuridica quale vicenda rilevante, soltanto se intesa nella dimensione statale (che assicura, in concreto, la coercibilità delle norme: in fin dei conti, la stessa giuridicità) e chi (come ad esempio Francesco Galgano), al contrario, evidenzia la rinascita di una *lex mercatoria*, certamente dal nuovo volto, affidata al diritto uniforme spontaneo, non v'è dubbio che la più significativa innovazione nella cultura del civilista del nostro tempo (incidente sul ventaglio delle opzioni metodologiche, per affrontare i problemi determinati da un contesto di rapporti sociali sempre più articolati e complessi) sia rappresentata dalla terza « sfida » enunciata nel volume, connessa allo « spostamento dell'asse portante dell'ordine giuridico dal primato della legge al primato dei 'principii' » (riportando l'indovinato e incisivo sottotitolo del XXVII capitolo).

È a questo livello che si situano gli snodi più importanti e complessi del diritto civile dei nostri giorni. Ha certamente ragione Paolo Grossi quando rivolge un (urgente) invito ai civilisti a superare

---

(27) Si ricorda, in tal senso, il tentativo — ricordato anche nel volume, grazie alla benevolenza di Paolo Grossi verso i curatori (p. 130 e s.) — di stimolare una riflessione congiunta, tra civilisti, comparatisti e storici del diritto, dedicando un convegno a questo tema nel 2003, i cui atti si leggono in *Tradizione civilistica e complessità del sistema*, cit.

(28) L'ineccepibile constatazione è al termine del capitolo (p. 134).

l'ordine giuridico 'codificabile' e dunque la logica immobilistica del « sistema chiuso », aprendo — è sempre sua la bella metafora — le finestre, per guardare al di fuori la « realtà socio-giuridica vivente nel circostante contesto », così da valorizzare la complessità del diritto quale effetto del divenire storico « messo nelle mani della scienza giuridica, dell'ordine giudiziario, della prasi notarile ». Tuttavia, gli stessi successivi riferimenti in particolare a due voci, espressione della civilistica più sensibile e autorevole (ossia Emanuela Navarretta e Giovanni D'Amico) soprattutto con riferimento al grande tema dell'effettività di valori, principi e clausole generali nel sistema del diritto civile, dimostrano come alle « aperture » verso i nuovi itinerari (nel segno del 'pluralismo' e dunque in contrapposizione al 'monismo', che invero sembra essere sempre più recessivo) non possano non associarsi legittimi timori sui modi e sugli esiti dell'utilizzazione, da parte del giurista — alludendo, va da sé, in primo luogo ai giudici —, di strumenti metodologici forse non ancora sufficientemente sedimentati nella cultura del diritto civile; strumenti che si rivelano nondimeno necessari, nell'opera di contestualizzazione della controversia giuridica, nel momento in cui si richieda la 'concretizzazione' di norme elastiche — come le clausole generali, che caratterizzano i diversi ambiti del diritto civile — e di principi.

Si tratta di un percorso che, in una valutazione condotta nella prospettiva 'storica', sembra aver appena iniziato a svolgersi, se non altro nel nostro ordinamento, e che, pur supportato dall'autorevolezza della giurisdizione di legittimità, ma anche costituzionale — rispetto alla quale l'Autore può vantare un'importante esperienza diretta conclusasi con la presidenza della Corte costituzionale —, dovrà comunque scontare il prezzo del suo graduale assestamento. Un prezzo rappresentato appunto dai tempi e dalle incertezze (da pagare evidentemente sul piano operativo, soprattutto con riferimento alla vicenda del diritto vivente in costante evoluzione), connaturali a ogni modifica evolutiva di un certo significato, che qui si sostanzia — è ben evidenziato nelle pagine finali — in un « cambio di mentalità » da parte del civilista, che dovrà prestare sempre maggiore attenzione alla coesistenza di regole e principi, a partire da quelli di rango costituzionale, e all'effettività di questi ultimi nei rapporti di diritto civile, così come è avvenuto (con una storia lunga, anch'essa tuttavia ancora *in itinere*) per le già ricordate clausole generali.

5. *Considerazioni conclusive.*

Il messaggio metodologico di Paolo Grossi appare davvero decisivo nella formazione del giurista del nostro tempo, a partire dell'insegnamento di base e istituzionale in ambito universitario, per una serie di ragioni, che qui possono essere soltanto enunciate sommariamente e

riduttivamente, soltanto per dare una qualche conclusione alle riflessioni sin qui svolte, nella consapevolezza che il tema dell'insegnamento del diritto civile, nella realtà attuale dei rapporti giuridici, meriterebbe approfondimenti ben più seri, rispetto a quanto sia sinora avvenuto.

In primo luogo, si dissolve l'illusione che il compito del giurista debba tendere verso la perfezione della definizione legislativa, tanto nel confezionamento, quanto nell'interpretazione, della vagheggiata disposizione di legge « certa » (all'origine dell'ingenuo e, per certi versi, nefasto mito della c.d. certezza del diritto), che finisce per rappresentare un risvolto della prospettiva 'monistica' e 'legalistica' indicata da Paolo con un giudizio di netto disvalore, ossia come qualcosa da superare (s'è detto, in gran parte superata ai nostri giorni, anche se residuano, nella prospettazione del volume in esame, « *itinerari — malgrado tutto — monistici* »).

Inoltre, si dimostra che la vicenda del diritto civile, sia pure considerata in un arco temporale relativamente limitato (nel volume corrispondente, più o meno, all'ultimo secolo) è ricostruibile (soltanto, vien fatto di dire) come evoluzione del pensiero giuridico: è dunque storia di giuristi, non certo di pure disposizioni normative che si succedono nel tempo, le quali non possono non vivere ed essere comprese nella loro contestualizzazione, anche dunque e in primo luogo con riferimento alle idee che possono averle determinate. È evidente peraltro che, nel riconsiderare, storicamente, il pensiero dei giuristi, si annida anche un rischio: quello della lettura soggettiva della vicenda storica, ma ciò non può indurre a rinunciare a tale ricostruzione. È anche possibile che prevalga la tentazione di far prevalere la tendenza 'continuistica', per così dire, che induce a vedere nel passato una sorta di anticipazione del presente, quasi una prefigurazione del diritto vigente, di modo che la storia sarebbe una necessaria premessa per comprendere il diritto positivo vigente ([29]). Ma anche in questo

([29]) Di qui, s'è detto, il prevalere delle teorie della continuità, volte a selezionare con l'obiettivo di riproporre « solo *quei* frammenti del passato, che documentano la continuità lineare tra passato e presente, rispettivamente ne fortificano l'illusione. Tutto il resto non serve: viene perciò taciuto o rimosso » (così, ineccepibilmente, CARONI, *La solitudine dello storico del diritto*, cit., p. 77). Sulla critica alla dottrina della continuità, con riferimento al « sistema codificatorio come una risposta nuova ed originale a questioni giuridiche per la prima volta poste da una società altrettanto nuova (in quanto diventata borghese) », si veda ID., *Le codificazioni del diritto privato e i loro postulati di fondo*, in ID., *Saggi sulla storia della codificazione*, Milano, Giuffrè, 1998, p. 163, che suggerisce di riconoscere trattarsi di « una continuità limitata agli aspetti esteriori, formali: quella che potremmo tutt'al più definire una *continuità nominalistica* » [corsivo nel testo].

caso, non sembra che tale eventualità debba scoraggiare a perseguire l'obiettivo metodologico in questione.

Dovrebbe apparire indiscutibile, pertanto, la sostanziale immedesimazione tra diritto e storia, su cui occorre insistere, si diceva, anche e soprattutto nell'insegnamento e, più in generale, nella formazione dei giuristi, nel tentativo di combattere gli effetti che sulla cultura dei giuristi hanno avuto le deviazioni giuspositivistiche, nel lungo arco temporale trascorso all'insegna del c.d. « assolutismo giuridico » (30). Effetti negativi che sembrano peraltro destinati a perdurare con la sempre più frammentata settorializzazione delle materie nelle facoltà giuridiche (secondo le 'specificità' degli ambiti normativi e le caratteristiche quantitative e qualitative della legislazione 'speciale'), risolvendosi spesso l'insegnamento nella mera analisi, più o meno esegetica, di testi normativi, senza valorizzare i contesti storicamente determinati, così come i nessi con i rapporti sociali, che le norme devono regolare.

In questo senso, verrebbe da richiamare un altro gigante della cultura giuridica nel secolo appena trascorso — solo apparentemente distante dall'evoluzione del pensiero civilistico rappresentata nel volume in esame — quale Riccardo Orestano, per le sue riflessioni sulla storicità del diritto (31), rese in termini generali, con le riflessioni sul rapporto diritto-società che muovono dall'adagio diventato un assunto tanto generico quanto incontestabile *Ubi societas, ibi ius*, ma preziosissime soprattutto per gli studiosi del diritto civile, che dovrebbero abituarsi a considerare due tipi di storicità: verticale (ossia diacronica) e orizzontale (ossia sincronica), relativa quest'ultima al contesto sociale,

---

(30) Il richiamo, utilizzando quest'espressione, ai precedenti studi di Paolo Grossi è sin troppo scontato, se non altro per avere egli voluto intitolare in questo modo una delle più ricche raccolte di suoi scritti in argomento: P. GROSSI, *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Milano, Giuffrè, 1998.

(31) Oltre alla sua fondamentale *Introduzione allo studio del diritto romano*, sulla quale possono leggersi le riflessioni di P. GROSSI, *Storia di esperienze giuridiche e tradizione romanistica (a proposito della rinnovata e definitiva "Introduzione allo studio del diritto romano" di R. Orestano)*, in « Quaderni fiorentini », 17 (1988), potrebbero essere davvero molti i riferimenti agli scritti di Orestano in cui il nesso strettissimo, di sostanziale immedesimazione, tra storia e diritto è ribadito. Ciò vale, evidentemente, in modo particolare per la scienza del diritto, nel senso che « le scienze giuridiche si comprendono con la loro storia, perché sono anch'esse storia » (R. ORESTANO, *Erudito ac benevolo lectori*, in ID., *'Diritto'. Incontri e scontri*, Bologna, il Mulino, 1981, p. 24); e ancora più chiaramente: « Che lo studio storico del diritto e la scienza del diritto non siano entità dissociabili e contrapponibili è circostanza che sempre più si chiarisce e si impone, perché in definitiva il primo si risolve nella seconda, e viene ad integrarla e sostanziarla di continuo con l'elaborazione di propri dati, che diventano appunto una parte dei dati di quella » (ID., *Il diritto romano nella scienza del diritto*, ivi, p. 107).

politico, economico, culturale. S'intende che, sullo sfondo di queste considerazioni, può intravedersi il problema del rapporto tra il sapere e la tradizione di pensiero (32); un rapporto non semplice, né univoco, vissuto in vario modo nelle diverse epoche e nei vari contesti in cui, avvalendosi della lente dello storico (ma anche dello studioso comparatista), può (e deve) inquadrata l'opera della scienza giuridica, specie quando si tratti dell'evoluzione del diritto civile (inimmaginabile senza considerare gli effetti della forza, ma anche del peso, di una tradizione sedimentata spesso per secoli, se non millenni di storia) (33).

L'esito finale della riflessione, al di là dei tanti spunti di approfondimento che la lettura del volume suggerisce, può sintetizzarsi nel messaggio secondo il quale insegnare la storicità del diritto positivo non può essere un'opzione aperta, per così dire, ossia una delle opzioni di metodo, se si vuole contribuire alla formazione di un giurista consapevole del senso stesso del diritto e dunque, in ultima analisi, dell'oggetto dei suoi interessi, posto che la formazione incide in modo decisivo anche sul piano operativo e professionale. In questo modo, il messaggio che viene dal volume in esame sembra saldarsi perfettamente con il 'programma' che Paolo Grossi enunciava nella *Pagina introduttiva* dei « Quaderni fiorentini » del 1972, discorrendo della necessità « di operare due recuperi: riacquisire, da parte dello storico del diritto, il senso della unitarietà della 'scientia juris'; recuperare, da parte del giurista di diritto positivo, il senso della storicità come dimensione intrinseca del fenomeno giuridico ».

Il lungo e avvincente itinerario scientifico, di cui questo volume è soltanto la tappa più recente, percorso magistralmente da Paolo Grossi, a partire dalle dichiarazioni programmatiche di cinquant'anni fa, ha donato a generazioni di civilisti innumerevoli occasioni di studio e

---

(32) La considerazione ovviamente non vale soltanto per il diritto, nel senso che « [o]gni sapere, come ogni agire dell'uomo, si costituisce nel tempo: non il tempo quantitativo e matematico, ma il tempo, che non conosce ritorno, della nostra esperienza quotidiana. Anche il sapere giuridico non sfugge alla necessità del tempo, lo consideri o no un suo carattere intrinseco. La storiografia ne è consapevole. Indaga in un orizzonte temporale mentalità diverse e opposte; stabilisce un rapporto con la tradizione, cogliendone resistenze e cesure, la continuità, l'oblio o la distanza da noi » (BRETONE, *Diritto e tempo*, cit., p. VI).

(33) Mentre il valore della tradizione era pienamente accettato nel pensiero classico (greco e romano) sono state altre le strade percorse dalla « coscienza moderna », la quale « si è mossa in sintonia con quella antica, nonostante la diversità talvolta profonda delle sue premesse speculative, quando ha scelto una prospettiva storicistica o almeno tradizionalistica; se ne è invece allontanata, sino a trasformare il divario in un abisso, quando ha costruito in senso illuministico o utilitaristico, positivistico o pragmatico, una nuova ragione giuridica » (*ibidem*).

apprendimento. Ora, forse, spetterebbe a noi ricambiare degnamente, muovendo da un obiettivo minimo, ma importante, ossia valorizzando e mettendo a frutto gli insegnamenti ricevuti, a vantaggio delle generazioni più giovani di giuristi che, tra le molteplici sollecitazioni culturali del nostro tempo, dovrebbero annoverare anche il recupero della più genuina e connaturale storicità del diritto civile.

GIUSEPPE VETTORI

DOVERE DI VERITÀ E PLURALISMO NEL DIRITTO CIVILE

1. Il dovere di verità dell'interprete. — 2. Il pluralismo sociale e giuridico. — 3. Complessità e contaminazione.

1. *Il dovere di verità dell'interprete.*

Paolo Grossi ha pubblicato negli ultimi due anni studi di straordinaria lucidità sulla civilistica italiana (1). Nel descrivere alcuni 'itinerari pluralistici' contemporanei cita due nomi: Vincenzo Scalisi e Giuseppe Benedetti. Le ragioni di un comune pluralismo sono individuate con chiarezza.

Benedetti, formato alla Scuola di Betti, Vassalli e Santoro-Passarelli, nei primi anni del nuovo secolo ha una svolta netta nei suoi scritti, sin allora fedeli ad un raffinato metodo dogmatico (2). Assume una posizione forte contro l'idea del diritto come pura forma. Si concentra sulla contemporaneità del civilista e sul suo ruolo fondamentale nell'interpretazione e applicazione delle norme. Avverte che il tempo induce a ragionare in termini di verità. Senza pretesa di possederla ma senza negare la sua esistenza. Da qui l'idea che l'interpretazione non è una scoperta di verità già conformate ma un percorso veritativo, legato al tempo e alla sua percezione soggettiva. Tutto ciò conduce alla riflessione sul declino dell'ordine novecentesco, con una consapevolezza forte. L'assolutismo della legge non è più sufficiente per ordinare la realtà: la norma generale e astratta espressa in una fattispe-

(1) Assieme al volume qui considerato (*Il diritto civile in Italia fra moderno e posmoderno. Dal monismo legalistico al pluralismo giuridico*, Giuffrè Lefebvre, 2021) si veda anche P. GROSSI, *Oltre la legalità*, Roma-Bari, Laterza, 2020 e F. PEDRINI, *Colloquio su Storia, Diritto e Costituzione. Intervista al Prof. Paolo Grossi* (Citille in Chianti 10 giugno 2020), in « Lo Stato », 2020, 14, p. 211 e ss.

(2) G. VETTORI, *Dalla dogmatica all'ermeneutica critica. Il percorso di Giuseppe Benedetti*, in « Rivista trimestrale di diritto e procedura civile », 2019, p. 1203 e ss.

cie, spesso, non dà più risposte ai più sensibili problemi di vita. Perché il presente non è tempo di conservazione, ma di innovazione che ha bisogno di altre forme di certezza a tutela di situazioni che attendono di essere soddisfatte con prontezza ed effettività (3).

Il pensiero di Vincenzo Scalisi (4), ispirato dalla Scuola di Angelo Falzea e Salvatore Pugliatti, ha un'importanza centrale nella revisione del sistema delle fonti e del diritto civile contemporaneo. Le sue conclusioni sono incalzanti. L'interpretazione non è mera sussunzione, ma un « momento interno al processo di produzione del diritto, costitutiva essa medesima del dover essere giuridico ». La complessità non va eliminata, ma illuminata tramite un arricchimento dell'orizzonte ermeneutico e le nuove modalità della conversione del fatto in diritto. Il quale ha lo scopo di dirigere e orientare mentre l'ermeneutica è un'attività complessa. Sicché all'unità del moderno (e della fattispecie) come unico orizzonte di senso si oppone la diversità e il molteplice (5).

Benedetti e Scalisi, si pongono la stessa domanda: se siamo oltre il dominio della fattispecie qual è il corretto modo di porsi dell'interprete nel circolo ermeneutico? (6)

La risposta è chiara.

Il testo è 'custode del senso', « delimita nell'infinità del comprendere, l'area dell'interpretare » (7), costituisce sicuramente un limite che « non può essere bypassato, oltrepassato o stravolto », ma non è autosufficiente perché solo con l'interpretazione, da progetto esso diviene regola compiuta (8). Dunque non è un limite alla soggettività (9). Che può essere frenata solo da una prospettiva ontologica capace di scongiurare scelte arbitrarie e incontrollabili. Ma a quale etica deve attenersi l'interprete?

Il '*silenzio dell'anima*' di Agostino (10), '*l'affinità con la cosa*' di

---

(3) G. Benedetti, *Oggettività esistenziale dell'interpretazione. Studi su ermeneutica e diritto*, Torino, Giappichelli, 2014; Id., *Oltre l'incertezza. Un cammino di ermeneutica giuridica*, Bologna, il Mulino, 2020.

(4) V. Scalisi, *Fonti-Teoria-Metodo. Alla ricerca della regola giuridica nell'epoca del postmodernità*, Milano, Giuffrè, 2012; Id., *Categorie e istituti del diritto civile nella transizione al postmoderno*, Milano, Giuffrè, 2005; Id., *Per un'ermeneutica giuridica 'veritativa' orientata a giustizia*, in « Rivista di diritto civile », 2014, p. 1249.

(5) Scalisi, *Per un'ermeneutica giuridica 'veritativa'*, cit., p. 1255 e ss.

(6) Ivi, p. 1263; Benedetti, *Oggettività esistenziale dell'interpretazione*, cit., pp. 257-263.

(7) Benedetti, *Oggettività esistenziale dell'interpretazione*, cit., p. 264.

(8) Ivi, p. 265: « L'ermeneutica non è scoperta di verità già conformate, è percorso veritativo esistenziale nel divenire della storia ».

(9) Scalisi, *Per un'ermeneutica giuridica 'veritativa',* cit., p. 1264.

(10) Agostino, *Le confessioni*, IX, c. 10 par. 3.

Platone (11), la '*phronesis*' di Gadamer (12) evocano una dimensione astratta, difficile da afferrare. Sicché si deve far riferimento ad un altro fondamento. Un'etica sociale « come modello di azione praticato dai consociati », un'etica stabilizzata dalla Costituzione (13) con il rinvio alla solidarietà, da intendersi come reciprocità, concetto universale e comprensivo di ogni cultura e modello comportamentale, laico o religioso.

Ma l'etica non esaurisce l'intero sistema culturale della società. Occorre un criterio diverso e ontologico (14), appunto: il dovere di verità che può radicare stabilmente il dover essere nell'essere (15).

Su questo si rincorrono le riflessioni di Scalisi, Benedetti e Grossi, in continuità con i Grandi Maestri del novecento. Vediamole da vicino. In breve.

Il dovere di verità sta nella ricerca della regola più « congrua, convincente, adatta, appropriata a soddisfare le esigenze pratiche alla base del fatto storico », perché il diritto come scienza pratica ha il compito di dare risposte ad ogni problema di vita. Falzea indica a tal fine « il principio della convenienza e adattabilità dell'effetto al fatto » (16) a cui deve obbedire anche il procedimento ermeneutico (17). Scalisi osserva che « la regola deve recepire e conformarsi alla normatività insita nel fatto stesso » richiamando le taglienti parole di Pugliatti: « nel cuore del fatto non c'è soltanto l'essere ma fuso insieme ad esso e inscindibile da esso c'è anche il dover essere » (18). Parole limpide e chiare a tutti. Chiunque decide una lite, consulta un repertorio o studia una casistica, sa bene di cosa si parla. L'interprete deve indagare la

---

(11) PLATONE, *Lettera VII*, indicato in SCALISI, *Per un'ermeneutica giuridica 'veritativa'*, cit., p. 1265, nota 85.

(12) BENEDETTI, *Oggettività esistenziale dell'interpretazione*, cit., p. 218.

(13) GROSSI, *Il diritto civile in Italia fra moderno e posmoderno*, cit., p. 145 e il rinvio a L. MENGONI, *L'argomentazione nel diritto costituzionale*, in ID., *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Milano, 1996, p. 117: « si converte il problema della fondazione etica della legittimità in un problema giuridico [...] mediante l'istituzionalizzazione dei valori morali, che ne costituiscono il referente pre-giuridico ».

(14) SCALISI, *Per un'ermeneutica giuridica 'veritativa'*, cit., p. 1263: « il corretto modo di stare dell'interprete nella struttura del circolo ermeneutico deve essere ricercato e trovato all'interno della stessa prospettiva ontologica, e cioè lungo un asse e un itinerario che consentano, dall'interno stesso della postazione del soggetto interprete, di misurarne modalità di esercizio e percorsi esplicativi di svolgimento ».

(15) Ivi, p. 1269.

(16) A. FALZEA, *Efficacia giuridica*, in ID., *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*. II. *Dogmatica giuridica*, Milano, Giuffrè, 1997, p. 62.

(17) SCALISI, *Per un'ermeneutica giuridica 'veritativa'*, cit., p. 1268.

(18) S. PUGLIATTI, *Per un convegno di diritto cosmico* (1961), in ID., *Scritti giuridici*, VI, Milano, Giuffrè, 2012, p. 44.

« carica di valore contenuta nel fatto e alla luce di essa interrogare il testo » (19). Perché la giuridicità è comprensiva del dato positivo e del dover essere portato dai fatti, osservato in base a ciò che scorre nella vita sociale (20). L'adorazione della legge positiva non ha più senso. Il diritto cerca verità con strumenti precisi: il sillogismo critico che muove da idee condivise nella società, il precedente tramandabile, l'equilibrio e la misura, il convincimento e la persuasione, in un dialogo vero con le fonti del diritto e gli organi istituzionali disegnati da un pluralismo politico e sociale (21).

Certo non si può parlare di verità se non nella forma di doverla cercare ancora (22) e con un avvertimento forte: « tra la verità assoluta e la non verità c'è posto per *le verità* da sottoporre a continua revisione mediante la tecnica dell'addurre ragioni pro e contro » (23).

Insomma « non è configurabile un concetto unico di verità ». Che può essere anche *creata* dal diritto alla ricerca di una verità « situazionale o convenzionale ». Basta pensare alla cosa giudicata o in modo ancor più esplicito alla confessione che fa piena prova di una dichiarazione della parte (art. 2730-2733 c.c.). Qui la verità è utilizzata dal diritto civile come *incontestabilità* perché « il linguaggio giuridico ha portata *performativa*: gli 'effetti sono i più adeguati a quel fatto'. La disciplina è quella dell'atto giuridico e non del negozio giuridico, perché è la legge, e non la volontà del privato, fonte degli effetti » (24).

Il che significa che lo stesso diritto ci rende « liberi dalla prigione della *reductio ad unitatem* » per rinvenire alternative « in un ordinamento sempre più complesso », ove il cammino « dovrebbe aver inizio dalle cose », ossia dalle « *figure di verità e di certezza* che emergono nell'esperienza giuridica ». La fattispecie è solo una di queste figure, legate al tempo e alle esigenze di una società in profonda evoluzione. Il rischio di « caricare sul giudice la decisione giusta, ricercata nella complessità fattuale del sistema », può essere accettato solo ponendo a

---

(19) Scalisi, *Per un'ermeneutica giuridica 'veritativa'*, cit., p. 1266.

(20) P. Grossi, *L'invenzione del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2017, p. 72 e ss.

(21) Benedetti, *Oltre l'incertezza*, cit., p. 75: « L'etica della solidarietà passa per l'etica della comprensione. Che porta il discorso verso l'ermeneutica. Non un'ermeneutica che conduca inevitabilmente al nihilismo, più o meno intensamente colorato, ma un'ermeneutica aperta a un gesto fondativo. Conformato sulla funzione del diritto civile, sulla sua storia, sulla sua vocazione, sulla missione del giurista che, nel misurarsi con i grandi problemi del nostro tempo, sia all'altezza di quel gesto ».

(22) L. Pareyson, *Verità ed interpretazione*, Milano, 1971, p. 90 e il richiamo in V. Scalisi, *L'ermeneutica della dignità*, Milano, Giuffrè, 2018, p. 18.

(23) N. Bobbio, *Prefazione* a C. Perelman, L. Olbrechts-Tyteca, *Trattato dell'argomentazione. La nuova retorica*, Torino, Einaudi, 1966, p. XVII.

(24) Benedetti, *Oltre l'incertezza*, cit., pp. 164-167.

suo carico un dovere di verità che ha bisogno di un « contenitore idoneo ad abbracciare la varietà e questo non può che essere l'orizzonte ermeneutico ». Il quale non è un approdo, ma la vocazione originaria del diritto perché « la parola giuridica è sempre parola ermeneutica » (25) che può lambire la verità solo con « una solida ed esauriente motivazione sorretta da una rigorosa argomentazione », capace di convincere e persuadere (26).

La consonanza di queste parole con il pensiero di Paolo Grossi è evidente. Solo qualche cenno.

Il positivismo ha più facce. Può essere inteso come « esegesi delle formule nelle quali l'intenzione e la volontà del legislatore si è espressa », o come sistema « di una normatività oggettiva ed autosufficiente » che l'interprete deve solo applicare. In entrambi i casi il « giurista positivo » ha creduto per molto tempo alla purezza di questo insieme che non ammette la contaminazione fra « astratta scienza delle norme » e « concretezza dei fatti » (27). Paolo Grossi ribalta questa prospettiva con la sua idea forte di storicità, fattualità e carnalità del diritto, oggetto di una *inventio* dell'interprete che deve « comprendere il caso da risolvere e adattare la norma al fatto della vita, individuandone la più adeguata disciplina ». Questa *invenzione* non rinunzia alla logica, ma utilizza l'intuizione-percezione-comprensione, tutte segnate sul piano assiologico (28) con un'apertura all'interpretazione come ermeneutica. Perché il giudice non ha di fronte a sé « la rete delle norme giuridiche ma i casi della vita » e guarderà alle norme per trovare soluzioni « adeguate al caso e al diritto », come osserva Mengoni (29).

A questa visione si imputa astrattezza nell'ordinare una realtà priva di ideologie ed idee del mondo condivise. Si ricorda la necessità di opporsi ad una disgregazione dominata da una finanza globale, fonte di intollerabili diseguaglianze. Si eccepisce che il ruolo affidato all'interprete richiede giuristi all'altezza di un compito arduo, necessariamente sorretto da una forte formazione che oggi appare davvero carente. La soluzione diversa e contraria che si propone è chiara. Solo la legge appare oggi come ultima possibilità di tenuta (30). Ma Grossi rifiuta questa conclusione e ribadisce, con argomenti forti, la necessità

---

(25) Ivi, p. 167.

(26) Ivi, p. 168.

(27) G. Zagrebelsky, *Alla fine del mandato di giudice costituzionale di Paolo Grossi e al suo ritorno agli studi universitari*, in « Quaderni fiorentini », 47 (2018), p. 544 e ss.

(28) Grossi, *L'invenzione del diritto*, cit., p. 60 e ss.

(29) Zagrebelsky, *Alla fine del mandato di giudice costituzionale di Paolo Grossi*, cit., p. 550.

(30) Ivi, pp. 550-553.

del pluralismo come valore sociale e politico da realizzare e difendere. Per una serie di ragioni.

2. *Il pluralismo sociale e politico.*

La ricerca della verità si coniuga con l'idea di pluralismo a cui Grossi dedica pagine molto belle. Innanzi tutto nel rispondere a chi oppone un rischio di degenerazione e di soggettivismo nell'uso delle clausole generali come la buona fede e l'effettività. A queste critiche si oppone un sistema di fonti che lo Stato costituzionale ha fondato su Norme e Principi prendendo sul serio il pluralismo, affermato nel sottoporre la legge al vincolo delle norme costituzionali, dell'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali. D'altra parte, ciò consente anche di replicare ai pericoli di « una società che si autoregola », perché le norme costituzionali hanno incorporato nella nozione dei diritti fondamentali e del dovere di solidarietà, regola morale e regola giuridica in un contesto unitario che deve essere attuato con le tecniche e le argomentazioni del diritto positivo (31).

Certo Bobbio, negli anni Settanta, ci ha ricordato che non esiste una nozione unitaria di pluralismo (32): ci sono almeno tre correnti nel Novecento che si sono autodefinite tali, in modo diverso: il socialismo, il cristianesimo sociale e il liberalismo democratico. Nel primo caso la democrazia reale viene cercata non tanto nelle istituzioni centrali o locali, ma nei gruppi minori, formali e informali ove l'individuo è protetto non solo come cittadino, ma anche come produttore o consumatore. La dottrina sociale della Chiesa si basa sulla molteplicità delle società naturali (lo Stato, la famiglia, le associazioni professionali, la Chiesa) in opposizione alla dottrina opposta dell'individualismo e del collettivismo. Il liberalismo democratico, espresso in particolare dalla costituzione americana, afferma tre principi: autorità limitata, autorità equilibrata, e pluralismo politico, ossia necessità di molti centri, nessuno dei quali sia o possa essere interamente sovrano. Neppure il popolo (33).

Il pericolo più grave di tale modello è la disgregazione e il ritorno ad un ordine ove le contese fra gruppi contrapposti rendono difficile o impossibile la soddisfazione di qualsiasi interesse collettivo. Ma ancora Bobbio osserva che il pluralismo nasce contro lo Stato totalità, ma non disconosce l'importanza decisiva dello Stato comunità. Accentua, in

---

(31) Cfr. Grossi, *L'invenzione del diritto*, cit., pp. 143-144 in risposta a E. Navarretta, *Europa e diritto privato. Effettività e Drittwirkung ripensando la complessità giuridica*, Torino, Giappichelli, 2017, p 158.

(32) N. Bobbio, *Le ideologie e il potere in crisi*, Firenze, Le Monnier, 1981, pp. 1-21.

(33) Ivi, pp. 5-6.

date circostanze storiche il momento della redistribuzione del potere, ma non rifiuta il momento della riaggregazione. Si pone il problema della prepotenza dei gruppi privati sull'individuo e tende all'equilibrio fra forza e consenso. Ricorda infine che « dovunque si è costituito un potere, questo mostrerà presto o tardi il suo volto demoniaco » (34). Ed è certo che la legge ha già mostrato nella storia recente questo volto, tragico o solo deludente e colpevole. Non solo.

Come è stato ricordato benissimo, nel pensare e indirizzare i *Quaderni fiorentini*, giunti oggi a celebrare i cinquanta anni, Paolo Grossi si è ispirato ad un pluralismo culturale e ideologico sotto l'egida del potere unitivo della cultura e il carisma universale della città di Firenze (35), ed 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 (36). Ove 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 la complessità giuridica di cui è intessuta la Costituzione; un pluralismo « *effettivo, concreto, sincero, autentico*. Non meramente nominale, ma un insieme di fonti ciascuna delle quali è in rapporto di interrelazione con le altre; dove il passaggio giuridico segnala più una rete che una scansione gerarchica, giacché tutte sono ugualmente impegnate in una attività di ricerca, di scoperta, di invenzione » (37).

Dunque, un pluralismo *effettivo* perché non scorda « il prima e il dopo e cioè 'l'interruzione con cui il monismo statualistico ha provato a cancellare dalla nostra coscienza persino il ricordo dell'assetto pluralistico' ». *Reale* perché garantito da norme costituzionali, ma non ancora « 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 » (38). Un pluralismo, dunque, che « non è dato dalla semplice presenza di pluralità ma

---

(34) Ivi, p. 21.

(35) Si vedano le belle pagine di P. GROSSI, *Oltre le storie nazionali. Il 'Centro di studi per la storia del pensiero giuridico moderno' di Firenze fra presente e passato*, in « Quaderni fiorentini », 50 (2021), pp. 751-753.

(36) P. GROSSI, *Un impegno per il giurista di oggi: ripensare le fonti del diritto* (2009), in *Paolo Grossi*, a cura di Guido Alpa, Roma-Bari, Laterza, 2011, pp. 18-40.

(37) G. CAZZETTA, *Pagina introduttiva (Unità e pluralità: spazi e tempi del pluralismo giuridico moderno). Cinquant'anni di Quaderni fiorentini*, in « Quaderni fiorentini », 50 (2021), p. 13 e ss. E il richiamo delle parole di P. GROSSI, *Sull'esperienza giuridica pos-moderna (riflessioni sull'odierno ruolo del notaio)*, in « Quaderni fiorentini », 47 (2018), p. 329 e ss., p. 333.

(38) CAZZETTA, *Pagina introduttiva (Unità e pluralità: spazi e tempi del pluralismo giuridico moderno)*, cit., p. 19, nota 49 e il richiamo di Bartolomé Clavero.

dall'opposizione al monismo statualistico e al centralismo » e dal « rifiuto della sovranità come condizione di possibilità, di pensabilità, del giuridico ». Sicché l'essere 'contro' « separa pluralità da pluralismo, rendendo pleonastico l'uso dell'aggettivo moderno accanto al pluralismo giuridico ». Anche se questa opposizione non propone interpretazioni univoche « né dell'esperienza, né del dilemma relativo alla coesistenza tra unità e pluralità dell'ordine » (39).

3. *Complessità e contaminazioni.*

Tale contesto stimola la creazione di metafore adeguate a una nuova rappresentazione dell'esperienza politica e giuridica.

Da un'opposizione alla piramide (40) ad una visione più complessa che pone in luce « non soltanto la coesistenza di ordinamenti dai confini perfettamente definiti, quanto piuttosto le sovrapposizioni delle formazioni socio-politiche, la mobilità delle loro frontiere nel gioco delle loro continue interazioni ». Descritte con parole chiave come '*hybridity*' per « sottolineare il carattere essenzialmente mobile di ogni cultura (contro definizioni 'essenzialistiche' e 'identitarie'), *métissage*, fra mondi diversi » per individuare una connessione sempre più stretta, '*interlegalità*' che dà conto dell'attuale 'disordine', « delimitato dai punti di *intersezione* fra ordinamenti diversi » (41). Una unità polifonica, dunque, che ha i tratti di una *contaminatio* fra codici e discipline di settore, clausole generali e fattispecie, regole di validità e di comportamento che non si escludono, ma coesistono in un concorso o cumulo di norme che richiede un'ermeneutica capace di comprendere la complessità, e una dogmatica atta a foggiare nuovi strumenti e rimedi adeguati alle domande di una società plurale appunto.

Tutto ciò con un paradosso. « Proprio nel momento del suo incontrastato trionfo, il paradigma 'pluralistico' sembra essere ancora alla ricerca di una teoria sufficientemente 'potente' » capace di riempire « il vuoto della sconfitta del suo 'nemico' » e di fornire « un filo di

---

(39) Ivi, p. 20.

(40) P. Costa, *Il 'pluralismo' politico-giuridico: una mappa storico-concettuale*, in « Quaderni fiorentini », 50 (2021), p. 30 e ss., p. 115 ed ivi i richiami a N. Luhmann, *Teoria politica nello Stato del benessere*, Milano, FrancoAngeli, 1983; E. De Cristofaro, *Sovranità in frammenti. La semantica del potere in Michel Foucault e Niklas Luhmann*, Verona, Ombre corte, 2007, e 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.

(41) Costa, *Il 'pluralismo' politico-giuridico*, cit., p. 117 e il richiamo a E. Scoditti, *Lo scenario dell'inter-legalità* (www.questionegiustizia.it/lo-scenario-dell-inter-legalita_22-04-2020.php); M. Parolari, *Migrazioni, interlegalità, pluralismo giuridico. Prospettive giusfilosofiche*, in « Rivista di filosofia del diritto », VII (2018), 1, pp. 33-50.

Arianna che conduca a qualche nuova immagine di 'ordine' post-statuale e post-nazionale » (42).

Anche perché « i pluralismi sociali del presente e la ritrovata complessità sfuggono da ogni parte all'immagine secca, definita, esatta, delle due sfere » del pubblico e del privato « che sono entrambe confuse, avvolte da un vortice di trasformazioni accelerato e inarrestabile, in una dissolvenza talvolta impercettibile ». Che impone al « giurista di intrecciare i linguaggi, le tecniche, le soluzioni, rivitalizzando un'età dei diritti che ogni giorno esige, nel pubblico come nel privato, nuove compatibilità, nuovi equilibri, nuovi confini e, soprattutto, una nuova giustizia » (43). Ove il pensiero dogmatico fornisce formule e strumenti tecnici « accumulati dalla riflessione dottrinale e dalla prassi giurisprudenziale » riducendo « la mobilità del pensiero problematico » (44) e fissando « le condizioni del possibile giuridico » entro il sistema plurale in cui « la legislazione e la giurisdizione l'una a fianco dell'altra, entrambe di fronte alla Costituzione », evocano « un'immagine che contiene e presuppone un elevato livello di complessità, che differenzia lo Stato costituzionale, del nostro presente, dallo Stato di diritto della tradizione ». « Un mondo di ieri a cui si può guardare con nostalgia sapendo che quel tempo, non tornerà mai più » (45).

Su tutto ciò la sintesi e il messaggio di Grossi sono esemplari.

La nostra Costituzione è plurale perché configura accanto alla Stato la Repubblica italiana, quale comunità comprensiva di una pluralità di ordinamenti primari. Che sta agli studiosi e ai docenti fissare in una visione forte del diritto come « una dimensione essenziale di una civiltà, non meno della religione, della filosofia, della letteratura, dell'arte ».

Non una patologia ma un ordine che la coscienza di un Maestro può trasformare « in comprensione, convinzione, innamoramento »

---

(42) COSTA, *Il 'pluralismo' politico-giuridico*, cit., p. 118.

(43) B. SORDI, *Diritto pubblico e diritto privato. Una genealogia storica*, Bologna, il Mulino, 2020, pp. 234 e 240.

(44) P. CAPPELLINI, *Systema iuris*, II. *Dal sistema alla teoria generale*, Milano, Giuffrè, 1985, p. XI « È la logica tecnica del concreto, degli istituti che bisogna ora, con bisturi delicatissimo, restituire nelle sue sottili nervature ». L'idea di Sistema è « per sua natura corale » ed esige un « abbandono delle tradizionali impostazioni 'savignyano-centristiche'. Soltanto con un simile incremento di complessità analitica ci sarà consentito di avviare a soluzione il quesito: il diritto — un sistema? » (p. XII).

(45) M. FIORAVANTI, *La costituzione democratica. Modelli e itinerari del diritto pubblico del ventesimo secolo*, Milano, Giuffrè, 2018, p. 454; G. VETTORI, *I principi, le parole e la dogmatica*, in « Ars interpretandi », 2021, 2, p. 98.

tramite alcuni valori che non lasciano spazio all'assoluto della legge: Equilibrio, Prudenza, Misura (46).

PAOLO GROSSI

REPLICA

Il mio intervento di replica prenderà a oggetto, sia la lettera indirizzàtami da Natalino Irti, sia le redazioni scritte di Carmelita Camardi, di Francesco Macario e di Giuseppe Vettori.

L'intervento di Irti, che per volontà dell'autore ha preso la forma di una lettera, puntualizza bene le ragioni ultime della distanza (se non della netta opposizione) tra le nostre visioni del diritto; distanza che si origina in una diversa (se non opposta) concezione della natura stessa del diritto; e diverso (se non opposto) è l'angolo di osservazione dal quale guardiamo ad esso e alla sua gènesi.

Per Irti il diritto trova la sua fonte esclusivamente in un'autorità legittima, si proietta dall'alto sulla società e assume una sua caratterizzazione potestativa, imponèndosi sul magma fattuale rigogliante in basso, nel tentativo di ridurlo ad unità. Per Irti il diritto è, dunque, comando, sanzione, coercizione entro una visione rigidamente normativistica.

Per me, che vi guardo dal basso verso l'alto mutando completamente l'angolo di osservazione, il diritto ha le sue radicazioni prime in quel sostrato di valori e interessi generalmente condivisi, che la società nutre alle sue radici, mescolàndosi e intridèndosi di fattualità e conservando quale suo intrinseco carattere un'aperta pluralità.

Da un lato, monismo giuridico, dall'altro, pluralismo giuridico. Tra me e Irti è possibile — e l'abbiamo costantemente realizzato in sessanta anni di confronti — un rispettoso e affettuoso colloquio, restando le reciproche posizioni ineliminabilmente diverse e distanti.

La lettura delle Relazioni recensorie mi ha confermato nella convinzione che, oggi, entro la più avveduta civilistica italiana, si è imboccato la strada per conseguire quello che, recentemente, in un *tascabile* laterziano del 2015, io ho qualificato come un « ritorno al diritto ». Infatti, lasciando le secche di un monistico paesaggio legislativo, assumendo a modello orientatore la nostra Costituzione, si è riscoperto la complessità dell'universo giuridico.

Una complessità, che è il contrappunto giuridico della complessità sociale, cancellando finalmente quel nefando distacco fra diritto e

(46) Pedrini, *Colloquio su Storia, Diritto e Costituzione. Intervista al Prof. Paolo Grossi*, cit., p. 267.

società, che era stato il contrassegno della civiltà borghese nei paesi di *civil law*. Alla algida aridità di un diritto rinserrato in comandi, proiettati dall'alto su un magma sociale chiamato unicamente all'obbedienza, si contrappone una visione ben più aperta, che trova nelle radici valoriali di un popolo la propria legittimazione e la propria fondazione. E, giustamente, da parte dei recensori si parla del recupero di quella *storicità* del diritto civile, soffocata dal sistema chiuso delle moderne codificazioni.

Vorrei riprendere — concludendo — un accenno che ebbi cura di fare nel mio brevissimo intervento al termine della lunga tornata pomeridiana del 3 dicembre scorso a villa Ruspoli. Allora, io ringraziai i recensori soprattutto perché avevano tentato di *comprendere* le motivazioni dell'autore nella costruzione del libro. Vorrei ripetere oggi quel sentimento di gratitudine, giacché anche queste redazioni scritte sono testimonianza di un uguale atteggiamento serenamente critico e totalmente spoglio di prevenzioni, improntato alla più schietta comprensione. Grazie, ancora!

A proposito di...

UMBERTO BRECCIA

NOTE DI LETTURA

(A proposito di T. Greco, *La legge della fiducia. Alle radici del diritto*, Bari-Roma, Laterza, 2021)

1. Una visione di sintesi in merito alla nozione di cultura giuridica. — 2. Critica del 'modello sfiduciario'. — 3. Radicalità pluridimensionale del diritto. Fiducia dentro il diritto. — 4. Vocazione normativa dei princìpi e delle regole. Ruolo affermativo della 'fiducia'. — 5. Humanities. — 6. Fiducia nel diritto in tempi di pandemia. — 7. Nobiltà antica e difficoltà odierna della formazione giuridica. — 8. Ideale e realistico contributo alla prima e all'ultima lezione di diritto. — 9. Prima lezione infantile all'aperto. Domande ingenue. — 10. Prima lezione nell'aula. Qualcosa resta in sospeso. — 11. Primitività del diritto non coercitivo? Diritto allo « stato nascente »? — 12. Una storia istruttiva (o, forse, una famosa leggenda). Genti di terra e genti dal mare. — 13. Ancora sulla prima e sull'ultima lezione di diritto. Circolarità? — 14. Diritto incompreso. « Stato morente »? Perseveranza di una ricerca.

1. *Una visione di sintesi in merito alla nozione di cultura giuridica.*

La legge della fiducia. Alle radici del diritto è un'opera di sintesi che unisce a una selettività informativa non comune, ricca di riferimenti esemplari e intelligenti, una limpida capacità ricostruttiva e critica, la quale dà conto senza elusioni del complesso orizzonte della cultura giuridica.

I tanti problemi che si addensano nello spazio del diritto contemporaneo sono posti a fuoco in codeste pagine con uno stile gradevole e accessibile, per tramite di un meditato equilibrio esplorativo.

Qui si uniscono originalmente, sia i riferimenti alle teorie dei giuristi e alle fantasie dei non giuristi, sia l'esigenza di tradurre la ricerca puntuale in una modalità espressiva inedita e all'altezza dei tempi.

L'intento — che è stato dunque felicemente esaudito — si esprime, senza alcun eccesso di approssimazioni esteriori, nella sapiente integrazione con un vasto raggio di comunicazioni non manipolate: così da contribuire a un rinnovamento dell'educazione giuridica, che attragga, finalmente, adesioni ben più diffuse e assai meno condizionate da pregiudizi scettici o negativi.

2. *Critica del 'modello sfiduciario'.*

Fin dalle pagine introduttive (pp. VII-XVI; in particolare, p. XV), è posto in discussione il primato, quasi unanime, di un « modello sfiduciario » di ascendenza machiavellica, lì dove si presupponga il postulato — sedicente « realistico »: e nella maniera più spregiudicata — di un'incompatibilità della fiducia con il diritto, in quanto strumento che avrebbe la funzione unica di sopperire all'umana diffidenza.

Sono tanti i motivi conduttori che suggeriscono di dipanare, in una maniera paradossalmente assai più conforme alla realtà, il filo peculiare che induce a includere la nozione di « fiducia » dentro il diritto: con la pazienza dello studioso e con il coraggio del giurista, il quale non chiuda gli occhi di fronte all'evidenza del senso comune ma non sia preda dei luoghi comuni (1).

3. *Radicalità pluridimensionale del diritto. Fiducia dentro il diritto.*

La radicalità del diritto, come si ha modo di leggere nel sottotitolo, lungi dal presentare soltanto un profilo monodimensionale, così da ridursi al momento della « coercizione », può esprimere un profilo a due o a più facce, così da indurci a vagliare anche il senso e i limiti — fra i tanti che sembrano a tutti palesi — di un concorrente modello imperniato sulla « fiducia ».

Il principale « motivo conduttore » verte, dunque, proprio sulla realtà delle « radici », in quanto non rimangano « nascoste », così da essere, al contrario, scoperte in una maniera integrale e, in tal senso, adeguata (2).

4. *Vocazione normativa dei princìpi e delle regole. Ruolo affermativo della 'fiducia'.*

In piena consonanza con il primario canone di una radicalità non riduttiva, si pone immediatamente l'esigenza di ricostruire, nella pienezza della sua struttura, la vocazione normativa, che dà alla « cosa chiamata diritto » un'impronta peculiare, quale risulta dal concorso dei « princìpi » e delle « regole », nonché dalla proiezione degli uni e delle

---

(1) La distinzione fra il senso comune e la liberazione del vero giurista dai luoghi comuni è un motivo conduttore che trascende il tema specifico, poiché coinvolge per intero l'argomento del « disoccultamento » delle radici del diritto nel corso di una pragmatica ricerca collettiva. M. JORI, *Del diritto inesistente. Saggio di una metagiurisprudenza descrittiva*, Pisa, Ets, 2010. Cfr. GRECO, p. XII, nota 5 e p. 161, nota 41.

(2) GRECO (pp. 3-13) si pone subito la domanda « fiducia *vs.* diritto? ». Il libro risponde alla domanda.

altre nel vivo di un'intrapresa collettiva che coinvolga tutti (pp. 114-142).

C'è, in altre parole, una normatività giuridica della « fiducia » che esclude una sorta di censura assoluta, pur esigendo una peculiare ricerca della « vera realtà » di un tale fenomeno nel suo assumere rilievo anche « dentro il diritto » (pp. 88-113).

5. *Humanities.*

La compiuta radicalità e la benintesa normatività a largo spettro s'integrano, anche qui, con un'ampia serie di riferimenti alle *humanities* che, pur nel quadro di arti e di letterature non giuridiche, si prestano a porre in un risalto emblematico molti problemi cruciali del diritto, non poche immagini controvertibili, e perfino talune fulminanti intuizioni che superano i recinti disciplinari privi di respiro (3).

6. *Fiducia nel diritto in tempi di pandemia.*

La sensibilità, sempre vagliata con cura pertinente, nei confronti di una cultura contemporanea che si oppone all'isolamento del sapere giuridico senza pregiudicarne mai l'autonomia, è ulteriormente attestata, inoltre, dall'ambientazione già modernissima delle analisi che descrivono la forza delle radici del diritto nelle tempeste dell'emergenza, secondo quel che comprovano, nelle pagine del libro, i molteplici luoghi in cui la grave pandemia, ancora in atto, acuisce l'intelligenza realistica e insieme la coscienza critica dei problemi giuridici più contingenti (p. 161) (4).

Le riflessioni dei giuristi, e in primo luogo dei cultori del diritto costituzionale, tornano a porre domande sulla normatività dei « doveri inderogabili » e sul limite dei diritti, in un confronto, spesso implicito ma non equivoco, con le teorie giuridiche che sono variamente discusse nel libro (5).

---

(3) P. Héritier, Humanities. *Umanesimo e svolta affettiva*, in *Dimensioni del diritto*, a cura di A. Andronico, T. Greco, F. Macioce, Torino, Giappichelli, 2019, pp. 441-468.

(4) Pagine vivacissime, di piacevole lettura e ricche di spunti persuasivi, si devono a A. Schiavello, *"La grida canta chiaro"... o forse no. Qualche osservazione a partire da un esercizio di interpretazione giuridica*, in « Lo Stato », 2020, 14, pp. 367-384.

(5) E. Rossi, *La doverosità dei diritti: analisi di un ossimoro costituzionale*, in « Gruppo di Pisa », 2018, pp. 51-72 (gruppodipisa.it). Nella giuscivilistica sono citate nel libro, oltre alle ricerche di contenuto storico, alcuni approfondimenti significativi. Basti

7. *Nobiltà antica e difficoltà odierna della formazione giuridica.*

Il quadro si completa con il ricorrente tema della necessità di una *paideìa* giuridica che sappia rinnovare, e proiettare nel futuro, le sue nobili radici, in un modo tale che a un'informazione selettiva si unisca sempre una capacità ricostruttiva ricca, e aperta perfino alle tecniche « narrative », purché non siano dilettantesche, oltre che completabili, ben s'intende, con apporti di settore, professionalmente esperti ma pur sempre accessibili (6).

8. *Ideale e realistico contributo alla prima e all'ultima lezione di diritto.*

Il libro, nel suo complesso, integra idealmente una prima e un'ultima lezione del diritto, poiché ci esorta a « evitare che per eccesso di realismo si finisca per 'perdere' la realtà, sia in termini conoscitivi, sia in termini pratici ».

In queste parole finali è compendiato il senso di un maturo insegnamento: immune da quell'insidia di assolutismo che spesso resta celata dentro gli « ideologismi » che insidiano le concezioni parziali e riduttive della cultura giuridica.

A questo punto, per non snaturare l'efficacia della lettura diretta, si dovranno almeno segnalare alcuni spunti, che sono nondimeno sufficienti a esprimere, sia l'apertura nei confronti delle pur mirabili teorie, condivise e anche non condivise, sia l'attenzione scrupolosa nei confronti delle intuizioni più perspicaci, quale che sia la fonte prediletta.

9. *Prima lezione infantile all'aperto. Domande ingenue.*

L'immagine delle « lezioni di diritto » si nutre di un'associazione d'idee che non si ambientano esclusivamente nelle aule destinate ai molteplici volti e gradi di un insegnamento, ma sono presenti fin dalle domande della prima infanzia, al di fuori dei recinti scolastici.

---

confermare qui una segnalazione che apre nuove vie di ricerca: G. Resta, *Gratuità e solidarietà: fondamenti emotivi e irrazionali*, in « Riv. crit. dir. priv. », 2014, 1, p. 27 e ss.

(6) M. Cacciari, N. Irti, *Elogio del diritto. Con un saggio di Werner Jaeger*, Milano, La nave di Teseo, 2019; T. Greco, *L'orizzonte del giurista tra autonomia ed eteronomia*, in *La formazione del giurista. Contributi a una riflessione*, a cura di B. Pasciuta, L. Loschiavo, Roma, Roma Tre Press, 2018, p. 45 e ss.; G. Resta, *Quale formazione, per quale giurista*, ivi, p. 127 e ss.; V. Roppo, *Il racconto della Legge. Diritto (e rovesci) di una storia che riguarda tutti*, Milano, Baldini+Castoldi, 2019.

Con mano felice siamo invitati a rammentare (ecco una prima citazione) quel famoso passo del *Piccolo Principe* in cui il giovanissimo protagonista si rivolge al Re che governa un asteroide.

Egli sembra presupporre che il diritto del sovrano comporti un potere illimitato e, dunque, abbia la forza portentosa di esaudire qualsiasi pretesa anche la più irrazionale.

Il sovrano nega, alla fine, che sia tale il significato giuridico della regalità.

La sua prima lezione non scolastica, nel cielo fantastico, fa subito riflettere il piccolo principe.

Il diritto — è costretto a insegnare, infatti, il re — ha radici umane, di segno pratico, delle quali devono ben vagliarsi sia le potenzialità sia i limiti (p. 84, nota 125) (7).

C'è, inoltre, una domanda, fra le tante domande infantili all'aperto, che ruota, in vario modo, intorno al tema del rapporto del diritto con la malvagità umana; e con la finalità di prevenire e di reprimere le prevaricazioni per tramite di una coercizione giuridicamente organizzata.

Qui il tema della fiducia acquista già la sua centralità.

I bambini piccoli sono fiduciosi. Sorridono a tutti, fin troppo. Comprensibile è, dunque, la grande cautela difensiva dei genitori.

E tuttavia non dobbiamo trascurare (altra citazione letteraria) il Medoro di Italo Calvino: quel « visconte dimezzato » che è ridotto alla parte malvagia dell'uomo, tant'è che perfino ogni gesto buono è sospettato di « doppiezza » (pp. X, 113).

Proprio così stanno le cose?

Ignoreremo del tutto le ricerche antropologiche che, con documentazioni rigorose, hanno dato rilievo, oltre che alle gravi crudeltà e agli atroci conflitti, a quei momenti cooperativi, che assumono un profilo di « vera realtà » dentro il diritto, poiché sono indivisibili dalle lotte di emancipazione?

La risposta è coerente con un'investigazione completa, e veritiera, delle antinomie della condizione umana e delle strategie politiche.

10. *Prima lezione nell'aula. Qualcosa resta in sospeso.*

Chi insegna il diritto in un'aula sa bene che la prima lezione lascia l'uditorio con l'amaro in bocca e prova egli stesso un sentimento di disagio; ma non ci si può attardare: bisogna andare avanti, in una delle tante branche della giurisprudenza.

Qualcosa di grave resta, a tal punto, in sospeso; e la grandezza indiscussa del pensiero al quale fu affidato il successo di quel primo

---

(7) L'Asteroide è contraddistinto dal n. 325.

incontro non può impedirci di notare che perfino quelle chiare e ferme idee non erano in grado di vincere tutte le perplessità.

11. *Primitività del diritto non coercitivo? Diritto allo « stato nascente »?*

La riduzione della giuridicità al modello coercitivo indusse notoriamente Hans Kelsen, uno degli immancabili protagonisti delle prime lezioni di diritto almeno fin dalla seconda metà del secolo ventesimo, a chiedersi in qual senso possa ancora parlarsi di diritto con riguardo all'ordinamento internazionale.

Coerente con la sua teoria monistica del diritto, Hans Kelsen, com'è noto, conferì un primato alla norma internazionale sulle norme statali, ma si trovò in palese difficoltà nel conciliare una tale normatività con una palese debolezza coercitiva.

Proprio l'unico diritto, dunque, non è ancora pienamente diritto, secondo la dottrina « pura »?

L'ossimoro è clamoroso.

Per attenuarne le propagazioni più distruttive, il grande giurista costruì il paradigma di un diritto « allo stato nascente » in cui sarebbero presenti i tratti costitutivi degli « ordinamenti primitivi ».

Con un'arditezza metaforica molto espressiva, Hans Kelsen non esitò a rievocare, qui, la vita umana che si manifesta nel seno materno prima della nascita.

Accadde, dunque, che proprio l'ordinamento meno remoto nel tempo, che è pur sempre, nel pensiero di Hans Kelsen. « diritto », sia stato qualificato come « primitivo » a causa di un innegabile stato fallimentare del momento sanzionatorio e dell'aspirazione alla pace.

Una tale « stranezza » avrebbe dovuto, più plausibilmente, indurre a chiedersi se veramente si dia una corrispondenza necessaria, esclusiva e assoluta, fra un diritto « evoluto » e il profilo coercitivo e quale sia il vero ruolo delle strumentalizzazioni a vantaggio dei poteri dominanti (8).

12. *Una leggenda istruttiva (o, forse, una famosa leggenda). Genti di terra e genti dal mare.*

Nel quadro di una riflessione giuridica a più voci contrastanti, si è tornati a discutere sul diritto che si forma nel difetto di un linguaggio

(8) Per una prima informazione, nel contesto di una letteratura vastissima, si tengano presenti, a titolo indicativo, i saggi di Hans Kelsen che sono citati in L. TRUMELLINI, *Il problema della pace in Hans Kelsen*, in « Il federalista », XXIX (1997), 2, p. 67 e ss. (in particolare, note 1 e 3).

comune all'atto di un confronto necessario ma spesso aspro fra le diverse collettività umane.

Uno spunto è tratto da un famoso episodio, più o meno leggendario, che fu narrato da Erodoto.

Genti unite e divise dal mare, prive di un medesimo idioma, riescono a cooperare senza violenza per tramite di una sequenza di comportamenti, il cui successo finale presuppone una fiducia sul reciproco rispetto dei gesti pacifici, che soddisfino le aspettative sia della gente di terra sia della gente di mare.

All'orizzonte si stagliano le navi. Una mercanzia è depositata sulla spiaggia. La gente di terra, senza impadronirsi di quelle cose, ne pone altre, preziose (oro), al fianco. La gente di mare torna sulla spiaggia e valuta l'offerta corrispondente. Se la considera adeguata, si allontana con l'oro della gente di terra, a cui lascia dov'era la mercanzia. Se, invece, la rifiuta si allontana, in attesa che la gente di terra provveda a colmare il perdurante scarto.

Il risultato conclusivo si forma per mezzo di una trama di regole che sono praticate senza ricorso a un'organizzazione legalizzata della forza.

Sono innegabili le disparità di forze e le spinte economiche contrapposte.

Non sembra possibile, comunque, negare i tratti peculiari di una normatività corrispondente alla sfera della vincolatività giuridica, in quanto fiducia complessiva che è diventata ormai parte integrante e stabile delle norme in azione e delle reciproche aspettative (9).

13. *Ancora sulla prima e sull'ultima lezione di diritto. Circolarità?*

In prossimità dell'ultima lezione di diritto, si prende, nondimeno, generale coscienza del fatto che, non meno della prima, l'ultima resta in sospeso: quasi che un nesso circolare unisca l'una all'altra.

14. *Diritto incompreso. « Stato morente »? Perseveranza di una ricerca.*

Il diritto continua a essere, in poche parole, un grande incompreso: mal noto, piuttosto che ben conosciuto.

All'immagine autorevole dello « stato nascente » verrebbe fatto di accostare l'impressione tragica di uno « stato morente ».

---

(9) ERODOTO, *Storie*, IV, 156. Cfr. — ma la letteratura sul *silent trade* è vastissima, com'è intuibile — R. SECCI, *Erodoto (IV, 196). Cartagine e l'oro africano: alcune riflessioni* (2011), pp. 11-12, it.scribd.com (si rinvia, in un tale contesto, al pensiero, che ivi è tenuto presente in via incidentale, di Polanyi).

Non ci sono cedimenti a un manierato ottimismo evasivo o a un retorico moralismo.

Basta un minimo accenno alle sconsolate considerazioni del libro sul continuo aggravarsi delle degenerazioni di ordine burocratico per averne una non equivoca conferma (p. 132 e ss.).

Permane, nondimeno, la perseveranza in una ricerca non riduttiva del diritto, quale sopravvivenza di una responsabilità che è continuamente insidiata, ma che è attestata da numerose sfere di « resistenza »: i cui risultati sono documentati negli studi di storia giuridica e nelle analisi sul diritto contemporaneo, oltre che nelle pagine della filosofia e delle teoria del diritto.

Un filo ideale è teso sul tempo.

Ci sono nodi, ormai remoti, che furono affrontati, non senza contrasti autorevoli, con intuizioni proiettate nel futuro e con ripensamenti non equivoci.

Sappiamo che chi ha unito l'argomento della fiducia alla ricerca delle radici del diritto ha curato, fin dalla sua prima e mirabile dissertazione giovanile, l'intera opera di Norberto Bobbio.

Siamo colpiti, ancora una volta, dalla limpidezza dell'analisi ricostruttiva, dalla puntualità dei passaggi cruciali, dalla pacata ponderazione dei punti fermi e dei punti in corso di revisione.

L'argomento che ha per titolo « positivismo e costituzionalismo » è stato trattato, in special modo e in tempi a noi prossimi, con una rara finezza, all'atto di rendere trasparenti i tratti della « preveggenza », quali emergono già dal confronto di Norberto Bobbio con Nicola Matteucci.

Tutti sanno che qui siamo al cuore più vivo e più tormentato della cultura contemporanea, ben oltre l'area del diritto costituzionale (10).

A sua volta, questo nuovo libro, da breve tempo chiuso, lascia nel lettore, grato e idealmente arricchito, il senso prezioso di un orizzonte aperto.

Chi voglia compendiare, con poche e chiare parole, l'idea e la fenomenologia che sono descritte in codeste pagine, dovrà sempre tener presente, fra le tante possibili, la notazione secondo cui « l'apertura all'altro » dà un'identità autonoma al diritto « tra la costrizione e la pura morale » (11).

---

(10) N. MATTEUCCI, N. BOBBIO, *Positivismo giuridico e costituzionalismo*, Brescia, Scholé, 2021, con introduzione di T. GRECO, *Il costituzionalismo come libro aperto*, pp. 5-25.

(11) GRECO, pp. 95-96: così, « rimanere chiusi nell'alternativa tra moralità e pressione esterna vorrebbe dire, nel caso della relazione tra medico e paziente, che non ci sia alcuna via di mezzo tra il fondare il rapporto [...] sulla pura moralità oppure su un contratto 'armato' di cui il consenso informato è il documento » (v., in particolare, ivi, p. 96, nota 17, alcune indicazioni bibliografiche puntuali).

LAURA BUFFONI

NELLE PIEGHE DELLA *MONARCHIA*: 'DE IURE FACTUM'

(a proposito di *Monarchia* di Dante Alighieri, a cura di Diego Quaglioni, Milano, Mondadori, 2021)

1. *À rebours*. — 2. Il fondamento 'di diritto' e non 'di fatto'. — 3. L'uno e i molti: la moltitudine politica. — 4. Il vicario e il nunzio. — 5. La dualità e l'alterità. — 6. Dante e gli altri (Bracton e Duns Scoto).

1. *À rebours.*

Il senso di questa operazione sul testo della *Monarchia* è *conservativo*.

Probabilmente vi sono tanti Dante quanti sono stati i suoi interpreti. Non esistono interpretazioni 'oggettive' del pensiero né dei testi: esistono interpretazioni storiche, critiche, compenetrate e contaminate dal nuovo pensiero in dialogo con l'antico. I testi parlano solo se interrogati e l'interrogazione presuppone sempre una direzione data, uno schema di ricerca, una pre-comprensione, forse finanche un pregiudizio: senza una ipotesi si procede a caso. L'interpretazione di un testo è, in fondo, sempre una traduzione, una ri-scrittura.

Né può ingenuamente disconoscersi, in nome di una concezione passatista della storia, che « il passato è sempre il passato del presente, di un presente » e che « oggetto della storia non è il passato com'era in sé (non lo si è mai posseduto) ma è la presente visione del passato » (1). È giocoforza studiare Dante *à rebours*: lo capiamo guardandolo dal presente.

Ma se la precomprensione è, in una certa qual misura, ineliminabile, si può cercare di evitare il precorrimento, di leggere un Dante democratico o repubblicano, legalista, positivista o costituzionalista. Non si può studiare Dante contro Dante. E, per di più, ammantare

(1) Seppure con riguardo ai testi di Vico V. Vitiello, *Saggio introduttivo. Vico nel suo tempo*, in *La Scienza Nuova. Le tre edizioni del 1725, 1730 e 1744*, a cura di M. Sanna, V. Vitiello, Milano, Bompiani, 2013, p. CLXI.

opinioni del presente con l'antichità di una 'sapienza riposta', incomparabile con il contemporaneo, è atteggiamento mentale borioso.

Gramsci scriveva che bisogna liberare la dottrina politica di Dante da tutte le « superstrutture » posteriori (2).

Con queste cautele, si esperisce un tentativo di lettura giuridica, *de iure* come ripeteva Dante, della *Monarchia*, provando ad arginare il peso delle sovrastrutture e incrostazioni, non dimenticando le generazioni che ci separano dall'Autore e cercando di comprendere o, per lo meno, intendere diversamente.

Si cerca riparo nel testo, nel *documento*, nelle sue pieghe, nelle aperture, nei 'margini', con la consapevolezza che gli uomini, con grande disperazione dello storico, « non hanno l'abitudine di cambiare, ogni volta che mutano abitudini, il vocabolario » (3).

2. *Il fondamento 'di diritto' e non 'di fatto'.*

La *Monarchia* è un testo giuridico, attraversato dal diritto, nei problemi che pone e nel modo in cui li pone.

Non saprebbe dirsi se sia anche un testo utopico, una utopia politica dell'Impero (4) oppure se rechi una ideologia politica assolutistica ed esclusivista, che subordina al fine politico il movimento della storia (5).

Di certo, però, è, per sistematicità, organicità e coerenza interna (6), un manuale di diritto e, più precisamente, di diritto pubblico (7), del diritto comune pubblico. È apparso un manuale normativo, perché è ideale, è un modello, a metà tra il trattato scientifico-dogmatico e un piano di riforme (8), sino a considerarlo « un modello

---

(2) A. GRAMSCI, *Quaderni del carcere*, v. II, *Quaderni 6-11, Quaderno 6 (III)*, Torino, Einaudi, 2014, § 85, p. 758.

(3) M. BLOCH, *Apologia della storia o Mestiere di storico*, Torino, Einaudi, 2009, p. 28.

(4) Secondo la nota lettura di GRAMSCI, *Quaderni del carcere*, cit., p. 759.

(5) V. FROSINI, *Kelsen e Dante*, in H. KELSEN, *Lo Stato in Dante. Una teologia politica per l'Impero*, Milano-Udine, Mimesis, 2017, p. 19. Sulla nuova edizione della *Die Staatslehre des Dantes Alighieri* (1905), M. PATRONO, *Hans Kelsen, Lo Stato in Dante*, in « Dir. pubbl. », 2019, 3, p. 933 e ss.

(6) Come ha scritto M. SANTAGATA, *L'io e il mondo. Un'interpretazione di Dante*, Bologna, il Mulino, 2011, p. 17.

(7) Cioè quel diritto che « non ha a fare col lucro in maniera immediata »: MN I 1 5.

(8) R. RUGGIERO, *Gli anni della Monarchia. Per una rilettura del trattato politico dantesco in occasione della nuova edizione*, in « Quaderni Lupiensi di Storia e Diritto », 5 (2015), p. 167.

giuridico-politico dal quale si genera teoricamente il moderno concetto di ordinamento » (9). La dottrina sull'Impero e sulla sovranità imperiale, incardinata sull'idea di *iurisdictio*, perché « Imperium est iurisdictio omnem temporalem iurisdictionem ambitu suo comprehendens » (MN III X 10), è un « principio d'ordine universale » (10). E, se si considera che la *iurisdictio* nel diritto comune pubblico è potere politico, è potere che implica la posizione (oltre che l'applicazione) di norme, perché è, a partire da Irnerio, *potestas cum necessitate iuris reddendi equitatisque statuende* (11), potrebbe non essere irrelata rispetto alla concezione della sovranità come supremo potere legislativo, con la traslazione della *plenitudo potestatis* dell'imperatore a quella della sovranità dello Stato (12). Certo, potrebbe valere la stessa obiezione opposta alla lettura kelseniana di un Dante assertore dell'Impero in quanto *Staatsform*, vale a dire l'errore logico di attribuire allo Stato ciò che Dante predicava dell'Impero (13). È, più a fondo, la questione del mutamento qualitativo o quantitativo della natura della politicità nel passaggio, nel XVI secolo, dall'Impero allo Stato moderno e, a rovescio, nel passaggio dallo Stato all'Impero che tornerà nella storia, delle idee e non (14). Ma la traslazione nel primo passaggio potrebbe non essere affatto un errore, né logico né storico, ove si dimostrasse che tra la sovranità imperiale medievale e la sovranità statale moderna non vi è stato un mutamento di paradigma, ma solo una sostituzione dell'autorità che fonda la validità dell'ordinamento (15).

---

(9) D. QUAGLIONI, *Introduzione*, p. LXXXIX.

(10) Ivi, p. LXXI.

(11) Sulla immedesimazione tra *iurisdictio* e *potestas-imperium* almeno P. COSTA, *Iurisdictio. Semantica del potere politico nella pubblicistica medioevale (1100-1433)*, Milano, Giuffrè, 1969, p. 95 e ss.; G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna*, vol. I, *Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna, il Mulino, 1976, p. 53; M. ASCHERI, *Tribunali, giuristi e istituzioni: dal Medioevo all'età moderna*, Bologna, il Mulino, 1989; M. CARAVALE, *Ordinamenti giuridici dell'Europa medievale*, Bologna, il Mulino, 1994, p. 524 e ss.

(12) QUAGLIONI, *Introduzione*, cit., p. LXXVIII.

(13) A. SOLMI, *Recensione a "Hans Kelsen, Die Staatslehre des Dante Alighieri"*, in « Bollettino della Società dantesca italiana », 1907, 2, p. 98 e ss.

(14) C. SCHMITT, *Staat, Großraum, Nomos. Arbeiten Aus Den Jahren 1916-1969,* Berlin, Duncker & Humblot, 1995, p. 314, oppone la « rivoluzione spaziale » del XX secolo alla « rivoluzione territoriale » del XVI, negando che si tratti di una mera questione quantitativa: « un grande spazio è tutt'altro che un piccolo spazio ingrandito » (ivi, p. 260).

(15) Più estesamente, argomenta la « traslazione e divisione della sovranità imperiale in tante sovranità statali distinte » O. CHESSA, *Dentro il Leviatano. Stato, sovranità e rappresentanza*, Milano, Mimesis, 2019, pp. 251-3.

In queste note, che restano sulla 'soglia' del libro, ci si limita a restituire, in obliquo, le questioni di diritto che pone, a partire da quei segni del testo, dal suo linguaggio, che più paiono restituire la sua tensione al diritto, più precisamente a fondare *de iure*, normativamente, il potere di fatto. Diversamente, 'ricostruire' un libro, farne una 'mappa', è inutile quanto l'opera del critico letterario Lambkin Formento di Borges che finisce per scoprire che l'unica soluzione possibile è ricopiare la *Divina Commedia* (16).

Dante prende le mosse dalla necessità di una definizione, in senso aristotelico, del diritto e non di una descrizione (Mn II iv 11-v 1): la *definitio* attinge alla *substantia rei*, restituisce la *quidditas* del diritto. Dopo la definizione, nel *Convivio*, del diritto come « arte di bene e d'equitade », nel secondo libro della *Monarchia* afferma che quella, tratta dal Digesto, è invero una « descrizione » che non basta affatto a spiegare che cosa sia effettivamente il diritto. Il diritto è una proporzione: « ius est realis et personalis hominis ad hominem proportio, que servata hominum servat societatem, et corrupta corrumpit » (*ibidem*). Quindi, « chiunque persegue il bene della cosa pubblica, persegue il fine del diritto » (*ibidem*).

Tutto ciò significa che per Dante il diritto vive, forse con poca originalità, nella società, nelle concrete e situate relazioni tra gli uomini e appartiene alla antica tradizione giuridico-teologica della *salus rei publicae*. Da qui si ricava l'equazione legge=bene comune: « le leggi devono essere sempre interpretate in direzione dell'utilità della cosa pubblica. Ché se le leggi non sono dirette all'utilità di coloro che alla legge sono soggetti, sono leggi solo di nome, di fatto invece non possono essere leggi: conviene infatti che le leggi vincolino gli uomini gli uni agli altri per l'utilità comune » (Mn II v 1-3).

Non è detto che questo discorso possa essere attualizzato e possa fondare una concezione materiale della legge oppure possa essere riconvertito nel linguaggio della proporzionalità *immateriale* (17), ma

---

(16) J.L. Borges, A. Bioy Casares, *Naturalismo d'oggi*, in Id., *Cronache di Bustos Domecq*, Torino, Einaudi, 1975, p. 24.

(17) Ma parrebbe di sì, ove si consideri che il precedente più vicino a Dante è il quinto libro dell'*Etica Nicomachea*, dove il « giusto nelle distribuzioni » è insieme medio ed uguale, oltre che fondato sulla relazione: la misura di eguaglianza non consiste in una quantità fissa ma in una medietà tra l'avere e il dare. Si riporta il passaggio dell'Etica: « Poiché l'uomo ingiusto, e così ciò che è ingiusto, non rispetta l'uguaglianza, è chiaro che c'è anche qualcosa di mezzo tra di mezzo tra gli estremi diseguali. E questo è l'uguale, giacché in ogni tipo di azione in cui ci sono il più e il meno c'è anche l'uguale. Se, dunque, l'ingiusto è il disuguale, il giusto è l'uguale; cosa che tutti riconoscono anche senza bisogno di un ragionamento. Ma poiché l'uguale è medio, il giusto dovrà essere un certo tipo di medio. Ma l'uguale presuppone almeno due termini. Pertanto, necessariamente, il giusto

potremmo rischiare e dire, per lo meno, che Dante sta dalla parte di un concetto normativo e non descrittivo di diritto. Cerca il diritto come fondamento politico del primato imperiale, come creatore di nuovo diritto.

Con una certa coerenza, Dante adombra una gerarchia, un « ordine » (18), delle fonti del diritto e, dunque, una teoria dell'interpretazione. Dall'invettiva rivolta ai giuristi *presumptuosi* (Mn II IX 18-20), non si desume tanto la critica alla mediocrità del « senso della legge », dell'*interpretatio legis*, contro la superiorità dello spirito. Vi è di certo una tensione alla ragione speculativa che sola consente di cogliere la provvidenza divina eterna che vive nella *lex Scripturae* e nella *lex naturae*. Ma nel sistema delle fonti della *Monarchia* il diritto scritturale e il diritto di natura costituiscono assieme il diritto divino: il primo è scritto nella Legge, vecchia e nuova, il secondo nella natura che deriva da Dio, il primo è diritto divino positivo e il secondo diritto divino naturale. Nel sotto-sistema delle fonti del diritto scritturale, poi, stila una gerarchia tra la Scrittura anteriore alla Chiesa (Vecchio e Nuovo testamento), la Scrittura contemporanea (i canoni conciliari) e la Scrittura successiva alla Chiesa (la « tradizione » delle decretali), che è da posporre alla Scrittura fondamentale, alla dottrina dei Padri, perché

è insieme medio e uguale, e relativo, cioè è giusto per certe persone; e, in quanto è medio, è medio tra certi estremi (e questi sono il più e il meno); in quanto, invece, è uguale, è uguaglianza di due cose; in quanto è giusto, lo è per certe persone. Il giusto, quindi, implica necessariamente almeno quattro termini: infatti, le persone per le quali il giusto è tale sono due, e due sono le cose in cui si realizza. E l'uguaglianza dovrà essere la stessa, tra le persone come tra le cose: infatti, il rapporto tra le cose deve essere lo stesso che quello tra le persone. Se queste, infatti, non sono uguali, non avranno cose uguali; ma le lotte e le recriminazioni è allora che sorgono: o quando persone uguali hanno o ricevono cose non uguali, o quando persone non uguali hanno o ricevono cose uguali. Questo risulta chiaro anche dal principio della distribuzione secondo il merito ». Conclude Aristotele « il giusto è un che di proporzionale. Infatti, la proporzionalità è una proprietà non solo del numero astratto, ma anche del numero in generale: la proporzione è un'uguaglianza di rapporti ». Aristotele poi distingue la proporzione discreta che implica quattro termini (a, b, c e d) diversi e quella continua, in cui i due medi sono uguali (b/b) e ascrive la proporzione in cui si attua la giustizia distributiva al primo tipo, che i matematici chiamano geometrica (per distinguerla dalla aritmetica), perché una persona e una cosa non possono costituire un termine singolo. Ne ricava che è l'accoppiamento di a con c e di b con d che « costituisce il giusto nella distribuzione, e il giusto così inteso è un medio, mentre l'ingiusto è ciò che viola la proporzione: infatti, ciò che sta in proporzione è un medio, e il giusto è in proporzione »: Aristotele, *Etica Nicomachea*, 1131a 27 e 28 e 1131b 29, Firenze-Milano, Giunti/Bompiani, 2019, pp. 195-6.

(18) Dante scrive che « il fondamento del diritto è connesso inseparabilmente all'ordine: è pertanto necessario che l'ordine si serbi di diritto »: Mn II VI 3-4.

l'autorità proviene alle tradizioni dalla Chiesa e non viceversa (MN III III 10-13, 13-4 e 14-17). È un linguaggio familiare alla teoria gradualistica delle fonti del diritto. A loro volta, i due diritti divini, quello scritturale e quello naturale, vigono con la *ratio scripta*, con lo *ius scriptum*, con rimando al Digesto e più in generale alla *civilis sapientia.* Infine, nel silenzio delle norme giuridiche è lecito allegare, quale criterio interpretativo residuale e quindi recessivo (19), i poeti che, come i giuristi, 'fingono', ricorrono alla *fictio*.

Kelsen costruisce questa pluralità di fonti come un sistema gradualistico, gerarchicamente ordinato nel senso che una deriva dall'altra: la legge divina in senso stretto comprende le norme espresse, direttamente ed esplicitamente, da Dio, tratte dai due Testamenti; la legge naturale è voluta mediatamente da Dio, perché proviene dalla natura delle cose, che è lo strumento dell'arte divina; infine, dal diritto naturale, che conserva l'ordine naturale nelle cose secondo le loro facoltà, deriva la legge umana, il diritto positivo, che è *fundamentum imperii* (20).

A catena, Dante ricerca una causa efficiente, un *primum movens*, il Primo Mobile, il primo Motore aristotelico, cui riferire la causa fondativa dell'ordine (la pace e la tranquillità) dell'universo. E, se proprio si vuole vedere un po' di Dante nella dottrina pura kelseniana, lo si intravede assai di più in questo luogo che in un incerto parallelo tra la Monarchia temporale universale e il primato del diritto internazionale, il cui monismo pare incompatibile con la dualità dantesca.

È la prova della 'validità' della giurisdizione universale nei capitoli IX e X del Libro I, nei quali Dante intende dimostrare che la giustizia tra gli uomini e, quindi, tra le diverse entità politiche nelle quali gli uomini si aggregano può sussistere solo riconoscendo la suprema potestà giurisdizionale ad un sovrano universale, il Monarca per l'appunto. Le controversie tra i principi territoriali necessitano di un giudice superiore per dirimerle e questo giudice non può che essere un Monarca che non debba a sua volta riconoscere un pari o un superiore

---

(19) La recessività del senso allegorico emerge dalla critica ai *duo luminaria*, che è innanzitutto la critica all'interpretazione allegorica del luogo scritturale: MN III IV 12-13.

(20) KELSEN, *Lo Stato in Dante*, cit., pp. 78-9, vi vede la distinzione tomistica tra legge divina, legge naturale, che partecipa a quella divina e legge positiva, che specifica quella naturale. Lo schema gerarchico torna a proposito del riparto di competenza tra lo Stato universale e le consociazioni incorporate, ove il Dante di Kelsen (ivi, p. 161 e ss.) delinea, in forza del parallelo tra intelletto speculativo e pratico, la distinzione tra regola generale-universale e regola particolare, una sorta di gerarchia tra norme, ove all'Imperatore spetta porre la regola generale e ai singoli re le regole particolari, che, però, hanno in quella la loro premessa, insomma una deduzione del particolare dal generale.

sopra di sé. Attinge all'argomento logico del *regressus in infinitum.* L'argomento è pressappoco questo. Tra due principi pari può esserci controversia, ivi deve esserci giudizio. Il che significa che deve esserci un terzo superiore ai due principi che li giudica, « dal momento che l'uno non è soggetto all'altro (giacché 'il pari non ha potere sul suo pari') ». E questo non può che essere il Monarca, poiché, se così non fosse, « vi sarà di nuovo chi abbia un potere pari al suo fuori dall'ambito della sua giurisdizione; sarà allora necessario ricorrere di nuovo ad un altro terzo. E così, o vi sarà un processo all'infinito [...] o converrà addivenire a un giudice primo e supremo » (Mn I x 2-5).

È la forma logica della *Grundnorm*, della causa prima, della clausola di chiusura dei sistemi 'formali', che si intravede come principio, appunto, logico e non come principio supremo di diritto naturale, secondo una lettura che ha avuto molto seguito (21). È vero che « il processo all'infinito che qui Dante dichiara impossibile è [...] quello verticale d'infinite cause moventi ed efficienti subordinate che indusse Aristotele nell'ottavo della *Fisica* e nel secondo della *Metafisica*, appunto per evitare questa 'impossibilità', ad arrestarsi ad un Primo Motore Immobile ed ad una prima Causa Efficiente dell'universo » (22). E, a disvelare la corrispondenza, « sul piano *logico*, la norma fondamentale corrisponde al principio aristotelico dell'*anànke stènai* ('bisogna fermarsi da qualche parte') » (23).

A quella stessa 'forma' pertiene la ricerca di Dante della causa universale, che prefigura una gerarchia di gradi. « Quanto più una causa è universale, tanto più ha natura di causa, perché l'inferiore non è causa se non in virtù di quella superiore [...] e quanto più la causa è tale, tanto più ama il suo effetto, poiché tale amore consegue per sé alla causa » (Mn I xi 17-19). Similmente, « nessun principe può dare autorità a se stesso [*se ipsum auctorizare*]; può bensì riceverla e deporla, ma non può creare un altro principe, poiché la creazione del principe non dipende dal principe » (Mn III vii 7-8). Ancora, « ogni giurisdizione è precedente al suo giudice [...] che è l'Imperatore [...] Da ciò è palese che l'Imperatore non può permutarla, in quanto Imperatore, poiché è da essa che riceve il suo essere quel che è » (24). Quindi, se è Imperatore, non ha *de iure* il potere di conferire le dignità imperiali, perché sarebbe

---

(21) Frosini, *Kelsen e Dante*, cit., p. 24.

(22) Come commenta, con Nardi, Quaglioni, *Monarchia*, p. 77.

(23) J.F. Kervégan, *Che fare di Carl Schmitt?*, Roma-Bari, Laterza, 2016, ed. Kindle, pos. 2803 e ss.

(24) Mn III x 8-10. Con parole diverse H.L.A. Hart, *Il concetto di diritto*, Torino, Einaudi, 2002, p. 160, scrive che « l'esistenza di un tribunale implica l'esistenza di norme secondarie che attribuiscono la giurisdizione a una successione mutevole di individui e in tal modo attribuiscono autorità alle loro decisioni ».

una diminuzione della giurisdizione, ma ciò non può darsi perché l'Imperatore, in quanto è costituito dalla giurisdizione, è sua funzione (Mn III x 10-12).

Per il diritto 'costituzionale' ciò che costituisce precede logicamente — ed è per questo superiore, è *autorità*, rispetto a — ciò che è costituito e il secondo non può mutare il primo, che lo precede, che, perciò, gli è sovraordinato e, conseguentemente, lo limita. Il governo 'costituzionale' è per definizione un governo 'limitato'. Con coerenza, la priorità *in tempore* della Chiesa o dell'Impero è in Dante, come nella dottrina teologica e giuridica comune, un argomento della priorità *in iure* dell'uno o dell'altro (25). È un discorso che potrebbe essere 'riscritto' nei termini della superiorità logico-temporale e, quindi, giuridica tra la regola costitutiva e quella costituita, tra Costituzione e ciò che pone oppure, un po' diversamente, tra la legge anteriore e quella posteriore.

È questa la base teorica, piuttosto articolata, su cui Dante edifica la prova che l'impero romano fu *de iure*, ove l'argomento 'di diritto' si oppone all'impero 'di forza' (Mn II i 6-ii 1). Pone una tipica *quaestio iuris*. Nel testo è delineata la distinzione tra argomenti *de facto* e *de iure*, tra essere e dover essere, tra effettività e validità o, nei termini della filosofia medievale, tra esistenzialità e essenzialità: e questa distinzione era accursiana, molto prima che kelseniana. Ciò non toglie che nel testo la semantica del *de iure* sovrapponga l'argomento giustificazionista o, per lo meno, realista dell'effettività legittima(ta), quindi di un fatto che viene *ex post* legittimato e quello più propriamente della validità *a priori*: Dante in alcuni capitoli pare legittimare la romanità dell'Impero come una realtà di fatto, in altri dimostrare la validità del 'titolo' della giurisdizione universale, che prescinde dalla sua effettività (26). Così come gli argomenti che escogita non sempre sono persuasivi o perfettamente logici, ma sono di certo strategici per fondare la 'legittimità' del potere imperiale. È poi vero che ricercare che cosa sia stato fatto « di diritto » equivale per Dante a interrogarsi se sia stato fatto secondo ciò che Dio vuole, perché « la volontà divina è il diritto stesso » (Mn II ii

(25) Come si ricava da Mn III xiii 1-3.

(26) Dimostra una certa anfibolia del lessema *de iure* negli argomenti del Libro secondo S. Cecotti, *La legittima effettività dell'Impero. Analisi degli argomenti sviluppati secondo la semantica della effettività nel secondo libro della "Monarchia" di Dante condotta a partire dalla confutazione fattane da fra' Guido Vernani da Rimini nel suo De Reprobatione monarchiae*, in « Divus Thomas », 114 (2011), 3, p. 300 e ss.; Id., *La legittima validità dell'Impero. Analisi degli argomenti sviluppati secondo la semantica della validità nel secondo libro della Monarchia di Dante condotta a partire dalla confutazione fattane da fra' Guido Vernani da Rimini nel suo De Reprobatione monarchiae*, in « Divus Thomas », 115 (2012), 1, p. 390 e ss.

3-4 e 5-7). Così anche il miracolo avviene di diritto, perché avviene « per intervento divino fuori dall'ordine normale delle cose » (Mn II III 17-IV 1). Ma è sempre un argomento che tende alla giuridicizzazione del potere, che riconosce un potere 'valido', seppure per giudizio divino e a cui ricorre perché non può provare la legittimità dell'Impero universale sulla base dello *ius gentium*, per la semplice ragione che per esso il mare è *res nullius*. Può persino convenirsi che Dante salta la prova dell''effettività' di quella giurisdizione universale di Roma, di cui fonda la validità del titolo, non già perché vuole edificare una coerente dottrina della validità, ma più tatticamente perché quella prova non la si può acquisire (27).

Ma resta che Dante si affanni, poco importa se vittoriosamente o meno, per fondare la giuridicità dell'Impero attraverso la definizione del fine del diritto e della sua sostanza: fonda la *legittimità* dell'Impero sul diritto e col diritto. « Chiunque persegue il fine del diritto procede col diritto », cioè non si può perseguire il fine del diritto, che è il bene comune, senza diritto, perché sarebbe un po' come fare l'elemosina con beni rubati: dimostrato che i romani hanno perseguito il fine del diritto perché hanno perseguito il bene della cosa pubblica, è dimostrato che procedettero col diritto (Mn II V 19-22 e 22-23). Non conta tanto che l'argomento non sia logico perché la consequenzialità è invertita (28), quanto che siamo di fronte ad una lucida critica della pensabilità dello stato di eccezione, della *dispensatio* nel linguaggio della filosofia e teologia medievale: il bene comune, la *salus rei publicae*, non è motivo di sospensione del diritto, ma, al contrario, 'causa' del procedere *cum iure*.

In ogni caso, significa che lo Stato non è di diritto per una causa esterna, ma si autorizza, si legittima, attuando il diritto. Somiglia all'idea del diritto prodotto giuridicamente, del diritto che deriva dal diritto. Per questo, la morte di Cristo è *punitio* del peccato originale e non *iniuria*: « 'punizione' non è semplicemente 'la pena di chi commette ingiustizia', ma 'la pena inflitta a chi commette ingiustizia da chi esercita la giurisdizione penale', per cui, se la pena non è inflitta dal giudice ordinario, non è 'punizione', ma si deve dire piuttosto 'ingiustizia' » (Mn II XI 4-5). La pena inflitta a Cristo è punizione perché irrogata da « un giudice ordinario che aveva giurisdizione sopra tutto il genere umano, poiché tutto il genere umano era punito nella carne di Cristo »

---

(27) Cecotti, *La legittima effettività*, cit., pp. 397-8.

(28) Coglie nell'argomento, che poggia sulla derivazione dell'agente col diritto dal fine del diritto, una inversione logica P. Gaia, *Opere minori di Dante Alighieri*, v. II, Torino, Utet, 1986, p. 646, nota 25: « considera il fine del diritto come antecedente e l'agente con-diritto come conseguente, mentre sul piano ontologico è vero il contrario: l'essere agente sta al proprio fine come conseguente e non viceversa ».

e Cesare, di cui Pilato era « vicario », « non avrebbe avuto giurisdizione su tutto il genere umano, se l'Impero romano non fosse stato di diritto » (*ibidem*). L'argomentare dantesco sa un poco di diallelo: premesse e conseguenze si condizionano reciprocamente. Ma ciò non toglie che sia un tentativo (riuscito o meno) di giuridicizzare tutto, compresa la venuta di Dio nel secolo. Il che è l'esatto contrario del 'verso' della 'teologia politica' intesa come fondazione teologica del politico: in Dante il verso muove dal diritto alla teologia e non dalla teologia al diritto, passando per la secolarizzazione ([29]). È il diritto che occupa il campo della teologia e non viceversa: il diritto, cioè, non traduce concetti che sono già, originariamente, genealogicamente, teologici, ma ambisce a fondarli, giuridicamente. La si potrebbe intendere come teologia politica solo a condizione di aver già 'giuridicizzato' la Chiesa, di averne inteso la capacità di forma giuridica.

Vi è un ultimo luogo che più di ogni altro esclude la ricavabilità di conseguenze di diritto da argomenti di fatto. Dal fatto (*ex hoc*) della donazione di Costantino i decretalisti fanno discendere un diritto: « *et ex hoc bene sequeretur auctoritatem unam ab alia dependere* » ([30]). L'argomento per Dante è fallace: il *sequeretur* potrebbe darsi solo a partire non già dal fatto della donazione, ma dalla sua validità. Ma, poiché la donazione è invalida — e, tra tutte le ragioni, basti che è atto contrario all'ufficio, quindi contraddittorio —, alla Chiesa, per effetto della donazione, non appartengono *de iure* le dignità imperiali. Quindi, non se ne può trarre alcuna valida dipendenza dell'autorità secolare dalla ecclesiastica.

3. *L'uno e i molti: la moltitudine politica.*

Dante muove dalla superiorità logica e morale del principio di unità (Mn I VIII 2-3), su cui edifica l'unità del genere umano e del suo governo, della sua *iurisdictio*, assicurata dalla « Monarchia temporale, che chiamano 'Impero' » e che « è il principato di uno solo e al di sopra di tutti, nel tempo ovvero in ciò e sopra di ciò che ha dimensione temporale » (Mn I II 1-3).

Il simbolo è la *inconsutilis tunica* (Mn I XVI 2-4), la tunica tessuta senza cuciture che, riferita tradizionalmente alla fede indivisibile o alla

---

([29]) Per questo potrebbe mettersi in dubbio il sotto-titolo (*Una teologia politica per l'Impero*), di recente scelto per KELSEN, *Lo Stato in Dante*, cit., e giustificato in P.G. MONATERI, *Presentazione. Kelsen e Dante, oltre Schmitt?*, ivi, p. 10. Ha invece letto la *Monarchia* come un problema di teologia politica D. LÜDDECKE, *Dantes "Monarchia" als Politische Theologie*, in « Der Staat », 37 (1998), 4, p. 547 e ss.

([30]) « E da ciò seguirebbe a ragione che un'autorità dipenda dall'altra »: Mn III X 1-2 e 3.

Chiesa indivisibile, è trasferita all'Impero universale: quella tunica è il segno dell'unità (dell'Impero) che resiste alle lance che trafiggono Cristo. Dante la secolarizza, nel preciso senso che sostituisce la nozione di umanità a quella di cristianità.

È forse poco per vedervi un segno della sovranità nel senso moderno, dei suoi attributi, a prescindere dall'estensione territoriale e dalla forma politica (Impero o Stato), ma di certo depone contro l'idea manichea del diritto pubblico comune come un diritto pluralista, meglio un diritto degli individui contro l'assolutismo del pensiero moderno.

È, però, una unità che va compresa, che a ben vedere, sotto la superficie, rende viva e non annichilisce la relazione tra l'uno e i molti (31). Dante non arriva a pensare la rappresentanza politica, come 'tecnica' di riconduzione dei molti all'uno, nel rapporto tra l'*humana civilitas* e il Monarca, ma ci si avvicina nella sua dottrina della moltitudine.

Innanzitutto, il suo pensiero è necessariamente rappresentativo perché si fonda sull'idea che l'universo intero è « impronta della bontà divina » (Mn I VIII 2-3): è *vestigium*, impronta, orma, segno, che esprime l'idea della somiglianza del creato al creatore, dell'immagine del cielo riflessa nel genere umano.

Più precisamente, però, l'idea 'politica' che qui si prova ad articolare — e che condurrà assai vicino al 'meccanismo' rappresentativo — è che la monarchia universale, che comprende tutta l'umanità, non ha nulla a che vedere con l'universalismo impolitico. È anche umanitarismo, è, con Kantorowicz (32), una regalità antropocentrica, ma l'uomo vale perché partecipa della comunità politica: vale la dimensione collettiva e non individua. La *universitas humana*, meglio la *humana civilitas*, è un corpo collettivo, la città, che include tutti gli uomini (e non solo i cristiani), ma li include come cittadini. Per la storia della filosofia può significare che Dante fosse, nell'esito 'politico', più originariamente aristotelico che averroista. Per il nostro più limitato orizzonte, significa che non è apologia dell'impolitico umanitarismo, ma dell'uomo-cittadino (non conta quanto sia grande la comunità): disegna una comunità politica o almeno una dimensione collettiva. Pone l'imperituro problema dell'unità o della pluralità politica del mondo e lo

(31) Diversamente, sul principio di unità in Dante inteso come una unità « che è prima della molteplicità », v. KELSEN, *Lo Stato in Dante*, cit., p. 73.

(32) Si profitta di E.H. KANTOROWICZ, *I due corpi del re. L'idea di regalità nella teologia politica medievale*, Torino, Einaudi, 2012, p. 443 e ss. Non interessa qui discutere se la tesi di Kantorowicz sulle origini teologiche dello Stato moderno sia debole perché si concentra in modo anacronistico sulla sovranità, incluso il ricorso alla modernità shakespeariana per interpretare Dante e il diritto medievale.

risolve a favore della prima: gli veniva relativamente facile attingendo a concetti universali-monistici come Dio, mondo e umanità (33).

Questa università, questo 'corpo' giuridico, poteva pienamente 'attualizzarsi' — ma in un senso solo parzialmente riconducibile alla attualizzazione della potenza di Aristotele — in una *universitas* agente come un 'solo uomo', come un individuo collettivo: l'*homo instrumentum humanitas* (34).

Il discorso si chiarisce con la distinzione tra persona e ufficio, tra corpo naturale e corpo politico.

« Altro è essere uomo e altro è essere papa, e allo stesso modo altro è essere uomo e altro è essere imperatore » (MN III XII 3-5). L'uomo è « forma sostanziale, per la quale riceve specie e genere e per la quale è riposto sotto il predicamento della sostanza ». Il Papa e l'Imperatore, come il Padre, rientrano nella categoria della relazione, della « forma accidentale », che non modifica la sostanza. Il che vuol dire che i due uffici, che Dante chiama, in modo impersonale, *papatus* e *imperiatus*, sono, in quanto tali, accidenti, laddove l'essenza resta l'uomo, per il quale solo si dà *reductio ad unum*.

> Per il fatto che sono uomini, infatti, devono ricondursi all'ottima forma di uomo che è la misura di tutti gli altri e l'idea, per così dire, chiunque egli sia, del più alto grado di unità esistente nel suo genere (MN III XII 6-7).

Invece, i fini ultimi e i mezzi dei due supremi uffici sono tanto differenti da risultare, di per sé considerati, incomparabili: non sono né uno subalterno all'altro né comunicano « in specie in virtù della natura della relazione ». Ma, se li si deve comparare, poiché « come la relazione sta alla relazione, così il relativo sta al relativo », ciò può avvenire solo riconducendo le due « relazioni potestative » ad un principio di sovraordinazione in cui trovano la loro unità: sia il papato che l'impero sono istituzioni istituite da Dio, dopo la caduta dallo stato di innocenza, per la retta guida dell'umanità (MN III XII 7-10). Dipendono « immediatamente dal culmine di tutto l'essere, che è Dio » (MN III XIII 1-3).

---

(33) A rovescio, con una fuga in avanti, la critica più strutturata all'idea dell'umanità come 'totalità', unità, politica, alla pensabilità di un *Menschheitsstaat*, di un *Weltstaat*, uno Stato mondiale che comprende tutta la terra e tutta l'umanità, perché il mondo politico è un pluriverso e non un 'universo', è quella schmittiana, su cui basti C. SCHMITT, *Il concetto di « politico »: Testo del 1932 con una premessa e tre corollari*, in ID., *Le categorie del « politico ». Saggi di teoria politica*, a cura di G. Miglio e P. Schiera, Bologna, il Mulino, 1972, pp. 137-8; ID., *Etica dello Stato e Stato pluralistico*, in ID., *Posizioni e concetti. In lotta con Weimar-Ginevra-Versailles 1923-1939*, Milano, Giuffrè, 2007, p. 217 e ss.; ID., *Il concetto di impero nel diritto internazionale*, Roma, Settimo sigillo, 1996, p. 45 e ss.

(34) KANTOROWICZ, *I due corpi del re*, cit., p. 443.

Da qui si ricavano le due misure — coerenti con la dualità di Dante — con cui papa e imperatore devono essere valutati, la misura di Dio o dell'angelo (35) e quella dell'« ottima forma di uomo », dell'uomo perfetto, la *deitas* e l'*humanitas*. Gli uffici, *papatus* e *imperiatus*, stabiliti dalla provvidenza divina, devono essere valutati con la prima misura. Il titolare umano dell'ufficio deve essere, invece, valutato con la misura dell'Uomo, vale a dire di colui che è « il più alto grado di unità esistente nel suo genere » e « idea » di questo e « che attraverso la propria *humanitas* rappresenta e ricomprende nel modo più perfetto il *genus humanum* » (36). È l'*optimus homo,* idea e modello dell'umanità, l'impersonificazione dell'*humanitas* sia in senso qualitativo che quantitativo.

Per ora non interessa che le misure della *deitas* e *humanitas* sono così strettamente interconnesse attraverso la *kènosis*, lo 'svuotamento' di Cristo nell'Incarnazione, da risultare intercambiabili (37) e che papa e imperatore diventano comparabili come uomini non solo perché appartengono alla medesima specie di essere umani mortali, ma perché l'uomo nella sua forma più alta deve determinare la misura che i due uffici hanno in comune.

Interessa che il rapporto tra l'uomo 'titolare' e l'umanità è una relazione che, se non è ancora compiutamente pensata come rappresentanza, di essa contiene già qualcosa: la relazione tra idea e cosa, la dialettica tra l'immanenza e la trascendenza e, quindi, tra i molti e l'uno.

Il pensiero diviene più preciso a proposito del corpo morale e politico dell'umanità, dell'*humana universitas* o dell'*humana civilitas.*

L'*humana civilitas* di Dante comprende tutti gli uomini e non solo i cristiani. La fede universale cristiana è comune a tutti i cristiani; l'intelletto e la ragione naturale umana — ricavati spezzando l'unità tra virtù intellettuali e virtù divinamente infuse — accomunano, invece, tutti gli uomini. Ma quegli uomini, come Cristo, fatto uomo e censito, nella « pienezza dei tempi » (Mn I XVI 2-4), sotto l'imperatore pagano Augusto, sono cittadini romani (Mn II X 6-7). Coincidono le qualità di uomo e cittadino (38). Prendendo a prestito le parole (critiche nei

---

(35) La loro derivazione, dipendenza, da Dio è diretta, non vi è un intermediario umano. Al più, se un intermediario deve esservi, esso sarebbe un angelo, un prototipo celeste dell'ufficio rispettivamente del papa e dell'imperatore, « una sostanza inferiore a Dio, nella quale il principio di sovraordinazione si specifica, discendendo dal principio puro e semplice alle sovraordinazioni differenti »: Mn III XII 11.

(36) KANTOROWICZ, *I due corpi del re*, cit., p. 452.

(37) Come interessa invece a KANTOROWICZ, *ibidem.*

(38) È una coincidenza che non è poi così irrelata a quello Stato « universale e omogeneo », che sopravvive alla fine della storia, *à la* Kojève, ove il politico si identifica con l'umanità intera e ove universalismo e individualismo tendono a coincidere: qui

confronti del dispositivo teologico-politico) di Peterson sulla solidarietà tra la venuta di Cristo sulla terra e la fine della poliarchia con l'Impero di Augusto, tra la monarchia divina e la monarchia politica, glorificata da Eusebio e Orosio, « Augusto viene cristianizzato » e, di conseguenza, « Cristo, che vien fatto cittadino romano, viene romanizzato » (39).

Va dunque riconsiderata la parola *humanitas* (40). L'*humanitas*, connessa teologicamente alla sostanza umana della persona di Cristo, appare a Dante una singola comunità che tutti comprende, un corpo collettivo universale o una « totalità » (*quoddam totum*), appunto l'*humana universitas* o *humana civilitas*. *Universitas* è il termine tecnico-giuridico per indicare i corpi collettivi, la *persona ficta*, *civilitas* significa la cittadinanza universale dell'uomo, il suo corpo civico. Quindi, l'*humana civilitas* è quella del cittadino della comunità universale.

Il corpo dell'umanità è una moltitudine « ordinata » all'*operare* e non all'*essere*: l'essenza di Dio coincide con l'essere, che è pensiero, l'essenza della creatura è l'*operare* per avvicinarsi sempre di più a Dio (Mn I III 3-4). E, con Aristotele, l'*opus* o l'*operatio* proprio dell'uomo, « l'ultimo grado della forza dell'uomo », costitutivo della specie, non è

---

essere cittadino non è « null'altro che essere un essere umano [...] E lo statuto del cittadino sarà lo 'statuto' dell'essere umano in quanto tale »: A. Kojève, *Linee di una fenomenologia del diritto*, Milano, Jaca Book, 1989, p. 517.

(39) Contro l'idea teologico-politica di legittimare l'Impero romano sulla base del monoteismo cristiano, perché in conflitto con il dogma trinitario, E. Peterson, *Il monoteismo come problema politico. Un contributo alla storia della teologia politica nell'Impero romano*, Brescia, Queriniana, 1983, pp. 68-9. Seppure a sua volta in polemica con la critica di Peterson alla connessione o, meglio, alla identificabilità tra monoteismo e monarchismo, per Schmitt il punto 'decisivo' del teologico-politico non è l'« analogia » tra monoteismo e monarchismo, ma ciò che rende possibile l'unità politica, la sua presenza o rappresentazione: C. Schmitt, *Teologia politica II. La leggenda della liquidazione di ogni teologia politica*, Milano, Giuffrè, 1992, p. 47. Anzi, C. Schmitt, *Teologia politica. Quattro capitoli sulla teoria della sovranità*, in Id., *Le categorie del « politico »*, cit., p. 44, identifica proprio nell'Impero cristiano (dei re germanici) il potere catecontico che ritarda e trattiene l'*èschaton*, la seconda venuta del Cristo e cioè l'avvento del Regno e la fine del mondo. Sul dibattito Peterson-Schmitt, passando per Blumenberg e Löwith, della tesi degli apologeti cristiani, tra cui Eusebio e Orosio, almeno, G. Geréby, *Political Theology versus Theological Politics: Erik Peterson and Carl Schmitt*, in « New German Critique », 2008, 105, p. 7 e ss.; P. De Vitiis, *Monoteismo come problema politico*, in « Archivio di Filosofia », 82 (2014), 1/2, p. 217 e ss.; Kervégan, *Che fare di Carl Schmitt?*, cit., pos. 1913 e ss.; G. Agamben, *Oikonomia. Il Regno e la Gloria. Per una genealogia teologica dell'economia e del governo*, in Id., *Homo sacer. Edizione integrale 1995-2015*, Macerata, Quodlibet, 2018, p. 385 e ss.

(40) Kantorowicz, *I due corpi del re*, cit., p. 459.

né l'essere semplice, complessionato, animato etc., ma « nell'essere capace di apprendere per mezzo dell'intelletto possibile » (Mn I III 6), che distingue l'uomo — la sola creatura duale, perché fatta di corpo e di mente — dalle creature che gli sono inferiori, come le bestie e superiori, come gli angeli, che sono Intelligenze, intelletto agente puro. L'intelletto possibile, secondo la dottrina tomista, è la potenza ricettiva, passiva, di accogliere in sé delle forme e non attiva di forma, che è propria dell'intelletto agente che astrae dalle forme particolari i concetti, cioè gli universali e rende intellegibili in atto le specie intellegibili in potenza (41).

Insomma, il corpo collettivo dell'uomo è tenuto insieme — e qui il debito è con l'Aristotele di Averroè — dalla « potenza del pensiero » o « virtù intellettiva » (Mn I III 3-4), che deve però essere ridotta in atto.

> È pertanto manifesto che il grado ultimo della possibilità dell'umanità in quanto tale è la potenza o virtù intellettiva. E poiché questa potenza non può essere ridotta in atto tutta quanta in una volta ad opera di un sol uomo o di qualcuna delle comunità particolari [...], è necessario che il genere umano sia costituito da una moltitudine (*multitudo)*, per mezzo della quale questa potenzialità sia attuata interamente (Mn I III 7-8).

Il passo significa che soltanto il corpo collettivo dell'umanità « preso nella sua totalità » (Mn I IV 1) può fare quello che risulta impossibile all'individuo o a un corpo locale: attualizzare *tutta* la potenza di *tutto* l'intelletto possibile del genere umano, *tota simul* e *semper*.

Il punto decisivo del testo è intendere questa totalità. Non è né pluralità senza unità né unità senza pluralità. È una unità plurale che va costruita.

Alla prima conclusione si giunge accedendo ad una interpretazione tomista e, comunque, anti-averroista di Dante, ove l'umanità attua in ogni momento, per mezzo della somma dei suoi individui, molteplici esperienze intellettuali 'possibili': se non fosse così, non ci sarebbe bisogno di tutti gli uomini per realizzare la potenza intellettiva dell'umanità.

Con un po' di averroismo (42), invece, al corpo collettivo dell'umanità universale si assegna un solo intelletto possibile per tutto il genere umano, un intelletto universale appunto, coniugando il corpo collettivo, fatto da molti, con la dottrina di Averroè dell'unità dell'in-

---

(41) Si segue il commento di Quaglioni, *Monarchia*, p. 32.

(42) Sempre che questo -ismo abbia senso come categoria unitaria, nella forma pensata da Renan. Limitandoci a lambire gli irrisolti rapporti tra Dante e l'averroismo, almeno sulla 'riconversione' della dottrina dell'unità dell'intelletto possibile in Dante, v. L. Bianchi, *L'averroismo di Dante*, in « Le Tre Corone », 2 (2015), pp. 80-2.

telletto possibile, della 'potenza' del pensiero. L'intelletto possibile è 'comune' a tutta l'umanità. Dante scrive che la forma di ordine del genere umano è migliore « nella totalità della stessa moltitudine » che « nelle parti dell'umana moltitudine » (Mn I VI 1-3). Ma la potenza dell'intelletto universale di Dante, a differenza dell'intelletto di Averroè che è sostanza intellettuale separata da ogni corpo che si attualizza nell'individuo-Filosofo, si attualizza in « una dimensione *collettiva* »: a Dante interessa l'umanità nella sua totalità e non nelle sue parti individue. Come ha inteso Gilson « ciò che Averroè vuole per attualizzare totalmente l'intelletto possibile è un essere; ciò che Dante richiede per ottenere lo stesso risultato è una società, quella società universale di tutti gli intelletti possibili individuali che costituisce il genere umano » (43). La moltitudine di Dante è una comunità politica, perché non è « la somma delle attuazioni individuali della potenza », una mera pluralità numerica di tante attuazioni particolari che si bastano da sé, ma è « l'uso singolare di una potenza comune », della potenza — cioè della possibilità — di pensare da parte di tutti i singoli uomini (44).

È, però, necessario che la moltitudine del genere umano sia ricondotta ad unità, sia 'ordinata', perché tutta la potenza dell'intelletto possibile si attui. È l'Imperatore che costruisce l'unità plurale che non preesiste come un fatto nella società, ma che deve essere conseguita. La monarchia universale è necessaria per assicurare l'attualizzazione perpetua della possibilità intellettuale dell'intera *humanitas*, una enorme collettività politica, l'universalità degli uomini, le cui potenzialità intellettuali sono portate a perfezione dal monarca, che non manca di nulla e non desidera nulla, dunque è libero, giusto, imparziale (Mn I XI 11-12). A catena, l'unità della guida del monarca-filosofo è coerente con la maledizione del principio di pluralità di chi « regge » e « governa » (Mn I V 6-8). « Perciò è passata in proverbio quella maledizione: 'Abbia

---

(43) E. Gilson, *Dante e la filosofia*, Milano, Jaca Book, 2021, p. 158, che oppone la perfezione individuale averroista alla perfezione collettiva di Dante. Sul contributo di Gilson alla lettura dei testi di Dante almeno R. Di Ceglie, *Dante Alighieri e la filosofia cristiana nell'interpretazione di Étienne Gilson*, in « Riv. Filosofia Neo-Scolastica », 97 (2005), 4, p. 627 e ss.

(44) Così, sul « nesso costitutivo che Dante pone tra la *multitudo* e la potenza del pensiero come potenza generica dell'umanità » G. Agamben, *L'uso dei corpi*, in Id., *Homo sacer*, cit., pp. 1216-8, che deriva la politicità della moltitudine di Dante dall'identificazione — per lui tutta averroistica — di comunità e potenza, « perché l'inerire di un principio comunitario in ogni potenza è funzione del carattere necessariamente potenziale di ogni comunità ». A dire che solo dove vi è una potenza, e non un essere già da sempre e per sempre in atto, là vi sono i molti. Nel linguaggio delle dottrine del pluralismo, solo dove la potenza non è mai computa e mai esaurita, non è atto, là vi è la possibilità di un altro essere, di un'altra identità, dei molti.

tu un pari nella tua casa' » (MN I V 4-6). Ne deriva la critica alla molteplicità intesa come negazione, opposizione dell'unità, perché « l'essere uno è visto come la radice di ciò che è essere bene, e l'essere molti di ciò che è essere male » (MN I XV 1-2 e XV 2-4). L'umanità, il *genus humanum*, è allora concepita, più che come una somma dei suoi individui separati, come fosse una sola persona, un solo corpo, ma un corpo collettivo, plurale, che è sempre e tutto, contemporaneamente e perpetuamente, in atto, con un solo, universale, intelletto. I singoli membri, mortali e mutevoli, con le loro virtù intellettuali, sono, infatti, nella loro individualità, effimeri e imperfetti. Insomma, per Dante l'attualizzazione della totalità dell'intelletto umano implicava la necessità della più estesa comunità, « l'*universitas generis humani*, organizzata nella monarchia universale romana, che configurava quasi il corpo collettivo dell'Uomo in quanto distinto dal corpo naturale di ciascun singolo uomo » (45). Il Monarca universale è il corpo politico e non il corpo naturale. Per questo l'umanità è più vicina all'Imperatore che ai suoi principi, il cui rapporto con l'umanità è necessariamente mediato dal Monarca: « gli uomini non sono vicini agli altri principi che soltanto in parte, al Monarca invece come totalità » (MN I XI 15-16).

Per ciò stesso la potenza dell'intelletto universale e comune è immanente negli (e non separata, come nella concezione averroista dagli) individui che la attuano (46), ma, al contempo, trascende ciascuno di essi e può pienamente attualizzarsi solo in un'*universitas* agente come un solo uomo, come un individuo collettivo.

In Dante, insomma, si pone la questione del rapporto tra i molti e l'uno, tra la dimensione collettiva e l'uomo (o gli uomini, pochi o molti) attraverso cui il corpo collettivo agisce, decide, delibera.

E lo si capisce meglio se si considerano i giuristi cui Dante a vario titolo attinge per risolvere il problema della imputabilità e responsabilità di una *universitas*.

Bartolo sosteneva che « l'*universitas* rappresenta una persona che è diversa dagli individui che la compongono », perché mentre i componenti mutano, « l'*universitas* stessa rimane la medesima » (47). Baldo definiva la comunità « una persona universale che ha l'intelletto di una persona individuale, pur essendo costituita da molti corpi » (48).

Ma soprattutto Remigio De' Girolami, allievo di San Tommaso e

---

(45) Si profitta ancora della lettura di KANTOROWICZ, *I due corpi del re*, cit., pp. 466 e 472, da cui sono tratti i virgolettati.

(46) È la prossimità tra potenza e atto cui Dante allude quando scrive che la potenza della moltitudine sta « *sub actu* » perché altrimenti « si darebbe una potenza separata, la qual cosa è impossibile »: MN I III 8.

(47) BARTOLO, D. 48.19.16.10.

(48) BALDO, C. 6.26.2, n. 2.

maestro di Dante, strumentalizzava la dottrina aristotelica dell'attualizzazione della potenza per sostenere il suo anti-individualismo radicale.

> Il tutto ha più essere della parte. Il tutto, in quanto tutto, è esistente in atto, mentre la parte, in quanto parte, non ha essere se non in potenza (49).

Dante scrive che « la bontà dell'ordine delle parti non eccede la bontà dell'ordine del tutto, ma è piuttosto il contrario » e « l'ordine delle parti rispetto all'unità è migliore [ndr rispetto all'ordine delle parti tra di loro] in quanto è il fine dell'altro » (MN I VI 1-3). Ancora, attingendo all'autorità di Aristotele, « se infatti la parte deve sacrificarsi per il tutto, poiché l'uomo è parte della città [...] l'uomo deve sacrificare se stesso per la patria, come bene minore per un bene maggiore » (MN II VII 2-5).

Il che significa che il tutto, la città, la patria, è più perfetto dell'individuo, del singolo, è la sua attualizzazione. È forse azzardato vederci la relazione hegeliana tra Stato/comunità e individuo o, ancora meno, tra la volontà generale e gli interessi particolari, tra la repubblica e le fazioni, ma almeno, con Kantorowicz (50), il re, come corona, come corpo politico, è attualità, mentre il corpo naturale dell'individuo è potenza.

Gramsci aveva ragione quando scriveva che « Dante sogna una società superiore al Comune, superiore sia alla Chiesa che appoggia i neri come al vecchio impero che appoggiava i ghibellini, sogna *una forma che imponga una legge superiore alle parti* » (51).

4. *Il vicario e il nunzio.*

Il pensiero di Dante è ancora più 'politicamente' rappresentativo quando argomenta il rapporto diretto dell'Imperatore, legislatore e giudice, con Dio, con il creatore dell'universo, e nega l'intermediazione del vicario o ministro di Dio, intendendo il successore di Pietro. Così da riconoscere all'autorità imperiale, temporale, la totale indipendenza da qualsiasi altra potestà terrena, la sua assoluta competenza ed autonomia all'interno della propria giurisdizione.

Il riferimento è all'argomento scritturale della distinzione fra vicario e nunzio che Dante escogita per confutare l'assimilazione dei poteri vicariali del Papa a quelli di Samuele, nell'e*xemplum* scritturale dell'unzione e della deposizione di Saul per comando divino (MN III V 4-VI 2 e

---

(49) REMIGIO DE' GIROLAMI, *Tractatus de bono communi*, in « Scholastik », 9 (1934), p. 82, nota 10.

(50) KANTOROWICZ, *I due corpi del re*, cit., p. 486.

(51) GRAMSCI, *Quaderni del carcere*, cit., p. 760. L'enfasi è aggiunta.

ss.). Per Dante il parallelo non funziona perché questi agiva non « *ut vicarius* » ma come « *legatus spetialis ad hoc, sive nuntius portans mandatum Domini expressum* », insomma legato speciale o nunzio o ministro.

La rappresentanza vicariale è la potestà ordinaria del vicario di Cristo, di colui che non è il segno visibile dell'invisibile, dell'assente, ma di colui che sta al posto di Cristo. È il supplente della volontà del *dominus* e, quindi, esprime in sé il sacro, con una propria competenza e giurisdizione, « *cum lege vel cum arbitrio* » (MN III VI 5), senza che ne debba informare il suo signore ma, allo stesso tempo, senza che ciò significhi — secondo quello che era un luogo comune nella teologia scolastica — equivalenza tra vicariato e vicariante (MN III VII 2-4 e 4-7). L'altro è il potere straordinario concesso da Dio a Samuele, il quale è incaricato di una missione, è il mandatario di uno specifico 'affare/negozio'. Il suo fondamento è l'immedesimazione organica, tanto da essere *eadem persona*.

Arangio Ruiz ne ha tratto che il nunzio « è manifestazione della volontà al pari del discorso e della scrittura » (52). Dante autorizza a mettere in relazione la rappresentanza del nunzio con il linguaggio, con la logica del segno, ove pone il seguente parallelo: « bisogna sapere che altro è essere vicario, e altro è essere nunzio ovvero ministro; così come altro è essere dottore e altro è essere interprete » (MN III VI 4-5) oppure ove distingue tra « autori » e « scrivani » della parola di Dio (MN I XVI 1-2 e MN II VIII 12-14), che è l'unico a 'dettarla', l'unico « *dictator* » (53). Ma può precisarsi meglio il parallelo con il linguaggio, distinguendo tra voce e scrittura, secondo l'opposizione — che dalla dottrina aristotelica e scolastica è passata nelle teorie del diritto contemporanee — tra il dire immediato della voce e il fare *differito* della scrittura, con una certa gerarchizzazione del rapporto pensiero>voce>scrittura che ne è seguita, ove la scrittura, il sensibile, interpreta il ruolo del *villain* rispetto al pensiero/voce, all'intellegibile. Quella opposizione è tutta nel *De Interpretatione* di Aristotele, ove « le parole scritte » sono « i simboli delle parole emesse dalla voce » (54), da cui si ricava che « l'essenza della voce, della *phoné* sarebbe immediatamente vicina a ciò che nel 'pensiero' come *logos* è in rapporto col 'senso', lo produce, lo riceve, lo dice, lo 'raccoglie' » (55) e che la scrittura è la traccia sensibile, il mezzo di

---

(52) V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*, Napoli, Jovene, 1960, p. 93, nt 1.

(53) MN III IV 10-11. E torna il diritto che attraversa, taglia, raddoppia, il testo: la *dictio* è, nella dottrina (romana e) scolastica, costitutivamente giuridica, perché la *lex* è, diffusamente nel lessico tomista, *dictamen*.

(54) ARISTOTELE, *Dell'interpretazione,* 1, 16 a 3.

(55) J. DERRIDA, *Della Grammatologia*, trad. it. a cura di G. Dalmasso, Milano, Jaca Book, 2006, p. 29.

espressione, la *trascrizione*, della parola. Vive nella dottrina medievale della parola come *vox significativa*, della voce che è conservazione della presenza, che viene alla presenza, è rappresentanza come specchio del pensiero. Si converte nelle teorie dell'interpretazione giuridica nel primato della voce sulla scrittura, nella opposizione tra significante (scrittura) e significato (pensiero/voce), nella 'funzionalizzazione' del significante alla produzione del significato, sia che il primo costituisca il secondo, sia che lo 'veicoli', disveli, lo rappresenti.

Ma allora, se si procede per linee interne alla dottrina medievale coeva al testo di Dante, se il nunzio è « l'angelo » (MN III VI 6), il messaggero e Dio è parola, voler *dire*, il parallelo pertinente è non tanto con la scrittura, che è 'muta', è assenza che aumenta la mediazione rappresentativa, l'eccedenza, il supplemento (56), quanto con la voce, che non va letta e interpretata, ma solo sentita e riprodotta. Il nunzio viene alla presenza, porta immediatamente alla presenza la parola di Dio, il vicario rinvia all'assenza.

Questo discorso rivela, in punto di teoria generale del diritto, che la teoria rappresentativa di Dante partecipa dell'idea del segno, della priorità della voce sulla scrittura che rende possibile, pensabile, l'interpretazione come ascrizione di significato a un significante, che del primo è veicolo esteriore, mezzo di 'trasporto'. La sua modernità sta e cade con l'accettazione o meno della logica del segno, della separabilità tra ciò che è intellegibile e ciò che è sensibile, tra il dire della voce e la pratica della scrittura.

Riscritto nel linguaggio giuspolitico contemporaneo, adombra, invece, la distinzione tra mandati generali e speciali, tra rappresentanza indiretta e diretta, che tanta parte avrà nella rappresentanza politica.

Ma soprattutto implica una qualche superiorità della rappresentanza legataria, diretta, procuratoria e speciale, rispetto a quella generale: la preferenza va per la rappresentanza mimetica e non per la *rappresentazione*, costitutiva, suppletiva, che eccede la mimesi, la riproduzione, che crea l'assente. Il rappresentante, colui che agisce per conto di altri, ma in nome proprio, per quanto abbia una competenza estesa, non può mai fare ciò che fa il nunzio, che è la 'voce' di Dio, perché non può fare più di Dio. Dante esclude la rappresentanza del primo tipo nel vicario di Dio, nel papa, che è sì rappresentante, ma non già nel modo del nunzio che manifesta la volontà del *dominus*. Il secondo è più vicino al *dominus*, a Dio, perché solo il secondo si *immedesima*. È coerente con l'idea della somiglianza tra creatore e creato, tra la perfetta unità di Dio

(56) Tanto che, se si allargasse il parallelo alla rappresentanza vicariale, sarebbe piuttosto quella rappresentatività ad appartenere all'ordine della scrittura, alla sua costitutività — oltre la logica del segno — del significato.

e la moltitudine del genere umano che, per somigliare a Dio, deve tendere in massimo grado all'unità.

E così è facile concludere che il Papa, in quanto vicario, non si immedesima, come Samuele, con Dio.

L'idea procuratoria di rappresentanza trova conferma, a rovescio, nel rapporto tra l'imperatore e il popolo. Dante accede all'ideale 'ministeriale' della regalità medievale (57): « come la costituzione politica non è stabilita per le leggi, ma al contrario le leggi sono stabilite per la costituzione politica, così coloro che vivono secondo la legge non vivono in ordine al legislatore, ma piuttosto questi a quelli [...] Di qui risulta anche che, benché il console o il re rispetto ai mezzi siano signori degli altri, rispetto ai fini sono invece ministri degli altri, e più di chiunque altro il Monarca, che senza dubbio alcuno deve essere considerato il ministro di tutti » (Mn I XII 10-12 e XII 12-XIII 1).

Nel rapporto tra imperatore e popolo ricorre la rappresentanza del nunzio ovvero del ministro. Non pare, però, un indizio sufficiente per sostenere una lettura democratico-popolare dell'Imperatore quale servitore del popolo (58). Con tutta probabilità, la questione implica risolvere il legame tra Dante e il 'costituzionalismo' romano e, in fondo, la cifra ultima della costituzione romana, divisa tra proposizioni assolutistiche e dottrine del *populus* come fonte ultima del diritto. Più fondatamente, pare una riconversione della rappresentanza privatistica, medievale, procuratoria, seppure messa al servizio di un ufficio che regge l'umanità intera e non una piccola consociazione.

5. *La dualità e l'alterità.*

La rappresentatività intra-vista, e quindi l'ambiguità del principio di unità, nel sistema filosofico, politico e giuridico di Dante, è invero

---

(57) Su quell'idea basti qui D. QUAGLIONI, *Il modello del principe cristiano. Gli 'specula principum' fra medio evo e prima età moderna*, in *Modelli nella storia del pensiero politico*, a cura di V.I. Comparato, Firenze, Olschki, 1987, p. 103 e ss.

(58) La si potrebbe tentare — come l'ha tentata KELSEN, *Lo Stato in Dante*, cit., p. 150 — ove si legga l'ipotesi che la Chiesa possa ricevere la virtù di conferire autorità al Principe romano da Dio o « dall'assenso universale dei mortali o almeno della maggior parte » (Mn III XIV 1-3) come una parificazione tra la volontà divina e il consenso universale. Ma per una critica a questa fuga in avanti, che non tiene nel debito conto che la democrazia per Dante è un governo 'obliquo' e che, comunque, la maggioranza, la maggior parte, potrebbe essere qualitativa e non numerica, come nel coevo *Defensor Pacis*, QUAGLIONI, *Monarchia*, p. 480. Con una certa neutralità, KELSEN, *Lo Stato in Dante*, cit., p. 124 e ss., disegna l'Imperatore di Dante come un funzionario al servizio dello Stato, sia pure posto nel più alto ufficio.

coerente con la sua 'dualità', che va intesa in un senso più profondo del dualismo istituzionale, della lotta per le Investiture.

Per dimostrare che il Monarca universale è svincolato dalla giurisdizione papale, Dante disegna un mondo che è indipendente dal Papa, in un certo qual modo dalla Chiesa.

> Come la Chiesa ha il suo fondamento, così anche l'Impero ha il suo. Il fondamento della Chiesa infatti è Cristo [...]. Invece il fondamento dell'Impero è il diritto umano (MN III X 5-7).

Nel linguaggio delle fonti, può dirsi che la norma canonica non è sovraordinata, perché non è il fondamento della norma secolare. Bisogna, però, non equivocare il doppio fondamento. Il diritto umano è espressione della pura razionalità dell'uomo, quindi è diritto naturale, proprio della natura dell'uomo, ma a sua volta quella natura, quel diritto naturale, è la declinazione del *ius divinum*, perché la legge naturale deriva dalla legge divina ma non vale il reciproco: « quel che si riceve dalla natura si riceve da Dio, ma non viceversa » (MN III XIV 1-3).

Su questa base Dante costituisce una dualità di corpi collettivi reciprocamente indipendenti, i due *regimina,* uno 'umano-spirituale' e l'altro 'cristiano-papale'. Entrambi sono universali, ma con propri fini e con il proprio ideale di perfezione umana. La beatitudine terrena, il paradiso terrestre, la felicità secolare, è raggiungibile con il solo aiuto delle virtù morali e intellettuali, le *virtutes intellectuales* o *acquisitae*, che esistono nell'uomo alle condizioni date dalla natura e dalla ragione umana. La beatitudine della vita eterna, adombrata nel paradiso celeste, è invece raggiungibile solo con il lume divino, con le virtù teologali, le *virtutes infusae*, concesse per grazia divina (MN III XVI 6-7). Coerentemente, il paradiso terrestre (di Dante) ha una propria funzione autonoma e indipendente, in giustapposizione al paradiso celeste. L'uomo, essendo composto d'un corpo corruttibile e d'una anima incorruttibile, ha, solo fra tutti gli esseri creati, un posto di mezzo tra cose corruttibili e le incorruttibili, comparabile « all'orizzonte, che è a mezzo tra i due emisferi » (MN III XVI 3-5). In conseguenza di tale dualità, questa sì teologico-politica, solo l'uomo fra tutte le creature è destinato ad attingere due ordini di scopi. L'imperatore conduce l'umanità alla sua meta naturale, mediante la ragione filosofica, laddove il papa conduce i cristiani alla meta soprannaturale. Sono, quindi, due soli, secondo l'immagine del XVI canto del Purgatorio (59) e non un sole e una luna, secondo la tesi ierocratica dei *duo magna luminaria*. Ma, poiché sono

(59) Come vide E.H. KANTOROWICZ, *I due soli di Dante* (1951), in ID., *La sovranità dell'artista. Mito e immagine nel Medioevo e nel Rinascimento*, Venezia, Marsilio, 1995, pp. 83-103.

separati, seppure relati, per ciò stesso non sono, monisticamente, uno il fondamento e il principio dell'altro (60).

È una dualità, dunque, di certo radicalmente differente dal sistema tomistico in cui i fini secolari erano gerarchicamente subordinati a quelli spirituali. Ma questa dualità, che è relazione e non separazione, non è una antitesi. Non saprebbe dirsi se, in positivo, la beatitudine terrena sia il propileo della beatitudine eterna, ma, in negativo, pare almeno potersi dire che non vi è antitesi dell''umano' contro il 'cristiano'. Dante distingue tra una perfezione umana e una cristiana, ma scrive anche che « questa felicità mortale è in qualche modo (*quodammodo*) ordinata ad una felicità immortale » (Mn III XVI 16-17). Insomma, i due fini, le due virtù, i due governi sono separati, ma non opposti (61). Anzi, l'uno è legato all'altro da *reverentia debita* (62), quindi sono in relazione, il che non pone alcuna contraddizione (63): è coerente perché l'accettazione della co-esistenza di una duplice organizzazione dell'umanità pensata unitariamente è conforme al *principium unitatis*, con tutte le sue ambiguità.

Ma, se si scava, l'ambivalenza della dualità di Dante è più profonda e mischia le carte. Indetermina la distinzione tra il secolo e il sacro. L'*universitas* ha un *corpus morale et politicum* analogo al *corpus mysticum* della chiesa. Con una sincresi, Kantorowicz ha definito l'*humana civilitas* dantesca « 'corpo mistico' secolare » (64). Intende che la comunità universale dell'uomo rappresenta il corpo mistico del padre della stirpe umana, il *corpus mysticum Adae*, il cui capo è l'imperatore che ha il compito di ricondurre l'umanità alla sua origine: il paradiso terrestre. Gilson ha scritto che, per provare l'indipendenza del monarca laico dal papa, « bisognava prendere dalla Chiesa l'ideale di una

---

(60) Leggendo Dante *à rebours*, ne esce confermato che il luogo dantesco è molto lontano dalla ricerca kelseniana della fondazione giuridica unitaria di un ordine internazionale in grado di garantire la coesistenza pacifica tra gli Stati.

(61) Gilson, *Dante e la filosofia*, cit., p. 204, scrive che « Dante vuole il loro accordo nell'indipendenza » e « la loro indipendenza nel loro accordo ».

(62) Mn III XVI 18. Ma la *reverentia* non determina un vincolo di obbedienza, non costituisce elemento di un rapporto obbligatorio. Come ha rilevato Quaglioni, *Monarchia*, pp. 516-7, reverenza e obbedienza si escludono: un fanciullo deve obbedire al padre, ma una volta raggiunta l'età adulta quell'obbedienza è sostituita dalla reverenza. Dunque, « che la filiale reverentia dantesca [...] non possa essere interpretata semplicemente come una relazione potestativa in senso dominativo, è chiaro anche da quanto spiega Tommaso d'Aquino [...] distinguendo tra *ius paternum* e *ius dominativum* ».

(63) Come è, invece, parso a Kelsen, *Lo Stato in Dante*, cit., p. 153.

(64) Kantorowicz, *I due corpi del re*, cit., p. 459.

cristianità universale e laicizzarlo » (65). È vero ma si è trattato di un duplice movimento: portò nel secolo la cristianità universale, ma, simultaneamente, senza eliminare la sfera sacramentale, consacrò il secolo, l'umanità. La secolarizzazione in Dante non riduce *à la* Weber il sacro, ma lo estende, oltre la cristianità, all'umanità. La secolarizzazione esibisce il segno della sfera teologica: quindi è rimando ad altro e non immanenza. Esclude la sacralizzazione della politica e la politicizzazione del sacro.

La secolarizzazione della Chiesa, quindi, non ha nulla a che vedere con la riduzione di ogni sfera dell'agire umano al politico, con il 'disincantamento' del mondo, con la desacralizzazione della politica, a sua volta la nuova religione civile che fonda la struttura di autoreferenzialità tipica della modernità. Seppure il fondamento dell'Impero è la legge umana, è la legge dell'uomo di Adamo e lo Stato, l'Impero, non ha preso il posto di Dio come suprema istanza metafisica.

Dante tenta di liberare, di 'pulire', l'uomo dal peccato in modo non sacramentale, ripristinando l'originaria natura perfetta di Adamo con la virtù intellettuale: resta il battesimo, ma il battesimo costituisce l'uomo come membro non del corpo mistico della Chiesa, ma del corpo mistico di Adamo che è l'umanità.

Dante rende *sacra* la patria, ad esempio i Dieci romani che danno la vita per la salvezza pubblica sono vittime sommamente sacre: hanno reso quell'ineffabile sacrificio (« *illud inenarrabile sacrifitium* ») (Mn II v 15). Similmente, alla stregua del diritto romano, instaura il parallelo tra le cose sacre e le cose pubbliche, fra i sacerdoti e i magistrati: ritiene, come Accursio, sacro il diritto e i suoi sacerdoti.

Vi è la legittimazione sacrale del potere, ma Dante è duale. Resta la doppia fedeltà, l'alterità, l'equivoco. Resta, da questo punto di vista, un uomo medievale (66), che non conosce la monodimensionalità né del polo spirituale né di quello temporale, ma vive immerso in una doppia appartenenza, in un doppio ordinamento (67). Per questo, la *reductio ad unum*, la pretesa pontificia di essere il solo mediatore tra temporale e atemporale, è messa in questione a difesa sia delle ragioni che ineriscono l'ordine secolare, giuridico-politico, sia dell'ordine spirituale, dell'ecclesiologia.

---

(65) Gilson, *Dante e la filosofia*, cit., pp. 155 e 166, che aggiunge che Dante giunse a costruire « una imitazione secolarizzata della nozione religiosa di Chiesa ».

(66) Kelsen, *Lo Stato in Dante*, cit., p. 185, lo definisce invece l'alba del Rinascimento.

(67) E proprio quella doppia appartenenza, persa nella secolarizzata contemporaneità, sarebbe il nostro dramma ma anche la nostra salvezza per P. Prodi, *Il sacramento del potere. Il giuramento politico nella storia costituzionale dell'Occidente*, Bologna, il Mulino, 1992, p. 522.

6. *Dante e gli altri (Bracton e Duns Scoto).*

Pare, invece, azzardato leggere in Dante una dottrina del governo limitato dal diritto e, quindi, una dottrina del diritto come limite al potere, secondo quella rappresentazione del diritto comune che tanta fortuna ha avuto nel costituzionalismo contemporaneo e che idealmente lega questo all'ordine giuridico medievale che celebrerebbe quella dottrina, saltando l'età della sovranità degli Stati.

Teoricamente è, però, revocabile in dubbio che l'idea del diritto, della 'ragione', come limite al potere sia libertà: a rigore la libertà è potere, creazione di nuovo potere e di nuovo diritto e quindi volontà. Storicamente è controvertibile che l'ordine giuridico medievale sia stato un ordine costituzionale, vale a dire la culla degli *iura* difesi dalla *iurisdictio* quali diritti inviolabili fondati sul diritto di ragione (68).

In Henry de Bracton, su per giù contemporaneo di Dante e diffusamente considerato il teorico del governo limitato dal diritto, l'idea della *lex supra regem*, che la legge sia sopra il re, o, che è lo stesso, della *lex facit regem* non esclude che il re sia sopra la legge, almeno nello spazio del *gubernaculum* distinto dalla *iurisdictio* (69). Il primo è l'insieme dei poteri di governo discrezionali e insindacabili, è l'*imperium* del re, è la ragione di Stato, l'ordine amministrativo, cui non si possono 'mettere le briglie'. Il secondo è lo spazio del dire diritto, della 'definizione' di un diritto, del diritto dei privati, al posto di Dio, ma in forza del diritto preesistente e con il consiglio dei pari, della curia del re, cioè dell'aristocrazia (70). Solo che la *iurisdictio* medievale non è l'impolitico: limitava il re, ma partecipava in un certo qual modo del potere di porre il diritto, per lo meno nel senso di accertare il diritto fondamentale, perché tradizionale. La cristologia complica ulteriormente le cose nel testo di Bracton e confonde la linearità dell'opposizione *gubernaculum/iurisdictio* intesa in senso moderno come opposizione tra governo (inteso come potere esecutivo in senso proprio) e

---

(68) Instilla il dubbio O. Chessa, *Sovranità: temi e problemi di un dibattito giuspubblicistico ancor attuale*, in « Rivista Aic », 2017, 3, p. 19 e ss.

(69) Risolve l'apparente contraddizione in Bracton di un re sopra e, allo stesso tempo, sotto la legge, distinguendo la sfera del *gubernaculum* da quella della *iurisdictio* e ricavando dalla seconda l'idea del governo 'limitato' (e non diviso), forse non senza una certa enfatizzazione rispetto al testo, C.H. McIlwain, *Costituzionalismo antico e moderno*, Bologna, il Mulino, 1990, p. 95 e ss.

(70) Il che pone l'ulteriore dilemma di stabilire a quale diritto, come limite al governo, guardasse Bracton: per O. Chessa, *La scomparsa della sovranità. Sul costituzionalismo come ideologia e mitologia*, in « L'Ircocervo », 2020, 1, p. 22, si tratta dello *statute* approvato dal *King in Parliament*; per N. Matteucci, *Costituzionalismo*, in *Dizionario di politica*, a cura di N. Bobbio, N. Matteucci, G. Pasquino, Torino, Utet, 1983, p. 257, del diritto consuetudinario comune e immemorabile.

giurisdizione. Il re bractoniano è, infatti, ambiguo. È vicario di Dio e, quindi, come Dio, è, con i suoi giudici, sopra la legge, quando giudica, legifera o interpreta il diritto; è invece come Cristo, uomo che si sottomette al giudice romano e alla legge, quando non è giudice, ma una persona che è sotto la legge (71). Sembrerebbe così sotto la legge proprio quando non è giudice. Potrebbe ricondursi a coerenza la lettura costituzionalistica e quella cristologica disegnando la *iurisdictio* come l'insieme delle materie, diritti individuali e privati rispetto all'amministrazione, in cui il re, giudice ma a immagine di Cristo, è sotto la legge preesistente e il *gubernaculum* come le materie, tra tutte la conservazione della pace e della giustizia, in cui il re, a immagine di Dio, è giudice supremo, senza pari, e, quindi, al contempo, legislatore. Può, poi, anche argomentarsi che per Bracton, persino nello spazio del *gubernaculum*, il potere del re è sempre *de iure*. Vi è, infatti, una previa legge, la legge regia che fa del re il re e, poiché lo costituisce, lo limita: la volontà del re è legge « *cum lege regia* », in accordo con la previa legge che costituisce ciò che è legge (72). Ma quel re, fatto, costituito dalla legge, poi fa a sua volta leggi 'a proprio piacimento', perché a ciò lo autorizza la legge regia. Tutto questo significa dire che il re è sopra la legge perché è prima sotto la legge. Insomma, la previa legge non etero-limita il re che vi si sottomette, perché è la 'sua' legge o al più quella di Dio, di cui però il re era vicario (73): in ogni caso, il vincolo del re alla legge è, dialetticamente, la ragione dell'essere re, quindi, è il fondamento del suo potere reale, del potere di fare leggi a proprio piacimento. In più, la questione se il re sia sopra o sotto la legge sconta l'incerto significato di *lex* che in Bracton include sia la legge divina/naturale sia la legge positiva.

Ora, Dante non accede letteralmente alla distinzione bractoniana, ma nella *Monarchia* vi è sia l'idea, mutuata dalla *Rhetorica* di Aristotele, che non si devono lasciare all'arbitrio del giudice « le materie che possono essere determinate dalla legge » (MN I XI 11-12) sia, assai diffusamente, l'idea della *lex digna* (dalla l. *digna vox* (74)), del *princeps*

---

(71) Questa lettura cristologica del re di Bracton è in KANTOROWICZ, *I due corpi del re*, cit., p. 159.

(72) È l'interpretazione del testo di Bracton di MCILWAIN, *Costituzionalismo*, cit., p. 92.

(73) Il vicario di Dio (e non di Cristo) per Bracton era il re, per Dante il Papa.

(74) L'editto che contiene la *l. digna vox* (Codice giustinianeo I.I4.4) dice pressappoco così: « È dichiarazione degna di un regnante che il principe si confessi vincolato alle leggi: noi siamo infatti tanto più autorevoli quanto più lo è il diritto. E per verità è prova di grande potere il sottomettere il principato alle leggi » (« *Digna vox maiestate regnantis legibus alligatum se principem profiteri: adeo de auctoritate iuris nostra pendet auctoritas. Et re vera maius imperio est submittere legibus principatum* »).

legibus alligatus, in antitesi alla *lex regia*, al *princeps legibus solutus* (75). Dante parrebbe dire che l'autorità dell'imperatore dipende dall'autorità della legge, che è la legge che fa l'imperatore ciò che è. Per Kelsen vi prefigura una forma costituzionale di governo limitato (76), un costituzionalismo medievale di una sovranità *legibus alligata*. E la limitazione con legge del potere del sovrano di Dante si ricaverebbe da più luoghi: dalla fondazione dell'Impero sul diritto umano, dal che se ne desumerebbe che l'Impero non è lecito se va contro il diritto umano (Mn III x 5-7); dalla identificazione del bene dello Stato con il fine del diritto, quindi un diritto che non ha come scopo il bene comune (inteso come bene dello Stato e bene della collettività) sarebbe impossibile (Mn II iv 11-v 1); dal passo « *auctoritas principalis non est principis nisi ad usum* », si ricava l'idea che al monarca non è trasferito il diritto, ma solo l'esercizio del potere statale, da cui si trarrebbe il principio *populus maior principe* (Mn III vii 7-8). Insomma, in Dante Stato e diritto si identificherebbero e costituirebbero uno « Stato di diritto » nel senso che l'« esercizio del potere appare vincolato giuridicamente » (77). La conclusione pare controvertibile. Primo, la *lex digna*, per i giuristi medievali, è un auto-vincolo, una inibizione morale, dunque la soggezione alla legge è un *velle* e non un *esse* (78). La soggezione alla legge del principe è volontaria, non necessitata e tanto meno giustiziabile. Specularmente, anche la *lex regia* la si può rappresentare come fondamento e limite del potere del principe, solo che è fondamento e limite di un potere illimitato, di fare leggi a proprio piacimento. Quel potere deriva dalla legge, ma ciononostante è un potere illimitato. Secondo, l'autolimitazione è tutt'altro che chiara in Dante. È vero che Dante scrive che « il Monarca è necessitato dal fine che si propone nel dare le leggi » (Mn I xii 12-xiii 1), ove il fine pare allo stesso tempo fondamento e limite. Ma, a rigore, se nessuno può essere l'origine, il principio, la causa, del proprio potere, se non gli è conferito da un'autorità superiore (79), nessuno, per la stessa ragione, può fondare — evidente il riferimento a Tommaso, « *nullus cogitur a se ipso* » — la limitazione del suo potere (80). Terzo, « il fatto di porre vincoli sulla *persona* del re

---

(75) Gli argomenti della 'previa legge', cui già si è fatto riferimento *supra*, § 2, sono articolati in Mn I xi 11 e III x 8-10 e 10-12 e xi 1-3.

(76) Kelsen, *Lo Stato in Dante*, cit., p. 123 e ss.

(77) Ivi, p. 128.

(78) F. Schulz, *Bracton on Kingship*, in « English Historical Review », 60 (1945), 237, pp. 163, nota 1, e 168.

(79) L'argomento dell'impossibilità dell'*auctorizare*, già incontrato, torna in Mn III xiv 6-xv 1: « se fu la chiesa a dare a se stessa quella virtù, non l'aveva prima di darsela; e così avrebbe dato a se stessa quel che non aveva, cosa che è impossibile ».

(80) Si profitta dell'obiezione di Quaglioni, *Monarchia*, p. 405.

consentiva di norma in modo specularmente proporzionale un aumento e persino un'esaltazione del *potere* reale. Il re è vincolato dalla legge che lo ha reso re; ma la stessa legge sostiene il potere reale e assegna al sovrano diritti straordinari che per molti versi pongono legalmente il re al di sopra delle leggi » (81). In più, per Dante la giustizia, nel suo « abito », « trova talvolta opposizione nel volere », di talché, quando la volontà non è pura da ogni cupidigia, lì non c'è giustizia nella sua purezza, da cui si ricava che la giustizia è volontà (e non ragione). Nel suo « operare », « trova opposizione nel potere », di talché è potere (MN I XI 5-6).

Potrebbe, però, portare a riconsiderare la conclusione la circostanza che, seppure si tratti di una distinzione non completamente sovrapponibile a quella tra *gubernaculum* e *iurisdictio*, non vi è in Dante l'opposizione tra potenza *absoluta* e *ordinata* di un altro suo contemporaneo, Duns Scoto, che elabora un modello interpretativo teologico-politico (82). La « potenza assoluta » di Dio (« *potentia Dei absoluta* ») parrebbe, nella sovranità divisa, l'opposizione logica alla « *potentia Dei ordinata* » (83). Vi è, a dire il vero, qualcosa che le somiglia molto quando Dante oppone il governo del mondo *de facto* e *de iure.* Ma quella distinzione va correttamente intesa.

Per Scoto, che vuole dare senso pieno alla idea della creazione *ex nihilo*, « i giuristi dicono che chi può fare [qualcosa] di fatto, lo fa per propria potenza; chi può fare [qualcosa] di diritto, lo fa per potenza ordinata secondo regole preesistenti » (84). Quindi, l'opposizione pare correre parallela alla distinzione medievale *de facto/de iure*.

Può volere dire che la potenza assoluta è la 'possibilità' di un soggetto agente (dio o uomo) di agire in deroga (o sospensione)

---

(81) KANTOROWICZ, *I due corpi del re*, cit., p. 148.

(82) Il parallelo è giustificato se non altro perché Duns Scoto, come Dante (MN III XVI 9), accettava l'identificazione, effettuata da Averroè, tra Aristotele e la filosofia: E. GILSON, *Giovanni Duns Scoto*, Milano, Jaca Book, 2007, pp. 17-18, nota 24.

(83) È un po' diversa dalla distinzione piuttosto diffusa nei Commentatori e nella dottrina teologica, ove è per lo più (Baldo degli Ubaldi) intesa come distinzione tra la dimensione astratta del potere (vale a dire la *potestas absoluta,* il potere privo di vincoli di natura giuridica) e la dimensione concreta del suo esercizio (la *potestas ordinaria* o *ordinata*, sottomessa all'obbedienza alle leggi). Detto diversamente, nei civilisti, riprendendo la ambiguità della sovranità romana, la distinzione era tra un potere astratto, *de iure,* eccezionale, sciolto dall'osservanza delle leggi e un potere concreto e 'legato' dalla l. *digna vox.* Quella ambiguità, che attraversa la sovranità romana, medievale e moderna, svela che non vi è alcuna manichea contrapposizione tra sovranità e costituzione, come idea di limite al potere: alla prima non è affatto estranea l'idea del potere limitato, ordinato, regolato.

(84) *Ox.,* I, dist. 44, qu. unica, n. 1.

all'ordine dato, di eccedere quell'ordine e, quindi, fondare la libera posizione di nuovo diritto. Ma resta una possibilità di « agire *legittimamente* 'al di là della legge e contro di essa' » (85). In Scoto ogni *potentia asboluta* ricomprende in sé la 'possibilità' della *potentia ordinata*, perché la seconda è il meno nel più.

> [Dio], come può agire in deroga a una legge, così potrebbe porre un'altra legge come giusta. Se questa fosse posta da Dio, sarebbe senz'altro giusta, poiché nessuna legge è giusta se non è stabilita esplicitamente dalla volontà di Dio. [L'azione] non sarebbe ordinata secondo il primo criterio di ordine, ma secondo un ordine diverso che la volontà divina può sempre porre (86).

L'agire di ogni altro libero soggetto agente è sempre interpretabile come espressione di potenza ordinata. Se l'agente è volontà libera (« *quando lex est in potestate agentis* »), la sua azione può essere sempre fatta ricadere sotto una regola (*lex*) rispetto alla quale essa risulti *de potentia ordinata.* Ordine e disordine si mescolano. Anche quando esercita la *potestas absoluta* e viola la legge, l'ordine dato, lo fa ordinatamente e, così facendo, crea un nuovo ordine. Perciò, la potenza assoluta si converte necessariamente in potenza ordinata, che è una auto-limitazione.

Il che dimostra che Duns Scoto non è, come spesso si dice, un 'volontarista' e men che meno lo è se si scambia il volontarismo per arbitrio irrazionale, il che potrebbe accorciare la distanza da Dante. Seppure qui non si possa andare oltre qualche allusione, la distinzione pare, infatti, più 'sottile'. « Parlando di *potentia absoluta*, Dio può volere tutto ciò che non implica contraddizione; parlando di *potentia ordinata*, Dio non può volere se non ciò che concorda con le nature che ha scelto di creare e le leggi della sua giustizia e della sua sapienza come le ha stabilite » (87). Il che vuol dire che dalla volontà di Dio non dipende l'essenza delle nature, ma la scelta della loro creazione al posto di altre essenze possibili. Ma proprio perché può darsi la decisione di Dio di creare altre nature possibili, con le leggi morali conseguenti e concordi rispetto all'essenza delle prime, può sempre darsi un altro ordine, ma resta un ordine razionale (88). Sempre Gilson commenta che « una volta presupposta questa condizione originale, ve ne si aggiunge un'altra: Dio può sempre volere, *de potentia ordinata*, tutto ciò che non è incompatibile con le nature che ha creato e l'ordine che ha stabilito » (89).

---

(85) AGAMBEN, *Oikonomia*, cit., p. 481. Il corsivo è aggiunto.
(86) *Ox.,* I, dist. 44, qu. unica, n. 2.
(87) GILSON, *Giovanni Duns Scoto*, cit., p. 640.
(88) G. FASSÒ, *La legge della ragione*, Bologna, il Mulino, 1964, p. 98.
(89) GILSON, *Giovanni Duns Scoto*, cit., pp. 640-1.

Al giurista dice che Scoto apre alla pensabilità del potere costituente, che può darsi solo fuori dal necessaritarismo aristotelico, ovvero solo laddove si pensi la contingenza. Al tempo stesso, però, dice che questo potere costituente è già costituito perché nulla si impone a Dio, all'infinito, ove intelletto e volontà, leggi immutabili e leggi istituite, coincidono.

Ora, tutto ciò può offrire un inusuale punto di vista da cui guardare al potere costituente come potere già costituito o a quello costituito come potere eternamente costituente, insomma alla convertibilità continua dell'uno nell'altro, fino a far dire che il potere costituente si dà solo come potenza 'di non', come potenza destituente (90). Ma aiuta poco a comprendere Dante almeno per due ragioni. Dante non ammette la sospensione del diritto, perché il fine del diritto esige di procedere sempre con il diritto. Quindi, non pensa una teoria dell'eccezione, senza la quale si comprende poco la *potentia absoluta*. In ogni caso, è tutto proteso, in tutto il Libro II, a fondare *de iure* l'Impero romano, identificato con la Monarchia universale. Può anche convenirsi che nella *Monarchia* l'argomento della validità si mescola, con poca coerenza, con quello dell'effettività legittima, ma la sovrapposizione tra l'uno e l'altro, tra l'argomento *de iure* e *de facto*, è proprio ciò che non va dell'argomentare dantesco, il suo fallimento teorico.

(90) Ossia come politica dell'inoperosità: AGAMBEN, *L'uso dei corpi*, cit., p. 1013 e ss. e spec. p. 1265 e ss.

BARTOLOMÉ CLAVERO

COLONIAL GENOCIDE AND THE HISTORIOGRAPHY OF INTERNATIONAL LAW: A PARADIGM SHIFT?

(Apropos of Dirk Moses' *Problems of Genocide* and beyond)

In memory of the victims of the unpunished Francoist Holocaust, whether genocide or not.

Genocide means any of the following acts committed with intent to destroy, in whole or in part, a national, ethnical, racial or religious group, as such: (a) Killing members of the group; (b) Causing serious bodily or mental harm to members of the group; (c) Deliberately inflicting on the group conditions of life calculated to bring about its physical destruction in whole or in part; (d) Imposing measures intended to prevent births within the group; (e) Forcibly transferring children of the group to another group.

Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, 1948 (=Statute of the International Criminal Court, 1998).

1. Overture: « The book will keep the profession busy for years ». — 2. « One of the founders of the field of comparative genocide has come out against ». — 3. « A paradigm shifter in genocide studies, security studies, and international law ». — 4. « Should there be a category for the destruction of a group as such? » — 5. Colophon: « e.g. genocide », and period. — 6. Postscript: « A utopian aim ».

1. *Overture: « The book will keep the profession busy for years ».*

« A new literature on colonial genocide has developed but made no impact on popular consciousness or changed the field's coordinates », Dirk Moses asserts in his ambitious and encyclopedic work *The Problems of Genocide: Permanent Security and the Language of Trans-*

gression (p. 476, n. 85) (1). In recent years indeed, an important body of literature has indeed focused on the phenomenon of colonial genocide, some of it depicting colonialism as inherently genocidal (2). This literature, however, has not so far produced any lasting impact on the popular idea about what is and what is not such a thing, genocide, nor has it produced the effects that could have been otherwise expected within the academic milieu. The problems referred to in the title of Moses' book relate to the genocide concept, not genocide itself.

To begin with, Moses faces diverse and polarized conceptions of genocide swinging between the broad concept used in the field of genocide studies and the narrow notion assumed by legal doctrine. Other political and social disciplines multiply further the understanding of the word. It is therefore a good reason to put into question the very G concept, as Moses does. I did not do so when I recently reflected on the comparative genocide historiography (3), which now helps me to reduce references in the notes and restrain digressions in the text, let me say this without a hint of irony (4). Now, I am going to focus on the

---

(1) A. Dirk Moses, *The Problems of Genocide: Permanent Security and the Language of Transgression*, Cambridge, UK, Cambridge University Press (hereafter CUP), 2021. I am using an e-copy offered by the publisher under a commitment to produce a comment, let me say this as a little disclaimer for what follows. Quotations between brackets in the text refer to this book, except in the colophon. The last revision of the URLs cited was carried out on 10/1/2022. I am grateful for their help to Alicia Rivas, Luís Rodríguez-Piñero and Jesús Vallejo; for his feedback, to Dirk Moses. As for my dedication in memory of victims of Francoist Holocaust, see notes 32-33 and related text.

(2) Marouf Hasian Jr, *Debates on Colonial Genocide in the 21st Century*, London, Palgrave Macmillan, 2020, with a relevant presence of Dirk Moses, the former pre-*Problems of Genocide* Dirk Moses (p. 12: « I join Alexander Hinton, A. Dirk Moses, and other critical genocide scholars who argue that it is time that Holocaust scholars and postcolonial critics start talking to each other as they revisit the question of how twenty-first-century social agents should define, describe, and explain everything from the causes of genocides to genocidal prevention »).

(3) *Disclosure*: I am a full-blooded, post-World War II European male with limited personal experience on the present subject; namely, I belong to a family linked to the Francoist Holocaust (B. Clavero, *El árbol y la raíz. Memoria histórica familiar*, Barcelona, Crítica, 2013); in addition, as a scholar and as an international officer (member and deputy president of UN Permanent Forum on Indigenous Issues during the most activist years of this body, 2008-2010), I have paid visits to indigenous communities at risk of genocide in the Americas (B. Clavero, *¿Hay genocidios cotidianos? Y otras perplejidades sobre América indígena*, Copenhagen, International Work Group on Indigenous Issues (hereafter IWGIA), 2011.

(4) B. Clavero, *¿Es que no hubo genocidio en las Américas? (A propósito de la historiografía sobre 'settler genocide', comparativamente)*, in « Quaderni Fiorentini », 47

latest work of Dirk Moses, for its own sake and because of the singling out that has been immediately given to it. Yet I will not deal exclusively with Moses' work. Involved in the legal study of this subject matter, I will extend myself to the historiography on genocide, colonial or otherwise, produced over the last two decades, since the beginning of the millennium, the range of time during which significant changes have taken place.

Moses' *Problems of Genocide* comes to land in a historiographical field marked today by a stunning literary explosion associated to the turn to history in international law (5) the branch of law to which the issue of genocide by birth belongs. This on-going turn is not only methodological at full throttle (6), but also, what is most worthwhile, substantive at full consciousness. To a significant extent, it is not just a turn to history in generic terms, but a turn to colonial history in full decolonizing mood (7). The turn of international law to this specific

---

(2018), pp. 647-687, chapter now, the first one, of *Derecho de otras gentes entre genocidio y constitucionalidad*, Santiago de Chile, Olejnik, 2019; English version, *Memory: Was There Genocide in the Americas and Other Debates About Genocide in History*, in *A Cultural History of Genocide in the Early Modern World*, ed. Igor Pérez Tostado, London, Bloomsbury, 2021, ch. 8 (*Cultural History of Genocide*, ed. Paul R. Bartrop, vol. 3).

(5) Thomas Skouteris, *The Turn to History in International Law*, in *Oxford Bibliographies in International Law* of « Oxford Bibliographies Online » (www.oxfordbibliographies.com), last revision, 2021; Amanda Alexander, *The Ethics of Violence: Recent Literature on the Creation of the Contemporary Regime of Law and War*, in « Journal of Genocide Research », 24 (2022), anticipated online in 2021: « An impressive body of literature has emerged over the past couple of years that interrogates the development and deployment of the contemporary regime of war », which can also be said of the history of international law as a whole: Ignacio de la Rasilla, *International Law and History: Modern Interfaces*, Cambridge, UK, CUP, 2021; Anne Orford, *International Law and the Politics of History*, Cambridge, UK, CUP, 2021.

(6) Martti Koskenniemi, *The Gentle Civilizer of Nations: The Rise and Fall of International Law, 1870-1960*, and *To the Uttermost Parts of the Earth: Legal Imagination and International Power, 1300-1870*, Cambridge, UK, CUP, 2004 and 2021 respectively; *The Oxford Handbook of the History of International Law*, eds. Bardo Fassbender and Anne Peters, Oxford, Oxford University Press (hereafter OUP), 2012; « Rechtsgeschichte », 29 (2021), pp. 258-294, *Forum* on M. Koskenniemi, *To the Uttermost Parts of the Earth*.

(7) Balakrishnan Rajagopal, *International Law from Below: Development, Social Movements, and Third World Resistance*, Cambridge, UK, CUP, 2003; Antony Anghie, *Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law*, Cambridge, UK, CUP, 2005; Sundhya Pahuja, *Decolonizing International Law: Development, Economic Growth and the Politics of Universality*, Cambridge, UK, CUP, 2011; Irene Watson, *Aboriginal Peoples, Colonialism and International Law: Raw Law*, London, Routledge, 2015;

kind of historiography is a living proof of a world order in permanent transition (8); in a liberating process through metamorphosis from the worm of the past to the butterfly of the future with the uncertain present in between. At least for lawyers, the need to orient international law in this convoluted scenario would be the reason why history, or rather historiography, should matter (9).

At this challenging crossroads, between the known worm and the unknown butterfly, *The Problems of Genocide* now stands out with its own profile that appears promising: « This book will keep the profession busy for years to come — whether one agrees with Moses' propositions or not » (10). Even as I was initially tempted, I do not quite agree for the reasons I will try to put forward below. Although I will

---

« Third World Quarterly », 37 (2016), 11, *Third World Approaches to International Law (TWAIL)*; Rose PARFITT, *The Process of International Legal Reproduction: Inequality, Historiography, Resistance*, Cambridge, UK, CUP, 2019. Against TWAIL, DE LA RASILLA, *International Law and History*, cit., ch. 4 particularly; ORFORD, *International Law and the Politics of History*, cit. For more on this, later.

(8) *Constructing International Law: The Birth of a Discipline*, eds. Luigi Nuzzo and Miloš Vec, Frankfurt am Main, Klostermann, 2012; Mark MAZOWER, *Governing the World: The History of an Idea, 1815 to the Present*, London, Allen Lane, 2013; David ARMITAGE, *Foundations of Modern International Thought*, Cambridge, UK, CUP, 2013; Andrew FITZMAURICE, *Property, Sovereignty and Empire: 1500-2000*, Cambridge, UK, CUP, 2014; Arnolf BECKER LORCA, *Mestizo International Law: A Global Intellectual History, 1842-1933*, Cambridge, UK, CUP, 2015; *International Law and Empire: Historical Explorations*, eds. M. Koskenniemi, Walter Rech and Manuel Jiménez Fonseca, Oxford, OUP, 2016; *Rage for Order: The British Empire and the Origins of International Law, 1800-1850*, eds. Lauren Benton and Lisa Ford, Cambridge, Mass., Harvard University Press (hereafter HUP), 2016; Jennifer PITTS, *Boundaries of the International: Law and Empire*, Cambridge, Mass., HUP, 2018.

(9) M. KOSKENNIEMI, *What Should International Legal History Become?*, in *System, Order, and International Law: The Early History of International Legal Thought from Machiavelli to Hegel*, eds. Stefan Kadelbach, Thomas Kleinlein and David Roth-Isigkeit, Oxford, OUP, 2017, ch. 18, starting: « A student asked me the other day; 'does the historicization of something mean that this something is dead?' [...]. The suspicion is not hard to understand. Why tell stories about something instead of engaging in that something? Why look backwards instead or forwards? ». For his vision of the uncertain scenario before diving into history, M. KOSKENNIEMI, *From Apology to Utopia: The Structure of International Legal Argument* (1989), reissue with new epilogue, Cambridge, UK, CUP, 2005.

(10) *Forum. The problems of Genocide — A debate on A. Dirk Moses' book on permanent security and the 'language of transgression'*, ed. Robert Gerwarth, in « J ournal of Modern European History », 19 (2021), 4, pp. 382-410, editor's introduction, pp. 382-383, with the author's response, pp. 405-410. For a review, authored by Sinja Graf,

have to express opinions, no one should be interested in what I think, only in what I argue (11). I do not believe I defend my stance out of infatuation with radical ideas different to the also radicalized ones of Moses. Let us then travel all together through his work to the very roots and a bit beyond diving into the historiography of international law. *The Problems of Genocide* is not a law book, or not exclusively so, but its core is unavoidably legal. And legal will be my reading glasses even if I cannot count on the help of usual legal doctrine as a guide (12). Am I unfair to Moses by focusing on law since, as a good historian, he works across disciplines? The final judgment rests with you, our colleagues. We are about to find that *The Problems of Genocide* is welcome as a paradigm shifter. A paradigm shift needs to become collective enough (13).

2. *« One of the founders of the field of comparative genocide has come out against ».*

Moses takes positions: « I decided to articulate my misgivings about *genocide* as an idea, a law, and a claim-making praxis via a historical account of its origins » (p. vii). It is therefore a kind of history that starts with law to come back to law. This is a style of historiography at the service of modern law, which is not a bad formula for plain legal history. The outcome of this approach in *The Problems of Genocide* has been greeted effusively: « Moses' book ought to be a source of rupture and, therefore, a paradigm shifter in genocide studies, security studies,

---

also with Moses' reply, « Perspectives on Politics », 19 (2021), 4, pp. 1271-1273. These forum and review raise different questions from the ones I am about to address.

(11) B. Clavero, *Europa y su diáspora. Debates sobre colonialismo y derecho*, Santiago de Chile, Olejnik, 2017. In a debate of interest to my own positions, not taken into consideration by Moses, I will quote myself quite a bit.

(12) Madelaine Chiam, *International Law in Public Debate*, Cambridge, CUP, 2021, for a first testimony to the fact that the concept of genocide is not on the standard agenda of international law, which, as far as history is concerned, will be the subject of the colophon.

(13) Paradigm shift in the controversial holistic sense taken from history of science: *Paradigm Shift in Management Philosophy: Future Challenge in Global Organizations*, ed. Bharat S. Thakkar, New York, Palgrave Macmillan, 2020, starting: « In a 1962 classic, *The Structure of Scientific Revolutions*, Thomas Kuhn postulated paradigm shifts through the arrival of 'revolutionary science' when the extant 'normal science' could no longer explain some aspects of the physical reality », key aspects of course. For more on paradigm shifting, notes 73 and 104.

and international law » (14). But are we really facing a paradigm shift? Moses' new book has been so acclaimed because it challenges thoroughly and seemingly successfully the very concept of genocide. This practically constitutes a true repudiation of, or a sort of self-amendment to, the integrity of his previous work.

Dirk Moses is indeed one of the most significant historians in the revival of studies on genocide or, according to his new view as we are going to see, about what should not receive such a name even after extending to the case of colonialism (15). It is a 180° rotation that has not gone unnoticed: « why one of the founders of the field of comparative genocide has decided to come out against this important subdiscipline? » (16). Even now, when Moses tries to discontinue the concept, he needs the term. It still renders him the service of identifying subject matter. For example, actions that could be seen to constitute genocide, such as the forced transfer of population, were considered a way to prevent it according to Moses. He explains that, on the very eve of the creation of the concept of genocide, « population transfer was seen as an anti-genocidal measure ». This is how there were notorious cases of « exercise in genocide prevention » in the interwar period through what was later called ethnic cleansing (17). According to this reasoning, homogenizing populations in such a way helped establish rights-based regimes and consequently, it might be said, this policy of forced population transfer was not genocidal, but « anti-genocidal ». This is

---

(14) Jeff BACHMAN, review of MOSES, *The Problems of Genocide*, cit., in « Security Dialogue » (https://blogs.prio.org/SecurityDialogue), 4/6/2021. The idea also features among the endorsements to which the link to news items about the book on Moses' website leads (https://www.dirkmoses.com): « a seminal paradigm-changer ».

(15) *Genocide and Settler Society: Frontier Violence and Stolen Indigenous Children in Australian History*, ed. A.D. Moses, New York, Berghahn, 2004; *Colonialism and Genocide*, eds. A.D. Moses and Dan Stone, Abingdon, Routledge, 2007; *Empire, Colony, Genocide: Conquest, Occupation, and Subaltern Resistance in World History*, ed. A.D. Moses, New York, Berghahn, 2008; *The Oxford Handbook of Genocide Studies*, eds. Donald Bloxham and A.D. Moses, Oxford, OUP, 2010.

(16) Omer BARTOV, *Blind Spots of Genocide: Problems in Dirk Moses' The Problems of Genocide*, in *Einstein Forum* (https://einsteinforum.de), 4/19/2921, dubbing orally, in an online dialogue with Moses himself, his participation in the debate of « Journal of Modern European History », cit.

(17) Regarding the context, Volker PROTT, *The Politics of Self-Determination: Remaking Territories and National Identities in Europe, 1917-1923*, Oxford, OUP, 2016, on which Moses draws, though Prott does not identify the issue of population transfer as a means of preventing massacres. Nor does it Lorenzo VERACINI, *The World Turned Inside Out: Settler Colonialism as a Political Idea*, London, Verso, 2021, ch. 2.6: « Displacing Endangered Nationalities ».

Moses' wording, but not Moses' stance of course. What results significant is that, in time of change of his position on the use of the G word, he cannot completely reset his language. Not even in *Problems of Genocide* the linguistic shift happens. It is not easy, at this stage, to dispense with the voice of genocide and its derivatives (18).

Even rejecting it, the term of genocide haunts Moses. This is not due to the author's carelessness or incompetence, needless to say. Moses is a scholar versed in comparative problems on genocide, whatever the name, with knowledge of a multitude of cases at a global scale. Now, for *The Problems of Genocide*, the target is the international legal concept. Lemkin elaborated it both as legal and historiographical construction of difficult operability. The more restrictive definition included in the United Nations Convention for the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide could have made the notion more practicable, but the fact is that, for a long time, it has also been inoperative. Even when this definition was reactivated through being literally recycled by the Statute of the International Criminal Court at the turn of the millennium, it still hardly works (19). Add to this the jurisprudence of the International Court of Justice, which has eventually turned genocide into a practically impossible offence because of manifest intent requirement (20). Both in popular mind and amid law

---

(18) A.D. Moses, *Cutting Out the Ulcer and Washing Away the Incubus of the Past: Genocide Prevention through Population Transfer*, in *Decolonization, Self-Determination, and the Rise of Global Human Rights*, eds. A.D. Moses, Marco Duranti and Roland Burke, Cambridge, UK, CUP, 2020, ch. 6; pp. 161 and 165, having warned (p. 155) that, if he adopts such language, it is « to use the contemporary terminology », even if his use of the G word was anticipating its coinage. See also A.D. Moses, *Partitions, Hostages, Transfer: Retributive Violence and National Security*, in *Partitions: A Transnational History of Twentieth-Century Territorial Separatism*, eds. Arie M. Dubnov and Laura Robson, Stanford, Stanford University Press (hereafter SUP), 2019, epilogue (p. 293: « genocidal massacres »).

(19) Kamari Maxine Clarke, *Affective Justice: The International Criminal Court and the Pan-Africanist Pushback*, Durham, Duke University Press (hereafter DUP), 2019. About the crime of genocide in the ICC Statute there is not something equivalent to *The Travaux Préparatoires of the Crime of Aggression*, eds. Stefan Barriga and Claus Kress, Cambridge, UK, CUP, 2012, since the choice was made to reproduce the UN Convention's description without addressing its difficult operability, recently experienced with the cases of the former Yugoslavia and Rwanda, and without facing its failed articulation with crimes against humanity or with the crime of aggression. Instead, something equivalent is available for the original moment: *The Genocide Convention: The Travaux Préparatoires*, eds. Hirad Abtahi and Philippa Webb, Leiden, Martinus Nijhoff, 2008.

(20) Lars Berster, *The Alleged Non-Existence of Cultural Genocide: A Response to the Croatia v. Serbia Judgement*, in « Journal of International Criminal Justice », 13

and history experts, the notion of genocide has been extremely shrunk, being reduced to mass slaughter without further qualification, thus losing dimensions such as cultural and biological ones which to some extend feature in the Convention and the Statute. For this, the international legal concept of genocide, I recommend a careful reading of the epigraph that heads these pages. From the normative point of view, genocide has never been reduced to a mass blood crime, this notion that even experts tend to assume (21).

The concept of genocide is now seemingly useless as a legal devise, let alone its political uses. Further, it may have been helpless from the very start. Today, the term is contradictorily used and scandalously abused (22). It seems irretrievable. This is the conclusion at

---

(2015), 4, pp. 677-692; Ines GILLICH, *Between Light and Shadow: The International Law Against Genocide in the International Court of Justice's Judgement in Croatia v. Serbia (2015)*, in « Pace International Law Review », 28 (2016), 1, pp. 117-160; Mostafa FAZAELI, Mohammad STAYESHPUR, *Static Interpretation of the International Court of Justice in Establishing Responsibility for Genocide: Scrutinizing the Case of Croatia v. Serbia (2015)*, in « Public Law Studies Quarterly », 50 (2020), 1, pp. 333-351, abstract (the main text is in Arabic).

(21) For authoritative editions on Internet of the Convention and the Statute, the respective websites of the United Nations High Commissioner for Human Rights (https://www.ohchr.org) and the International Criminal Court (https://www.icc-cpi.int) are available. According to the *travaux préparatoires* of the latter, no State, with the sole exception of Cuba, was willing to open the Pandora's box of revising the description of genocide: William A. SCHABAS, *An Introduction to the International Criminal Court* (2001), Cambridge, UK, CUP, 2020, ch. 1.

(22) The abuse goes as far as the racist nonsense of imagining an ongoing « white genocide » perpetrated by colored humanity: Mattias GARDELL, *Lone Wolf Race Warriors and White Genocide*, Cambridge, UK, CUP, 2021, ch. 5. This odd idea is also applied to colonial history through the concept of « subaltern genocide »: *Genocide by the Oppressed: Subaltern Genocide in Theory and Practice*, eds. Nicholas A. Robins and Adam Jones, Bloomington, Indiana University Press, 2009; and this appears in books edited by Moses himself: *Empire, Colony, Genocide*, cit., sect. 3. Even more, in his chapter, he considers armed decolonization as genocidal: A.D. MOSES, *Empire, Colony, Genocide: Keywords and the Philosophy of History*, in *Empire, Colony, Genocide*, cit., ch. 1, p. 53: « the genocidal impulse and national liberation impulse are effectively the same: to preserve the endangered genus or ethnos against an Other that supposedly threatens its existence. This is the origin of what we might call *subaltern genocide*: the destruction of the colonizer by the colonized ». See now A.D. MOSES, *'White genocide' and the ethics of public analysis*, in « Journal of Genocide Research », 21 (2019), 2, pp. 201-213, rejecting outright the concept of white genocide (a « paranoid and apocalyptic slogan ») and pointing out its relation to that of subaltern genocide, but without extending the rejection to the latter. In *Problems of Genocide* Moses refers to « the indigene destroying

which Moses arrives, coming to confront the prevailing paradigm, « to which I, alas, had also fallen prey », he confesses: Thus, according to *The Problems of Genocide*, the very G notion is problematic and, foremost, potentially dangerous: « the concept of genocide is part of the problem of civilian destruction rather than its solution » (p. vii). Moses contends that the concept of genocide by itself hinders, if not prevents, the warnings of atrocities that it should instead reveal and counteract. For him, the legal category construed more than seven decades ago between, intellectually, Raphaël Lemkin and, institutionally, the United Nations Convention for the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide constitutes a legal hindrance and a historiographical nuisance. It has neither properly worked in the world of law nor does it serve the purposes of historiography. Moses has reasons and he displays them with good pulse, backed by an impressive bibliographical apparatus within the limitation of his academic prowess of just some languages of European matrix. Anyway, the historical narrative unfold by Moses is extraordinary. He broadens perspectives by getting rid of the narrow and erratic guide of the given concept or rather concepts of genocide. According with *The Problems of* Genocide, historians need not adopt it. I do not harbor any reservations to this approach as far as, for historiographical purposes, it warns against anachronism. The problem may rest in the further scope it reaches at Moses' hands as regards law.

The paradigm that Moses rejects consists of the enthronement of the concept of genocide identified by the intention of eliminating human groups of certain characteristics, strictly linked to national, ethnic, racial or religious grounds, thus removing political and cultural elements, which has been the way of describing in the international arena the victims of the most serious crime — genocide. Groups without a heritage of language, ethnicity or religion of their own are kept out. And actions no less harmful to mankind such as aggressive warfare, standing colonial occupation or the forced transfer of population in alleged times of peace can consequently be ignored or even condoned. Since all this, including the effect of condonation, is involved in the common concept of genocide, Moses now not just repudiates it altogether. He extends to propose categories to fill the resulting vacuum and overcome such vicious implications. These proposals are the ones announced in the book's subtitle: *permanent security and the language of transgression*, permanent security as a negative value, and language of transgressions as a non-anachronistic means to identify human destruction without the restrictions, disorientations and

---

the colonizer in a murderous act of decolonization » as a modality of « subaltern genocide » (p. 330). For more on this subconcept, notes 29 and, with related text, 94.

potentially raving effects of the conventional idea of genocide according to Moses. As for my language, I speak of *groups* to name the victims because it is the language used by the United Nations Convention, in the understanding that the term encompasses peoples without coverage of their own or who do not belong to a freely accepted State.

Moses highlights the language of transgression as an aggressive device in its own right through imperial history. Comparatively between yesterday and today, his main contention is that the historical language on transgressions would encompass offences roughly equivalent to genocide with a much wider radius than the current notion achieves. In any case, for Moses, the substitute concept is not to be found in history or drawn from the past, but it must rather be that of *permanent security* construed in the present. A different approach is prevented by his sensitivity against anachronism. The ultimate function of history in *The Problems of Genocide*, with all its evidentiary input, is to expose the concept of genocide as a contingent occurrence facing the trauma of Nazism unduly maintained to the present day. For Moses, the coining of the notion was unreflective and not much forward-looking, inane in the short term and counterproductive in the long run, due to the profound discrimination caused between groups depending on whether the policies they undergo are classified as genocidal or otherwise. This is the main motive that moves Moses' shift. He has compelling reasons after making a good amount of forays into history. He applies judgment, not prejudice.

As a whole, the contribution of *The Problems of Genocide* makes sense both for the past and for the present, the latter characterized by the deadly institutionalization of medium or low intensity war as a presumed guarantee of an international peace that is instead going notoriously bankrupt ([23]). Moses' reconstruction is not at all circumscribed to the past tense. Reaching deeply into the present, it is much more than an amplified history of genocide without the concept of genocide, more than an umpteenth presentation of a procession of atrocities with somehow theoretical approach. Though certainly following in the footsteps of others ([24]), Moses' book stands out by the effort

---

([23]) Samuel MOYN, *Humane: How the United States Abandoned Peace and Reinvented War*, New York, Farrar, Straus and Giroux, 2021, with a subtitle that says it all except that, actively or passively, it is not only of interest to the United States, the title referring to the humanization of war as a false alternative that legitimizes warfare itself including, as a subsidiary, today's so-called humanitarian law. For the current state of law, Andrew CLAPHAM, *War*, Oxford, OUP, 2021.

([24]) Mark LEVENE, *Genocide in the Age of the Nation State* (2005), 2 vols. (vol. 1, *The Meaning of genocide*; vol, 2, *The Rise of the West and the Coming of Genocide*), London, I.B. Tauris, 2008-2013. As an explicit continuation, ID., *The Crisis of Genocide*,

to categorize and articulate, understand and explain massacres without moralism or anachronisms, self-absorption or teleology. To this end, Moses advances along his consideration of preterit languages on transgressions, spanning a wide range of time that starts five centuries ago at a presumed early modernity located in the colonial invasion of the Americas and the ensuing European debate in terms of moral theology. And so on: « The analysis focuses on Western empires » (p. 51), and, it should be added, moves within their perspectives in disadvantage of those of the invaded peoples. Moses himself is aware: « It would take another book to reconstruct in detail the subaltern idioms of resistance that inverted and challenged its dominant registers » (p. 52).

The room that the rejection of the G word has left free is fully filled with an exposition that give access to contextualized history, the one that is usually lacking in the most linear historiography of genocides through time, beginning with Lemkin himself, the coiner of the G word. Moses contends that this prevalent historiography has depoliticized the relevant history essentially by producing an extreme dichotomy between innocent victims and guilty victimizers. The remedy is then to re-politicize through the recovery of the very history in its very context (25). About the extent of the context, I dare to object. We use to stick to the language of the perpetrators rather than that of the

---

2 vols. (vol 1. *Devastation: The European Rimlands, 1912-1938*; vol. 2, *Annihilation: The European Rimlands, 1939-1953*, Oxford, OUP, 2013, vol. 1, preface: « these studies [the four books] implicitly go against the grain of a research field often defined as genocide studies; no because the latter approach lacks purchase but rather because, inadvertently or otherwise, it conveys the notion that genocides occur in situations radically outside, or at least at the margins of, 'normative' existence. The whole thrust — and burden — of this project, by contrast, lies in the argument that the significance of the phenomenon is precisely on account of it being integral to a 'mainstream' historical trajectory of development towards a single, global, political economy composed of nation states ». Although not overtly acknowledged, this seems the very basis, extracting the G word, of Moses' current approach.

(25) A first contextualization or relative re-politicization of the concept had been aimed more in terms of genocide prevention than historical reconstruction: Sheri P. Rosenberg, *Genocide is a Process, Not an Event*, in « Genocide Studies and Prevention: An International Journal », 7 (2012), 1, pp. 16-23; Spanish version, *El genocidio es un proceso, no un acontecimiento*, in « Revista de Estudios sobre Genocidio », 11 (2016), pp. 27-36. Thus, as a process, it needs to be seen in context, especially in cases of « genocide by attrition », not necessarily bloody: S.P. Rosenberg, Everita Silina, *Genocide by Attrition: Silent and Efficient*, in *Genocide Matters: Ongoing Issues and Emerging Perspectives*, eds. Joyce Apsel and Ernesto Verdeja, London, Routledge, 2013, ch. 6.

victims' (26). To proceed otherwise is certainly difficult, mainly in relation to extinct cultures, but not impossible (27). It would be advisable at least to warn such a limitation. Mastering victims' languages and listening to them is also a remedy against distortions (28). Thus, feeling the threat of genocide when suffering harassment even if there was no such an intention on the part of the aggressors would be a criterion to take into account for the qualification of the offense. The very harassment when the genocidal risk is in sight equally results most helpful both for history and policy. Exploring the vision of victims helps advert always and prevent today.

In effect, as for Moses' analysis, a more circumstantial or re-politicized history allows him to question the dichotomy between victimizers and victims in a number of cases. However, he tends to generalize in relation to such a delicate point (29). According to him, the very concept of genocide is guilty of a systematic distortion of the history of human atrocities. At present, it purportedly serves neo-imperial aggressiveness in crisis situations, leaving no room, by the force

---

(26) CLAVERO, *¿Hay genocidios cotidianos?*, cit., ch. 1: « El genocidio de América ante la Corte de la Muerte », to the limited extend of my approach ignoring the languages, the extinct and the living, of the victims, about the longest and most proven genocide in known history. On the usual ventriloquist substitution of voices taking the ones of the victimizers for those of the victims, such as in the famous case of Bartolomé de las Casas, see B. CLAVERO, *Genocidio y justicia. La destrucción de las Indias ayer y hoy*, Madrid, Marcial Pons, 2002; for a critical comment, Alberto MOREIRAS, *Beyond the Line: On Infinite Decolonization*, in « American Literary History », 17 (2005), 3, pp. 575-594.

(27) Kiera L. LADNER, *Political Genocide: Killing Nations through Legislation and Slow-Moving Poison*, and Tasha HUBBARD, *Buffalo Genocide in Nineteenth-Century North America: 'Kill, Skin, and Sell'*, in *Colonial Genocide in Indigenous North America*, eds. Andrew Woolford, Jeff Benvenuto and Alexander Laban Hinton, Durham, DUP, 2014, chs. 10 and 13.

(28) Facing this question, A.D. MOSES, *Conceptual blockages and definitional dilemmas in the 'racial century': genocides of indigenous peoples and the Holocaust*, in « Patterns of Prejudice », 36 (2002), 4, pp. 7-36, contends that the researchers must place themselves above the perceptions of both the victims and the perpetrators with no further elaboration on the respective value.

(29) Consider the case of indigenous resistance to colonialism in the Andes, on which the idea of subaltern genocide was first developed through a fake contextualization with the Spaniards as victims and the Aymara and Quechua peoples as genocidaires: N.A. ROBINS, *Genocide and Millennialism in Upper Peru: The Great Rebellion of 1780-1782*, Westport, Praeger, 2002. As we have seen (note 22), *The Problems of Genocide* does not put into question this subconcept; even more, ID., *Native Insurgencies and the Genocidal Impulse in the Americas*, Bloomington, Indiana University Press, 2005, features as an authoritative reference.

of the dichotomy, for possible discernment between perpetrators and victims: « At the end of the day — Moses concludes — the discourse of the ultimate, innocent victimhood empowers activists to generate more violence and kill more innocent victims in the name of saving the world from violence against innocent victims » (p. 491). Furthermore, « the genocide keyword is thereby conscripted into a civilizing mission for the Global North to spread to the Global South » (p. 492). We are still situated in the imperialist scenario where a well-intentioned and unfortunate construct, that of genocide, can lead to such an extreme given the circumstances or even by itself. The question then is whether the guilt fully lies with the concept and, if so, whether better substitute ideas are available.

3. *« A paradigm shifter in genocide studies, security studies, and international law ».*

Taking up the relay baton, Moses proposes the category of « permanent security », the first element in the binomial of his book's subtitle. Every State that wants to become a Nation, integrating or dominating nations as is often the case, finds itself in need of permanent security in the face of human diversity, which ultimately leads, often without the blatant intentionality required by the common concept of genocide ([30]), to destruction and annihilation. If the State also happens to be an Empire, this historical pattern is maximized. « Despite ideologies justifying imperial power in the name of peace, stability, or civilization, violence marked its expansion and consolidation » (p. 243). This constitutes, for Moses, the breeding ground of what is wrongly called genocide and goes further, much further, than what is usually understood as such. What is commonly regarded as the genocide par excellence or even unique — the Nazi Holocaust — would fall under the same imperial dynamic. In this regard, there is no reason to distinguish the presumed goodness of European expansion from the certain evil of the Holocaust, a genocide

([30]) The requirement of a qualified *dolus* of the perpetrators' intent, which today makes it so difficult to identify other genocide than Holocaust, stems from the reservations of the United States when it ratified the UN Convention forty years late: Lawrence J. LEBLANC, *The United States and the Genocide Convention*, Durham, DUP, 1991. This strict restriction is reinforced by the currently prevailing interpretation of W.A. SCHABAS, *Genocide in International Law: The Crime of Crimes*, Cambridge, UK, CUP, 2000. Moses does not dispute this in his imputation of the current concept of genocide to Lemkin and the Convention.

whose extreme singularity makes it difficult the perception of and comparison to the colonial cases (31).

Now the pathway seems to be cleared. Along with Moses, we can get rid of the supposed hindrance of the concept of genocide. Everything is then about permanent security, albeit distinguishing from the outset between « liberal permanent security » and « illiberal permanent security ». An example of the latter comes to be, for Moses, the case of the « Spanish Civil War » (p. 167), that is — it must be specified — a military assault on the State, an international war on Spanish soil, a set of betrayals of the League of Nations, a factional policy of exterminating terror and, as the result, a forty-year dictatorship (32); as a whole, something more akin to full genocide than to plain civil war, given moreover that the policy of extermination of leftwing workers, politicians and intellectuals was carried out in terms of racism (33). As for « liberal permanent security » with genocidal or equivalent effects, Moses is not the first to warn against the lethal potential of every kind of State without any constitutional exception (34).

---

(31) A.D. Moses, *The Holocaust and Genocide*, in *The Historiography of the Holocaust*, ed. D. Stone, New York, Palgrave Macmillan, 2004, ch. 24, a testimony also to the fact that he has always harbored reservations about mainstream narratives.

(32) Gustau Nerín, *La guerra que vino de África*, Barcelona, Crítica, 2005; Paul Preston, *El Holocausto español. Odio y exterminio en la Guerra Civil y después*, Barcelona, Debate, 2011; *Desapariciones forzadas. represión política y crímenes del franquismo*, eds. Rafael Escudero and Carmen Pérez González, Madrid, Trotta, 2013; Antonio Míguez, *The Genocidal Genealogy of Francoism; Violence, Memory and Impunity*, Eastbourne, Sussex Academic Press, 2016; B. Clavero, *Derecho bajo asedio, 1936-1939: República Española y Sociedad de Naciones en el escenario europeo entre constitucionalismo y dictadura*, in « Quaderni fiorentini », 47 (2018), pp. 257-315; Francisco Espinosa, *Crónicas de la desmemoria. España, 2015-2020*, Sevilla, Aconcagua, 2021. Preston's landmark book, with an English edition (HarperCollins, 2012), which draws on Nerín's argument for the colonial origins of Franco's terror policy, escapes Moses' attention.

(33) Leanid Kazyrytski, *Francoist repression in Spain and the crime of genocide*, in « Criminology and Criminal Justice », anticipated online, 2021 (p. 2: « not all crimes with signs of genocide have received sufficient coverage. One of these notable omissions is the mass extermination of supporters of leftist ideology carried out by the Francoist government during and after the Spanish Civil War of 1936-1939 », during and after), alleging the Francoist peculiar racism for qualification under the UN Convention. The deep racist undercurrent of Francoist terrorist policy and its strong projection on class relations is at the core of P. Preston, *Arquitectos del terror. Franco y los artífices del odio*, Barcelona, Debate, 2021, which is a further development of *El Holocausto español*, ch. 2: « Theorists of Extermination ».

(34) Michael Mann, *The Dark Side of Democracy: Explaining Ethnic Cleansing*, Cambridge, CUP, 2005; Philipp Ther, *Die dunkle Seite der Nationalstaaten. 'Ethnische*

For Moses, then, the theoretical question of genocide would no longer be just a legal matter of criminality and guilt. Even for the benefit of lawyers, the presumed new paradigm of substitution in the face of the allegedly bankrupt idea of genocide could also set a historiographical scenario of comparative approach, deep scrutiny, and expanded analysis. Moses contends that the supposedly firm ground of a better concept, the concept of permanent security; enables us to advance, avoiding bottlenecks and turning off blinding mirages, in historiographical research, political analysis and legal practice. In my understanding, the underlying major problem of *The Problems of Genocide* rests in the concatenation of these historiographical, political and legal elements rather than in each of them independently.

I do not have a lot to object as regards Moses' historical narrative, though I will still add something in this regard later, not much in any case. However, I question wholeheartedly the historical bases of his legal view. This starts with the way in which the coinage of the concept of genocide between Lemkin and the United Nations Convention is reduced by Moses to an underhanded sublimation of what would later be called the Shoah through equating the Jewish people with other human groups as an object of international protection, so as to avoid anti-Semitism (ch. 5). Thus, in Moses' analysis, the G concept is disabled at birth (35), regardless of the whole historical context that, in effect, turned the Convention practically into dead letter to this day, notwithstanding the establishment of an Office on Genocide Prevention and the Responsibility to Protect within the United Nations General Secretariat and, for its punishment, of the International Criminal Court (36), whose Statute simply reproduces the problematic defi-

---

Säuberungen' im modernen Europa, Göttingen, Vandenhoeck und Ruprecht, 2011, p. 7: « sie [Ethnische Säuberungen] keine Erfindung totalitärer Diktaturen und kein Zivilisationsbruch waren. Ethnische Säuberungen sind ein Kind des Nationalstaat und damit ein zentraler Bestandteil der europäischen Moderne ». Moses does not make use of the former, or at least he does not quote it, and utilize the latter in its English edition (Berghahn, 2014).

(35) For another recent version, adverse to the current concept of genocide too, not considered by Moses despite a certain degree of confluence (Alexander, *The Ethics of Violence*, cit.), Benjamin Meiches, *The Politics of Annihilation: A Genealogy of Genocide*, Minneapolis, University of Minnesota Press, 2019, introduction and passim (check index). For my most recent consideration, which I am not moved to amend in view of these recent contributions, *Was There Genocide*, cit., sect. 3: « A history that repeats itself: Lemkin and his dual role as lawyer and historian ».

(36) At this stage, it can be written that « genocide tribunals and trial processes are in their infancy »: Meiches, *The Politics of Annihilation*, cit., p. 154. Or perhaps we have already entered a long, delayed puberty: Gary Jonathan Bass, *Stay the Hand of*

nition of the Convention without considering its articulation with crimes against humanity. And the dislocation has tended to increase (37). The concept is still a problem, as Moses highlights, although it does not seem so much as to justify its complete disqualification and exclusion. This amounts to throwing the baby out with the bathwater or, to our purposes, disqualifying current law along with its historical record.

It is one thing to concur on the diagnosis and quite another to agree on the remedy. Moses does not think that the crime of genocide might be recycled as a part of crimes against humanity. He contends that this would be simply superfluous because the G concept itself lacks purpose, produces stubbornness and provokes conflicts between groups due to controversial crossed accusations of genocides. Moses firmly rejects the alternative of broadening the notion (p. 461), not even to understand it on a better footing within international criminal law, an option that I have been advocating for (38). My own efforts have been followed with a rehabilitation of the concept of ethnocide in the same amplifying direction (39). I accept Moses' point that « attempts to

---

Vengeance: The Politics of War Crimes Tribunals, expanded edition, Princeton, Princeton University Press (hereafter PUP), 2000; *The Prevention and Intervention of Genocide*, ed. Samuel Totten, London, Routledge, 2017; Jonathan HAFETZ, *Punishing Atrocities Through a Fair Trial: International Criminal Law from Nuremberg to the Age of Global Terrorism*, Cambridge, UK, CUP, 2018.

(37) Philippa WEB, *Binocular Vision: State Responsibility and Individual Criminal Responsibility for Genocide*; Cristina FERNÁNDEZ-PACHECO, *Domestic Prosecution of Genocide: Fragmentation or Natural Diversity?*, and Erik KOK, *The Principle of Complicity under International Law: Its Application to States and Individuals in Cases Involving Genocide, Crimes against Humanity and War Crimes*, in *The Diversification and Fragmentation of International Criminal Law*, eds. Larissa van den Herik and Carsten Stahn, Leiden, Martinus Nijhoff, 2012, chs. 3, 14 and 19.

(38) B. CLAVERO, *Genocide or Ethnocide, 1933-2007: How to Make, Unmake, and Remake Law with Words*, Milan, Giuffrè, 2008 (cited by Moses to a different purpose); *Delito de genocidio y pueblos indígenas en el derecho internacional*, in *Los Aché de Paraguay: Discusión de un Genocidio*, eds. Alejandro Parellada and Lourdes Beldi, Copenhagen, IWGIA, 2008, ch. 1; *International Criminal Law and the Judicial Defence of Indigenous Peoples' Rights*, UN Economic and Social Council, 2011, E/C.19/2011/4 (https://undocs.org/E/C.19/2011/4; unabridged edition in *¿Hay genocidios cotidianos?*, cit., final chapter). All three books are available on free access on my website: https://www.bartolomeclavero.net.

(39) Barrett Holmes PITNER, *The Crime Without a Name: Ethnocide and the Erasure of Culture in America*, Berkeley, Counterpoint, 2021, though he lectures me for not expanding into slavery and for confining myself to the world of law. More had been claimed, among others, by Alison PALMER, *Colonial Genocide*, Adelaide, Crawford

stretch the concept of genocide to other modes of permanent security have so far met with limited success » (p, 461), although he celebrates this relative, possibly temporary failure (40), and tries to consummate it by subsuming and thereby losing the genocide concept into that of atrocious crimes due to permanent security of the State.

In Moses' view, crimes against humanity should encompass all that is included in his extended concept of permanent security. In this way, for him, there would be no need at all for the specific criminalization of genocide. « Making permanent security a crime to discourage states from exceeding legitimate security concerns » is, oddly enough, his choice (p. 511). He announces it from the start: « the genocide concept should be replaced with the more general crime of permanent security » (p. 12). He does not discuss other alternatives as such: « *The Problems of Genocide* does not pretend to be a comprehensive history of the genocide keyword » (p. 44). Indeed, Moses does not refer to the very precedent of a scholarly controversy that raised problems on the concept of genocide because of concerns that it might overshadow or minimize atrocities not qualified as genocidal (41). However, now, at Moses' hands, the toddler that is thrown out with the dirty bathwater into the sewers is nothing less and nothing more than the protection, through criminal law, of human groups endowed with their own identity on the understanding that the recognition of individual human

---

House, 2000; ROSENBERG, *Genocide is a Process*, cit. (p. 19: « for a more flexible term that would nevertheless maintain the emotional and conceptual force of the genocide concept »); A. JONES, *The Scourge of Genocide: Essays and reflections*, London, Routledge, 2013; Damien SHORT, *Redefining Genocide: Settler Colonialism, Social Death and Ecocide*, New York, Zed, 2016.

(40) Regretting it instead, HASIAN Jr, *Debates on Colonial Genocide*, cit., p. 14: « those researchers who want to patrol the canons and restrict the number of genocides may outnumber those who want to see 'critical' revisionism ». For a debate about the stretching of the concept in a specific case, Martin SHAW, O. BARTOV, *Discussion: The Question of Genocide in Palestine, 1948*, in « Journal of Genocide Research », 12 (2010), 3-4, pp. 243-259, the broad concept being defended by the former: M. SHAW, *What is Genocide?*, Cambridge, UK, Polity, 2007.

(41) Paul BOGHOSSIAN, *The Concept of Genocide*, in « Journal of Genocide Research », 12 (2010), 1-2, pp. 69-80, following comments and Boghossian' response, pp. 61-112. In the heat of criticism, even the foremost expert on genocide in the field of international law considers the eventual sacrifice of the concept of genocide in favor of the concept of crimes against humanity: W.A. SCHABAS, *Commentary*, pp. 91-99. He does so under protest (« I'm not arguing that we abandon the term genocide », i.e. his narrow conception), but there the suggestion was.

rights would be enough (42). By protecting the unit, then the sum of all parts, the minority and the majority, the plurality and the totality, would be protected. We are all human entitled to rights. Is there no other way to protect ourselves than by States whose very security is paramount for them?

Moses' proposal regarding the criminalization of permanent security with erasure of genocide makes some sense. It responds to a meaningful, peremptory motivation of fully using international criminal law to restrict and control the power of the State in matters of security, given that the domestic constitutional law proves insufficient, if not unable, and given too that human rights law has shift, between the Universal Declaration and the International Covenants, its construction of the right to security from social security or welfare of the citizenry to national security of the State itself (43). At the legal field in its fundamental level, international and constitutional, is the predicament far from being overcome, so that Moses' warnings about the effects of permanent security should not fall on deaf ears, whether or not his practical proposals are shared. Moses' findings on the unequal effects of the concept of genocide in terms of the perception of atrocities and of the reaction against them also deserve to be retained, whether his deductions for legal reform are endorsed or not (44).

Why to privilege some groups? Why to unprotect those who feel themselves or are actually threatened and do not qualify for international law on genocide? Moses insists on this effect that he attributes to the very G concept (45), illustrating it vividly. Thus, for instance, the

---

(42) Contrast, though to other effects, S. MOYN, *Not Enough: Human Rights in an Unequal World*, Cambridge, Mass., Belknap, 2018.

(43) B. CLAVERO, *Constitución a la deriva. Imprudencia de la justicia y otros desafueros*, Barcelona, Pasado y Presente, 2019, ch. 4.

(44) Confront Moses' current position especially with the essays collected in the first section, *Intellectual History and Conceptual Questions*, of *Empire, Colony, Genocide*, and specially his chapter, the first one, *Empire, Colony, Genocide: Keywords*, cit., all of which has not lost its persuasive power after the retraction of *Problems of Genocide*. And here is the aim of Moses' preface at that time (p. 10): « trying to operationalize Raphael Lemkin's original but ignored insight that genocides are intrinsically colonial and that they long precede the twentieth century ». Here it can be seen that the broadening of the concept of genocide was by then his option too.

(45) It is a fairly common observation of course: Andrew WOOLFORD, *Making Genocide Unthinkable: Three Guidelines for a Critical Criminology of Genocide*, in « Critical Criminology », 14 (2006), pp. 87-106, p. 102: « a reflexive criminological response to genocide could play a role in making 'unthinkable' exclusionary and eliminationist criminalisation »; HASIAN Jr, *Debates on Colonial Genocide*, cit., p. 9: « labeling of large-scale massacres as a 'genocide' — the 'g word' — carried weight and

partition between India and Pakistan produced a high rate of mortality and huge ethnic cleansing between mainly Hindus and Muslims. It does not reach the figures of the Holocaust, to be sure, but the historiography, literature and cinematography devoted to one case and the other do not keep any proportion. It turns out that the partition does not qualify as genocide because there is no intention to eliminate each other. Moses wonders « what is the experiential difference between a victim of genocide and a victim of collateral damage? »; « both are innocent », he argues (p. 43), which, however, does not lead him to delve into the perspectives of the victims as such, those of both parties in the case. Certainly, they care little whether or not there is genocide for existing or not intention to exterminate when in fact they are eliminated or, when preserving life, their culture is destroyed or disabled in either its immaterial or material dimensions. The latter is now being rekindled against Muslims in India after a similar evolution in the opposite direction in Pakistan. How does the use of the notion of genocide help in the face of this not unusual genre of situations today? This is the question that Moses asks us with the mastering of facts available without knowledge of non-European languages, as if English were an exclusive koine (46). Nor is it thinkable that we already have sufficient mapping. The unknown cases abound, rather than those that carry the privilege of recurring controversy (47). And talking about comparisons, what is the difference, apart from its extent in time and space, between the European occupation of America and the Nazi occupation of Europe? (48)

Moses is not the first to disqualify the concept of genocide on its limitations and implications. It was already done at the time when the term was being coined. In this regard, a sharp divide has been marked

---

triggered potential legal, economic, social, and political repercussions », not just eventually criminal.

(46) Moses, *Partitions, Hostages, Transfer*, cit.; Id., *Cutting Out the Ulcer and Washing Away the Incubus*, cit. Ulcer and incubus are expressions from the eve of partition. With local knowledge not only linguistic (Hindi, Arabic, Urdu, Farsi, Pashto...), and extending to Pakistan, Kim Ghattas, *Black Wave: Saudi Arabia, Iran and the Rivalry that Unravelled the Middle East*, London, Wildfire, 2020.

(47) Antonio Espino, *La conquista de América. Una revisión crítica*, Barcelona, RBA, 2013; Elvira Roca, *Imperiofobia y leyenda negra. Roma, Rusia, Estados Unidos y el Imperio español*, Madrid, Siruela, 2016; José Luís Villacañas, *Imperiofilia y el populismo nacional-católico*, Madrid, Lengua de Trapo, 2019.

(48) Carroll P. Kakel III, *The American West and Nazi East: A Comparative and Interpretive Perspective*, London, Palgrave Macmillan, 2011; Edward B. Westermann, *Hitler's Ostkrieg and the Indian Wars: Comparing Genocide and Conquest*, Norman, University of Oklahoma Press, 2016.

between a defender of human groups, Raphaël Lemkin, and a defender of human rights, Hersch Lauterpacht, with the advantage, in favor of individual rights versus group rights, that the latter, Lauterpacht, is undoubtedly a better jurist than the former, Lemkin (49). Philippe Sands has recently developed this argument through an international best-seller in terms of microhistory (50). To quote an apt specialist in Nazi genocide, Christopher Browning (51): « If Lauterpacht and Lemkin both rejected sovereign immunity and sought to hold Nazi leaders accountable for their crimes against the civilian populations of Europe, why did Lauterpacht then and does Sands now see the notion of genocide as a rival of and threatening to the concept of crimes against humanity? Why are the protection of groups on the one hand and of individuals on the other considered to be at odds? ». Exactly, why should these two positions be antagonized as if there were no important anti-Nazi common ground? « Why — adds Browning — was Lemkin, aside from his difficult personality, marginalized? ». It is not a question of a hidden showdown between the intimate feelings or social standing of a pair of jurists, Lauterpacht's haughtiness or Lemkin's jealousy (52).

---

(49) *Totally Unofficial: The Autobiography of Raphael Lemkin*, ed. Donna Lee Frieze, New Haven, Yale University Press, 2013; Elihu LAUTERPACHT, *The Life of Sir Hersch Lauterpacht, QC, FBA, LLD*, Cambridge, UK, CUP, 2010; *Jewish-European Émigré Lawyers: Twentieth-Century International Humanitarian Law as Idea and Profession*, eds. Leora Bilsky and Annette Weinke, Düsseldorf, Wallstein, 2021.

(50) Philippe SANDS, *East West Street: On the Origins of Genocide and Crimes Against Humanity*, London, Weidenfeld and Nicolson, 2016. According to Internet notices on presentations of *Problems of Genocide*, Sands contributes to its promotion, though I do so too, as I confessed in the first note.

(51) *Holocaust Scholarship and Politics in the Public Sphere: Reexamining the Causes, Consequences, and Controversy of the 'Historikerstreit' and the Goldhagen Debate: A Forum with Gerrit Dworok, Richard J. Evans, Mary Fulbrook, Wendy Lower, A. Dirk Moses, Jeffrey K. Olick, and Timothy D. Snyder*, ed. Andrew I. Port, in « Central European History », 50 (2017), 3, pp. 375-403, with the rightly principal reference to Browning's work about ordinary people who were executioners of the Holocaust as opposed to the more famous and less accredited one of Daniel Goldhagen; previously, A.D. MOSES, *Structure and Agency in the Holocaust: Daniel J. Goldhagen and his critiques*, in « History and Theory: Studies in the Philosophy of History », 37 (1998), 2, pp. 194-219. Add now James CHAPPEL, Tom STAMMERS, *Christopher Browning's Ordinary Men*, London, Routledge, 2017.

(52) Christopher R. BROWNING, *The Two Different Ways of Looking at Nazi Murder*, in « New York Review of Books », 24/11/2016, commenting SANDS, *East West Street*, cit., and Christian GERLACH, *The Extermination of the Jews*, Cambridge, UK, CUP, 2016, the latter using the term *Jews* as a plurality of individuals, and not the collective Jewry or Jewish people, because he also repudiates the concept of genocide.

On the matter of genocide, Kelsen himself aligned closer to Lauterpacht than to Lemkin, although he did not share the former's pioneering defense of international human rights (53). In general terms, the culture of the legal profession, because of its sheer Statist stance, was allergic to an incipient international criminal law (54). Jurists belonged to an institutional environment in which there was international justice between States, but not against States (55). There was some level of protection for the so-called minorities, but restricted to a few groups in Central Europe unequally and inefficiently recognized by international law, in part eventually manipulated by Nazism (56). The domination over indigenous peoples by the founding States of the United Nations — their external or internal colonial interests — also weighed against minority rights. And the majority on the ground used to be indigenous (57). The flagrant denial of their rights was covered up

---

For another outstanding example in this direction, Timothy SNYDER, *Bloodlands: Europe between Hitler and Stalin*, New York, Basic Books, 2011, p. 413: the G term « gives rise to inevitable and intractable controversies ».

(53) Hersch LAUTERPACHT, *An International Bill of the Rights of Man* (1945), Oxford, OUP, 2013, with an introduction by Philippe Sands, not to say rather hagiographic, crediting him with other people's merits, such as the conception of crimes against humanity aiming at the prosecution of the Nazi nomenclature: Francine HIRSCH, *Soviet Judgment at Nuremberg: A New History of the International Military Tribunal After World War II*, Oxford, OUP, 2020. On the other hand, under the heading *Rights of Man*, Lauterpacht clearly assumed the inequality of women.

(54) Enrique ROLDÁN, *Luís Jiménez de Asúa. Derecho Penal, República, Exilio*, Madrid, Dykinson, 2019, yet not addressing his skepticism towards international criminal law; Mónica GARCÍA-SALMONES, *Not Just Pure Theory: Hans Kelsen (1881-1973) and International Criminal Law*, in *The Dawn of a Discipline: International Criminal Justice and its Early Exponents*, eds. Frédéric Mégret and Immi Tallgren, Cambridge, UK, CUP, 2020, ch. 7, yet not registering Kelsen's refractory stance, particularly manifested in « California Law Review », 34 (1946), 1, pp. 271-272, a brief review of Lemkin's major work, *Axis Rule in Occupied Europe: Laws of Occupation, Analysis of Government, Proposals for Redress* (1944).

(55) Mark LEWIS, *The Birth of the New Justice: The Internationalization of Crime and Punishment, 1919-1950*, Oxford, OUP, 2014; W.A. SCHABAS, *The Trial of the Kaiser*, Oxford, OUP, 2018.

(56) Erin K. JENNE, *Ethnic Bargaining: The Paradox of Minority Empowerment*, Ithaca, Cornell University Press, 2007; M. MAZOWER, *Hitler' Empire: Nazi Rule in Occupied Europe*, London, Allen Lane, 2008; Nathaniel BERMAN, *Passion and Ambivalence: Colonialism, Nationalism, and International Law*, London, Martinus Nijhoff, 2012.

(57) RAJAGOPAL, *International Law from Below*, cit., ch. 3; ANGHIE, *Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law*, cit., ch. 3; Susan PEDERSEN, *The Guardians: The League of Nations and the Crisis of Empire*, Cambridge, UK, CUP, 2015;

precisely with the proclamation of individual human rights without entitlements for groups that not constituted States. At the time this was amply acknowledged, as much as later it has been conveniently forgotten. Historiography now puts it back in the eyes of law (58). The cancellation, instead of the expansion, of minority rights was already a case of throwing out the baby with the dirty bathwater, only that in this case it was deliberate. Amid such conditions and with the resistance of either imperial States or internal colonialism, the continuity of the colonial genocide was left open (59).

The contraposition between individual rights and criminal defense of groups was more generalized among anti-Nazi lawyers than is now assumed. Lemkin himself formulated this contrast. He did so defending the latter on the basis that the recognition of the former was inoperative except, precisely, for the cancellation of minority rights in the international arena. Those who do it today assume instead the perspective of Lauterpacht. They presume that a group with an own character, national or equivalent, not constituted as an empowered polity is the worst enemy of the individual rights-bearer, thereby understanding that the recognition of group human rights leads in an almost inexorable way to tight ethnicisms or exclusionary nationalisms and, along with all this, to the establishment of potentially criminal polities deadly harming inner or neighbor groups. So it seems if we stick

---

José Antonio Sánchez Román, *La Sociedad de Naciones y la reinvención del imperialismo liberal*, Madrid, Marcial Pons, 2021.

(58) S. Moyn, *The Last Utopia: Human Rights History*, Cambridge, Mass., HUP, 2010; M. Duranti, *The Holocaust, the legacy of 1789 and the birth of international human rights law: revisiting the foundation myth*, in « Journal of Genocide Research », 14 (2012), 2, pp. 159-186; M. Mazower, *No Enchanted Palace: The End of Empire and the Ideological Origins of the United Nations*, Princeton, PUP, 2013. In the historiographical field, the first to highlight it was the latter: M. Mazower, *The Strange Triumph of Human Rights, 1933-1950*, in « The Historical Journal », 47 (2004), 2, pp. 379-398.

(59) For a sample, though usually dodging the G word, *Settler Colonialism in the Twentieth Century: Projects, Practices, Legacies*, eds. Caroline Elkins and S. Pedersen, London, Routledge, 2005; C. Elkins, *Imperial Reckoning: The Untold Story of Britain's Gulag in Kenya*, New York, Henry Holt and Co., 2005; Patrick Wolfe, *Settler Colonialism and the Elimination of the Native*, in « Journal of Genocide Research », 8 (2006), 4, pp. 387-409; Peter H. Sand, *United States and Britain in Diego Garcia: The Future of a Controversial Base*, New York, Palgrave Macmillan, 2009; David Anderson, *Histories of the Hanged: Britain Dirty War in Kenya and the End of Empire*, London, Orion, 2011; Ian Cobain, *The History Thieves: Secrets, Lies and the Shaping of a Modern Nation*, London, Granta, 2016; Emmanuel Neba-Fu, *Triumph of Racism: The History of White Supremacism in Africa and How Shithole Entered the US Presidential Lexicon*, Kansas, Miraclair, 2021.

to the evidence from *The Problems of Genocide*. How could it be otherwise? It is a book focused on such part of the history.

It is history, of course, what Moses exposes, but in a one-dimensional way. Contextualization, it turns out, was not enough. We must also look at the exterior or not so exterior dimensions regarding the subject matter, such as a culture characterized by a lack of a serious human rights approach. 1948 is not 2021, when *The Problems of Genocide* is published. Is it another example of the need for further contextualization? The context of the language of transgressions should have been extended to those past crimes that were understood, within the prevailing legal culture in Europe and Euro-America, much more serious than the atrocities committed against ordinary human beings. This ranges from lese majesty of a god or a monarch to, for example, plain male homosexuality (the crime of divine and human lese majesty was the precedent of the crime against humanity, a.k.a crime of lese humanity; homosexuality — neither massacre, nor conquest, nor slavery, nor colonialism — was a crime against nature, the nature created by a god...) (60). These nuances do not disqualify the history exposed by Moses, but they should lead to reassessing his analysis of past or even present legal constructions on transgressions. Further contextualization is needed, to be sure.

The vacuum produced by the cancellation of the crime of genocide would leave human groups more unprotected than they already are, taken into account all the vital value for their members of their shared heritage of language, history and other aspects of culture, including the material ones, something which is also valuable for humanity as a whole. It is an issue not just about language, ethnicity or religion, but also, often in the first place, about territory and resources (61). This connects with a point so essential and so poorly recognized by human rights law as the right to one's own culture (62),

---

(60) It is still worth registering for this purpose Francisco TOMÁS Y VALIENTE, Antonio HESPANHA and others, *Sexo barroco y otras transgresiones premodernas*, Madrid, Alianza, 1991.

(61) Alexandra XANTHAKI, *Indigenous Peoples and United Nations Standards: Self-Determination, Culture and Land*, Cambridge, UK, CUP, 2007; Cathal M. DOYLE, *Indigenous Peoples, Title to Territory, Rights and Resources: The transformative role of free, prior and informed consent*, London, Routledge, 2015.

(62) Johannes MORSINK, *Cultural Genocide, the Universal Declaration, and Minority Rights*, in « Human Rights Quarterly », 21 (1999), 4, pp. 1009-1060; B. CLAVERO, *Sujeto de derecho entre estados, género y cultura*, Santiago de Chile, Olejnik, 2016, ch. 7 (a very abridged English version online, *Why are only indigenous peoples internationally entitled to a specific right to their own culture?*, in a website of the Pennsylvania State University: http://citeseerx.ist.psu.edu); *Cultural Rights as Collective Rights: An Inter-*

and thus goes far beyond the individuals' interests and values, making it worthy of criminal protection from international law (63). If there were no concept of genocide, it would then need to be created. If there is one and it does not work, the challenge will lie in restating and enhancing the concept. Even if we do not reduce ourselves to some of the current concepts, starting with the legal one, we could even speak of genocide in history prior to the coinage of the G word. And there can always be an enlightening connection: today's genocides open our eyes to those of yesterday, and vice versa (64).

We will have to start by breaking a blockade: « The hegemonic understanding of genocide impedes more experimental invocations of the concept of genocide. In the process of consolidating a legitimate definition of genocide, this suppression undermines the capacity of the concept of genocide to articulate the emergence of novel destructive processes » (65). The problem seems to lie in the inflationary stagnation of the concept of genocide, well evident in the cloned reproduction by the Statute of the International Criminal Court. Evidence abounds in favor of the proposal to abandon the concept, but there are arguments

---

national Law Perspective, ed. Andrzej Jakubowski, Leiden, Brill, 2006; Elsa STAMATOPOULOU, *Monitoring Cultural Human Rights: The Claims of Culture on Human Rights and the Response of Cultural Rights*, in « Human Rights Quarterly », 34 (2012), 4, pp. 1170-1192.

(63) Lawrence DAVIDSON, *Cultural Genocide*, New Brunswick, Rutgers University Press, 2012; Uğur Ümit ÜNGÖR, *Cultural Genocide: Destruction of material and non-material human culture*, in *The Routledge History of Genocide*, eds. Cathie Carmichael and Richard C. Maguire, London, Routledge, 2015, ch. 17; Elisa NOVIC, *The Concept of Cultural Genocide: An International Law Perspective*, Oxford, OUP, 2016; Jérémie GILBERT, *Perspectives on Cultural Genocide: From Criminal Law to Cultural Diversity*, in *Arcs of Global Justice: Essays in Honour of William A. Schabas*, eds. Margaret M. deGuzman and Diane M. Amann, Oxford, OUP, 2018, ch. 17; Leora BILSKY, Rachel KLAGSBRUN, *Cultural Genocide: Between Law and History*, in *The Oxford Handbook of Legal History*, eds. Markus D. Dubber and Christopher Tomlins, Oxford, OUP, 2018, ch. 56; *Cultural Genocide: Law, Politics, and Global Manifestations*, ed. Jeffrey S. Bachman, London, Routledge, 2019.

(64) CLAVERO, *¿Hay genocidios cotidianos?*, cit.; *Civilian-Driven Violence and the Genocide of Indigenous Peoples in Settler Societies*, ed. Mohamed Adhikari, London, Routledge, 2021.

(65) MEICHES, *The Politics of Annihilation*, cit., pp. 15-16, insisting: « The hegemonic understanding [of genocide] consequently undermines the ability to foresee new forms of genocide », and adding a warning: « Many critical engagements with the concept involve feuds over how to interpret different aspects of the concept of genocide, but ultimately reaffirm the hegemonic understanding of genocide ». Moses would not say any of this in such a way once he evicts even the very term of genocide.

also for the endeavor to maintain its validity and even advocate its expansion. *The Problems of Genocide* brings the former into view and the latter into a blind spot. Concept shifting helps (66), Even so, what can a mere concept do by itself? (67) How far can its performative force go when it is as powerful as that of genocide? And who are going to make the decisions about the meaning and the reach of the concepts? (68) Be that as it may, between past and future, if we have started from the law and returned to the law, we must then conclude in the field of law, the present global law (69). This is going to be our first conclusion, because a second one will follow, that about the historiography of international law and the question of genocide, what else could it be?

---

(66) GARDELL, *Lone Wolf Race Warriors and White Genocide*, cit., p. 5: « The concepts we use open up the way we think about certain issues, and simultaneously close or obscure other ways of understanding that which we have before us ».

(67) MEICHES, *The Politics of Annihilation*, cit., p. 259: « By itself, a concept does little to change politics or incite creativity. Like all words, the majority of invocations of genocide do little more than reiterate the phatic dimensions of the concept and perform the work of 'bare repetition' by reproducing genocide as a term of contemporary discourse. The most 'successful' uses of the concept of genocide often end up caught in difficult battles for recognition or, worse, legitimate the exclusion of others. There are thus dangers in assuming that the invention of a concept will improve political conditions », which, even true, would be unfair if we apply it to Moses' proposal.

(68) A.L. HINTON, *It Can Happen Here: White Power and the Rising Threat of Genocide in the US*, New York, New York University Press, 2021, p. 116: « genocide, one of the most charged and ontologically resonant words of our times »; HASIAN Jr, *Debates on Colonial Genocide*, cit., pp. 15-16: « deciding whether to include a particular colonial 'atrocity' or ethnic cleansing of civilians during imperial expansionist years in the traditional pantheon of genocides is not something that can, or should, be determined solely by single authors or small groups of academics. These researchers should not be allowed to police and to cordon off genocidal claims that come from activists and others who are asking for genocidal revisionism, Nor should those decisions be made based on post-World War II definitions of genocide that were intended to deflect attention away from the potential genocidal acts that were committed by American, British, French, Russian, and other victors after World War II ».

(69) MEICHES, *The Politics of Annihilation*, cit., p. 263: « One possibility is the disappearance of the concept of genocide. Violence will persist in new guises, inventing and afflicting new groups, but genocide will lose its salience as a political discourse », with probably more consequences than Meiches himself points out: « The gradual unwinding of genocide from political discussion will entail a loss of sensibility with respect to the unintelligible character of destructive processes ». See now *Postgenocide Interdisciplinary Reflections on the Effects of Genocide*, ed. Klejda Mulaj, Oxford, OUP, 2021.

4. *« Should there be a category for the destruction of a group as such? ».*

With Dirk Moses as our guide, we have gone from law to history and back to law, such a good journey for a legal history that does not resign itself to being irrelevant as an antiquarian facing a dead past and turning its back on a living present, in solitude before its own image and that of its work only in the mirror or, for that matter, in books. This self-absorption is not, of course, the condition of Moses. What concerns or should concern us — historians or jurists, but first and foremost rights-holders and citizens — is the current order or, rather, the prevailing disorder. According to Moses, international criminal law has been poorly articulated because of the cyst of genocide. The stakes become high when the necessity of the very concept is called into question (70). Something is lost in relation to law, in the present legal domain, which should be our main concern (71), even if, at the same time, progress is made in the then secondary dimension, which is in historiography, in a history certainly undertaken with the methodological care of not back-projecting anachronistic concepts such as that of genocide. How does the balance finally turn out?

There is, all in all, a leap into the void, but one that does not happily land in a paradigm shift as has been proclaimed. Moreover, if otherwise, the landing would turn out to be half-hearted and not, on the whole, for the better (72). There are presumed paradigm shifts and

---

(70) Apart from contemporaries like Kelsen, Lauterpacht or Jiménez de Asúa, SNYDER, *Bloodlands*, cit.; GERLACH, *The Extermination of the Jews*, cit.; SANDS, *East West Street*, cit.; MEICHES, *The Politics of Annihilation*, cit.; MOSES, *The Problems of Genocide*, cit., not so original the latter to this specific effect. At that time, it can be added the International Military Tribunal of Nuremberg itself, which did not take into account the crime of genocide, contrary to what had already been done in some non-international *trials*: Kevin Jon HELLER, *The Nuremberg Military Tribunals and the Origins of International Criminal Law*, Oxford, OUP, 2011; Michael J. BAZYLER, Frank M. TUERKHEIMER, *Forgotten Trials of the Holocaust*, New York, New York University Press, 2014, ch. 1.

(71) The odd idea was evinced earlier in the political arena between the United States (Madeleine Albright: « while not allowing debates about its [genocide's] definition ») and the United Nations (Kofi Annan: « we must not be held back by legalistic arguments about whether a particular atrocity meets the definition of genocide or not »), both quoted by MEICHES, *The Politics of Annihilation*, cit., pp. 185 and 195, who points out « how significantly they impose upon existing international regimes and norms » (p. 197).

(72) MOSES himself (*The Problems of Genocide*, cit., p. 476) applies the achievement of a « paradigm shifting » to MOYN, *The Last Utopia*, cit., what seems more plausible. Check CLAVERO, *Europa y su diáspora*, cit., ch. 2. Another paradigm shift, or at least a recovery along Lemkinian lines, and thus in the opposite direction to Moses, is contained in the above-mentioned coining of the category of genocide by attrition (note

effective paradigm shifts, whether the latter progresses at a good pace or takes time to do so. In my view, *The Problems of Genocide* belongs to the former, the presumed ones. The concept shift does not amount, just like that, to a paradigm shift. Moses' identification of permanent security and his analysis of its genocidal aftermath, whatever this is called, do not even go so far as to found a new historiographical station taken into account previous bibliography. And it is not just about historiography, far from it. We are witnessing not only a struggle between academic positions, but also, and certainly above all, a conflict among different and even opposing ways of conceiving and practicing law today and for the future. We already know that we are moving from the present to the past in order to return, never losing sight of our time nor leaving it behind during our journey into the guts of history (73).

It remains to be seen what *The Problems of Genocide* can do in the context of a rarefied historiography moving between ideas of absolute uniqueness and downgraded banality of the Holocaust, or between self-interested appreciation of imperialism and justified contempt for colonialism (74). Anyway, more tangibly, it may bear a negative impact on legal doctrine. The strange idea of proposing the configuration of permanent security as a crime against humanity by removing the experience, albeit to a large extent not very positive, of the conception of the crime of genocide may be simply expendable. What good does the elimination really make? We must take account of all its harmful effects on the human rights of groups endowed with their own personality, starting of course with disempowered peoples. Here we still have the question that *The Problems of Genocide* does not quite

---

24), genocide by harassment and erosion, as is largely the case with colonial genocide even now in the age of indigenous peoples rights: CLAVERO, *¿Hay genocidios cotidianos?*, cit. More on this later.

(73) Among those present, if there is a paradigm-shifter for both theoretical and practical purposes, it would be MOYN, from *Last Utopia* on human rights history to *Humane* on that of the law of war, this last appearing at the same time as *Problems of Genocide*. With its current legal implications, Moyn's stance has recently provoked sharp criticism by John Fabian WITT, the author of *Lincoln's Code: The Laws of War in American History*, New York, Free Press, 2012: *Fishing, not Catching, in the History of the Law*, in « Balkinization » (https://balkin.blogspot.com), 20/9/2021, as well as it has produced a strong confrontation with Human Rights Watch CEO: « New York Review of Books », 1/9/2021 and 8/9/2021. MOSES, *The Problems of Genocide*, cit., p. 476, refers to *Last Utopia* as a « paradigm shifting book ».

(74) For a significant recent debate, particularly interesting because of its focus, once again, on the connections between colonial genocide and Nazi genocide, « Journal of Genocide Research », 23 (2021), 3, *Forum: The Achille Mbembe Controversy and the German Debate About Antisemitism, Israel, and the Holocaust*.

address head-on: « Should there be a distinctive conceptual category for the destruction of a group as such? » (75).

The intention to make a human group as such disappear by massacre or by any other means, even non-bloody ones, qualifies the malignity of the crime. An Australian should not have forgotten this (76). Discarding the G concept is not outright whitewashing genocide, but it does seem to dampen awareness of it. Moses' *Problems of Genocide* does not retain the presence that the Australian genocide itself achieved in his personal work and in the collective undertakings he has been promoting and coordinating (77). From voiding the use of the G word because of its international criminal implications, the attempt to eliminate the very concept of genocide has come (78). For all

---

(75) MEICHES, *The Politics of Annihilation*, cit., p. 39 and 40, adding up questions: « What criteria determine what types of groups are protected? What defines a group? How does the notion of the group account for the differences and intersections that constitute individuals and groups? [...] Why has the concept of genocide been consistently articulated as a problem of groups? ». Meiches, as for himself, does not pose these questions for strictly normative purposes. They are, for him, rhetorical. Moses, as we already know, does not take his work into consideration.

(76) Dirk Moses' professional life spans between Australia, Europe and Anglo-America (details on Wikipedia). It seems that he is finally freeing himself from a heavy burden: « I, alas, had also fallen prey » to the spell of the concept of genocide, we have seen him confess, in order to move on to bigger questions (*The Problems of Genocide*, cit., p. 511: « The 'apocalyptic conjuncture' and 'terror of history' are the subject of my next book »). But where is the need to lighten the baggage of the concept of genocide in order to analyze terror and apocalypse?

(77) For significant starting moments, as a personal work, A.D. MOSES, *An antipodean genocide? The origins of the genocidal moment in the colonization of Australia*, in « Journal of Genocide Studies », 2 (2000), 1, pp. 89-106; as a collective work, *Genocide and Settler Society in Australian History*, in *Genocide and Settler Society*, cit., ch. 1 (p. 34: « this is the moment when we can observe the [Australian] development of the specific genocidal intention that satisfies the UN definition »). For the historiographical debate on colonial genocide including the Australian one, CLAVERO, *Was There Genocide*, cit., whose Spanish edition is freely available on Internet (http://www.centropgm.unifi.it/quaderni/indici.htm). For more of my contribution on the Australian legal case, CLAVERO, *Derecho de otras gentes*, cit., ch. 4.

(78) P. WOLFE, *Structure and Event: Settler Colonialism, Time, and the Question of Genocide*, in *Empire, Colony, Genocide*, cit., ch. 4, p. 156: « Genocide is a crime under international law, the crime of crimes, with sanctions and penalties to match, so playing fast and loose with its definition could fatally diminish the redress available to its victims », with this resigned renunciation to assess, precisely for the benefit of the victims, the evidence of genocide by colonialism's « logic of elimination » on the ground. *Logic of elimination* is Wolfe's expression for genocide without the name of genocide.

practical purposes, if it is deactivated, the perception of colonial genocide is what suffers. The Holocaust has its singular recognition guaranteed enough (79), although, in years of countless atrocities, from Stalinist mass crimes to the dropping of atomic bombs upon Japan, its singularity can go overlooked (80). Moreover, the Holocaust is history while colonial genocide may be present (81). Anyway, as for Moses' stance, his defection is not from Nazi genocide, but from colonial genocide. Once again, the views are interfered and distorted by the Holocaust itself as a major case, but major because of its most flagrant intentionality and its final industrial execution, not by the scale of the slaughter. As for this, it is certainly surpassed by the Belgian genocide in the Congo basin (82).

---

(79) *After the Holocaust: Challenging the Myth of Silence*, eds. David Cesarani and Eric J. Sundquist, London, Routledge, 2012; *Marking Evil: Holocaust Memory in the Global Age*, eds. Amos Goldberg and Haim Hazan, New York, Berghahn, 2015; *The Holocaust as Active Memory: The Past in the Present*, eds. Marie Louise Seeberg, Irene Levin and Claudia Lenz, London, Routledge, 2020; Irina Rebrova, *Re-constructing Grassroots Holocaust Memory*, Berlin, Walter de Gruyter, 2020.

(80) Even if the syntagma is not used, check the current conditions for an insidious paradigm shift, for the worse, limited to the case of the Holocaust: Jean Solchany, *Much ado about nothing? A critical look at Timothy Snyder's interpretation of Nazi and Stalinist crimes*, in « Revue d'Histoire Moderne et Contemporaine », 64 (2017), 4, pp. 134-171, critique that transcends the debate with a single author by addressing the current tendency to relativize the Holocaust in relation to Stalinist mass criminality and even to reduce the former to a reaction to the latter, a tendency quite common nowadays in parts of Eastern Europe. The reception of Snyder's work has unfortunately been more positive: Helen Roche, *Timothy Snyder's Bloodlands: Europe between Hitler and Stalin*, London, Routledge, 2017.

(81) Benjamin P. Bowser, Carl O. Word, Kate Shaw, *Ongoing Genocides and the Need for Healing: The Cases of Native and African Americans*, in « Genocide Studies and Prevention: An International Journal », 15 (2021), 3, pp. 83-99; Hinton, *It Can Happen Here*, cit., p. 17: « the United States is a postgenocidal country long premised on systemic white supremacy that continues in the present and creates the potential for further atrocity crimes »; p. 147; « it [genocide] has happened and still is happening here ». For a trailer, A.L. Hinton, *The Snake: Trump's White Genocide Parable*, in « Journal of Perpetrator Research », 4 (2021), 1, pp. 59-68.

(82) On this issue, works by non-academic historians deserve to be registered: Sven Lindqvist, *The Dead Do Not Die: "Exterminate All the Brutes" and Terra Nullius* (1992 and 2005), New York, New Press, 2014; Adam Hochschild, *King Leopold's Ghost: A Story of Greed, Terror, and Heroism in Colonial Africa* (1998), London, Palgrave Macmillan, 2006. And the imbalance is notorious: e.g., the European Union requires Turkey to recognize the Armenian genocide while there is no equivalent requirement with Belgium regarding the Congo or, for that matter, Spain regarding

At the end of the day, among the problems of genocide, as if there were not enough, we have yet another, that of an *Anti-Lemkin*, the book that wants to erase a concept from human memory, a voice from the scarce vocabulary of a virtually lingua franca of a plural humanity, of a good or ill, better or worse connected humanity (83). It is often forgotten that there is also a part of the humanity unconnected, that of peoples in voluntary isolation or initial contact in the current terminology of international law. They are the human groups most at risk of complete genocide today (84), of the most typically colonial genocide in times of human and constitutional rights — the *genocide by attrition*, genocide by policies of harassment and erosion with such an alibi of assimilation in the name of rights, but under a predatory sign as regards territory and resources. In this case, criminal intentionality is enclosed in the economic aim (85).

Latin America or Amazigh Morocco, Canary Islands or Bioko, and so on. For another comparison on the imbalance, HINTON, *It Can Happen Here*, cit., p. 231: « Just as there is a huge Holocaust education effort in the United States, so too might there be one to address and make more legible the genocide and atrocity crimes committed against Black and Brown people in the United States — beginning with Jamestown's settler colonialism, destruction of Indigenous communities, and enslavement ».

(83) We have been interested in Moses' current position, that of his *Problems of Genocide*, not having delved into his tortuous itinerary from an extreme Pro-Lemkin persuasion to the present Anti-Lemkin contention. For a decisive moment in his particular appreciation of the inadequacy of the concept of genocide, Lasse HEERTEN, A.D. MOSES, *The Nigeria-Biafra War: Postcolonial Conflict and the Question of Genocide*, in « Journal of Genocide Research », 16 (2014), 2-3, pp. 169-203.

(84) INTER-AMERICAN COMMISSION ON HUMAN RIGHTS, *Indigenous Peoples in Voluntary Isolation and Initial Contact in the Americas*, Copenhagen, IWGIA, 2013. These peoples are not taken into account by the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples (2007). Instead, the Organization of American States Declaration on the Rights of Indigenous Peoples (2016), being the risk more in sight, does it: CLAVERO, *Derecho de otras gentes*, cit., ch. 7. Regarding what now comes in the colophon, let us point out that significantly it is a subject not considered either by MOSES, *The Problems of Genocide*, cit., or by DE LA RASILLA, *International Law and History*, cit., or by ORFORD, *International Law and the Politics of History*, cit.

(85) ROSENBERG, SILINA, *Genocide by Attrition*, cit.; CLAVERO, *¿Hay genocidios cotidianos?*, cit., to the same effect, still without such a term although it was already in circulation. Helen FEIN, *Genocide by Attrition, 1959-1993: The Warsaw Ghetto, Cambodia, and Sudan: Links between Human Rights, Health, and Mass Death*, in « Health and Human Rights », 2 (1997), 2, pp. 10-45, starting: « Genocide by attrition occurs when a group is stripped of its human rights », when the opposite may also be the case, with which I am not referring to proper human rights, but to its biased practice: B. CLAVERO, *Derecho global. Por una historia verosímil de los derechos humanos*, Madrid, Trotta, 2014,

It is a problem of conception and perception, but also, of course, of prevention and punishment. Colonial genocide is not an event to be countered, but a structure to be dismantled (86), the structure of the States resulting from settler colonialism in both its domestic and international dimensions (87). This is history and this is present, our not-so-postcolonial present (88). Settler colonialism is still colonialism after independence from Empires. And it ever is a nurturing cradle of genocide. Let us not deceive ourselves. Only true decolonization would help discontinue genocide. Today, colonial genocide, even if it is reproduced more consciously and deliberately than is often assumed (89), escapes criminal reprobation without any major problem unless it is criminalized as such, as the intentional elimination of groups

---

ch. 1. In ROSENBERG, *El genocidio es un proceso*, cit., *genocide by attrition* is translated as *genocidio por desgaste*; it would be better as *genocidio por erosión*, enabling the semantic implication of the concurrence of actors, such as political and economic ones, who intentionally drive the erosion; in comparison, *desgaste* holds a more passive and impersonal meaning.

(86) HASIAN Jr, *Debates on Colonial Genocide*, cit., ch. 4, about opening the « Pandora's Box » of colonial genocide only in the usual terms of memories, acknowledgments, legacies, apologies, reparations and other forms of restorative justice on the assumed basis of faits accomplis (p. 175: « global societies have nothing to fear from decolonizing colonial or imperial archives »).

(87) WOLFE, *Structure and Event*, cit. As people like the late Wolfe are colleagues to whom Moses expresses his gratitude for comments, the latter now explicitly marks distances that did not exist in the time of *Empire, Colony, Genocide* (MOSES, *The Problems of Genocide,* cit., p. ix: « Needless to say, there is no suggestion that they agree with my arguments »; WOLFE, *Structure and Event*, starting: « Introducing his first collection in this series [Studies on War and Genocide], Dirk Moses had favorable things to say about the term 'logic of elimination', which I coined some years ago to express the essential characteristic of the settler-colonial project »). In any case, as we have seen, Patrick Wolfe tended to elude the genocide word. In this vein, more blatant, Henry REYNOLDS, *An Indelible Stain? The Question of Genocide in Australian History*, Melbourne, Viking, 2001.

(88) Including, of course, the Hispanic case: Richard GOTT, *Latin America as a White Settler Society*, in « Bulletin of Latin America Research », 26 (2007), 2, pp. 269-289; L. VERACINI, *The Settler Colonial Present*, London, Palgrave Macmillan, 2015, p. 55: « genocidal attacks against indigenous people *in the whole* of Latin America actually *followed* creole independence from Spain » (his italics). Latin America uses to be ignored by studies of settler colonialism: *Settler colonialism in the Twentieth Century*, cit., albeit containing a pair of chapters on Portuguese colonialism in Africa and its aftermath.

(89) Donna Lee VAN COTT, *The Friendly Liquidation of the Past: The Politics of Diversity in Latin America*, Pittsburgh, University of Pittsburgh Press, 2000; Karen ENGLE, *The Elusive Promise of Indigenous Development: Rights, Culture, Strategy*,

in whole or in part. Lemkin knew better (90). The issue continues to affect all indigenous peoples, from the isolated to the assimilated, to those who find themselves integrated into alien States without consent or accommodation of their own. Without the specific criminalization of genocide, there it is produced a blind spot that amounts to negationism (91). Moses' current position on the concept of genocide is best understood by contrasting it with the evidence of the Australian colonial genocide that he himself, in his earlier work, has been instrumental in highlighting (92).

Is there any other way for explaining the alleged paradigm shift and effective concept shift of *The Problems pf Genocide*? I do not know,

---

Durham, DUP, 2010; Andrew ERUETI, *The UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples: A New Interpretative Approach*, Oxford, OUP, forthcoming.

(90) In front of the prevailing view still conveyed today by his most devotee Samantha POWER introducing R. LEMKIN, *Axis Rule in Occupied Europe: Laws of Occupation, Analysis of Government, Proposals for Redress*, Clark, Lawbook Exchange, 2005, the coiner of the G word was more concerned with the kind of genocide we now name *by attrition* than with what we identify as the Holocaust. In the above-quoted section of VERACINI, *The World Turned Inside Out*, cit., on « Displacing Endangered Nationalities », Paraguay is described as the last refuge of endangered groups of European descent without questioning its impact through genocide by attrition on indigenous peoples to this day: *United Nations Permanent Forum on Indigenous Issues. Mission to Paraguay. Report and Recommendations*, 2010, on a website of the UN High Commissioner for Human Rights (https://lib.ohchr.org); my additional comments as a member of the mission, in *¿Hay genocidios cotidianos?*, cit., book available online as I have already said.

(91) Raymond EVANS, *'Crime without a Name': Colonialism and the Case for "Indigenocide"*, in *Empire, Colony, Genocide*, cit., ch. 5, with a touching quotation from Iris Murdoch as an epigraph: « Suppose the truth was awful, suppose it was just a black pit, or like birds huddled in the dust of a dark cupboard? Suppose only evil were real, only it was not evil since it had lost even its name? ». HINTON, *It Can Happen Here*, cit., p. 190: « vision is at the heart of atrocity crimes prevention. You can only prevent what you see ».

(92) Benjamin MADLEY, *From Terror to Genocide: Britain's Tasmanian Penal Colony and Australia's History Wars*, in « Journal of British Studies », 47 (2008), pp. 77-106; Tony BARTA, *Decent Disposal: Australian Historians and the Recovery of Genocide*, in *The Historiography of Genocide*, ed. D. Stone, New York, Palgrave Macmillan, 2008, ch. 11; D. SHORT, *Australia: a continuing genocide?*, in « Journal of Genocide Research », 12 (2010), 1-2, pp. 45-68: Tom LAWSON, *The Last Man: A British Genocide in Tasmania*, New York, I.B. Tauris, 2014; John DOCKER, *A plethora of intentions: genocide, settler colonialism and historical consciousness in Australia and Britain*, in « International Journal of Human Rights », 19 (2015), 1, pp. 74-89; Jesse SHIPWAY, *The Memory of Genocide in Tasmania, 1803-2013: Scars on the Archive*, London, Palgrave Macmillan, 2017; Nick BRODIE, *The Vandemonian War: How Britain annihilated Tas-*

but there is the body of evidence. Colonial genocide haunts us, the colonialist breed, feeding a state of cultural anxiety not necessarily conscious for individual (93). This is a collective condition that, for example, has turned a kind of insidious denialism into a dignified academic stuff: the consideration that the genocidal risk today stems from the colonized humanity rather than the colonialist one. And Moses himself seconds this infamous assumption, that of the so-called *subaltern genocide* as a category forged on the bloody conflicts provoked by colonialism. He even considers the anticolonial resistance of yesterday and today as potentially genocidal (94). Around here, in the underhanded persistence of imperialism and colonialism, whatever the forms, are located the roots I said we were going to travel to. Denialism is not always a mindful, straightforward negative (95). Of course, Moses is not denialist, quite the opposite, but his positions have those implications. Concepts, such as subaltern genocide, are not neutral tools. They tell a tale beyond users' intentions (96).

---

mania's tribes and fabricated history, London, Hardie Grant, 2017; HASIAN Jr, *Debates on Colonial Genocide*, cit., ch. 2.

(93) Bruce MAZLISH, *Civilization and its Contents*, Stanford, SUP, 2004; Brett BOWDEN, *The Empire of Civilization: The Evolution of an Imperial Idea*, Chicago, University of Chicago Press, 2009; Robert A. WILLIAMS Jr, *Savage Anxiety: The Invention of Western Civilization*, New York, St. Martin, 2012. On anxious unconsciousness at the family level, CLAVERO, *El árbol y la raíz*, cit.

(94) ROBINS, *Native Insurgencies and the Genocidal Impulse*, cit. As for Moses, see note 22. No wonder that the input of the fabrication comes from Israel in relation to Palestine: Israel W. CHARNY, foreword to ROBINS, *Genocide and Millennialism*, cit. Check Amos GOLDBERG, Thomas J. KEHOE, A.D. MOSES, Raz SEGAL, M. SHAW, Gerhard WOLF, *Israel Charny's Attack on the Journal of Genocide Research and its Authors: A Response*, in « Genocide Studies and Prevention: An International Journal », 10 (2016), 2, pp. 3-22. Let me argue that the anticolonial violence may be criminal, but, given its intent, it is not genocidal, in the same sense that neither was the lethal struggle in Spain against the Francoist coup d'état. With respect to both cases, the occupiers or aggressors ought not to be the judges, whether legally or historiographically, and they are the ones to be held responsible for eventual genocide. Post-colonial bloody violence is a different, more complex case as divide between victims and perpetrators is often more problematic. And for all cases, local knowledge and duly contextualized history are needed. This might be a lesson for comparative genocide studies and for international systems of genocide risk warning: Mahmood MAMDANI, *Saviors and Survivors: Darfur, Politics, and the War on Terror*, New York, Pantheon, 2009.

(95) Paul N. AVAKIAN, *Denial in Other Forms*, in « Genocide Studies and Prevention: An International Journal », 12 (2008), 1, pp. 3-23, starting the abstract.

(96) A.D. MOSES, personal message on 6/1/2022: « I continue to believe that claiming genocide is a useful rhetorical tool for Indigenous people in view of genocide's

I do not reproach anyone, least of all Moses with his uncompromising concern on all forms of gross human violence and his background of authoring and promoting research on colonial genocide, for not paying attention to what neither international law nor the currently predominant constitutional law has on the agenda or even notices (97). As regards indigenous peoples, denialism is pervasive. International lawyers fail to see genocide affecting them even when it is in plain sight (98). Are there conditions for a change? To shift a global paradigm, one must first take charge of more than just big cases and make use of informative materials not only from the Anglosphere (99). To proceed with his fully-fledged challenge to the concept of genocide, Moses does not even attempt to offer a state of the art. Neither do I, nor anyone that

---

hegemonic status », but this caveat is not conveyed in *The Problems of Genocide* and it may undermine the books' thesis. I may add that Moses' response concurs with my viewpoint as a lawyer: as long as genocide is there, I mean in the UN Convention and in the ICC Statute, you must use the concept to prevent and counter genocides and, for this very purpose, you better do so by trying to broaden it, the concept, on the ground of the legal definition (please read again the epigraph heading these pages). Oxford University Press announces for 2022 a compilation of essays by D. BLOXHAM and A.D. MOSES, *Genocide: Key Themes*, despite the latter's repudiation of the concept, as if it were not going to be so absolute.

(97) CLAVERO, *Derecho de otras gentes*, cit. final recapitulation.

(98) Avoiding the G word throughout the whole book, either before or after the UN Convention, S. James ANAYA, *Indigenous Peoples in International Law* (2000), expanded edition, New York, OUP, 2004, p. 3: « The European encroachments frequently were accompanied by the slaughter of the children, women, and men who stood on their way. For many of the people who survived, the Europeans brought disease and slavery ». From the US too, confront David E. STANNARD, *American Holocaust: Columbus and the Conquest of the New World*, New York, OUP, 1992; Ward CHURCHILL, *A Little Matter of Genocide: Holocaust and Denial in the Americas, 1492 to the Present*, San Francisco, City Lights, 1997; Walter L. HIXSON, *American Settler Colonialism: A History*, New York, Palgrave Macmillan, 2013; *Colonial Genocide in Indigenous North America*, cit. For specific indigenous slavery in the US, an element of colonial genocide which often is overlooked, Andrés RESÉNDEZ, *The Other Slavery: The Uncovered Story of Indian Enslavement in America*, Boston, Houghton Mifflin Harcourt, 2016.

(99) *Los Aché de Paraguay: Discusión de un Genocidio*, cit.; Robert K. HITCHCOCK, Charles FLOWERDAY, Wayne A. BABCHUK, *The case of the Aché: The Genocide Debate Continues Unabated*, in *Controversies in the Field of Genocide Studies* (*Genocide: A Critical Bibliographical Review*, vol. 11, eds. S. Totten, Henry Theriault and Elisa von Joeden-Forgey), London, Routledge, 2017, ch. 1; Hugo VALIENTE, *El genocidio aché: de la protección internacional a la jurisdicción universal*, in « Revista de Estudios sobre Genocidio », 15 (2020), pp. 98-119.

I know (100). In the case of *The Problems of Genocide*, the magnitude of the undertaking required it. You better have a full knowledge on what you are throwing down the drain.

Is there any real need to erase the concept of genocide in order to expose the record of its deeply unequal effects for history and law given, for the latter, the context of the international policy on criminal matters? Is it necessary to forge a new legal concept of permanent security, as if this could be a crime, to fill the ensuing vacuum? Would not the remedy be worse than the disease? Let me put it this way so as not to repeat once again the parable of the baby in the dirty water (101). Anyhow, as I said at the overture, in the course of a controversy, it is not we, just the author and the critic, who can give a significant answer, for good or for ill. Paradigms do not depend on singular authors, but on the scholarly community, not just a pair of peers. Let us question them. As the issue is legal, let us interrogate scholars of international law. This is my second, last, and disappointing conclusion.

5 *Colophon: « e.g. genocide », and period.*

As may have been observed in the notes, during 2021, the year of publication of Dirk Moses' *Problems of Genocide*, two major reflective works on the state of the art of the history of international law have appeared, Anne Orford's *International Law and the Politics of History* and Ignacio de la Rasilla's *International Law and History* (102). One

---

(100) HASIAN Jr, *Debates on Colonial Genocide*, cit., does not offer a state of the art on colonial genocide, only coping with Tasmanian and Palestinian cases, and points out the need for further discussion; p. 204: « we need more, not less, debate about colonial genocides »; p. 206: « we should have more, not less debate, about colonial wrongdoing and imperial redress? ».

(101) For good advice, in a reflection that has to do with genocide as it discusses « the dangers of ethnonationalist instrumental uses of *ius sanguinis* », Costica DUMBRAVA, *Don't Put the Baby in the Dirty Bathwater! A Rejoinder*, in *Debating Transformations of National Citizenship*, ed. Rainer Bauböck, Cham, Springer, 2018, part II, final address, p. 160: « To my critics who worried that abolishing *ius sanguinis* amounts to throwing out the baby with the dirty bathwater I reply that we should not put the baby in the dirty bathwater in the first place ».

(102) According to the Amazon register, I. DE LA RASILLA, *International Law and History* came out in January; A.D. MOSES, *Problems of Genocide*, in February; A. ORFORD, *International Law and the Politics of History*, in August (as for my present pages, they close at the end of the year). With such short time spans, none of these books can build on or contrast with the others, although, spite the ambition of his current aims, we have already seen that Moses is not concerned with reconstructing the state of the art in any case. On TWAIL, note 7.

thing they have in common and should be highlighted is a lack of appreciation for the most innovative relatively recent movement in international law history, the *Third World Approach to International Law*, better known by the acronym TWAIL. But there is more that Orford and Rasilla share. I am going to commit the flagrant injustice of commenting on only one point, one of a collateral interest for both of them, that of genocide. The disinterest will be the point. There are quite a number of recent publications on the history of international law that would merit comment on their own and comparatively. What I am about to do next is much more modest.

Neither Orford nor Rasilla indeed give special prominence to the vexed question of genocide among the topics of international law that should be of interest to history and vice versa (103). The very few mentions of the term do not even merit, in all fairness, an entry in their respective indexes. The search function of electronic editions allows for a more complete tracking. Orford's references are no more than incidental. Among Rasilla's slightly more numerous ones, there is a pertinent annotation. Genocide is the example he uses exclusively to emphasize the interest of the history of concepts for international law: « retracing to the biographical domain the coinage of legal concepts (e.g. genocide) » matters (p. 328). But he does not elaborate further. He does not work on the issue despite the interest that it holds or the materials that abound. If he does cite any works on Lemkin or Lauterpacht, it is for the just mentioned reason of appreciation of the benefit of biographical studies, not because he is concerned with the problem of genocide, or criminal law for that matter, in international law (104).

In works of similar subject and dissimilar approach, since Orford

---

(103) Any need of another significant example? KOSKENNIEMI, *To the Uttermost Parts of the Earth*, cit., on the genealogy of intellectual legal coverage of European expansion does not ever use the G word or any other term or reference with related meaning (not even a mention of Bartolomé de las Casas' *Destruction of the Indies* through more than a thousand pages). From the start, he has an alibi: « This is not a history of international law. Instead, it is a history of the legal imagination ». De las Casas' book is apparently not imaginary enough: B. DE LAS CASAS, *A Brief Account of the Destruction of the Indies* (1552), Glasgow, Good Press, 2020, as the latest English edition. KOSKENNIEMI, *What Should International Legal History Become?*, cit., is an anticipated abstract of his *To the Uttermost Parts of the Earth* with the said argument but not as an alibi (p. 396: « the history of international law could illuminate how this imagination [legal imagination] has worked in the past »).

(104) In general terms, DE LA RASILLA, *International Law and History*, cit., p. 152, refers, « e.g. », just to *The Dawn of a Discipline*, cit., with other references throughout the book, but without any specific chapter or section that would allow for reflection.

devalues and Rasilla values the significance of independent historiography for international law, how can there be such a coincidence of disinterest in genocide? An unintentional message seems to be being conveyed to us. Whatever illusions we may have that international law has outgrown a long phase of inter-State order by becoming definitively global, this does not seem to be the case in the light of this pair of vade-mecums. International law no longer moves nor has it ever moved exclusively between States. By now, for example, as Orford well knows, large transnational corporations are incorporated as active subjects of international law alongside States themselves (105). In comparison, the most neglected part of the dominant agenda is that of peoples without the coverage of a State, the quintessential area where the danger of genocide by attrition or by other forms lurks. They are today those whom human rights law and the so-called humanitarian law, formerly the law of war, fail to protect or even to recognize as peoples at risk. Neither the United Nations Office on Prevention of Genocide and the Responsibility to Protect nor the Office of the Prosecutor of the International Criminal Court have indigenous peoples as such on their radar screen, despite the fact that the Declaration on the Rights of Indigenous Peoples contains the relevant warning (106).

Although it is assiduously named and even renamed (ethnocide, democide, politicide, indigenocide, femicide, transicide, ecocide...), the

---

(105) ORFORD, *International Law and the Politics of History*, cit., sects. 6.4 and 7.2.2.2. However, confront, in TWAIL's vein, Doreen LUSTIG, *Veiled Power: International Law and Private Corporation, 1886-1981*, Oxford, OUP, 2020, which introduction justly announces « an alternative way of thinking about the role of international law and its relevance to the private business corporation », what applies to the dominant approach well represented by Orford. In relation to our subject matter, add Michael J. KELLY, *Prosecuting Corporations for Genocide*, Oxford, OUP, 2016. By the way, how does international law perceive genocides by attrition perpetrated by corporations or other non-State actors, including churches and NGOs, if the concept that replaces genocide is that of permanent security of the State?

(106) https://www.un.org/en/genocideprevention; https://www.icc-cpi.int/about/otp. UN Declarations on the Rights of Indigenous Peoples (2007), art. 7.2: « Indigenous peoples have the collective right to live in freedom, peace and security as distinct peoples and shall not be subjected to any act of genocide or any other act of violence, including forcibly removing children of the group to another group ». See Jessie HOHMANN, *The UNDRIP and the Rights of Indigenous Peoples to Existence, Cultural Integrity and Identity, and Non-Assimilation*, in *The UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples: A Commentary*, eds. J. Hohmann and Marc Weller, Oxford, OUP, 2018, ch. 6.

silencing of the genocide voice is long-standing and entrenched (107). Naming and renaming does not always mean to reveal and expose. It may be instead whitewashing. New names for genocide may decriminalize genocides since genocide is the international crime. Abusing the name trivializes the concept and maximizes the confusion. And sensitive activists are the ones who add names. It has not just been an issue of insensitive jurists from the beginning and up to today, although their role is of course key. When there is sensitivity, genocide studies find themselves irremissibly confined to an ultra-specialty that has been pushed aside by their own core legal specialty to which it belongs, that of international law. This is not a case of pure defection, as the G concept had not properly been adopted. So it turns out that Dirk Moses is now coming to readjust to the culture of the established paradigm, at least in the field of law, as reflected in Orford's *Politics of History* and Rasilla's *International Law and History* (108). Let us remember that international justice has ended up turning genocide into an almost impossible crime. To this extent, since the United Nations Convention itself, there has been resistance in many different forms trying to neutralize the law of genocide. Moses now strives to consummate the task. Despite his blatant belligerence, there is an underlying harmony with the prevailing trend of marginalizing the crime of genocide since the United Nations General Assembly adopted the Convention on December 9, 1948.

A paradigm shift has, if anything, been brought about by Moses himself in the past with the concept of colonial genocide, not now with that of permanent security. The same may have been true of the historiography on settler colonialism, a sort of colonialism inherently genocidal. It has entailed a paradigm shift (109). Yet the G word is avoided. Moses himself rightly noted it: « Genocide is not a concept

---

(107) For ecocide and indigenocide, references in notes 39 and 91; for ethnocide, democide and politicide, CLAVERO, *Genocide or Ethnocide, 1933-2007*, cit., chs. 6-7; for femicide and transicide, Katerina STANDISH, *Everyday genocide: femicide, transicide and the responsibility to protect*, in « Journal of Aggression, Conflict and Peace Research », 14 (2022), anticipated online, 2021.

(108) *Paradigm Shift in Management Philosophy*, cit., is also a good example, if need be, of the common abuse of the pretense of paradigm shifts.

(109) Also claiming for himself the paradigm shift effect, VERACINI, *The World Turned Inside Out*, cit., p. 17, when his more incisive earlier work on settlement colonialism most deserves it as less dependent on colonialist approaches themselves: L. VERACINI, *Settler Colonialism: A Theorical Overview*, New York, Palgrave Macmillan, 2010. In his case, there is so far no indication of an attempt to change the paradigm with regard to the concept of genocide: L. VERACINI, *Colonialism and Genocides: Notes for the Analysis of a Settler Archive*, in *Empire, Colony, Genocide*, cit., ch. 6; but he also

with any currency in colonial historiography. At most, historians talk about *dispossession* and *displacement*, perhaps *destruction* » (110). Needless to say, neither Orford nor Rasilla, neither *Politics of History* nor *International Law and History*, even identify colonial genocide with all its serious implications and standing responsibilities for international law and its historiography. International law has been built on colonial genocide since, let us say, the days of Francisco de Vitoria (111). Being a structural element of European expansion rather than a set of occasional events in the course of its historical development, colonial genocide is the smoking gun. No wonder that international law historiography looks toward other directions regarding both past and present. Like constitutionalism, the international law of European matrix, metropolitan or diasporic, is in dire permanent necessity of fabricating its own whitewashing history (112). There is no place at all for colonial

---

contributes to its increasing marginalization: *The Routledge Handbook of the History of Settler Colonialism*, eds. Edward Cavanagh and L. Veracini, London, Routledge, 2017.

(110) A.D. MOSES, *Who is Really Airbrushing the Past? Genocide, Slavery and the Return of the Colonial Repressed*, in the website « ABC Religion and Ethics », 1/9/2017 (his italics in the quotation), continuing: « They [colonialist people yesterday and their descendants today] disaggregate processes and disperse settler agency, while the genocide concept highlights their underlying intention and outcome: destructive assaults on Indigenous persons and group existence ». This is not the language of *The Problems of Genocide*. And this is exactly my point.

(111) Still, most recently, *Empire, Humanism and Rights: Collected Essays on Francisco de Vitoria*, ed. José María Beneyto, Cham, Springer, 2022 (actually December 2021), with the heading of *Empire* in a soft critical sense as a hollow tribute to Koskenniemist fashion and with the tandem of *Humanism-Rights* in a hard anachronistic sense as the effective guide throughout the book. I remember the first time I visited the UN headquarters in Manhattan as a young undergraduate in 1966: a statue of Vitoria greeted me in the lobby. I ignore when it was removed, but its ghost is still there: KOSKENNIEMI, *To the Uttermost Parts of the Earth*, cit., ch. 2. Needless to say for readers of Christian background, « to the uttermost parts of the earth », without quotation marks in Koskenniemi's title, is an Evangelical mandate. In this direction, with regard to the moral and legal culture to which Vitoria and *tutti quanti* belonged, B. CLAVERO, *Historia jurídica europea*, eds. Jesús Vallejo and Sebastián Martín, Sevilla, Universidad de Sevilla, 2020, ch. 3. For references on British imperial origins — not Spanish or Dutch — of modern international law, note 8.

(112) CLAVERO, *Derecho de otras gentes*, cit., ch. 6, about the paradigm of constitutional history in relation to international law. For an example of post-TWAIL whitewashing, KOSKENNIEMI, *What Should International Legal History Become?*, cit., p. 385: « Recent post-colonial histories share the intuition that something about present inequality and violence bears an inheritance of the past. They focus on the many ways in which international law has been implicated in colonialism and imperialism. But I am

genocide in this historiography (113). Remember Moses: « A new literature on colonial genocide has developed but made no impact on popular consciousness or changed the field's coordinates » (114), or moved scholars' sensibilities in any meaningful way. Under these collective conditions, a paradigm shift, whatever its orientation and merits, seems gratuitous and unfeasible.

Here is the touchstone: « e.g. genocide », period. Nothing else is there to be added beyond the voice flatus. For Moses, it should be a definite full stop as for the concept. I hope this will not be the case. History continues. Historiography goes on. With the metamorphosis of international law deeply encysted, we are still in the realm of the worm rather than in that of the butterfly. Historians rather than lawyers are aware. Unconscious denialism reigns in any case, historiographical or legal. This is the ultimate reason why we are in need of such devices as the specific criminalization of genocide, whether colonial or not, by international law.

6 *Postscript: « A utopian aim ».*

On February 3, 2022, *International Politics Reviews* published online a forum on Moses' *Problems of Genocide*. Since some contributors question his proposal to criminalize States permanent security, Moses concludes his response as follows: « I admit that an international law against permanent security is a utopian aim. But the debate about it would bring the hidden assumptions about the state, security, and violence out in the open in a clarifying manner ».

The admission of utopianism or lack of realism is an important concession. However, it still obliterates the crime of genocide and thus deeply skews the very debate it opens up. The forum of *International*

---

doubtful about the existence of a single 'tradition' of international law that would have passed through history as an instrument of European predominance ». Contrast the evidence of colonial genocide with the non-ironic title of KOSKENNIEMI, *The Gentle Civilizer of Nations*, cit., on international law between the 19th and 20th centuries.

(113) Among the legal literature registered here, ORFORD, *International Law and the Politics of History*, cit., together with its trailer *International Law and the Limits of History*, in *The Law of International Lawyers: Reading Martti Koskenniemi*, eds. Wouter Werner, Marieke de Hoon and Alexis Galán, Cambridge, UK, CUP, 2017, ch. 11, is the most representative piece because of her advocacy of the historiography of international law endogenously elaborated by scholars of this discipline themselves in front of intrusive historians such as, say, Moses and me.

(114) Remember the quote: MOSES, *The Problems of Genocide*, cit., p. 476, n. 85, in a note, not in the main text, as if, after the supposed paradigm shift, it would no longer be of much importance.

Politics Reviews provides illustration: time and again (with the exception, in this case, of Ranabir Samaddar's comment), there is no talking of anything other than slaughter, so that the specifically genocidal problem of non-bloody annihilation of human groups with distinctive cultures disappears.

Now it is Moses himself who brands his own proposal as utopian, as unrealistic, even though its basic concept, that of permanent security as the source of all atrocities (including, most questionably, the Holocaust) constitutes the cornerstone of the entire discourse of his *Problems of Genocide* (115).

(115) Second postscript. On mid-March 2022, the best analysis on Lemkin the Jewish activist deliberately concealed by Lemkin the cosmopolitan coiner of the G-word with the consequent predicament for the very concept and its relation to the Holocaust has just been published: James Loeffler, *Antisemitism and Universalism in Raphael Lemkin's Thought*, in « Jewish Quarterly Review », 112 (2022), 1, pp. 139-163.

LOREDANA GARLATI

UNA SCOMODA EREDITÀ. LA SCUOLA POSITIVA AL GIUDIZIO DELLA STORIA

(A proposito di *The Limits of Criminological Positivism. The Movement for Criminal Law Reform in the West, 1870-1940*, Michele Pifferi (ed.), London and New York, Routledge, 2022, pp. 285)

> I am not a historian myself, but history does fascinate me as it offers a unique source of developments and debates that are of great help in understanding contemporary issues. This is certainly the case with respect to criminal law (1).

1. I limiti intrinseci. — 2. I limiti estrinseci. — 3. Un vero fallimento?

L'affermazione di Yves Cartuyvels, docente di Diritto penale e Criminologia alla Saint Louis University di Bruxelles, riassume efficacemente lo spirito e l'essenza del volume curato da Michele Pifferi. Uno dei meriti della collettanea è infatti quello di aver riunito un'eterogenea *équipe* di studiosi per offrire una panoramica transnazionale e interdisciplinare su uno specifico e comune oggetto di ricerca: una lettura diacronica dell'incidenza del positivismo nelle diverse realtà geopolitiche del mondo occidentale.

È l'approccio storico-giuridico il filo conduttore di un racconto che si dipana dall'Italia (2) per irradiarsi alla Germania (3), alla Fran-

(1) Y. Cartuyvels, *The influence of positivism in Belgium: an eclectic compromise between adhesion and resistance*, p. 110 (il saggio occupa le pagine 98-115).

(2) M.N. Miletti, *Scientist utopia and reactionary nostalgia: Criminal procedure and the early positivist school*, pp. 16-41.

(3) R.F. Wetzell, *Penal reform in imperial Germany: Conflict and compromise*, pp. 42-73.

cia (4), al Belgio (5), alla Finlandia (6), alla Spagna (7), all'Inghilterra (8), al Nord America (9) e al Brasile (10). Una sorta di giro del mondo (o di cartografia globale) (11) in un arco temporale non casuale: tra il 1870 e il 1940 tutti quegli Stati attuarono significative riforme in campo penale, o tagliando il traguardo della codificazione, o elaborando progetti, o mettendo a punto una legislazione 'secondaria' e complementare, non priva di rilevanza, in alcuni casi parallela ai codici varati. Fu soprattutto in quest'ultima che la ventata del positivismo soffiò forse più forte, imprimendo uno slancio innovativo.

Scritti sulla contrapposizione tra scuola classica e positiva e anche sulla diffusione del positivismo al di là degli angusti steccati italici non mancano, ed anzi negli ultimi tempi sembrano conoscere nuove primavere. Cristallizzati alcuni punti fermi, divenuti poi tralatizi nello sviluppo di indagini successive, sino a risuonare come veri e propri *tópoi* (il passaggio dallo studio del reato all'analisi del delinquente, dal libero arbitrio al determinismo, dalla finalità retributiva della pena a quella preventiva e 'rieducativa'), restano tuttavia anse e pieghe ancora da esplorare: mille sfumature che questo pregevole studio riesce a far emergere (12).

Il tratto di originalità del volume risiede nella domanda da cui scaturiscono i saggi: com'è stato possibile che quella che si prospettava

---

(4) J.M. Donovan, *The French judicial and political origins of Raymond Saleilles' individualization of punishment*, pp. 74-97.

(5) V. nt. 1.

(6) H. Pihlajamäki, *The limits of positivism: Finnish criminal law scholarship and the European context at the turn of the twentieth century*, pp. 116-134.

(7) E. Roldán Cañizares, *From the sacred springtime of criminal law to the limits of criminological positivism in Spain*, pp. 135-153.

(8) L. Farmer, *Responding to the problem of crime: English criminal law and the limits of positivism, 1870-1940*, pp. 176-195.

(9) S.L. Blumenthal, *Positivism's humbugs. Criminology and its cranks in progressive America*, pp. 196-230.

(10) A.L. Sabadell, D. Dimoulis, *Limits and displacements in the adoption of criminological positivism in Brazil (1890-1940)*, pp. 231-254. Un discorso a sé meritano il saggio conclusivo di Michele Pifferi, *From responsibility to dangerousness? The failed promise of penal positivism*, pp. 255-279 e quello di Paul Garfinkel, *Fascist Italy's juvenile courts in their infancy: First impressions*, pp. 154-175 cui faremo cenno nel prosieguo del lavoro.

(11) Rinvio all'espressione di M. Pifferi, *An historiographical reassessment of criminological positivism*, p. 1.

(12) L'enfasi dello scontro sulle scuole, che secondo alcuni autori aveva già perso vitalità all'inizio degli anni venti (cfr. G. Neppi Modona, M. Pelissero, *La politica criminale durante il fascismo*, in *Storia d'Italia. Annali*, 12. *La criminalità*, Torino, Einaudi, 1997, p. 765), esce anche da questo volume fortemente ridimensionata.

come una rivoluzione copernicana, o addirittura come un tentativo di eversione della scienza penale e delle sue radicate categorie, fosse così aspramente contrastata fino a sembrare di non aver lasciato eredità alcuna, o almeno non quella che i promotori si erano auspicati? Più che esaminare il grado di accoglienza e di adozione dei principi positivistici si è cercato perciò di comprendere e di mettere in luce le ragioni di una sconfitta, leggendo le vicende di tale (mancata) recezione attraverso l'analisi di ciò che la impedì: avversari, eventi politici, fattori religiosi, che hanno giocato a favore della resistenza dell'impianto del classicismo penale.

1. *I limiti intrinseci.*

La curiosità ispirata dalla lettura dei saggi ruota intorno al significato da attribuire alla *keyword* (limiti) che connota il titolo e ispira i vari contributi.

Certo non si tratta di limiti geografici, come si è già accennato. Gli autori evidenziano come la Scuola positiva, articolata nella triade concettuale personificata da Lombroso, Ferri e Garofalo, fosse sì un fenomeno di matrice italiana, ma pronto a diffondersi oltre i confini nazionali: un vento che è spirato ovunque e fatto vacillare le tradizionali convinzioni della scienza penale, assumendo differenti declinazioni nei paesi attraversati da questa ondata.

Eppure, si può paradossalmente sostenere che un limite sia costituito proprio dalla dimensione internazionale assunta dal positivismo. In Italia esso sbocciava con precisi intenti dettati dalla volontà di contrapporsi alla scuola classica; nei paesi stranieri tali motivazioni non avevano ragion d'essere e l'impronta originaria era destinata inevitabilmente a dissolversi per lasciare spazio alla nascita di distinti modi di essere del positivismo. Atterrato in luoghi lontani da quelli che ne avevano promosso l'avvio, esso si trovava a fare i conti con situazioni politiche, culturali, sociali, economiche e con tradizioni giuridiche diverse tra loro. La trasmissione dei « codici » primigeni del positivismo finì per dare forma a correnti nuove a carattere locale, nella necessità, per ciascuno dei diversi giuristi che con entusiasmo si aprirono ai 'nuovi orizzonti della scienza penale', di modellare quel pensiero agli specifici contesti in cui doveva essere calato.

Tuttavia, al di là del moltiplicarsi di metodologie e indirizzi, è indubbio che vi fosse un *cluster* condiviso di idee il cui obiettivo era la trasformazione di un sistema basato sulla responsabilità morale e sulla concezione retributiva della pena (13). Si prospettava un approccio scientifico al diritto: l'apertura alle scienze emergenti (la statistica, la

(13) PIFFERI, *An historiographical reassessment of criminological positivism*, p. 1.

psicologia, l'antropologia, la psichiatria) sembrava rendere più credibili le richieste di riforme da apportare nel campo giuridico, riducendo la discrezionalità e il « fattore umano » per lasciare spazio a dati oggettivi e incontrovertibili. Trattare il delinquente come un malato, ridurre il processo a una sorta di clinica ospedaliera frequentata da soggetti anomali, intendere la sanzione come una cura, affiancare, o addirittura sostituire i giudici con degli esperti (in particolare medici e alienisti) il cui parere finiva per tradursi in sentenza e presentare strumenti alternativi alla pena tradizionalmente intesa, in ragione della necessità di prevenire agendo sulla persona anziché reprimere in ragione del fatto, presentavano un indubbio fascino oltre che una carica eversiva, ma anche tratti di a-giuridicità che apparivano incompatibili con i cardini del sistema vigente e ancor meno praticabili. Un'accusa che costrinse gli stessi positivisti, come Ferri, Puglia e Grispigni, a una parziale retromarcia: occorreva ammorbidire le spinte sociologiche inziali a favore di un recupero della dimensione giuridica.

La scuola classica contestava invece proprio l'asserita scientificità dei risultati cui avrebbe dovuto condurre l'antropologia criminale, applicabili, semmai, solo ad alcune categorie di delinquenti. Comunque non poteva essere la sommatoria degli indizi antropologici, dispersi in mille rivoli, a legittimare decisioni giudiziarie che erano e dovevano restare saldamente nelle mani dei giuristi. Forse l'accusa più brutale, e a suo modo distruttiva, era tacciare di conservatorismo le più autorevoli voci del positivismo, rappresentate come reazionarie perché, pur se al termine di percorsi epistemologici tutt'altro che disprezzabili, non avrebbero esitato ad azzerare le garanzie degli imputati (14).

Il saggio di Miletti condensa questi elementi e si configura pertanto come un *incipit* intenso, dedicato a un profilo spesso trascurato, come quello dell'incidenza del positivismo sul versante processuale (15). L'analisi si concentra sulla contrapposizione interna, tutta italiana, tra gli esponenti delle due scuole, evidenziando come nel

---

(14) Non può sottacersi che la valutazione della pericolosità era vista come il cavallo di Troia che conduceva a una discrezionalità illimitata nel campo del diritto penale, quasi una sorta di ritorno all'*ancien régime* (PIFFERI, *From responsibility to dangerousness?*, cit., p. 267). Era una prospettiva in grado di ribaltare completamente gli obiettivi dei positivisti, i quali, riponendo granitica fiducia nei risultati della scienza, intendevano quasi introdurre una sorta di predittività del giudizio, sottratto all'influenza di elementi 'soggettivi' variabili da magistrato a magistrato.

(15) L'autore si era già occupato del tema in M.N. MILETTI, *Ritorno all'inquisizione. Scuola positiva e pulsioni autoritarie nel processo penale italiano*, in « Diritto penale XXI secolo », X (2011), 2, Atti del convegno nazionale in ricordo di Giuliano Marini, *Scuola positiva e Codice Rocco*, Torino, 21-23 ottobre 2010, pp. 455-492.

decennio finale dell'Ottocento la contesa mirasse al conseguimento di una sorta di primato sulla scena giuridica penale nazionale.

Di fronte all'impeto del positivismo, gli esponenti della c.d. scuola italiana cercarono di contrappore un'uguale forza argomentativa, percependo e intravedendo nelle idee dei rivali il rischio di un possibile annientamento di conquiste faticosamente raggiunte, soprattutto in ambito processuale: i 'novatori' ambivano infatti a delineare una giustizia penale che prescindesse da astratti principi di filosofia morale e poggiasse sulla ricerca empirica delle cause del crimine e sui migliori modi per combatterlo.

Gli epigoni del positivismo erano percepiti dagli esponenti della scuola classica come *nuovi barbari*, orde grezze pronti a distruggere con l'invasione della criminologia l'impianto del giure penale (16), a dimostrazione che la portata innovativa (o distruttiva, secondo la scuola classica) di cui si facevano fautori era più temuta laddove incideva sul versante processuale: un profondo *maquillage* avrebbe sovvertito il faticoso equilibrio tra elementi inquisitori e garanzie illuministiche, raggiunto dal sistema misto di stampo napoleonico (17).

Era tuttavia evidente il desiderio dei novatori di influire a tutto tondo sul penale: al sostanziale, infatti, si dedicarono maggiormente nei primi tempi, lasciando sullo sfondo gli interventi sul processo, ma era inevitabile ritenere che da un'eventuale riforma dell'intero settore nel segno dell'antropologia e dello scientismo sarebbe conseguita una revisione del processo, scompigliando i canoni di una scuola classica accusata di avere esaurito ogni spinta propulsiva.

Premesso ciò, i limiti del positivismo criminologico vanno forse individuati all'interno dello stesso movimento: la mancanza di una robusta intelaiatura dogmatica e concettuale, una debolezza assiomatica che impedì alle ambiziose proposte di tradursi in disposizioni normative o di elaborare categorie speculative giuridicamente valide. E ciò nonostante il tentativo, descritto da Michele Pifferi, di una torsione e di un approccio tecnico di alcuni esponenti, quali Florian, Grispigni, Altavilla e lo stesso Ferri, a partire dalla seconda decade del Novecento (18).

---

(16) La definizione è di B. FRANCHI, *Il principio individualizzatore nell'istruttoria penale*, in « La Scuola positiva », X (1900), 11, p. 641, riportata da MILETTI, *Scientist utopia*, cit., p. 16, nt. 1.

(17) MILETTI, *Ritorno all'inquisizione*, cit., pp. 455-492.

(18) Lo aveva già evidenziato Mario Sbriccoli, asserendo che la scuola positiva aveva inanellato una serie di insuccessi in ragione di carenze scientifiche: « i suoi limiti culturali e l'impresentabilità di molte sue 'teorie' furono rilevanti fin da subito [...] essa venne sbaragliata in occasione del codice Zanardelli, fallì nel tentativo Ferri, non fu praticamente presente nella codificazione Rocco » (M. SBRICCOLI, *Caratteri originari e tratti permanenti del sistema penale italiano [1860-1990]*, in ID., *Storia del diritto penale*

Infatti, il (parziale) fallimento della scuola positiva, o una sua marginalità se non irrilevanza, vanno misurati in ragione di una mancata traduzione codicistica dei relativi principi (ovviamente in quei paesi che hanno intrapreso la via della codificazione). Esito ancor più incomprensibile se si considera che, sulla scena internazionale, alcuni dei principali seguaci dei novatori italiani svolsero un ruolo da protagonisti, assumendo funzioni istituzionali, nel processo di riforma avviato nelle realtà di appartenenza. Come può essere accaduto?

Una spiegazione brillante è offerta da Susanna Blumenthal con un occhio rivolto alla situazione americana. Qui fu proprio il mancato raggiungimento di risultati soddisfacenti da parte di MacDonald, ossessivo cultore di un diritto impregnato di scienza, ad attestare, di fatto, la debolezza delle metodologie positivistiche. Una evidente sproporzione tra i risultati proclamati e quelli raggiunti, tra ambizione e realtà dei fatti, valse a MacDonald non solo epiteti dispregiativi, quali quelli di pseudoscienziato, imbroglione, ciarlatano, ma anche il licenziamento dal *Bureau of Education* degli Stati Uniti dove era stato nominato proprio per l'originalità del suo approccio. L'ascesa e la rovinosa caduta di MacDonald raffigurano emblematicamente la parabola del positivismo criminologico: un'articolazione teorica seducente e *prima facie* convincente; un ardire metodologico che sfociava in alcuni casi nell'eccentricità; risultati sperimentali troppo instabili per fondare una nuova dimensione giuridica.

Vero che l'antropologia criminale fu presa in considerazione ovunque, nell'Europa continentale, in Gran Bretagna e pure oltre oceano, ma laddove essa penetrò si ridusse a un positivismo « addomesticato », costretto a scendere a patti e a diluirsi fino a confondersi con i dettami degli avversari: non è un caso che l'espressione più ricorrente nei saggi sia *compromesso*. A parte alcune eccezioni, i principali seguaci delle teorie positivistiche finirono per rinunciare alle posizioni più radicali (ovunque, ad esempio, fu rifiutato il determinismo *à la* Lombroso, come avvenne in Italia con Ferri, in Germania con Liszt, in America con Roscoe Pound): si cercava una mediazione che annacquasse gli estremismi con una certa dose di pragmatismo.

In realtà, nella stessa Italia, la purezza delle tesi delle due scuole finì per uscire ridimensionata da una sorta di reciproca contaminazione (eccessivo forse parlare di fusione), dove ciascuna, pur rivendicando l'originalità delle proprie posizioni, accoglieva massime e postulati della 'parte avversa'. La prudenza, che finì per guidare molti degli attori europei, incoraggiava un « compromesso eclettico » o ibrido che mirasse alla combinazione di due sistemi, più complementari che oppo-

---

e della giustizia. Scritti editi e inediti [1972-2007], Milano, Giuffrè, 2009, I, p. 631, nt. 85).

sti (19). Anche alcuni fervidi sostenitori della scuola classica, come François Garraud, professore all'Università di Lione, erano costretti ad ammettere che le tradizionali funzioni della retribuzione punitiva erano risultate inefficaci contro i criminali pericolosi e che le misure di sicurezza erano perfettamente in sintonia con la tendenza sempre più preventiva del diritto penale contemporaneo (20), concedendo qualche riconoscimento alle tesi avversarie.

Questa sorta di 'decontaminazione' delle asperità del positivismo criminologico avvenne in Belgio, con Adolphe Prins; in Germania con Franz von Liszt, che insieme allo stesso Prins e al collega olandese Anton Gerard van Hamel diede vita all'*Internationale Kriminalistische Vereinigung* (o IKV): una sorta di piattaforma europea in cui fissare e condividere i portati del positivismo penale che esercitò un'influenza non indifferente anche su realtà che immagineremmo poco suggestionate dalla nuova scuola penale tedesca, come la Finlandia (se non altro per la soggezione politica all'Impero russo di cui fece parte fino alla dichiarazione di indipendenza del 1917) e dove invece la figura di von Liszt divenne un significativo punto di riferimento.

Nonostante l'agenda del percorso riformista fosse dettata dall'urgenza di affermare quale scopo primario della giustizia quello della difesa sociale e quale criterio determinativo della pena la pericolosità del soggetto, Liszt non disdegnò inizialmente la cooperazione con la scuola classica. Un dialogo destinato a interrompersi quando Liszt accettò di pubblicare nella rivista da lui fondata un articolo di Hugo Appelius, pubblico ministero nella città di Elberfeld, nella regione della Ruhr, e membro attivo dell'IKV. Appelius si mostrava fautore del più radicale determinismo, concependo gli esseri umani come risultati necessari delle loro circostanze: discendenza, educazione, ambiente in cui erano cresciuti e si era via via sviluppata la loro personalità. Si trattava di fattori capaci di determinare le azioni di ogni singolo individuo, sprigionando una forza irresistibile: non vi era spazio per scelte libere, autonome e indipendenti.

Di fronte alla reazione sconcertata e violenta degli esponenti della scuola classica, von Liszt fu costretto a una difesa tanto contorta quanto improduttiva, che lo costrinse a posizioni altalenanti e poco cristalline, combattuto tra l'istinto (incline a richieste provocatorie da porre a base di un programma di riforma) e il pragmatismo (necessità di scendere a patti pur di realizzare una riforma, piuttosto che difendere posizioni estreme e lasciare immutato l'esistente). E fu quest'ultimo alla fine a prevalere.

---

(19) CARTUYVELS, *The influence of positivism in Belgium*, cit., p. 106.

(20) PIFFERI, *From responsibility to dangerousness?*, cit., p. 258.

I seguaci del positivismo criminologico, laddove furono coinvolti o nei processi di riforma legislativa o nel dibattito dottrinale destinato a ripensare i canoni del diritto penale, abbandonarono le vesti di incendiari per procedere come funamboli sul filo dell'equilibrio, nel tentativo di conciliare quelli che sembravano poli opposti: repressione/retribuzione *versus* prevenzione; libero arbitrio *versus* determinismo; responsabilità personale *versus* pericolosità e difesa sociale. In Germania, Italia, Belgio, Finlandia e Brasile, la concezione retributiva non fu sostituita da misure o trattamenti di ispirazione positivista, ma si combinò con essi generando una 'penologia contagiata' (21).

2. *I limiti estrinseci.*

Nell'impossibilità di raccogliere le mille sollecitazioni che un libro profondo e complesso come quello curato da Pifferi sa suscitare, tra le molteplici diramazioni in cui si dipana il nucleo centrale della ricerca, simili a torrenti che limpidamente si propagano da un'unica sorgente, si propongono due dei principali limiti che hanno frenato la corsa, per non dire sbarrato la strada, al positivismo criminologico.

Il primo fattore che ha ostacolato l'ascesa dei portati della scuola positiva può essere individuato nell'influenza del cattolicesimo. La storia secolare della sovrapposizione tra morale e reato (che neppure la raggiunta laicità del penale riuscì a scrollarsi di dosso del tutto) e il ruolo di coprotagonista della Chiesa nel processo di costruzione del diritto, così come la pervasiva presenza di una cultura religiosa nei paesi dell'Europa mediterranea (e non solo), non potevano restare privi di conseguenze.

Ed è così che James Donovan restituisce un'immagine vivace di Raymond Saleilles, intimamente e personalmente combattuto tra fede e scienza, tra coscienza e ragione, tra adesione alle tesi del positivismo e valori professati dalla religione, che rendevano inaccettabili le tesi lombrosiane sul « criminale nato », in netto contrasto con il principio del libero arbitrio e di una possibilità di redenzione (termine che

(21) Discorso a parte merita l'Inghilterra, come precisato da Lindsay Farmer, dove non solo le idee positivistiche conobbero una tarda risonanza, ma l'inevitabile scelta del ceto accademico di collaborare e rivolgersi più ai giudici che al legislatore impedì alla criminologia di sprigionare la propria forza innovativa. Fu semmai il ricorso alla statistica a costituire un punto di riferimento per gli scienziati inglesi, interessati più alla metodologia e agli studi di Adolphe Quetelet, pioniere belga delle statistiche sociali, che a discutere di un'astratta concezione del penale. Era la statistica ad offrire solide basi di riflessione per il contrasto alla criminalità e per l'adozione di misure strategiche adeguate.

evidenzia meglio di ogni altro l'ombra moraleggiante che si proietta sulla funzione della pena).

L'individualizzazione della pena, obiettivo primario del positivismo, per Saleilles esigeva un compromesso tra dottrina cattolica, situazione politica della Francia della Terza Repubblica e pratiche giudiziarie della nazione e si basava su una visione religiosa della natura umana: il libero arbitrio risiedeva nella personalità del criminale, non nei suoi atti. Una sorta di avvitamento, che produrrà nei confronti di Saleilles l'accusa di incoerenza teorica (22): difensore dell'idea che la pena dovesse essere adeguata al carattere della persona cui era destinata, egli cercava al tempo stesso proprio nella scienza gli strumenti a sostegno delle sue convinzioni cattoliche per combattere quasi dall'interno le derive del positivismo, certo che non vi fosse alcuna incompatibilità tra scienza e religione.

Contrario alla 'visione italiana', ritenuta fittizia e artificiosa, Saleilles rifiutò quella « pseudoscienza » lombrosiana che individuava nelle caratteristiche fisiche, genetiche, o trasmesse in via ereditaria elementi predittivi ineluttabili. Il rifiuto categorico del giurista liberale francese di adottare misure di contrasto preventive, applicate in capo a soggetti valutati come 'pericolosi' indipendentemente dalla commissione di un reato, si fondava non tanto sulla violazione di un caposaldo del diritto penale (faticosamente conseguito) quale quello del principio di legalità (*nullum crimen nulla poena sine lege*), ma su ragioni squisitamente religiose. Il determinismo contrastava con l'ammissione di una possibilità per il reo di riabilitazione e di recupero (morale e quindi sociale).

È la concezione, che proietterà a lungo la sua ombra, di un castigo che incide spiritualmente: la presa di coscienza di sé doveva generare emenda e quindi possibilità di reinserimento nella collettività. Ciò spinse Saleilles a proporre una sentenza (e quindi una pena) indeterminata, per l'impossibilità di stabilire in via preventiva il tempo di cui il singolo necessitava per essere recuperato. Occorreva seguire i suoi progressivi stadi di 'redenzione' e procedere alla sua liberazione solo quando si fosse stati certi di un completo riscatto. Proposta che, come avverrà anche con Liszt in Germania, non poteva non suscitare la rivolta dei 'retribuzionisti' per quella grave minaccia alla libertà civile che una sanzione 'senza tempo' avrebbe comportato.

Il substrato culturale impregnato di cattolicesimo agì da freno anche in Spagna, come sostenuto da Roldán-Cañizares, per le stesse ragioni già esaminate da Donovan: il determinismo minava i dogmi della fede, metteva in discussione il libero arbitrio (ossia la capacità

---

(22) D. GARLAND, *Punishment and Welfare. A History of Penal Strategies*, Aldershot, Gower, 1985, p. 186.

dell'uomo di scegliere costantemente tra bene e male), fondamento del credo cattolico, indispensabile per evitare di attribuire a un'entità superiore la colpa della sofferenza generata nel mondo dalla violenza umana. Il criminale nato, in un'ipotesi estrema, sarebbe stato la dimostrazione che Dio decide *ab origine* il destino delle sue creature, dividendo inesorabilmente l'umanità tra buoni congeniti e irredimibili cattivi.

Il secondo elemento da considerare per comprendere l'impossibile ascesa del positivismo è il contesto politico di riferimento. Non di rado si è supposto che il positivismo abbia avuto in Italia una qualche connessione con il periodo fascista, una relazione che nonostante la bocciatura del progetto Ferri non impedì a Garofalo di collaborare con Rocco per redigere le leggi politicamente e penalmente più incisive del ventennio.

Esiste un'interdipendenza tra regimi autoritari e pensiero positivistico?

Per quanto riguarda l'Italia, Garfinkel rigetta l'ipotesi che fascismo e positivismo fossero saldamente legati: fu più forma che sostanza, senza che si giungesse a dare attuazione all'intelaiatura ideologica dei riformatori da parte della politica penale fascista. Le discese in campo di Ferri e Grispigni, a detta dell'autore, equivalevano a un omaggio convenzionale e non al riconoscimento che il codice Rocco (nel primo caso) e l'istituzione del tribunale dei minorenni (nel secondo) (23) costituissero un'esplicita adesione e accoglimento, da parte del regime, delle istanze positiviste (24). In particolare, Garfinkel ravvisa nella nascita del tribunale per i minori del 1934 il naturale esito di un amalgama di esperienze antecedenti. Lo dimostrerebbero i tentativi esperiti dalla commissione Quarta (istituita dall'allora ministro Orlando) alla quale fu affidato l'incarico non solo di elaborare le necessarie riforme legislative per porre argine alla delinquenza dei minorenni (come un codice penale pensato appositamente per loro), ma di ricercare ed esaminare anche le cause del fenomeno per aggiungere al rimedio sempre tardo e spesso sterile della repressione quello più pronto e più fecondo della prevenzione. Allo stesso modo si cercò, sull'esempio anglo-americano e delle loro *juvenile court*, di istituire tribunali per l'infanzia: sebbene il progetto fallì, nella pratica, seguendo il consiglio formulato nella circolare dell'11 maggio 1908 del ministro

(23) F. GRISPIGNI, *La nuova legislazione sulla criminalità minorile e la trasformazione del diritto penale*, in « Rivista italiana di diritto penale », 6 (1934), pp. 592-560.

(24) Nel 1926 Ferri cercò di « dimostrare la convergenza tra la criminalistica post-lombrosiana e la politica del regime che egli peraltro incensava senza remore », sottacendo l'indubbia influenza che, per quanto riguarda il versante processuale, aveva esercitato il tecnicismo giuridico (MILETTI, *Ritorno all'inquisizione*, cit., p. 481).

Orlando, si realizzò presso alcuni Tribunali una sezione speciale per giudicare i delitti dei minorenni (25).

Al contrario, in Spagna — spiega Roldán Cañizares — Jiménez De Asúa, esponente dell'area socialista, abbandonò ogni velleità riformista nel segno del positivismo in seguito alla presa di potere da parte del generale Primo de Rivera nel settembre del 1923. Approfittando della situazione di crisi economica e disordine sociale in cui versava la penisola iberica in quel frangente, Primo de Rivera mise a segno un colpo di Stato che nel giro di breve tempo portò alla sospensione della costituzione, all'introduzione della legge marziale e allo scioglimento di tutti i partiti. De Asúa preconizzò una possibile strumentalizzazione della criminologia da parte di un governo di impronta dittatoriale e forse questa è la più indiretta dimostrazione della possibilità che i semi gettati dal positivismo avrebbe potuto trovare terreno fertile nell'*humus* creato dai regimi totalitari.

3. *Un vero fallimento?*

Esaminate le ragioni ostative alla realizzazione completa dei *desiderata* della scuola positiva, occorre provare a riflettere sul se quel « positivismo addolcito » (di cui si è detto in precedenza) abbia lasciato in qualche modo il segno.

Una riflessione a sé merita il fatto che esso sia stato, per così dire, inconsapevolmente praticato prima della sua teorizzazione, a dimostrazione che i postulati dei positivisti rappresentavano il tentativo di una sistematizzazione di esigenze affiorate nella prassi giudiziaria. Da alcuni saggi emerge ad esempio come fosse già consolidata la ricerca di elementi che aiutassero a comprendere la personalità del reo, con la richiesta di avviare indagini sulle abitudini di vita dell'imputato, sul suo carattere, sulla situazione familiare, scavando nel passato, risalendo ai comportamenti dell'infanzia, per individuare una pena che in qualche modo tenesse conto, oltre che dell'oggettività dell'atto, anche della personalità del reo. Un *dossier* che a volte finiva per creare un « pregiudizio giudiziario »: non era raro che il giudice si avvalesse in senso negativo delle informazioni raccolte influenzando con sottile arguzia le

(25) L. Garlati, *Delinquenti nati. Minori e illegittimi criminali nell'Italia di fine Ottocento*, in « La Corte d'Assise », 3 (2012), p. 416. Eppure, a detta di alcuni studiosi, Grispigni vide davvero nella legislazione del '34 la traduzione del modello positivista del trattamento giudiziario minorile, tanto che Mary Gibson ha concluso che la legislazione fascista aveva incorporato quasi tutta l'agenda dell'antropologia criminale nella 'cura' dei giovani delinquenti, compresa l'istituzione del tribunale per i minorenni (M. Gibson, *Born to Crime. Cesare Lombroso and the Origins of Biological Criminology*, Westport London, Praeger, 2002, p. 195).

giurie, laddove previste, con locuzioni capaci di ritrarre il reo in modo ostile e a lui sfavorevole (26).

Inoltre, scontate le carenze cui si è fatto cenno, non si può non rilevare che alcune delle idee messe in circolo dalla scuola siano rimaste intarsiate negli ordinamenti penali del Novecento, anche in quelli mossi da intenti dichiaratamente antipositivisti (27).

Sicuro merito del positivismo criminologico fu di aver riportato sulla scena la questione giustizia, risvegliando il dibattito dottrinale dal torpore in cui era precipitato. Esso determinò, inoltre, la necessità di distinguere tra sanzioni e misure di polizia, tracciando il perimetro di azione della giustizia penale rispetto a provvedimenti extra giudiziali.

Il c.d. sistema del doppio binario nasce proprio da questa esigenza ed è in fondo, oltre che una concessione fatta alla scuola positiva, la rappresentazione più plastica di una sorta di *win to win* tra le due posizioni (28). Lo sono altresì le misure di prevenzione, che certo hanno natura amministrativa e che pertanto salvano nell'ambito specifico del penale il legame tra autore di un reato e relativa sanzione, ma che hanno la funzione di evitare attraverso la prevenzione la commissione di reati

---

(26) Diversa sul punto la posizione europea da quella americana: mentre nel nostro continente si faceva strada l'idea di un'individualizzazione giudiziaria, come si è visto, negli Stati Uniti la valutazione della personalità del reo doveva essere sottratta ai giudici e alle giurie e rimessa a commissioni carcerarie o comunque a organismi di carattere amministrativo (M. PIFFERI, *Reinventing Punishment: A Comparative History of Criminology and Penology in the Nineteenth and Twentieth Centuries*, Oxford, Oxford University Press, 2016, pp. 178-198).

(27) I fatti dimostrano come la nozione di individualizzazione sviluppata da Saleilles abbia avuto un'influenza duratura sulla penologia francese, richiamata tanto da alcuni giudici della Corte di Cassazione quanto dall'art. 707 novellato nel 2006 del codice di procedura penale francese, dove si afferma che le sentenze possono essere modificate durante la loro attuazione per tener conto dell'evoluzione della personalità e della situazione del condannato, fino alla legge del 2008 sulla *rétention de sureté* in cui si sancisce che la permanenza in carcere del condannato è determinata dal suo grado di pericolosità. Donovan evidenzia come non vi sia alcun richiamo esplicito alle posizioni di Saleilles, ma che tuttavia la sua presenza spettrale aleggi nelle pieghe di quelle disposizioni (DONOVAN, *The French judicial and political origins of Raymond Saleilles' individualization of punishment*, cit., p. 90). L'autore richiama anche la formula coniata da Ferrand per affermare una « vittoria postuma » di Saleilles [J. FERRAND, *Vous avez dit rétention du sûreté? La Victoire posthume de Saleilles et les préventions de la doctrine pénale française à l'encontre du positivisme*, in « L'Irascible: Revue de l'Institut Rhône Alpin de Sciences Criminelles », 3 (2012)]. La capacità di Saleilles di creare con efficace camaleontismo strategico un pensiero che mischiava il linguaggio del positivismo con la difesa del libero arbitrio (e quindi della responsabilità) ha retto alla prova del tempo.

(28) PIFFERI, *From responsibility to dangerousness?*, cit., pp. 253-273.

da parte di categorie di soggetti considerate potenzialmente e socialmente pericolose sulla base di semplici indizi.

Il positivismo criminologico ha parimenti acceso, in qualche modo, i riflettori sul tema dei minori, sulla mancanza di istituzioni e di organismi giudiziari loro dedicati, sulla modalità del trattamento punitivo da riservare, prospettando forme alternative al carcere per un recupero personale e sociale (si pensi alle colonie agricole di lavoro (29)). Il trattamento speciale dei giovani delinquenti era uno dei *leitmotiv* della criminologia positivista e fu recepito nelle leggi di molti paesi europei (30), e non solo (31), anche se la lettura di Garfinkel nega recisamente un peculiare apporto da parte dei novatori, attribuendo l'interesse al tema a un'eterogenea alleanza tra giuristi e sociologi spinti dalla volontà di frenare l'incremento della criminalità minorile e di sopperire all'inerzia e arrendevolezza dello Stato. In questa compagine i positivisti erano presenti, ma Garfinkel insiste nell'attribuire loro un ruolo non decisivo: un'analisi che sulla scia delle parziali seppur interessanti ricerche archivistiche condotte dall'autore necessiterebbe di qualche approfondimento.

È possibile inoltre ricondurre alla criminologia la nascita delle scuole di polizia scientifica, spesso trascurate dalla storiografia e ora tornate alla ribalta per quell'indubbia spinta che i pur discutibili studi antropologici o di misurazione antropometrica ebbero nella formazione di specifiche competenze investigative e di indagine. È stato così in Italia, con Salvatore Ottolenghi (32), ma lo stesso può dirsi per il Brasile, dove Elysio de Carvalho fondò una scuola tecnica di polizia che, come nel laboratorio romano di Ottolenghi, attribuiva importanza alla datti-

---

(29) P. Garfinkel, *Criminal Law in Liberal and Fascist Italy*, Cambridge, Cambridge University Press, 2016, pp. 212-216 e mi sia consentito un rinvio a L. Garlati, *Colonia agricola e rieducazione giovanile: l'isola che non c'è*, in *Avvocati protagonisti e rinnovatori del primo diritto unitario*, Bologna, il Mulino, 2014, pp. 589-611.

(30) Interessante in questo senso la panoramica offerta di Pihlajamäki, *The limits of positivism*, cit., pp. 128-130.

(31) Sabadell, Dimoulis, *Limits and displacements in the adoption of criminological positivism*, cit., pp. 240-241.

(32) *Salvatore Ottolenghi, Una cultura professionale per la polizia dell'Italia liberale e fascista. Antologia degli scritti (1883-1934)*, a cura di N. Labanca e M. Di Giorgio, Milano, Unicopli, 2018; M. Gibson, *Italian Prisons in the Age of Positivism (1861-1914)*, London, Bloomsbury, 2019, pp. 225-234; *Una cultura professionale per la polizia dell'Italia liberale e fascista. Antologia del "Bollettino della Scuola di polizia scientifica" (1910-1939)*, a cura di N. Labanca e M. Di Giorgio, Milano, Unicopli, 2020; L. Garlati, *Alle origini della prova scientifica: la scuola di polizia di Salvatore Ottolenghi*, in « Revista Brasileira de Direito Processual Penal », 7 (2021), 2, pp. 883-933.

loscopia elaborata da Vucetich e alla creazione di un 'casellario giudiziale' che consentisse la catalogazione e la classificazione dei delinquenti. L'antropometria, gli studi craniometrici, strumenti quali l'otometro o il pletismografo facevano il loro ingresso nelle operazioni investigative, espressione di metodologie psicosociali dirette a creare un deposito di tipologie criminali (33).

Appare quasi che la carica del positivismo sia stata dirottata verso le misure amministrative e di polizia per contenere o reprimere classi sociali marginali: gli oziosi, i vagabondi, gli ubriachi, le prostitute, le persone discriminate in ragione della 'razza'. In questi casi la solidità del nesso causale tra reato e autore lasciava il posto al tema della pericolosità, quasi che il codice penale mantenesse una sorta di 'purezza', riproducendo l'impianto e i valori della 'scuola classica', ma le idee positivistiche servissero quale strumento di controllo sociale dei 'diversi', dei deviati, degli 'anormali'. Si dava vita a un sistema para-penale, gestito da poliziotti, psichiatri e uffici penitenziari per il trattamento di gruppi emarginati e da emarginare.

Se è vero che molti fattori hanno concorso a depotenziare la carica esplosiva del pensiero positivista, è altrettanto vero che esso ha contribuito a determinare un nuovo approccio al penale, un cambiamento non solo nella comprensione del rapporto tra reato e autore dello stesso ma anche del modo in cui combattere il crimine. La difesa a riccio dei retribuzionisti, che vedevano nelle argomentazioni dei positivisti la messa in pericolo di garanzie, di valori, di conquiste, del concetto stesso del principio di legalità e di proporzionalità della pena (oltre che di quello del libero arbitrio), ha forse impedito di cogliere non solo la portata e il valore di alcune proposte, ma di smorzarne quasi l'incidenza, che, se pure indiretta, è avvenuta.

L'asserita scivolosità di certe asserzioni, così come il timore di scippare al diritto il proprio campo di azione a favore di altre scienze, con conseguente depotenziamento del ruolo e del potere del magistrato, a servizio di periti ed esperti pronti a trasformare il suo operato in una medicalizzazione del criminale, hanno finito per negare o per far passare sotto traccia il ruolo che il positivismo ha occupato e occupa nella storia del penale. A prescindere dal radicalismo di certe affermazioni, le questioni e le domande poste erano pienamente fondate e attendevano risposte.

Come evidenziato da Heikki Pihlajamäki, nella lontana Finlandia Allan Serlachius, professore di diritto penale all'Imperial Alexander University di Helsinki, scriveva che la scuola classica aveva a tal punto separato l'atto criminale dal malfattore che quest'ultimo era stato

(33) SABADELL, DIMOULIS, *Limits and displacements in the adoption of criminological positivism*, cit., pp. 235-337.

completamente dimenticato, fino a trasformare l'azione in un concetto solo astratto. La scuola classica aveva finito per chiudere gli occhi sulle ragioni sociali della criminalità (34): la scuola positiva la costringeva a riaprirli. E fu per rintracciare tali ragioni che i positivisti rinunciarono alla rivoluzione a favore di riforme concrete: la mediazione tra i dogmi positivistici e i principi del diritto penale democratico impedì loro di essere protagonisti assoluti della scena giuridica, ma al tempo stesso ne evitò la condanna all'isolamento (35).

Se pur alla ricerca dei 'limiti', questo volume rappresenta una significativa testimonianza del ruolo internazionale assunto dal movimento, che indusse gli stessi esponenti della 'scuola classica' a riflettere e a rimettere in discussione i propri dogmi. Questi ultimi dal confronto dialettico con gli oppositori uscirono 'validati', come se « il *positivismo penale*, pur avendo concorso ad erodere il diritto penale *classico*, lo avesse, in certa guisa, rafforzato » (36).

L'apparizione sulla scena dei 'novatori', capaci di scuotere il panorama non solo giuridico, ma *lato sensu* scientifico, sfidò la narrativa neoclassica e costrinse « il sistema penale » a ridisegnare il proprio volto.

---

(34) PIHLAJAMÄKI, *The limits of positivism*, cit., p. 116. Pihlajamäki definisce Serlachius una figura certo marginale nel contesto europeo, docente in un'università periferica lontana dai grandi centri di cultura, e che tuttavia assolse un ruolo centrale nella realtà di appartenenza, punto gravitazionale del diritto penale finlandese e filtro delle idee positivistiche che grazie a lui ebbero modo di circolare e incidere sulle riforme di quella nazione (ivi, p. 130). Il pregio del volume è dunque anche quello di aver consentito la scoperta di personaggi trascurati dalla storiografia o di realtà solitamente estranee al circuito degli studi tradizionali.

(35) Sostiene Sbriccoli che la scuola positiva ha avuto influenza ma non successo (SBRICCOLI, *Caratteri originari*, cit., p. 631, nt. 85), ma che al tempo stesso da quell'oblio cui sembrava condannata nell'immediato (secondo la periodizzazione delineata da G. NEPPI MODONA, *Diritto penale e positivismo*, in *Il positivismo e la cultura italiana*, a cura di E.R. Papa, Milano, FrancoAngeli, 1985, p. 47 e ss.) essa è stata strappata grazie al crescente interesse storiografico.

(36) A. ZERBOGLIO, *Il positivismo penale: realtà e possibilità (Sintesi)*, in « Scuola Positiva », 1933, n.s. XIII, pt. I, p. 397.

CLAUDE GIBOIN

L'ÉTHIQUE CONDAMNE-T-ELLE LE DROIT?

(À propos du non-droit de Jean Carbonnier)

1. L'éthique du droit à l'épreuve des droits de l'éthique. — 1.1. Pourquoi distinguer aujourd'hui l'éthique de la morale? — 1.2. Le droit, critère de la distinction éthique-morale. — 1.3. Le droit et le problème de l'éthique. — 2. L'hypothèse du non-droit de Jean Carbonnier. — 2.1. La difficulté de la notion de non-droit. — 2.2. Le non-droit est une hypothèse nécessaire. — 2.3. Le non-droit et l'éthique. — 3. Conclusion.

1. *L'éthique du droit à l'épreuve des droits de l'éthique.*

1.1. *Pourquoi distinguer aujourd'hui l'éthique de la morale?*

Il n'est pas sûr que la distinction, communément reçue de nos jours, entre éthique et morale soit bien nette et d'un intérêt certain. Pourquoi différencier ces deux mots, qui ont longtemps eu même signification? À notre avis, le sens et l'intérêt de le faire se précisent utilement dans le droit. En effet, l'évolution du droit témoigne une attention plus grande portée aux conduites individuelles ou aux comportements de groupes particuliers et à leur importance grandissante dans la vie sociale.

L'institution du droit suppose une influence limitée de la morale dans la société; il faut la loi, et nous devons répondre devant elle de nos propres conduites. La force de l'obligation sociale, que sanctionne le droit, appelle la personnalité éthique. Ainsi, remarque Bergson, l'individu peut regarder le lien de l'obligation comme ce qu'il se doit avant tout à soi-même. « L'obligation, que nous nous représentons comme un lien entre les hommes, lie d'abord chacun de nous à lui-même » (1). Toutefois, l'obligation juridique a cette particularité de rester exigible, qu'on y ait personnellement consenti ou pas.

En appeler à l'éthique implique une critique du moralisme au nom d'une plus grande exigence morale. En effet, observe Jean Car-

---

(1) H. BERGSON, *Les Deux sources de la morale et de la religion*. *Œuvres*, Paris, Gallimard (coll. Bibliothèque de la Pléiade), 1970, p. 986.

bonnier, par un « retour général à la morale » et pour éviter tout soupçon de moralisme « l'on tend de plus en plus à remplacer *morale* par *éthique* » (2). La moralité n'est jamais plus effective que lorsque l'individu l'exerce de lui-même et non pas vraiment dans des leçons de morale. Mais notre conduite s'explique aussi par notre existence sociale et il revient au droit pour Napoléon de « mettre les lois en accord avec les mœurs ». Les contraintes sociales sont de quasi obligations morales, et le droit a pour fonction d'en garantir, au besoin en usant de la contrainte légale, le respect en imputant la responsabilité de ses actes à son auteur. D'autant plus que les lois ne peuvent plus seulement entériner les usages. Nous ne pouvons plus guère aujourd'hui, devant les innovations des sciences et des techniques, trouver de réponses toutes faites dans les mœurs existantes ou la morale dominante. Mais nous avons toujours à envisager que les contraintes sociales qui naissent de situations nouvelles requièrent des décisions morales. Par suite, nous pouvons dire que l'importance de l'éthique tient essentiellement à la recherche de solutions de droit.

Le droit de nos jours fait ressortir l'importance de la résolution des problèmes éthiques puisque chacun doit se voir partie prenante des règles qu'il doit suivre. De fait, la responsabilité juridique et la reconnaissance des droits de la personne, en particulier les Droits de l'homme, alimentent le besoin de réglementations éthiques. On ne saurait assez souligner ici l'influence du droit subjectif, influence telle que le système juridique semble même ne plus pouvoir se dégager des questions éthiques. La tentation est grande de faire du droit une dépendance de l'éthique.

Mais, qu'il revienne au droit de faire respecter une éthique ne signifie nullement que sa finalité soit morale. La règle de droit suppose au contraire que nous n'agissions pas exclusivement pour des motifs moraux. Sa légitimité est due pour une part essentielle au fait qu'elle tient compte d'un certain état des relations sociales. La notion d'éthique prend toute son importance dans le droit moderne positif qui dispense de toute justification morale transcendante. Il n'y a pas de domaine moral qui puisse être opposé au droit comme s'il en était totalement indépendant. De nos jours, cela se montre par le souci accru des choix individuels ou communautaires. Par « éthique », on entend la nécessité de faire droit aux valeurs qui guident l'action non plus en raison de leur caractère absolu mais compte tenu de l'antériorité du réel, c'est-à-dire, pour le droit, des valeurs existantes dont il doit sanctionner la légitimité. L'éthique ramène sur terre ces fins qu'autrefois on opposait, au

(2) J. CARBONNIER, *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, Paris, L.G.D.J., 2001[10], p. 96. Nous faisons suivre dorénavant dans le texte toute citation de cet ouvrage du sigle *FD* suivi du n° de page.

nom d'une moralité supérieure, au droit. Le non-droit d'un côté, l'éthique de l'autre, qui contribue à donner valeur juridique aux exigences morales, permettent d'articuler *par rapport* au droit ce que nous généralisions sous le vocable de « morale », à savoir l'importance des valeurs et des conduites humaines.

1.2. *Le droit, critère de la distinction éthique-morale.*

On peut voir un « progrès universel » dans le fait même que le droit traite de plus en plus des problèmes éthiques. La protection des droits des individus (par exemple, la liberté, la vie et la propriété ou sécurité dans la Déclaration d'indépendance des États-Unis), qui sont des droits fondamentaux, irrécusables en démocratie, parle pour l'éthique. Les droits subjectifs sont éthiquement des droits fondamentaux. Nous appelons désormais du nom d'« éthique » le souci de veiller à eux. *Ils sont cependant du droit, mais est-ce pour autant comme tels qu'ils doivent impérativement être pris ?*

Leur statut juridique implique leur limitation réciproque. Par exemple, au droit de mourir dans la dignité s'oppose le droit de vivre qui ne permet pas d'en faire un droit à la mort. Devenue l'objet de droits, l'exigence éthique n'est plus une simple exigence de conscience, elle prend place parmi les contraintes sociales et juridiques; cela signifie que les réalités de la vie sociale connaissent des limites morales *et ce sont ces limites que doit fixer le droit*.

Dans le principe, l'objet du droit est de rendre la justice. Aussi serait-on tenté de voir simplement dans le droit une éthique. C'est une erreur. L'exercice du droit, lui, suppose d'abord une éthique, celle du juge ou du praticien. La valeur du droit ne tient pas tant à la moralité présumée des règles prescrites, bien que nous aimions toujours croire que la loi s'impose par sa moralité, qu'à leur respect formel (3).

Le jurisconsulte, le juge, l'avocat, partent de la règle de droit formulée, ils ne peuvent que tenir compte du cadre des lois positives. Cela ne signifie pas pour autant que toute solution juridique procède d'une règle de droit ou l'institue. Loin de là: « l'immense majorité des jugements rendus dans notre pays sont souvent des jugements d'équité ou des jugements de pur fait qui n'appliquent pas une règle de droit antérieure et ne deviendront pas eux-mêmes des règles de droit » (*FD*, p. 2). L'expression typiquement juridique: « connaître de » dit précisément que ce qui est extérieur dans les actions est un fait qui doit

(3) Ce qui rend théoriquement très difficile d'admettre qu'il *puisse* y avoir du non-droit. C'est ici capital.

encore recevoir une qualification et une imputation de droit mais aussi requiert de savoir *s'il le peut* (4).

Donc: a. « appliquer la loi » signifie devoir envisager les faits selon les termes du droit. Ce n'est qu'à titre subsidiaire que les considérations purement morales jouent dans l'obligation juridique. Mais les demandes éthiques pourraient inverser ce rapport en soutenant au nom de la morale les prétentions subjectives dans le domaine du droit. De plus en plus, d'ailleurs, les réclamations, à force de se répéter, font figure de droits. Aussi: b. il importe de savoir déterminer les choses qui relèvent du droit *ou non*, et non pas de subordonner sa pratique à la question théorique de savoir si c'est moral ou non (5).

L'acte de justice n'est possible que parce que le juriste et, en particulier les tribunaux, n'ont pas à se demander dans leur pratique s'ils « font du droit ou de la morale » (*FD*, p. 99). Jean Carbonnier rappelle ici que les moyens de droit ne dépendent pas de la morale bien que la règle de droit rapporte à des valeurs morales. La réalité humaine et sociale n'obéit jamais exclusivement à des critères moraux non plus que juridiques. L'art judiciaire est de réaliser non pas un idéal de justice mais une justice recevable car effective, accordant l'autorité sociale de la règle à une exigence morale. Appliquer le droit doit être considéré comme un « acte de justice ».

L'institution de la justice n'impose pas la règle de droit comme une règle morale mais *comme une nécessité sociale, nécessité de règles à valeur morale non tant pour ce qu'elles prescrivent que parce qu'elles sont reconnues pouvoir et devoir s'imposer à tous* (6).

Il y a deux façons d'entendre l'« éthique du droit » :

a. comme donnant un sens éthique à l'application du droit: appliquer le droit est considéré comme un « acte de justice ». C'est dans la pratique même et le scrupule de la formule juridique, qu'il faut d'abord considérer ce qui peut s'appeler « éthique du droit ». En effet, exercer le droit, c'est donner et imposer à tous par la formulation de la règle un certain état de choses en société, ce que la seule bonne volonté ne peut obtenir;

b. comme donnant valeur juridique à des exigences éthiques et faisant obligation de veiller à l'application des lois qui répondent à ces

---

(4) En particulier, ce qui ne peut être prouvé n'existe pas aux yeux du droit et ne donne pas lieu à poursuivre. Il y a un nœud gordien qui lie la justice et la morale et qu'il faut trancher. Ce n'est pas moral que le coupable reste impuni faute de preuves, mais il le serait encore moins que la justice juge sans preuve ou élément de preuve.

(5) Cette absence de tout a priori moral abstrait fait du non-droit une notion de première importance.

(6) Ce qui fait de la loi le paradigme de la règle de droit.

exigences (7). Il est vain d'attendre de l'institution du droit une justice désincarnée. Rapporté à l'éthique, le droit paraît aujourd'hui plus se préoccuper des situations réelles. C'est ainsi qu'on peut juger positivement le souci accru des conduites éthiques en droit et l'importance reconnue de la décision et de l'intérêt individuels. Il s'occupe toujours plus des problèmes d'éthique parce que les règles sociales requièrent de plus en plus de reconnaître les droits de chacun. L'éthique peut alors être regardée de nos jours comme *la morale entendue dans les termes du droit*.

L'importance nouvelle de l'éthique résulte de celle, croissante, accordée aux droits de l'individu. Les exigences morales qui ne sont pas toutes *de facto* des exigences sociales le deviennent *de jure* sous l'influence des principes démocratiques et des Droits de l'homme, des droits de la personnalité jusque dans les droits sociaux. Dans la société moderne est prise en compte et reconnue par le droit la pluralité irréductible des normes de la vie sociale et des conduites personnelles. L'importance nouvelle de l'éthique marche de pair avec la juridicisation de la société, un constructivisme juridique induit par l'évolution des sciences et des techniques et la multiplication des échanges ainsi que leur effet sur la politique, la vie des affaires et les mouvements d'opinion. La primauté toujours plus accentuée du droit subjectif expose cependant à ne plus voir de limites à l'action du droit.

L'« éthique véritable » réside dans la décision individuelle non dans la conformité à la règle. En appeler à l'éthique dénote en revanche aujourd'hui le souci de rapporter nos conduites personnelles à une situation juridique, le rôle essentiel du droit étant de maintenir durables les relations sociales par la contrainte de la règle. La décision éthique en effet est toujours susceptible, en ses conséquences sociales, de découvrir un conflit de valeurs et la norme juridique doit alors suppléer à l'empêchement moral. L'éthique permet d'imposer dans ce cadre juridique une morale sans transcendance puisque l'individu, capable de se déterminer « en conscience », est censé le faire du moins en tant que sujet de droit.

Jean Carbonnier situe les deux moments du retour en France de

---

(7) Un droit de la recherche se constitue sur cette base. En matière de plagiat et de respect de la vie privée, le comité d'éthique d'un institut de recherche peut exclure le chercheur ou interdire (mais aussi le Comité de protection des personnes ou la Commission Informatique et libertés) un programme de recherche (le chercheur doit même justifier des procédures par lesquelles il garantit la protection des données personnelles qu'il utilise). Si nombre d'exemples proviennent du domaine médical ou biologique, nous noterons ici que les problèmes d'éthique liés à l'informatique pourraient bien prendre à l'avenir une place plus importante encore dans nos sociétés que la préoccupation ancestrale de vivre.

la morale dans le droit à la mise en cause en 1926 par Georges Ripert de la séparation du droit et de la morale, puis à la création du Comité national d'éthique en 1983. Mais il fait observer aussi que « la création de nouvelles règles de droit », notamment les dispositions juridiques appelées par la violation de normes éthiques, engendrent une « morale nouvelle » (*FD*, p. 95 et p. 99). Cette morale attentive aux droits de l'individu et à leur garantie imposée sous le nom d'« éthique » réfère en fait à l'activité normative du droit et, annoncée par la connotation morale de l'expression « État de droit », à la constitution d'une « morale d'État » qui n'est pas exempte pour Jean Carbonnier du risque de voir naître un nouvel « ordre moral » peu tolérant.

Comment en effet, dans le cadre du droit étatique, limiter l'étendue des prescriptions morales ? La revendication éthique, qui relève du désirable, pourrait, comme naturellement par la production incessante de normes, aller dans le sens d'un affaiblissement du droit (dont témoigne le déclin du rôle des juristes), corollaire de celui de la morale commune. Précisément, la force du droit tient à *ne rien considérer au-delà* de la règle même et des raisons qui l'ont fondée. Le problème n'est pas des effets juridiques de l'éthique mais de leur systématisation. La tendance irrépressible à faire du droit trahit un affaiblissement de la vie morale en société, gageons que c'est cela qui atteint la vie même du droit.

Le besoin d'éthique a rapport à l'affaiblissement de la morale: par la réflexion à laquelle oblige la décision que chacun doit prendre, l'éthique fait s'interroger sur ce qui est bon ou non alors qu'à la morale, on doit obéir. Parce qu'il y a de moins en moins de morale, coutumière ou religieuse, l'éthique ne peut plus trouver que dans le droit la force sociale obligatoire qu'elle n'a pas.

1.3. *Le droit et le problème de l'éthique.*

« Il y a plutôt trop de droit ». Cette remarque de *Flexible droit* indique que le droit doit bien tenir compte de l'évolution des mœurs sociales. Seulement, on peut craindre alors qu'avec la reconnaissance juridique des droits de la personne, le souci de l'intérêt particulier ne finisse par l'emporter sur l'exigence du de la règle commune.

La loi prend en compte l'exigence éthique qui devient un droit mais aussi l'auxiliaire péremptoire d'intérêts particuliers. Jean Carbonnier nous avise, en juriste expérimenté, de rester mesurés sur la finalité morale et humaine de la promotion de l'éthique dans le droit. La bioéthique, observe-t-il, « n'est pas toujours très morale: son exaltation de la personne ne l'empêche pas de faire peu de cas de la personne de l'enfant, traité comme un enfant pour satisfaire le désir d'un couple » (*FD*, p. 204). Tout est dit, les droits subjectifs présumés éthiques peuvent servir à promouvoir, contre toute rationalité morale et juri-

dique, le désir en droit. De plus, l'exigence éthique *se raidit* dans sa dignité de droit. Le désir naturel d'enfant est devenu droit à l'enfant, un droit fondamental de la personne qui fait obligation aux institutions et à l'État de rendre accessibles à tous les techniques de la reproduction ou le recours aux mères porteuses. Le caractère systématique de la règle appliquée pour des raisons éthiques fait difficulté: où s'arrêteront les prétentions du droit invoqué (ex. choix du sexe de l'enfant, de certains caractères physiques, d'un QI supérieur, etc.)?

L'importance nouvelle de l'éthique, nous l'avons vu, ne résulte pas de considérations purement morales, mais tient au besoin social de lui donner l'autorité du droit. L'expression « lois éthiques » entretient le sentiment suspect qu'avoir le droit avec soi vaut démonstration de moralité; que des lois promeuvent les valeurs éthiques en « droits » n'autorise pas à les qualifier de morales. L'expression « loi éthique » est mal venue, on doit parler de lois à caractère éthique, ou de « lois d'éthique » de même qu'on parle de lois de bioéthique. Elles sont adoptées au nom de certaines valeurs; ainsi, l'interdiction du clonage thérapeutique et de l'eugénisme est une obligation déontologique pour les chercheurs ou les médecins. Mais la société dépasse largement le domaine professionnel et l'exigence éthique s'inscrit dans un ensemble juridique qui la connaît relative à des conditions socio-économiques. Pluridisciplinaire, tenant compte des divers aspects de la réalité sociale, l'éthique « appliquée » favorise le consensus (8) quand nous entreprenons de voir en quoi ses impératifs peuvent constituer une situation juridique. Cependant, le risque est grand de voir transformer les problèmes d'éthique (juridiques) en questions éthiques (morales). En

(8) Les problèmes contemporains d'éthique naissent de mouvements d'opinion sur l'avortement, l'écologie, l'euthanasie, la décolonisation, la paix, le féminisme, etc. Les progrès de la biologie et de la médecine notamment suscitent l'intervention du droit pour régler, par l'adoption de normes morales, des situations inédites en société. Ainsi l'éthique appliquée semble devoir appeler les solutions de droit. Si ce que les Anglo-Saxons ont ainsi appelé de ce nom suit de mouvements d'opinion, on ne s'attendra pas à ce que le droit absorbe le besoin social d'éthique, mais bien plutôt à l'absorption du droit par des exigences dites, sinon sociales, du moins sociétales. L'importance accrue de compromis éthiques relève en somme d'un mouvement général d'utilisation du droit à des fins sociales. La juridicisation de l'éthique menace en fait l'exigence *de droit* de justice. En définitive, Jean Carbonnier désapprouve que la loi devienne un instrument de gouvernement dans *Droit et passion du droit sous la Ve République*, et a en particulier fait état du Comité national d'éthique, « comme si étrangement installé par les pouvoirs publics afin d'édifier une morale d'État, spécialisée à la biologie — une bioéthique d'État » (*Essai sur les lois*, Paris, Répertoire du notariat Defrénois, 1995, pp. 205-206). Ces temps-ci, ce sort échoit à l'éthique médicale, l'urgence sanitaire facilitant l'alignement des normes sur une logique administrative.

effet, le besoin social d'éthique en droit entretient, avec la confusion du juste et de l'utile, cette « passion du droit », ce « juridisme passionnel » qui, à force de vouloir tout régler, dérègle le droit et les relations sociales et, finalement, affaiblit la « puissance morale » du droit.

Le besoin éthique porte à ne plus mettre de limite à l'action du droit. Le fait du non-droit, les « phénomènes de non-droit », passeront alors pour un refus du droit quand ils signifient surtout la possibilité de s'en dispenser. Possibilité que sublimait autrefois l'éthique: « pouvoir se dispenser du droit » comptait pour l'aspect essentiel de la conduite éthique, qu'elle mène ou non à s'opposer à la loi des hommes. Mais l'exigence éthique moderne appelle la norme juridique. Les demandes éthiques en droit ne permettent plus d'y voir la simple transposition des usages et coutumes en droit écrit mais visent à définir et formuler les usages qui doivent être d'application. Les usages sociaux font figure de demandes éthiques, l'éthique de *demande de droit*. Vouloir convertir la morale en droit dans le seul but d'actionner la loi revient inévitablement à renoncer au caractère constitutif du droit: « poser des limites à la responsabilité ».

Un droit dominé par des exigences éthiques peut-il encore avant tout poser des limites à la responsabilité (et non s'alimenter d'une confuse culpabilité morale)? La menace est patente ici, « la pulvérisation du droit en droits subjectifs » signifie une régression du sens de la responsabilité personnelle, en mot, de l'éthique même! Elle laisse place nette au seul droit d'État, place si nette que nous en oublions que les Droits de l'homme sont en fait moins un universel moral que la facilitation de l'État de droit. Les exigences éthiques, en entretenant la pression sociale en faveur des solutions juridiques, favorisent le raidissement du droit, elles sont aujourd'hui le levier le plus puissant de la juridicisation de la société. Entendre tout régler par la loi c'est ignorer le fait du non-droit, comme l'illustrent dramatiquement les effets de l'inscription du principe de précaution dans la législation d'États modernes.

L'éthique est devenue une *supposée* demande de droit. Car, d'où vient-elle? Jean Carbonnier note, avec une certaine malice: « Qui demande de l'éthique? Ce n'est point précisé, mais l'offre ne manque pas ». Le développement des questions d'éthique en droit est un phénomène sociologique qui s'explique moins par une nécessité de droit que par un besoin irrépressible de production de lois. L'inflation des lois signale un dérèglement, une fuite en avant qui détourne d'« une vision d'ensemble du système juridique ». La promotion des valeurs éthiques, qui est celle des droits subjectifs, est non pas tant réclamée par les détenteurs de ces droits que cultivée par les experts qui peuplent les comités d'éthique. L'inflation du droit et la demande sociale d'éthique suit l'expansion des métiers du droit, de la politique ou du monde associatif qui instrumentent les recours juridiques et font profession de

prévenir les atteintes aux personnes et à leur vie. Dès lors, l'« inventivité éthique », l'expression est de Georges Canguilhem, ne s'exerce plus guère au profit de l'éthique ou du droit.

Le droit, réalité institutionnelle, pourvue d'organes spécialisés qui corrigent et redressent les manquements au droit comme les manquements du droit, n'exige pas l'intériorisation des normes et peut se prêter à un simple calcul d'intérêt ou accommoder la loi à nos besoins. L'aspect négatif de l'intégration de l'éthique au droit est d'occasionner l'affaiblissement des exigences éthiques personnelles. Mais substituer systématiquement la loi à la décision proprement éthique affaiblit du même coup le droit lui-même. En ceci, il n'est jamais bon qu'il y ait « plutôt trop de droit »: le non-droit importe à l'éthique et à l'existence du droit. *Car, d'un autre côté, il n'y a jamais trop de droit au sens où le droit doit s'exercer, mais là où il le doit et pas au-delà.* L'hypothèse du non-droit rappelle utilement que toutes les situations sociales ne peuvent requérir et engager l'action du droit, bien au contraire.

2. *L'hypothèse du non-droit de Jean Carbonnier.*

> « *Ne légiférez qu'en tremblant*, ou bien *Entre deux solutions, préférez toujours celle qui exige le moins de droit et laisse le plus aux mœurs ou à la morale* ».

2.1. *La difficulté de la notion de non-droit.*

L'hypothèse du non-droit est d'abord parue dans un article des *Archives de philosophie du droit* de 1963, qui avait pour thème: « Le dépassement du droit ». Nous devons tenir compte de situations qui ne regardent pas ou plus le droit existant et envisager sérieusement que le droit *ne puisse* s'appliquer à tout (9).

Michel Villey a reconnu cette notion de non-droit utile mais elle a cependant « grand besoin d'être clarifiée » (10). Rien, théoriquement, ne saurait être soustrait à la juridiction du droit. Ce qui est de droit s'entend: est-ce conforme *ou non* au droit ou à la loi ? Moins entendue est la question: qu'est-ce qui relève *ou non* du droit ? La difficulté tient d'abord à ce que la frontière du droit et du non-droit est changeante, variable. Nous vivons ordinairement selon des règles qui n'ont rien de juridique. Mais la vie sociale impose non moins de pouvoir toujours, au

---

(9) Autrement dit, nous ne sommes pas tenus d'adopter le point de vue du dogmatisme comme du positivisme juridique et de nous arrêter à l'antinomie droit naturel — droit positif.

(10) M. Villey, *L'hypothèse du non-droit [note bibliographique]*, in « Revue internationale de droit comparé », 32 (1980), 4, pp. 852-853.

besoin, recourir à la sanction du droit. Jean Carbonnier parle de « question de préséance » immanquable entre le droit et le non-droit, sachant que « la pression sociale pèse de tout son poids en faveur des situations juridiques » (*FD*, p. 27). Ce n'est pas tout: a. le droit ne se cantonne pas aux prescriptions légales et aux cas de contentieux, ce qui accroît la difficulté de distinguer le non-droit du droit (et par là de compter avec le besoin de droit). Tout serait plus simple s'il suffisait de rapporter le juridique aux cas de contentieux qui nécessitent l'intervention de la loi. Or les situations de droit ne demandent pas la plupart du temps l'usage explicite ni même l'effectivité de la règle juridique. Beaucoup de lois proposent, donnent des droits et des libertés dont l'individu peut *ne pas* user (*FD*, pp. 137-138). Bien qu'inappliquées, elles restent toujours applicables. b. de plus, pour Jean Carbonnier, la différence de nature du droit au non-droit peut se ramener « le plus souvent » à une différence de degré, « la différence de plus de droit à moins de droit ». Ce saut qualitatif ne devrait-il pas d'abord annoncer qu'ils ne peuvent être séparés? Reconnaissons que le langage courant peine à faire la différence entre ce qui est droit et ce qui n'en est pas.

La notion de non-droit a été d'abord plutôt mal reçue parce qu'elle contredit à l'idéal du juriste pour qui, puisque le but du droit est de rendre justice, les rapports humains doivent pouvoir se ramener aux rapports de droit. Elle conduit en outre à ne plus considérer le « vide juridique » ou les lacunes du droit comme une situation anormale, puisque le droit ignore ou encore se retire lui-même de domaines qu'il pourrait réglementer. Le non-droit indique simplement que des situations sont juridiquement qualifiées, d'autres non, mais aussi que cela se détermine à partir du droit. L'hypothèse de Jean Carbonnier ne dénote pas un « sociologisme aveugle » (Alain Sériaux), au contraire. Si nous désirons voir le droit régler, garantir, nos rapports sociaux et politiques, nous devons admettre des domaines qu'il lui est utile et même nécessaire de ne pas investir (11).

La frontière entre droit et non-droit est incertaine et changeante, indépendante du fait que la loi ait ou non été observée. La question de savoir si et quelle règle doit ou non s'appliquer et de décider ce qui porte ou non atteinte au droit n'impliquera jamais que le droit positif se suffise à lui-même. Il faut du droit pour que l'on puisse en distinguer le non-droit et celui-ci dispense de l'action du droit sans pourtant qu'on ait à parler de déni de justice ou de déni de droit. Il importe ici de voir pourquoi.

---

(11) La supposition que tout doive être réglé par la loi, plutôt que de chercher des solutions juridiques dans les lois existantes, porte à la facilité trompeuse d'en inventer de nouvelles.

La difficulté ne s'arrête en effet pas là : comment comprendre que le non-droit importe au droit s'il lui est extérieur et, en quelque manière, étranger?

2.2. *Le non-droit est une hypothèse nécessaire.*

L'hypothèse du non-droit est une « hypothèse sociologique », opposable à la doctrine qui n'admet d'autre système normatif que le droit. Les relations humaines sont réglées par le droit mais aussi par bien d'autres choses que le droit. Jean Carbonnier oppose ce fait incontestable au panjurisme et à sa conviction que le droit peut tout régler. Mais suffit-il de relever que les normes sociales, religieuses, morales ou coutumières, peuvent sans inconvénient s'y substituer ? En entendant se fonder sur cette réalité sociologique, Jean Carbonnier n'a pas, à notre sens, suffisamment mis en lumière le trait essentiel du concept de « non-droit ».

Bien sûr, il entend souligner toute l'importance du non-droit pour le droit lui-même. Parler de situations non-juridiques et même d'un « vide du droit » implique que l'absence de droit a rapport à son existence. Le non-juridique est simplement là où le droit est absent ou s'absente et connaît des interruptions *sans que la vie sociale cesse*. C'en est même l'état normal.

Nous ne saurions « faire du droit continûment » (*FD*, p. 28). Loin d'être soumise aux seules règles juridiques, la vie sociale permet bien plutôt de limiter le besoin de lois, de procédures ou autres formalités du droit. Ceci importe aussi au droit, qui ne peut ni ne doit régler à lui seul les rapports sociaux. Mais, nous irons plus loin en disant que le non-droit n'est pas seulement utile et « salutaire » au droit, il lui est une supposition *logiquement nécessaire*. En effet la nécessité sociale du non-droit *s'apprécie* par rapport au droit et, contre l'abus de droit et l'inflation du droit, à l'usage judicieux et choisi de la règle. Ce qui a empêché de saisir clairement la portée de l'hypothèse du non-droit, c'est de n'avoir pas, en la posant comme « sociologique », suffisamment considéré qu'elle appartient à la logique et à la possibilité du droit.

En effet, si les cas de non-droit sont un fait établi, tenir le non-droit pour une hypothèse n'a de sens que parce que le juriste dogmatique pourra toujours y soupçonner un déni de droit. Il le pourra très naturellement puisque nous nous estimons d'ordinaire heureux de nous tenir si possible hors du droit. Il voit dans le choix du non-droit comme un refus du droit. La difficulté de l'hypothèse du non-droit se trouve assurément « aggravée » de laisser penser que nous pourrions n'avoir pas même besoin du droit. Admettre qu'il y a des « vides », comme des manques dans le droit, c'est de plus attaquer directement la cohésion et l'intégrité du système juridique, sa complétude.

L'objection tombe d'elle-même quand on a compris que l'hypothèse appartient à la logique du droit. Ce qui est de droit peut toujours être opposé à ce qui ne l'est pas, mais il délimite aussi ce qui n'*en* est pas, il suppose du non-droit. Cela veut-il dire que ce dernier est « l'essence » et le droit « l'accident » (*FD*, p. 33)? Pour autant que nous le pouvons, nous nous passons fort bien du droit. Jean Carbonnier entend commencer par le commencement : la vie sociale se déroule ordinairement sans que les hommes forment de liens juridiques, sauf « quand ils ne peuvent faire autrement ». Mais il faut bien que le droit ait sa nécessité, qui n'est pas sans lien avec le non-droit. On peut le voir comme un artifice, c'est toutefois un artifice rendu nécessaire par la vie sociale, non un simple accident. Si le non-droit permet de se passer du droit, il n'est pas moins vrai que le droit n'est *pas sans* le non-droit. Le « choix du non-droit » ne permet pas de voir dans le droit une simple construction surajoutée aux règles ordinaires de la vie sociale mais, non plus, la nature ou l'essence des relations sociales. La règle de droit effective, instituée *en son temps*, comportant de ce fait toujours une part d'arbitraire, est censée devoir imposer ses prescriptions. Il lui est nécessaire mais aussi suffisant de proscrire tout ce qui s'y oppose et y contrevient. Il n'y a nul sens à le présumer exercer une contrainte au-delà de ce qu'il lui revient de régler.

Ce qui compte, c'est que le droit n'exclut aucunement la possibilité du non-droit. Le droit n'a rien à opposer au non-droit, qui lui est pour ainsi dire d'un autre ordre: situé hors du domaine des stipulations juridiques, il peut en ignorer les contraintes — cette possibilité de « reste » est en fait — i.e. *logiquement* — essentielle au droit à qui il appartient de déterminer les règles qui sont de droit. Seulement les juristes ont tendance à oublier que ce « reste » n'est pas pour rien dans l'obligation à quoi ils sont tenus de sans cesse devoir préciser *dans le fait* l'application de la loi.

C'est la confusion entre ce qui n'est *pas* « de droit » et le non-droit qui convainc que rien ne doit échapper au droit. Ce qui n'est pas de droit est ordinairement signalé parce que contraire à la prescription légale et que là-contre on doit faire valoir la loi et le droit. Mais on ne saurait nullement en tirer que ce qui n'en est pas n'existe pas autrement; *c'est* du non-droit. Nonobstant la norme juridique, qui prévaut en tout ce qui se trouverait en relever, au premier chef sa violation, le non-droit tombe en-dehors du domaine d'exigibilité du droit. Le non-droit signifie qu'*il y a* toujours d'autres voies possibles que les voies de droit; sans refuser d'y consentir, on s'y trouve toujours libre de recourir ou pas au juridique. Ici se fondent les droits de la personne.

Le droit se veut la norme des règles sociales. Du moment que, dissocié d'une religion, il a reconnu sa part d'arbitraire, la règle de droit peut prétendre prévaloir sur tout autre type de règle sociale sans se

donner pour une norme unique. Le droit ne se surajoute pas incidemment au non-droit car il fait que *certaines* normes sociales, morales ou religieuses prennent le pas sur d'autres en les rassemblant dans un système cohérent et rationnel. La loi se veut partout obéie, pourtant les contraintes juridiques ne seront jamais partout les mêmes. Le pluralisme juridique témoigne d'un lien intime avec le *fait* du non-droit. Le droit ne « s'oppose » pas au non-droit, le fait du non-droit ne s'y trouve pas nié (le non-droit ne peut constituer une violation du droit ou être jugé illégal faute de stipulation juridique expresse). Dire que le non-droit est « l'essence » revient à dire qu'*il y a* du non-droit, quel que soit ce qui se trouve être de droit. Ce qui est de droit (que telle disposition de droit soit effective et non telle autre) peut toujours être vu comme un « accident », mais le droit n'est pas un accident comme règle de vie sociale. En effet, qu'il soit effectif vient de l'institution de la règle, qui définit ce qui relève de son autorité et à la fois se présente comme une obligation sociale de premier rang parmi les autres normes sociales sans devoir les comprendre toutes : au contraire, le droit laisse un « reste », celui, irréductible, de la réalité de fait.

Le droit entend l'emporter sur ce qui n'en est pas mais, toujours, ce qui n'est *pas* de droit subsiste. Le droit, qui ne peut tout régler, enveloppe la nécessité du non-droit. « Il y a du non-droit » signifie d'emblée qu'il n'est nul besoin d'y ajouter : « il faut du non-droit ». Si tout ce qui, constituant une transgression du droit, est de son ressort, le non-droit, qui n'est que son absence, n'« intéresse » pas le droit; mais, jugé sans conséquence pour ce que celui-ci doit régler, il peut toujours y suppléer: rien ne nécessite qu'il y ait toujours plus de lois.

On opposera certes toujours le droit au non-droit et il y a bien une « question de préséance » entre eux, mais ils sont indissociables, ce que nous formulons ainsi:

Il est nécessaire que toute règle soit de droit *OU* qu'elle ne le soit pas et *non pas* que le droit doive tout régler.

Le droit applicable détermine ce qui est *ou non* juridique. C'est essentiel pour comprendre que l'éthique, comme toute autre norme sociale, ne peut d'elle-même constituer une règle de droit. La séparation du droit et du non-droit est plus fondamentale que celle du droit et de la morale.

L'hypothèse du non-droit implique de comprendre ce qui tombe hors du droit à partir du droit lui-même et de sa nécessité. Elle suppose le passage du droit au non-droit quand nous retenons surtout de l'évolution du droit le mouvement inverse. « L'essentiel, dans l'hypothèse du non-droit, est le mouvement du droit au non-droit » (*FD*, p. 27). L'opposition du droit et de la morale, entendue comme si cette dernière transcendait le premier, n'est pas tenable. Il faut le droit pour qu'on puisse en distinguer le non-droit et régler ce qui ne peut s'y régler. L'essentiel est que puisse se produire ce mouvement de retrait

du droit par rapport à ce qui n'en est pas, reconnu sans conséquence pour ce que lui, le droit, doit régler.

L'arbitrage du droit permet de pacifier au besoin les rapports sociaux. Le droit sert, ne l'oublions pas, à imposer des solutions dans le règlement des questions d'intérêt. Il apparaît éthique parce que ce règlement passe par la recherche rationnelle de compromis dans ces questions-là. Mais le recours juridique n'est pas non plus toujours, loin de là, l'assurance de voir les contestations s'apaiser. Nous avons du mal à admettre qu'il puisse être facultatif de recourir aux voies de droit dès lors que nous pensons avoir la loi pour nous. Cela étant, l'hypothèse du non-droit de Jean Carbonnier, rappelle que la question est que le droit *doive pouvoir toujours s'appliquer*, non qu'il le doive toujours. La préséance du droit est aussi assurée par son retrait devant les solutions de non-droit; le système juridique, s'il ne veut pas perdre de sa nécessité propre, doit se faire plus souple. La variété des normes sociales, qui favorise le pluralisme juridique, est la véritable ressource du droit.

Le droit rappelle la nécessité de la règle sociale, qu'il ne crée pas d'emblée, mais nous pouvons toujours faire le choix du non-droit. Le non-droit, très exactement, comprend toute chose que le droit existant regarde comme n'ayant pas à connaître. Cela surtout non parce qu'il est d'abord le droit existant, positif, et que les autres normes seraient accessoires mais parce qu'il faut toujours regarder aux conditions dans lesquelles il *peut* s'exercer comme droit.

L'hypothèse du non-droit me paraît donc être avant tout une question indissociable de la possibilité du droit. Francesco Saverio Nisio en donne l'exacte expression: « Le droit *est* seulement tant qu'*il y a* le non-droit » (12). Si l'on veut voir dans les rapports de droit des rapports de justice, ne faut-il pas les juger compte tenu des rapports sociaux et non ramener les rapports sociaux à des rapports de droit? « Ce qui est licite n'est pas toujours moral », dit Jean Carbonnier, reformulant ainsi la maxime du *Digeste*, « tout ce qui est permis n'est pas honnête ». Il y va ici de la possibilité même du droit, que l'éthique ne commande pas seule son usage. Mais l'intégration de l'éthique dans le droit pourrait avoir pour effet dévastateur d'effacer la frontière séparant le droit de la morale. Seule l'hypothèse du non-droit, qui pose que tout n'est ni ne peut devenir droit, permet de comprendre que la nécessité du droit n'est jamais tout à fait morale ni religieuse. Le droit

(12) J. CARBONNIER, *Regards sur le droit et le non-droit*, Paris, Dalloz, 2005, p. 51. Exacte expression car comment autrement poser des limites à la responsabilité ? L'exacte application de la loi d'ailleurs ne tient pas tant à la conformité à sa lettre qu'au fait de rester conséquent avec la nécessité de donner un caractère juridique à certains phénomènes sociaux. Le non-droit a ceci de positif de faire ressortir la valeur sociale du droit: tout ne peut être résolu *sans éventuel* recours au droit.

n'a pas lui-même à justifier la règle sous laquelle ranger le fait dont il a à connaître: *c'est lui qui détermine dans son usage ce dont il a à connaître ou non.* Mais il faut pour cela du non-droit.

2.3. *Le non-droit et l'éthique.*

Vacance ou retrait du droit ne signifie pas *ipso facto* lacune du droit. Parler de « lacune » suppose déjà que le droit devrait être partout d'usage. Ce qui est contraire à l'intuition largement partagée qu'il n'est pas bon que le droit règle tout. Le droit se grandit souvent et s'affermit de pouvoir ne pas s'employer. Les cas de non-droit lui sont salutaires. On ne consent jamais si bien au droit que lorsqu'il ne sert pas jalousement à tout surveiller et à tout régler. Il n'a pas à assumer des fonctions de police sociale (ce dont rêvent ceux qui visent la suppression du droit). La justice peut exister sans qu'on ait à dire le droit et le non-droit ne signifie assurément pas absence de toute justice.

La notion de non-droit s'éclaire tout à fait en disant et en s'en tenant à dire que le droit le suppose par « la liberté, largement ouverte aux hommes, de demeurer dans la pure absence qu'est le non-droit » (*FD*, p. 38). On ne peut concevoir d'éthique qui n'implique, à un moment ou à un autre, de pouvoir *ne pas* recourir à la norme juridique. Le droit même n'a de valeur éthique qu'en permettant d'envisager d'autres voies que les voies de droit, comme le signalait le classique recours à l'équité. Toujours du non-droit naît la possibilité d'une vie éthique. En revanche, la généralisation des problèmes d'éthique présente ce danger pour le droit d'y voir un simple instrument puisqu'il ne peut jamais être, dans son exercice, idéal. « Le droit n'est pas cet absolu dont souvent nous rêvons ». La question qui constitue le droit lui-même doit plutôt être celle-ci: quelle mesure imposer au besoin de justice? *C'est de sa propre mesure que le droit doit s'enquérir avec l'hypothèse du non-droit.*

La particularité du droit est qu'il pose que les rapports sociaux doivent en dernier recours être soumis à sa juridiction. Aussi par « droit », nous entendons surtout le droit étatique. Toutefois, dans la vie sociale le droit est la norme, non l'instrument systématique, de la résolution des problèmes nés des rapports sociaux. C'est parce que le contentieux est inévitable en société que l'action du droit doit être présumée. Mais le droit ne règle pas que les cas de contentieux puisqu'il s'impose très généralement de manière implicite dans nos rapports les plus familiers.

L'hypothèse du non-droit de Jean Carbonnier permet, selon nous, de bien entendre le besoin social d'éthique en rappelant que si la contrainte juridique ne peut s'étendre à tout, il est tout aussi vrai que la contrainte morale ne le saurait sinon le droit n'aurait plus de sens. En effet, ce dernier ne saurait *imposer la mesure* de la justice en prétendant

étendre à tout l'exigence morale. Nous en tirerons la proposition suivante: il n'y a pas de « droit éthique ». Car les considérations morales n'existent que comme normes parmi d'autres dans le dispositif des règles juridiques *qui ne sont pas des normes comme les autres*, coutumes, principes religieux ou devoirs moraux qu'elles supposent pourtant.

L'hypothèse du non-droit oblige à réfléchir cette nouvelle situation: l'intégration de l'éthique dans la loi. Toutes les démarches éthiques ne s'accomplissent pas sous le regard du droit, sans être pour autant contraires à la loi (ex. cessation définitive de tout traitement médical prise à l'initiative du médecin). Elles pourraient poser des questions de droit, mais l'urgence des situations dispense d'enclencher le processus judiciaire, souvent long et coûteux (pour sauver une vie comme pour l'ôter). Elle invite à conserver au droit subjectif son avantage, qui est de permettre « l'économie de beaucoup de réglementations < ce > pour quoi d'ailleurs il est solide ». Les droits subjectifs sont essentiels non parce qu'ils sont « éthiques » mais parce que d'eux dépend, ou elle le devrait, la limitation indispensable de l'action du droit. Ce sont eux qui font que n'entre plus en considération de savoir si nous faisons du droit ou de la morale, ce qui peut être un bien comme un mal.

Il importe d'abord pour l'autorité du droit, non qu'il doive s'appliquer, mais qu'il *doive pouvoir* s'appliquer. Il est d'ailleurs « si rare que le droit proclame ses propres limites » (*FD*, p. 74).

Se pose ici le grand problème impliqué dans la contrainte de droit, *qui fait tout le sens de l'opposition de l'éthique au droit*, et dont dépendent la bonne interprétation et la primauté du droit lui-même. L'approche légaliste laisse penser que « tout ce qui n'est pas interdit est permis ». Son inconvénient est de laisser ignorer que le non-droit est une implication *essentielle au droit*.

Le souci éthique en droit a ceci de positif qu'il commande de ne jamais retrancher les implications morales et humaines des solutions juridiques. Il trouve dans le non-droit sa vérité, pouvoir se passer de la loi sans que cela soit préjudiciable au droit. Pour cela, nous devons surtout éviter de vouloir systématiquement faire une obligation juridique d'une conviction morale, religieuse ou politique. Il faut tempérer et même contrarier la demande sociale d'éthique qui satisfait surtout nos préjugés et un besoin immodéré de lois. En prenons-nous le chemin?

Vouloir un droit éthique est un empêchement au droit. L'hypothèse du non-droit doit nous prémunir contre l'inflation du droit qui détourne d'« une vision d'ensemble du système juridique ». Poser qu'il n'a pas à tout régler permet de mûrir une exigence vraie de droit et de justice devant les impatiences, ruineuses pour le droit, que dissimule mal le souci éthique moderne.

L'importance nouvelle de l'éthique montre combien ce qui n'est *pas* de droit entre dans l'appréciation du sens et de la nécessité de la règle juridique (13). Sous la poussée des droits subjectifs, il devient cependant très difficile de mesurer et tempérer les besoins humains par la règle de droit. Vouloir systématiquement faire d'une conviction morale ou religieuse, comme de l'intérêt particulier, une exigence de droit achèvera de démanteler le droit. L'intégration de l'éthique aggrave la « pulvérisation » du droit, non seulement son inflation mais son délitement.

La règle morale se présente certes à chacun comme une loi, mais il n'y a de « loi éthique » que juridique, ce que j'ai appelé les « lois d'éthique » (14). Ainsi, le droit de mourir dans la dignité ne l'emporte pas comme principe éthique sur le droit de vivre. C'est une exigence de droit de les accorder: on satisfera la première sous la condition du second, en maintenant la présomption en faveur de la vie. La loi autorise l'euthanasie passive, donner la mort lorsqu'elle est devenue inévitable pour éviter une survie artificielle dans des conditions dégradantes, elle n'autorise pas l'euthanasie active, acte positif de donner la mort.

Alors que le droit paraît renforcer la morale existante, la réflexion éthique implique qu'il faut passer outre à certaines dispositions du droit actuel, non plus au nom d'une morale supérieure, mais pour satisfaire *ou non* (ce qu'on oublie trop souvent) par de nouvelles dispositions de loi aux valeurs humaines. À la différence de la morale, l'exigence éthique requiert un cadre juridique, elle consiste à veiller à ce que la

---

(13) La règle juridique tire son autorité morale d'elle-même. Cette *puissance propre* que le droit tire de l'application ou de ne rien permettre que ce qu'autorise l'application de la règle se trouve mise en cause par les revendications du droit subjectif. La nouveauté de la question éthique moderne vient du fait que la science et la modification de son rapport à la philosophie a transformé nos conditions d'existence. À partir du Moyen-Âge, la raison juridique a poussé à un développement de la réflexion philosophique et morale; mais quel bienfait analogue pouvons-nous attendre de la raison technico-scientifique ? Peut-elle pousser la réflexion juridique au degré de raffinement qu'elle a connu autrefois ? La nouveauté de la question éthique moderne ne le garantit pas. L'*instrumentalisation éthique du droit* naît de la pauvreté de la réflexion éthique. L'utilitarisme et l'hédonisme favorisés par l'esprit démocratique créent un obstacle autant qu'il nécessite l'évolution du droit.

(14) Qui ne sont pas plus lois de l'éthique que lois éthiques. C'est toute l'ambiguïté des droits de la personne comme « droits fondamentaux »: ils le sont plus moralement que juridiquement. Dans le droit moderne, c'est comme option juridique (par une décision jurisprudentielle ou un dispositif légal) que la décision éthique prend valeur légale: elle ne peut avoir autrement valeur obligatoire et sociale.

mise en œuvre ou non, par exemple de techniques médicales, obéisse à des principes de droit.

Voilà donc ce que l'hypothèse de Jean Carbonnier peut nous inspirer de salutaire devant les pressions du droit subjectif qui aura toujours, selon Jhering, l'intérêt pour noyau (défendre nos droits reviendra toujours à défendre nos intérêts): le droit ne peut négliger la réalité sociale de l'objet dont il a à connaître. Elle ne permet pas ici que les intérêts individuels s'érigent eux-mêmes en droits; la règle juridique ne doit pas servir à mettre entre parenthèses la décision éthique de la personne, *sa responsabilité face à autrui.*

3. *Conclusion.*

Comme cela se voit notamment en bioéthique, la sanction du droit sert en fin de compte à concilier rationnellement enjeux moraux, sociaux et économiques. L'interprétation individualiste des droits de la personne qu'autorisent les Droits de l'homme en fait un droit opposable à tous. Le sujet du droit est devenu *de droit* sujet, sujet investi de « droits » imprescriptibles. Juridique, l'éthique fait système, possiblement au détriment final du droit lui-même. Il faut donc admettre la nécessité de dissocier le droit de l'éthique par l'hypothèse du non-droit pour sauver et le droit et l'éthique. La fonction indispensable du non-droit apparaît alors: *rappeler au droit sa nécessité propre, la règle de son éthique, faire justice*.

Lorsqu'il demande: « N'est-il donc pas de justice qui ne soit religieuse? D'une façon ou d'une autre? » (15), Jean Carbonnier signifie qu'on ne peut que respecter la recherche de la justice, et non la moquer en raison des imperfections du droit. Si la justice est l'essence du droit, pour lui, elle est à reconquérir « sans trêve ». En cela, et parce qu'elle épargne les solutions non-juridiques sans refuser de consentir au droit existant, l'hypothèse du non-droit chez Jean Carbonnier s'accorde avec la belle formule de Nietzsche: « personne ne mérite davantage notre respect que celui qui possède le désir de justice et en a la force ».

---

(15) *FD*, « Codicille du juste et de l'injuste », p. 489. La modification récente des termes du serment prêté par le jeune magistrat qui prend rang parmi ses pairs de « garder religieusement le secret des délibérations » serait jugée pour le moins malavisée par le doyen Carbonnier. L'adverbe « religieusement » a en effet été supprimé de la formule du serment par la loi organique du 8 août 2016 sur la magistrature. Cf. LA BRUYÈRE, *Caractères*, XIV, « De quelques usages », §41: « Il s'en faut de peu que la religion et la justice n'aillent de pair, et que la magistrature ne consacre les hommes comme la prêtrise ».

ÁNGEL M. LÓPEZ Y LÓPEZ

LA INTERPRETACIÓN DE LOS *STATUTES* EN LA EXPERIENCIA JURÍDICA DE LOS ESTADOS UNIDOS

(A propósito de *A Matter of Interpretation* de A. Scalia y otros)

1. Un clásico que afronta el problema estructural de hoy (e histórico): el alcance del poder de los jueces y no el de la garantía de su independencia. — 2. La cuestión formal: el enfrentamiento metodológico-interpretativo entre *textualism* e *intentionalism*. — 3. Una puntualización conceptual sobre las dos categorías anteriores. — 4. La perspectiva de la interpretación de la ley como problema político. — 5. Los autores del debate. — 6. La posición de Scalia: la dualidad *common law-statute law*; invasión de técnicas del *common law* en el *statute law*. — 7. La posición de Scalia (sigue): tal invasión vulnera el principio democrático. — 8. La posición de Scalia (sigue): los tribunales estadounidenses no tienen una teoría inteligible, generalmente aceptada y consistente de la interpretación de los leyes. Crítica de la intención del legislador como « intención subjetiva ». *Holy Church of Trinity vs. USA* como paradigma del conflicto. — 9. La posición de Scalia (sigue): textualismo y formalismo; afirmación de este como valor del Estado de Derecho. — 10. La posición de Scalia (sigue): aceptación de las presunciones y cánones de construcción y el rechazo de la historia legislativa. — 11. La posición de Scalia (sigue): el textualismo es también el método para la interpretación de la Constitución. — 12. La posición de Scalia (sigue): el rechazo de la *living Constitution*. — 13. La opinión de Wood: los jueces no han estado legitimados democráticamente nunca desde los orígenes de USA; su poder de crear Derecho es propio de la estructura constitucional. Falsa propaganda secular en contra de esta realidad. Indiferencia de los métodos interpretativos ante la misma. — 14. Tribe; su distinción entre normas concretas y estáticas y abstractas que viajan en el tiempo y que deben ser releídas de acuerdo con un principio moral. Inexistencia de una teoría al respecto, « solo ideas y perspectivas ». — 15. M.A. Glendon: la visión de la comparatista. Mejor tradición interpretativa de la ley, como herencia de la codificación, en el *civil law*. El temor no frente a la posición de los jueces, sino frente a la acumulación de poder en burocracias públicas y privadas. — 16. Dworkin: existencia de principios generales de moralidad que indican la necesidad de revisar « continuamente » las disposiciones constitucionales clave. — 17. Las respuestas de Scalia: insistente defensa del textualismo como el método más respetuoso con el legislador, rechazo de la interpretación evolutiva creadora de nuevos derechos, afirmación de que los principios morales son fijos y permanentes. — 18. La difícil coexistencia entre *common law* y *statutes* en el Derecho Norteamericano, como problema histórico y estructural. Agudización con la aparición del Administrative State: el momento álgido del *New Deal*. Los graves enfrentamientos sociales de la vida americana hoy y la

consecuente polarización en la aplicación del Derecho. — 19. Difícil valoración de conjunto del libro: las dicotomías *textualism – intentionalism* y *common law – statute law* no gozan de un consenso básico sobre interpretación. La acentuada composición conservadora de la Corte Suprema. — 20. Limitación del conflicto por la *rule of avoidance*. Los temperamentos tradicionales: la doctrina de la deference y la observancia de la regla *stare decisis* en la *statutory interpretation*. — 21. La doctrina de la *deference* y su formulación canónica en *Chevron USA, Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc.*: su incierto futuro en la nueva composición de la Corte Roberts. — 22. La doctrina del *statutory precedent* como limitativa del poder de los jueces y mecanismo esencial de la separación de poderes. La regla *stare decisis* como parte esencial de la cultura profunda, y su proclamada necesidad de observarla. Una cierta perdida de este valor absoluto, tanto en textualistas como intencionalistas, y también incierto porvenir en la Corte Roberts. — 23. Lecciones del libro para el *civil lawyer*: politicidad de la interpretación de la ley; el texto como referencia principal; los verdaderos alcances y consecuencias del final del monismo legal; necesidad de un repensamiento del principio de separación de poderes. Vituperio y alabanza (jurídicos) del Juez Scalia.

1. *Un clásico que afronta el problema estructural de hoy (e histórico): el alcance del poder de los jueces y no el de la garantía de su independencia.*

Las siguientes páginas van dedicadas al comentario y las reflexiones que suscita una obra de fecha no reciente en su primera edición (Princeton, 1997). Existe una posterior con nuevas aportaciones (se diría que más bien apostillas a la primera) (1), que a mi juicio son interesantes, pero inesenciales con respecto al núcleo de la primitiva; son más bien alegatos contra y pro Scalia, y nos sirven sobre todo para ver cuán viva está la polémica que atraviesa el libro. Lo que sucede realmente es que éste ha devenido un clásico, como lo demuestra su constante cita (2) y las revisiones recientes de la propia literatura norteamericana, precisamente a título de clásico (3). Y como buen

(1) *A matter of interpretation. Federal courts and the Law*, Princeton, Princeton University Press, 1997[1]; *A matter of interpretation. New edition with a new introduction by Akhil Reed Amar and a new afterword by Steven Calabresi*, Princeton, Princeton University Press, 2018. Advierto al lector que, por rezones de vario tipo, solo he podido manejar de la segunda edición la versión digital. Salvo el caso de las nuevas aportaciones, las citas se harán con la versión impresa más antigua. Pido disculpas por las molestias que pueda ocasionar la compulsa.

(2) Valerie C. BRANNON, *Statutory Interpretation: Theories, Tools, and Trends*, en « Congressional Research Service », abril 2018, *passim*; es un texto muy valioso desde el punto de vista informativo y la exposición del estado de la cuestión.

(3) Compruébese viendo dos valoraciones recientes (por cierto, antitéticas) en dos trabajos consecutivos de la misma revista: John F. MANNING, *Classic revisited. Justice*

clásico, la atención hacia él se justifica porque su tema central es absolutamente de nuestro tiempo: el encuadramiento del poder de los jueces en el actual Estado constitucional, y no, en cambio, en la garantía de su independencia, (que no ha sido el problema estructural esencial de la actividad jurisdiccional, desde Montesquieu hasta hoy), problema nunca del todo resuelto: En efecto, en un estado de normalidad democrática el problema no es que el Legislativo o el Ejecutivo sofoquen al Poder Judicial, sino que este se subrogue en las potestades de aquellos, mas allá de lo constitucionalmente lícito, temor de ayer y hoy (4).

Scalia and the idea of judicial restraint, en « Michigan Law Review », 2017, pp. 747-782; Mitchell N. BERMAN, *The Tragedy of Justice Scalia*, en « Michigan Law Review », 2017, pp. 783-808.

(4) Temor de ayer en Montesquieu y Hamilton, temor de hoy, parte al hilo del neoconstitucionalismo (R. HISRCHL, *Towards juristocracy*, Cambridge (Mass.), 2004), y en una gran medida consecuencia de la crisis de la ley, unas veces por su ausencia, otras por su deficiencia, en algunas ocasiones porque el vacío del legislador es premeditado para apoderar a los jueces, poder en todo caso propiciado por la textura mucho más « abierta » de las leyes en el Estado Social, plenas de cláusulas principiales y conceptos jurídicos indeterminados (describe bien tal situación O. BACHOF, *Jueces y Constitución*, Madrid, 2019). La evolución en esta dirección viene magistralmente ilustrada (pese al título, no solo para Italia) por P. GROSSI, *Il diritto civile in Italia fra moderno e posmoderno. Dal monismo legalistico al pluralismo giuridico*, Milano, 2021; y en resultados como el descrito para el Derecho europeo en la colección *Oltre la legalità*, Bari, 2020, pp. 37-62 (*Sul diritto europeo come diritto giurisprudenziale*). Ahora bien, aceptando plenamente que la era « monística » ha finalizado su trayecto histórico (permítaseme remitirme a mi ensayo *Assolutismo giuridico, vent'anni dopo (uno sguardo spagnolo)*, en « Quaderni fiorentini »), no comparto la misma fe en la jurisprudencia, ni confianza alguna en las instituciones derivadas de la globalización, que en tantos casos son productos de laboratorio de las *law firms*, demasiadas veces representantes de poderes económicos planetarios alejadísimos de una mínima idea de bien común (y de nuevo me remito a un trabajo mío, Hic sunt leones. *La nueva dimensión jurídica en la era de la globalización (una reflexión desde la incertidumbre)*, ahora en *Derecho civil constitucional*, Sevilla, 2015, pp. 639-948), poderes ante los que los Estados y las organizaciones supraestatales prestan una sumisión, tal vez obligada. Como se puede fácilmente entender, estas afirmaciones entran dentro de un debate político-jurídico que aquí no se puede abordar. Empero, creo que se podría estar de acuerdo que hay que mantener un equilibrio entre el papel los jueces y el de los legisladores, porque la cuestión de la legitimidad democrática no se plantea en los mismos términos. Precisamente esta cuestión fundamental es la que subyace en el libro que motiva estas reflexiones. Perder de vista este equilibrio lleva a exacerbadas conclusiones como las contenidas en el libro del ex presidente del Tribunal Supremo israelí.

2. *La cuestión formal: el enfrentamiento metodológico-interpretativo entre* textualism *e* intentionalism.

La cuestión formal que vértebra todo el libro, y alrededor de la cual giran temas no menores, es el enfrentamiento a la hora de interpretar la Constitución y los *statutes* (utilizaremos el término en inglés como sinónimo de ley escrita) entre dos posturas en su formulación antagónicas (las llamaremos desde ahora textualismo=t*extualism* e intencionalismo, del que se pueden predicar dos versiones, *intentionalism* o *purposivism*, con conciencia de una cierta fragilidad de la distinción de las dos versiones). Conviene decir que, según algunos, ese antagonismo está muy lejos de ser absoluto a la hora de la práctica judicial, y esta no se decanta por ninguna de las dos como metodología excluyente, e incluso no se plantea la distinción, moviéndose a la hora de juzgar con el empirismo casuístico del *common law* (5). Con independencia de si esta percepción puede ser generalizada, conviene dotarse inmediatamente de una definición funcional de una y otra metodología interpretativa, lo más neutra posible, lo que resulta bastante complicado, porque las primeras disensiones consisten precisamente en que ni textualistas ni intencionalista tiene una idea uniforme para su propia tesis, entre otras cosas, porque muchas veces son definidas, de modo dialéctico y poco servicial (6) por la posición contraria.

---

(5) Así, lo pone de relieve, autodeclarándose « textualista », Caleb NELSON, *What is textualism?*, en « Virginia Law Review », 2005: « [...] All that the textualist rhetoric really signifies, however, is that textualist judges need not frame their approach to each individual case in terms of the legislature's intent. It does not follow that legislative intent is irrelevant to textualism. In this respect as in others, the difference between textualism and intentionalism may simply reflect the contrast between rules and standards » (p. 418, fragmentos). Con ser cierto lo dicho por Nelson, da la sensación de ser un relato adecuado para *id quod plerumque accidit*, y la conclusión subrayada negrita me parece algo simplista. La cuestión de la adopción de una u otra metodología tiene muchas más espinas, como revela claramente el libro de Scalia y dentro (y fuera de él) sus comentaristas, como habrá de verse. En el mismo orden de ideas, J. MANNING, *What Divides Textualists from Purposivists?*, en « Columbia Law Review », 2006, pp. 70-111, pero señalando que con elemento de refinamiento del contexto semántico, el textualismo es una metodología más objetiva y más respetuosa con la supremacía del Legislativo (que es justamente lo que niegan los intencionalistas, dado que la formula textualista hace inútil el propósito del Congreso, y desoye su mandato, vulnerando la separación de poderes).

(6) Es la advertencia que nos hace NELSON, *ibíd.*

3. *Una puntualización conceptual sobre las dos categorías anteriores.*

Convendría, aún con conciencia de su relatividad, alguna aclaración: los términos de la distinción se han producido principalmente en materia de *statutory interpretation*, y no en el ámbito del *common law*, dada la asunción de principio de que el juez en *common law* decide solo desde la perspectiva del precedente, juez de cuya capacidad para crear derecho nadie discute, desde el instante en que no hay reglas de origen parlamentario, de las que se pueda cuestionar su observancia o no. De ahí que las metodologías interpretativas han de ser distintas. Con todo, el flujo de una y otra es cada vez más importante, y tiene un *punctum pruriens* muy significativo sobre todo por la discusión del valor de la regla *stare decisis*, también aplicable, en línea de principio a la *statutory interpretation*. Una fuente muy reconocida (7), nos permite, de acuerdo con la doctrina norteamericana más general, exponer los enfoques más básicos de la interpretación y construcción de las leyes: textualismo, intencionalismo. El primer enfoque es el « textualismo » o « textualismo de sentido llano ». La idea central del textualismo es simple: el efecto legal de un estatuto debe ser consistente con el significado lingüístico del estatuto, con utilización del contexto, cuando las palabras son ambiguas e incompletas. Un segundo enfoque de la interpretación legal se centra en las intenciones de los legisladores. Las intenciones son estados mentales, pero los legisladores que redactan y luego promulgan los *statutes* pueden tener muchos estados mentales diferentes que son irrelevantes para la interpretación y construcción estatutarias; la que vale es la llamada « intención comunicativa » del legislador, es decir la que especifica el contenido que la legislatura pretendía que comprendieran los lectores del estatuto. Si los redactores del estatuto usaran palabras en su sentido habitual y ordinario, esperaríamos que las intenciones comunicativas de los legisladores fueran muy similares al significado llano del texto estatutario.

4. *La perspectiva de la interpretación de la ley como problema político.*

Tal vez deba pedir alguna disculpa por los anteriores párrafos que *prima facie* parecen literatura escolar, y hasta cierto punto lo son; pero solo hasta cierto punto: todos ellos rezuman la existencia de variantes y matices que pueden dificultar su nítida distinción; pero la virulencia del enfrentamiento doctrinal revela la existencia de un núcleo propio, del

(7) *Legal Theory Lexicon*, editado por Laurence B. Solum, http://lsolum.typepad.com/legaltheorylexicon//. Cabe señalar que Solum es un teórico del derecho reconocido internacionalmente que trabaja en teoría constitucional, procedimiento y filosofía del derecho.

que es prueba la trascendencia política de las decisiones que se pueden adoptar usando una y otra metodología, y que por consiguiente pueden, sobre todo en decisiones cruciales, dar lugar a soluciones distintas. Precisamente en esto reside el interés del libro, porque focaliza el problema como un enfrentamiento político entre dos poderes, el Legislativo y el Judicial, perspectiva que con alguna excepción (8) no se ve en nuestra doctrina continental habitual que vive en una suerte de ensoñación de que los problemas de exceso en la función jurisdiccional o invasión o interferencia del Ejecutivo hay que tratarlos dando por supuesto un marco estructural estable de la separación de poderes, así como la legitimación y límites de aquella función por el principio de sumisión a la ley (9). Ensoñación, digo, porque dichas premisas en el actual Estado constitucional muestran radicales insuficiencias, que nos ayuda a ver la lectura de *A Matter of Interpretation.*

5. *Los autores del debate.*

Paso a dar cuenta sumaria del contenido del libro, tras estas aclaraciones de principio que me han parecido ineludibles. Tiene su origen en las conferencias Tanner, pronunciadas por Scalia en *University Center for Human Values* de la Universidad de Princeton, bajo el título: *Common-Law Courts in a Civil-Law system: The Role of the United States Federal Courts in Interpreting the Constitution and the statutes*, que se publican junto con los comentarios de académicos de renombre, que fueron en este caso: Gordon Wood, de Historia Americana en la Universidad de Brown y uno de los principales estudiosos de los avatares de la « Fundación »; Laurence Tribe, de Derecho constitucional en la de Harvard y quizás el más renombrado especialista en Derecho constitucional « liberal »; Mary Ann Glendon, también de Derecho constitucional en la de Harvard, cuyo trabajo académico se centra en el derecho comparado, con (merecida) reputación de « conservadora »; y Ronald Dworkin, profesor de *Jurisprudence* de la Universidad de Nueva York y de la Universidad de Oxford, uno de los

(8) G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Milano, 1980; P. SALVADOR, *La Compilación y su historia. Estudios sobre la codificación e interpretación de las leyes*, Barcelona, 1985.

(9) A mi modo de ver, y en contra de lo que casi unánimemente se opina, manifiestamente insuficiente por sí solo, desde el instante en que los sometidos a la ley son dueños en el *casus omissus* y en el *casus dubius*, de determinar el alcance de la sumisión. Una afirmación de este calado necesitaría una argumentación que no estoy en condiciones de realizar aquí. Solo quiero señalar que es otra faceta de la polémica que late en *A Matter of Interpretation.*

grandes juristas del mundo de habla inglesa, por la amplitud de sus horizontes temáticos.

6. *La posición de Scalia: la dualidad* common law-statute law*; invasión de técnicas del* common law *en el* statute law.

Una primera parte de la exposición de Scalia va dedicada a criticar la invasión en el *statute law* de la técnicas de interpretación del *common law*, como si fueran las únicas dignas de ser utilizadas. Ya había anunciado que su principal propósito en el libro era contribuir a incrementar la muy pobre aportación a la interpretación de la *statutory law* (p. 3). Es más, el subtítulo que Scalia elige (10) contiene en sí mismo una provocación, pues da a entender que el mundo de los *statutes* es una suerte de *Civil-Law System.* En todo caso, con independencia de estas asimilaciones quizá poco rigurosas, la indebida injerencia de los métodos del *common law* en la interpretación de los *statutes* es el punto central de sus tesis, porque el *law-making* basado solo en el precedente es para él indiscutible, desde el instante en que en su formulación no se plantea apartarse de una norma elaborada por un legislador democrático, lo que, en cambio, puede acaecer en la interpretación de los *statutes*. Es el respeto al principio democrático su última razón al defender el textualismo, y ello no se da, por definición, en el mecanismo autorreferencial de resolución del conflicto propio de los casos de *common law*, sino cuando para resolverlo existe un texto normativo de autoridad de origen democrático. El problema, según Scalia, lo crean los jueces y su indiscriminado apego a la tradición del *common law*, tradición del derecho hecho por los jueces, tradición glorificada y sostenida tanto por libros como *The Common Law* (11) y por el método de enseñanza del derecho basado en la jurisprudencia, con su complemento necesario de la regla *stare decisis*, porque sólo si una sentencia es vinculante para casos posteriores, el juez puede estar creando derecho, en lugar de limitarse a decidir el caso. Esta tradición y esta doctrina elevan al juez a la categoría de legislador, no a la de decisor de casos. Con expresivo verbo, Scalia nos presenta, la imagen del gran juez — el Holmes, el Cardozo — que es el hombre (o la mujer) que tiene la inteligencia para discernir la mejor norma de derecho para el caso en cuestión y, a continuación, la habilidad para llevar a cabo una carrera a través de los casos anteriores y desecharlos, y así quedar libre para imponer su decisión (p. 9).

---

(10) *Common-Law Courts in a Civil-Law System: The Role of United States Federal Courts in Interpreting the Constitution and Laws.*

(11) Referencia al casi mítico libro de Oliver Wendell HOLMES Jr., *The Common Law* (1881).

7. *La posición de Scalia (sigue): tal invasión vulnera el principio democrático.*

El problema se plantea cuando se trata de la legislación (pp. 9-14), por definición de origen democrático, dado que la aplicación de aquella tradición entra en conflicto con los principios de la democracia. Tanto las realidades prácticas como la doctrina de la separación de poderes prohíben cualquier idea de que los jueces deban legislar de forma democrática. Este reconocimiento, sugiere Scalia, condujo al movimiento de codificación en el siglo XIX y continúa hoy en día en la sustitución por leyes de prácticamente todo lo que fue un día *common law*. Cuando, como cuestión de teoría y práctica, la tarea de hacer leyes se asigna a las legislaturas y agencias ya no hay ningún papel para el juicio de *common law*. El poder legislativo y las agencias del Poder ejecutivo, como representantes del pueblo, determinan ahora la « mejor norma »; ya no es el papel del juez.

8. *La posición de Scalia (sigue): los tribunales estadounidenses no tienen una teoría inteligible, generalmente aceptada y consistente de la interpretación de los leyes. Crítica de la intención del legislador como « intención subjetiva ».* Holy Church of Trinity vs. USA *como paradigma del conflicto.*

De todos modos, y aunque dedica atención a la interpretación constitucional, la mayor parte de su ensayo se dedica a la metodología de la interpretación de las leyes, subrayando que existe un « actual estado de abandono de la ciencia de la interpretación de los textos legales » y que es su propósito ofrecer sugerencias de mejora. Como es lógico, para una mínima coherencia lógica de su propio discurso, si el arte y la experiencia del juicio de « common law » ya no son aplicables, ¿qué va a ocupar su lugar? Citando a H.L. Hart y A. Sacks (12), Scalia

(12) La referencia es al notorio conjunto de apuntes y explicaciones, reiteradamente utilizado, y que fueron recientemente reunidos y depurados por William Eskridge y Philip Frickey: Henry M. HART, Jr., Albert M. SACKS, *The legal process: basic problems in the making and application of law*, edited by W.N. Eskridge, Jr., and Ph. P. Frickey, New York, 1994. La intrahistoria del texto es narrada por los propios editores en *Commentary: the making of the legal process*, en « Harvard Law Review », 1993-1994, pp. 2032-2055, pp. 2045-2047, y como era de esperar, no faltaron reparos a las tareas de los editores, y otra cosa hubiese sido impensable, si se tiene en cuenta el manejo del libro por tantos y de tan dispares tendencias. Véase Anthony J. SEBOK, *Reading* The Legal Process, en « Michigan Law Review », 94 (1996), 6. Subraya la enorme importancia para la teoría y para la práctica de *The Legal Process*, a lo largo de años y en toda Norteamérica, Charles L. BARZUN, *The Forgotten Foundations of Hart and Sacks* (Nov-

dice que « los tribunales estadounidenses no tienen una teoría inteligible, generalmente aceptada y consistente de la interpretación de los leyes » A falta de esta teoría, se suele decir que los tribunales deben dar efecto a la intención de la legislatura. Scalia sugiere que hay dos tipos de intención, la subjetiva y la « objetivada ». La intención subjetiva es el efecto no expresado pero intencionado que se le da a la ley; la intención objetiva es « la intención que se le da a la ley ». objetiva es « la intención que una persona razonable podría deducir del texto de la ley » Es la primera la que Scalia rechaza desde una visión diríamos procedimental del proceso legislativo: en efecto lo que tiene el poder de obligarnos es la « ley », y se establecen elaborados procedimientos que deben seguirse antes de que algo pueda convertirse en tal « ley ». Una « ley » debe ser aprobada por la mayoría de ambas Cámaras del Congreso y firmada por el Presidente. Si se pretende que algo sea una regulación, sin observar estas exigencias, se frustrarían las salvaguardias constitucionales. Scalia eleva a categoría del mal hacer interpretativo el celebérrimo caso *Holy Church of Trinity v. United States* (13), lo que desde luego está completamente justificado en su pensamiento, desde el momento en que la Corte Suprema descubre la intención de la legislatura, con recurso a la historia legislativa para alcanzar el resultado (por cierto con decisión unánime), intención e historia que son sus confesadas *bêtes noires*, como más adelante se indica. Resulta extraordinariamente significativo su juicio de que, seguramente, la decisión era la más razonable y justa,

---

ember 14, 2011), Virginia Public Law and Legal Theory Research No. 2011-44, documento electrónico: https://ssrn.com/abstract=1959406. Estas parcas indicaciones no pretenden ser más que avisos de una obra de uso casi generalizado y canónico, pero en cuya validez está implicado el concepto de Derecho de H.L. Hart, que dio origen a una más que notoria polémica con otro grande del Derecho Norteamericano, Lon L. Fuller, de la que se hace eco el propio Barzun. Como es lógico, nosotros no podemos hacer en este trabajo más que la anterior somera indicación.

(13) 143 US 457 (1892). Como resulta bastante conocido, la Corte Suprema corrigió a un Tribunal de Circuito cuando sostuvo que la contratación de un pastor religioso inglés estaba dentro de una prohibición legal, que vetaba una « persona, empresa, sociedad o corporación, de cualquier manera, pagar por adelantado el transporte o ayudar de alguna manera o incentivar la importación o migración, de cualquier extranjero o extranjeros, cualquier extranjero o extranjeros, a los estados unidos [...] bajo contrato o convenio [...] para realizar labores o servicios de cualquier tipo en los Estados Unidos ». De la historia legislativa y deducida de ella, para la Corte era obvio que la prohibición se refería casi con toda seguridad a los trabajadores manuales y no a clérigos, y que la legislatura no podía haber tenido la intención de incluirlos en la prohibición.

pero que nunca debería haberse tomado sacrificando un texto claro; para él tal excepción abría las puertas a todos los excesos (14).

En cualquier caso, *Holy Church* será siempre el paradigma del desencuentro entre textualistas e intencionalistas. Para los primeros por muy deseable que sea el resultado, jamás puede decretarse ignorando una interpretación literal clara, para los segundos nunca puede obviarse tal resultado cuando claramente corresponde a la intención del legislador, aunque haya de superarse un entendimiento literal inequívoco, *prima facie*. De todos modos, conviene señalar que *Holy Church* es precisamente un paradigma por su carácter extremo. En la práctica habitual, la entrada en juego del textualismo o del intencionalismo parte de leyes cuyos términos en disputa son más o menos ambiguos; y ello quizá sea la causa del empirismo de los jueces, buscando la solución aceptable de los problemas, sin necesidad — queda dicho — de adscribirse a una u otra metodología; aunque, en ocasiones, ello no evita que el enfrentamiento entre ellas conduzca a contradicciones importantes y muy relevantes socialmente.

9. *La posición de Scalia (sigue): textualismo y formalismo; afirmación de este como valor del Estado de Derecho.*

De manera fuertemente asertiva dirá Scalia: « es simplemente incompatible con el gobierno democrático, incluso con un gobierno justo, que el significado de una ley se determine por lo que el legislador quiso decir, en lugar de por lo que el legislador prometió » (p. 17). Sin embargo, por muy mala que sea esta amenaza teórica, Scalia percibe una peor amenaza práctica: « que, bajo la apariencia o incluso la ilusión de perseguir intenciones legislativas no expresadas, los jueces de *common law* persigan de hecho sus propios objetivos y deseos, extendiendo sus inclinaciones de la ley al ámbito legal ». Scalia reconoce que hoy hay quienes racionalizan un enfoque de *common law* para leer los leyes (pp. 21-22) (15). Este método no hace más que invitar a los jueces a

(14) En mi opinión, dicho sea al paso, y sin ignorancia de la amplia problemática que subyace, el razonamiento de la sentencia no merece juicio tan severo, creo, porque lo que opera, diríamos en términos europeo-continentales, es una interpretación restrictivo-finalista de términos tan amplios que no pueden ser entendidos en su pura literalidad sin vulnerar la intención del legislador, pero es también claro que para un textualista ese mecanismo de restricción de términos claros, por muy generales que sean, es ilegítimo.

(15) Las referencias son, en primer lugar, a Calabresi, quien escribiendo antes de ser juez, sugirió que, dado que modificar los leyes es difícil los jueces deberían considerar que los leyes son equivalentes al *common law*, sujeto a revisión y explicación por parte de los tribunales. Se configuraría un suerte de poder derogatorio de las Cortes, en

determinar lo que creen que debe ser la ley y así declararla. En lugar de este método interpretativo, Scalia ofrece el « textualismo ». No hay que confundirlo con el llamado « construccionismo estricto ». Un texto no debe interpretarse de forma estricta o indulgente, sino razonablemente. A la crítica de que el textualismo es « formalista », Scalia responde: « Por supuesto que es formalista: El Estado de Derecho consiste en formas » (p. 25) (16).

10. *La posición de Scalia (sigue): aceptación de las presunciones y cánones de construcción y el rechazo de la historia legislativa.*

La querella entre intencionalistas y textualistas tiene su reflejo principal desde el punto de vista del valor que dan y el uso que hacen de lo que se consideran los dos instrumentos interpretativos principales: los cánones de construcción, y la historia legislativa (entendida en el reducido sentido del proceso de elaboración de la ley escrita en el Congreso). Aunque no deja de ser una simplificación, con los peligros que conlleva, podríamos decir que, como principio, un textualista estaría cerca de la utilización de los cánones y en contra de la historia legislativa, justamente al contrario de los intencionalistas; aunque sabemos que en la práctica jueces de una u otra tendencia pueden usar cánones e historia, unos, otra, ambos, con criterios de empírica discreción.

Como es lógico, Scalia es partidario del uso de las presunciones y

---

relación con lo *statutes*, una suerte de *overruling.* Esta es la tesis central de su conocido *A Common Law for the Age of Statute*s (Harvard, 1982). La crítica va también dirigida a W. Eskridge que ha sugerido, quizá con mayor templanza en teoría que Calabresi, que los tribunales, al interpretar los leyes deben considerar no sólo el significado abstracto de la ley, o incluso en base a la historia legislativa, sino también lo que significa en términos de las necesidades y metas de nuestra sociedad de hoy, argumento central de su *Dynamic Statutory Interpretation*, primero en « University of Pennsylvania Law Review », 1986-1987, pp. 1479-1555, y posteriormente en edición exenta, Harvard, 1994; argumento el suyo fortísimamente combatido, sobre todo (pero no solo) desde posiciones textualistas puras. Véanse por ejemplo, las aceradas críticas de John Copeland NAGLE, *Newt Gingrich, dynamic statutory interpreter*, en « University of Pennsylvania Law Review », 1995, pp. 2209-2250. A pesar de ello, o quizá por ello, su obra se ha convertido en el paradigma (para su ataque o su defensa) de las tendencias interpretativas intencionalistas y evolucionistas.

(16) « *Of all the criticisms leveled against textualism, the most mindless is that it is 'formalistic.' The answer to that is, of course it's formalistic! The rule of law is about form* ». Subrayados suyos.

los cánones de construcción (pp. 25-29) (17) (lo que incluye una pormenorizada crítica a Llewellyn: pp. 25-27), aunque de una manera selectiva, un tanto ambigua y contradictoria, como simple indicadores de sentido, desechando los que se utilizan entre supuestas ambigüedades.

Finalmente, Scalia ataca el uso de la historia legislativa (pp. 29-37). Su rechazo a la historia legislativa deriva de su opinión de que la intención subjetiva de los legisladores es irrelevante para el significado de la ley, que debe ser determinado por el significado objetivo. La intención subjetiva no es relevante para el significado de la ley, razón por la que la búsqueda de la intención subjetiva en la historia legislativa es igualmente irrelevante. Pero, prosigue, la historia legislativa no debería ser utilizada ni siquiera por quienes que creen en la relevancia teórica de la intención legislativa porque no es realmente una historia de lo que el legislador pretendió. Los miembros del Congreso que votan un proyecto de ley no sólo ignoran lo que contienen los informes de las comisiones sino que es muy poco probable que incluso los miembros de la propia comisión hayan leído el informe. Permitir que las declaraciones no aprobadas en el informe de un comité determinen la ley mediante el uso de la « historia legislativa » es, según Scalia, equivalente a permitir que un comité inserte enmiendas a la ley sin tener que molestar a ninguna de las dos Cámaras del Congreso, una práctica que sabemos que sería inconstitucional. Scalia concluye su ataque al uso de la historia legislativa en la interpretación de la ley sugiriendo que facilita la capacidad de los jueces para imponer sus preferencias políticas en un estatuto en derogación de este. Finalmente, sugiere que el abandono de la « historia breve » « ahorraría una enorme cantidad de tiempo y gastos ».

11. *La posición de Scalia (sigue): el textualismo es también el método para la interpretación de la Constitución.*

En cuanto a la interpretación de la Constitución (pp. 37-41), opina Scalia que dado que la Constitución y las leyes son los dos textos escritos y su teoría interpretativa se basa en la interpretación textual, los mismos principios de interpretación se deben aplicar a ambos. La diferencia en la interpretación de la Constitución y de los leyes se debe a las diferencias entre los documentos, ya que, dice Scalia, la Constitución es « un texto inusual ». Partiendo de la base este carácter, y de que

(17) Haciendo referencia al durante un largo tiempo influyente (aunque desde su inicio polémico) artículo de Karl N. LLEWELLYN, *Remarks on the Theory of Appellate Decision and the Rules or Canons about How Statutes Are to Be Construed*, en « Vanderbilt Law Review », 1950, pp. 395-406.

cuando uno interpreta cualquier texto, dice, « el contexto lo es todo », y « el contexto de la Constitución nos dice que no esperemos detalles minuciosos, y que esperar detalles puntillosos, y para dar a las palabras y frases una interpretación amplia en lugar de estrecha ». Scalia concreta la « gran división » en relación con la interpretación constitucional en la cuestión de si el significado de la Constitución está congelado en el momento de su adopción, que es su opinión, o si, por el contrario, es una « Constitución viva [...] que (a diferencia de los leyes normales) crece y cambia de edad en edad, para satisfacer las necesidades de una sociedad cambiante ». Al igual que en el caso de la interpretación de la ley, también considera que el problema de la interpretación constitucional surge de la visión propia de un juez de *common law*, que debe obtener el resultado más deseable, limitado sólo por los precedentes. En su opinión, cuando los jueces intentan interpretar la Constitución, cuyo lenguaje es a menudo más amplio que el de los de las leyes, el efecto es la reescritura judicial continuada de la Constitución, según los jueces perciban la necesidad. ¿Cómo es posible que el texto más importante, que requiere la mayor cantidad de asentimiento democrático, pueda ser cambiado libremente por un poder judicial sin elegir? Lo cierto es que ni el texto de tal documento ni la intención de sus redactores (cualquiera que fuera su elección) pueden posiblemente llevar a la conclusión de que consagra el poder de cambiar los derechos sin contar con la legislatura y dárselo a los tribunales.

12. *La posición de Scalia (sigue): el rechazo de la* living Constitution.

Scalia discurre a continuación (pp. 41-44) sobre la pretendida flexibilidad y liberalidad de una llamada *living Constitution*, a cuyo favor militaría el argumento de que la Constitución debe crecer y cambiar « para proporcionar la 'flexibilidad' que requiere una sociedad cambiante ». Sin embargo, afirma que los cambios realizados por la interpretación judicial no han proporcionado una mayor flexibilidad paran los gobiernos, sino que le han impuesto restricciones nuevas y adicionales. Así, pone de relieve que la explosión de los « derechos » personales hace más difícil gobernar restringiendo qué y cómo puede gobernar el gobierno. No proporciona una mayor flexibilidad a la sociedad, sino que restringe el abanico de opciones de opciones abiertas a la determinación mayoritaria (p. 44). Además, Scalia sostiene que una Constitución « viva no sólo sufre de indeterminación de resultados, sino que también carece de un principio rector consensuado » (pp. 44-47). Ciertamente, no sigue ni refleja los deseos del pueblo, cuyos deseos se reflejan adecuadamente en las urnas. Más bien, en lugar de un « principio rector », hay muchas teorías, basadas en filósofos tan diversos como Hume, Rawls y Aristóteles. Esta mezcla de teorías es nada menos

que una receta para que los jueces determinen por su cuenta el « bien » que se debe alcanzar.

A los que les preocupa que un modo de interpretación del significado original del texto constitucional impida la aplicación de los principios constitucionales a las nuevas tecnologías y a las nuevas concepciones, Scalia responde que, dado que el contexto constitucional exige una interpretación amplia, pero razonable, del texto, las nuevas tecnologías y entendimientos pueden ser abordados. Desde luego Scalia no sugiere que los originalistas estén siempre de acuerdo en su respuesta. Hay mucho espacio para el desacuerdo en cuanto a sobre cuál era el significado original, y aún más sobre cómo ese original se aplica a la situación ante el tribunal. Pero el originalista sabe al menos lo que busca: el significado original del texto, que es a menudo fácil de discernir y sencillo de aplicar. A veces habrá desacuerdo en cuanto al significado original; y a veces habrá desacuerdo en cuanto a cómo ese significado original se aplica a fenómenos nuevos e imprevistos.

Pero las dificultades e incertidumbres de determinar el significado original y aplicarlo a las circunstancias modernas son insignificantes comparadas con las dificultades e incertidumbres de la filosofía que dice que la Constitución cambia; que el mismo acto que antes se prohibía ahora se permite, y que antes se permitía ahora se prohíbe.; y que la clave de ese cambio es desconocida e incognoscible.

13. *La opinión de Wood: los jueces no han estado legitimados democráticamente nunca desde los orígenes de USA; su poder de crear Derecho es propio de la estructura constitucional. Falsa propaganda secular en contra de esta realidad. Indiferencia de los métodos interpretativos ante la misma.*

Entre los comentaristas, a mi modo de ver, tiene extraordinario interés, la aportación del historiador Gordon Wood (pp. 49-63) al reseñar las opiniones contemporáneas acerca de la judicatura en la época de la fundación de la República; una historia, dice, que aún no se ha contado. Wood narra un movimiento de vaivén con circunstancias altamente explicativas del problema que nos ocupa. Parte de que, evidentemente, los jueces modernos se han convertido en creadores en lugar de simples intérpretes de la ley, han llegado a ejercer un grado de autoridad sobre nuestras vidas que no tiene paralelo entre las naciones occidentales modernas. Levanta acta de que los jueces no son elegidos y, sin embargo, hacen cosas que presumiblemente sólo los representantes elegidos popularmente deberían poder hacerlo. Sin embargo, para él la naturaleza antidemocrática de la autoridad judicial no es una novedad ni un problema para los estadounidenses, como lo es para Scalia. Aunque la historia aún no se ha contado en gran medida, en casi todos los Estados se hicieron esfuerzos para eliminar los inútiles *statutes* y

tecnicismos legales ingleses y para simplificar y codificar partes del *common law*. El objetivo, como dijo Jefferson, era poner fin a los impulsos excéntricos del diseño caprichoso y caprichoso hombre « y hacer del juez » una mera máquina. Sólo entonces podría protegerse a la gente de convertirse en « esclavos de los magistrados ». Sólo una codificación científica y la estricta observancia judicial del texto de la ley liberaría al pueblo de la tiranía judicial.

Según Wood, esta promesa revolucionaria e ilustrada de promulgación y codificación legislativa precisa nunca se perdió y continuó con fuerza hasta bien entrado el siglo XIX, como dice el juez Scalia. Sin embargo, la tarea estaba condenada al fracaso. Los Estados habían promulgados muchos *statutes* pero no siempre en el camino de los reformadores, como Jefferson, habrían querido. En este contexto es la Constitución y precisamente su reacción contra los excesos de las legislaturas, la que determina la adjudicación al poder judicial (junto con el ejecutivo) de un papel prominente para evitas aquellos exceso; la adopción de la Constitución fue en parte una reacción contra los excesos de las legislaturas, elevando, elevando el poder judicial (junto con el ejecutivo) a un papel prominente en el nuevo gobierno, precisamente para servir de control al poder legislativo y al ejecutivo.

Este modo de ver las cosas legitimaba a los jueces sin tener en cuenta el principio democrático. Esta historia, sorprendentemente, dice Wood. nunca se ha contado. Es una historia notable, una de las grandes transformaciones políticas y culturales en la historia de Estados Unidos, y fue acompañado por uno de los grandes esfuerzos de propaganda en nuestro historia. Convencer a las personas de que los jueces nombrados de por vida son una parte integral e independiente de los gobiernos democráticos de Estados Unidos, igual en estatus y autoridad a los ejecutivos y legislaturas electos — fue un logro extraordinario al que muchos contribuyeron en las décadas posteriores a la Revolución. Para bien o para mal, los jueces han ejercido ese tipo de presumiblemente antidemocrática autoridad desde el principio de nuestra historia. Y afirma: « Nunca hemos tenido un sistema de gobierno puramente democrático, en ningún significado tradicional de ese término » (18).

En suma, la opinión de Wood indica que el poder de los jueces tenía estas profundas raíces, y una función de conservación de la propia estructura constitucional, y que por ello el *law-making* del *common law* era perfectamente adecuado por su flexibilidad y su casuismo.

---

(18) Expresivamente y fuera del carril común: « Yet for good or for ill, judges have exercised that sort of presumably undemocratic authority from the very beginning of our history. We have never had a purely democratic system of government, in any traditional meaning of that term. For this reason, from the very outset a good democratic majoritarian like Jefferson never liked judges and the power they wielded » (p. 59).

Desde esta perspectiva, sigue diciendo Wood, el remedio del textualismo en la interpretación parece apenas acorde con la gravedad del problema y, de hecho, puede que no sea una solución en absoluto. El textualismo, como lo define Scalia, parece ser tan permisivo y abierto a la discreción judicial arbitraria y expansión como el uso de la intención legislativa u otros. La verdadera fuente del problema judicial que inquieta a Scalia radica en nuestra desmitificación de la ley, que es un aspecto de la desmitificación general de toda autoridad que ha tomado lugar en el siglo XX.

14. *Tribe; su distinción entre normas concretas y estáticas y abstractas que viajan en el tiempo y que deben ser releídas de acuerdo con un principio moral. Inexistencia de una teoría al respecto, « solo ideas y perspectivas ».*

Tribe (pp. 65-94) se limita, en general, a un debate sobre la interpretación constitucional. Constitucional, aunque expresamente se manifiesta textualista para la interpretación de la legalidad infra constitucional (pp. 74-75). Comienza por estar de acuerdo con Scalia (y Dworkin) que la interpretación de un texto no implica « indagar (salvo quizás muy periféricamente) en las ideas, intenciones o expectativas subjetivas de las personas que, en términos históricos, participaron en la participaron en la redacción, promulgación o ratificación del texto en cuestión ». Sin embargo, a diferencia de Dworkin, Tribe no cree que todas las disposiciones constitucionales, o necesariamente las más importantes, sean « amplias declaraciones de principios », dado que las hay extraordinariamente concretas.

En distinguir entre ellas está el truco (sic) para encontrar la respuesta, con el problema añadido de que el nivel de abstracción de una disposición en particular no es « normalmente fijo para siempre », ni las disposiciones están necesariamente fijados « al nacer » como disposiciones concretas o abstractas. A este último respecto le parece difícil que todas las disposiciones constitucionales puedan clasificarse limpiamente en una u otra de las dos especies una reservada para las declaraciones amplias y dinámicas de principios abstractos susceptibles de elaboración y aplicación solo a través de los principios de la filosofía moral, y otra reservada para las normas fechadas, estáticas y concretas cuya aplicación no compromete las facultades morales del lector de manera significativa. Tanto unas como otras (19) transitan en un viaje histórico de interpretación en el que las generaciones venideras, mi-

(19) Como disposición muy concreta que ha evolucionado a representar un principio más general pone el ejemplo de la prohibición de los *bills of attainders*, referidas a concretas y especificas leyes singulares de proscripción o muerte para los

rando el texto completo de la Constitución, en su forma enmendada de vez en cuando, elaboran lo que el texto significa en formas que casi seguro no permanecen estáticas. Esta función interpretativa central de discernir si tratar una disposición como generadora de principios constitucionales más amplios o más profundos que sus términos específicos debe evitar que esa tarea interpretativa degenere en la imposición de las preferencias o valores personales hay que evitar toda pretensión de que pueda reducirse a un proceso pasivo de descubrimiento en lugar de construcción de una interpretación, mediante una exposición directa, por incompleta e inconclusa que sea, de por qué uno considera su propuesta de interpretación del texto digna de aceptación, a la luz de la Constitución y de la historia de su interpretación (20).

Tribe admite que carece de una teoría de « cómo hacer » a ese respecto — duda que exista un conjunto defendible de reglas, « solo ideas y perspectivas ». En todo caso, hay que partir de la incapacidad del texto constitucional para extraer normas sobre su propio significado (21), y ello significa que hay que mirar necesariamente fuera de la propia Constitución, pues caso contrario se entraría en un proceso autorreferencial, abocándonos a una regresión infinita.

Finalmente, Tribe, afirma que pese a sus protestas Scalia acepta alguna noción de evolución de los principios constitucionales, como se desprende de su uso de la doctrina del *stare decisis*, al igual que la mayoría de los originalistas, y está dispuesto a aceptar alguna versión de esa doctrina, que supone remontarse a un precedente, no al texto *in puris.*

15. *M.A Glendon: la visión de la comparatista. Mejor tradición interpretativa de la ley, como herencia de la codificación, en el* civil law. *El temor no frente a la posición de los jueces, sino frente a la acumulación de poder en burocracias públicas y privadas.*

Mary Ann Glendon (pp. 95-114), desde su experiencia de comparatista, afirma que la tradición del *civil law* ha sido la interpretación

---

considerados enemigos del Estado a la general a la interdicción de todo *trial by Parliament* (pp. 69-70).

(20) Su argumento viene acompañado de un áspero argumento *ad hominem*: « por mucho que los enfoques interpretativos del profesor Dworkin y del juez Scalia estén indudablemente divididos, lo que les une, me temo, es una falta compartida de candor y humildad autoconsciente ante una tarea sobre la que ninguno de nosotros tiene derecho a sentirse seguro de sí mismo ». Recibirá una mordaz respuesta de Scalia, como veremos.

(21) Con alguna excepción: Tribe atribuye esa cualidad de orientar la interpretación solo a las Novena y Undécima Enmiendas.

de los textos. Hace tiempo que existe una metodología consensuada que se basa en los conocidos cuatro elementos básicos: gramatical (a veces llamada textual), la interpretación sistemática (a veces llamada estructural), la interpretación histórica y la interpretación ideológica (a veces llamada evolutiva). Este método, sin embargo, señala Glendon, se desarrolló para tratar los Códigos civiles, textos relativamente comprensibles, coherentes y autosuficientes. Hoy en día, escribe, los jueces de *civil law* se enfrentan a una serie de leyes modernas y regulatorias que socavan el predominio de los Códigos civiles y la metodología para su interpretación. En consecuencia, los jueces de *civil law* se encuentran en la misma situación que los jueces de *common law*, salvo que los primeros al menos comparten un conjunto de hábitos y prácticas heredados de una época en la que el Código civil era el corazón del sistema jurídico. De este modo, concluye, los métodos de interpretación basados en el Código parecen proporcionar una ventaja al tratar con el derecho escrito moderno. Al mismo tiempo, los jueces de *civil law* tienen una desventaja relativa al tratar con los conceptos de precedente y *stare decisi*s, que están cobrando una importancia creciente en la jurisprudencia moderna.

Glendon está de acuerdo con Scalia en que los problemas de la interpretación constitucional estadounidense se deben al uso de instrumentos interpretativos, propios de su herencia de *common law*, pero no deja de señalar también que los propios tribunales estadounidenses se han desviado incluso de los propios principios limitadores del *common law*, concretamente de la fiel adhesión a la regla *stare decisis* (22). Sin embargo, a diferencia de Scalia, Glendon no ve el futuro oscuro tanto por estas realidades cuanto por el marchitamiento de elementos democráticos por cada vez más y más poder de decisión sobre los detalles de la vida cotidiana, poder concentrado en grandes burocracias privadas y públicas.

16. *Dworkin: existencia de principios generales de moralidad que indican la necesidad de revisar « continuamente » las disposiciones constitucionales clave.*

Dworkin (pp. 115-177) afirma que Scalia no es realmente un textualista, como dice, porque admite el uso de los cánones de interpretación de interpretación y permite corregir los « errores de redacción », y ambas cosas, según Dworkin, asumen la validez de considerar la intención del legislador, para determinar la interpretación. A pesar de las protestas de Scalia contra Dworkin, por tildarlo de un intencionalista, estas deben ser relacionadas con la aclaración de Dworkin de que

(22) *Punctum pruriens*, como habrá de verse más adelante.

hay dos tipos de intención legislativa: la intención semántica y la intención de expectativa. La primera se refiere a lo que el hablante pretendía decir; la segunda se refiere a lo que el hablante intenta (o espera que suceda). Contra la primera no se alza Scalia, como se verá, aunque prefiere la terminología importación semántica. Para explicar el alcance de la segunda Dworkin utiliza como ejemplo la « cláusula de protección igualitaria » (23), cuyos redactores, se puede decir con cierto grado de confianza, no tenían la intención (en el sentido de esperar) de prohibir la segregación en las escuelas. Después de todo, el mismo Congreso que aprobó la enmienda también autorizó las escuelas segregadas en el Distrito de Columbia. Al mismo tiempo, lo que decían, y pretendían decir, era que las personas tenían derecho a la misma protección de las leyes, y « la mejor de sus intenciones semánticas supone que querían, y lo hicieron, establecer un principio general de moralidad política que (ya había quedado claro en 1954) que condenase la segregación racial ».

Son precisamente esos principios generales de moralidad los que sostienen la idea de una Constitución viva, que no es, sostiene Dworkin, la de una que cambie conforme a las necesidades y el espíritu de los nuevos tiempos, sino una expresión metafórica de la necesidad de revisar « continuamente » las disposiciones constitucionales clave, que, en función de su significado original, establecen principios abstractos en lugar de reglas concretas o fechadas. Dworkin reconoce que tratar las disposiciones constitucionales como la promulgación de « principios morales abstractos » significa que los jueces tendrán que « ejercer un juicio moral para decidir lo que [las disposiciones] realmente exigen », pero ésta es la naturaleza del juicio.

17. *Las respuestas de Scalia: insistente defensa del textualismo como el método más respetuoso con el legislador, rechazo de la interpretación evolutiva creadora de nuevos derechos, afirmación de que los principios morales son fijos y permanentes.*

a) Al replicar a Gordon Wood pone de relieve su discrepancia sobre la afirmación de que en el sistema legal inglés los *statutes* debían tener sentido en términos del resto del *common law*, es decir, que existía un sistema judicial con poder para ignorar la ley, que los jueces estadounidenses modernos tienen la misma capacidad. Pero interpretar las ambigüedades estatutarias para que estén en armonía con el *common law* es bastante diferente a ignorar los textos sencillos, porque se piense que contradicen el « derecho y la razón » del *common law*. Esto no

(23) Enmienda Decimocuarta, y en aspectos concretos Decimotercera y Decimoquinta.

quiere decir que esté en desacuerdo con la conclusión del profesor Wood de que el problema de la reescritura judicial de textos adoptados democráticamente está « profundamente arraigado en nuestra historia » y que « los jueces han ejercido ese tipo de autoridad presuntamente antidemocrática desde el principio ». Reconocer eso es simplemente reconocer que siempre ha habido, como indudablemente siempre habrá, jueces voluntaristas que doblegan la ley a sus deseos. Critica a Wood cuando este afirma que « la mayor discreción judicial y la legislación judicial de las últimas tres o cuatro décadas representa un cambio de grado, no de tip o », y que el textualismo, como lo he descrito, es « tan permisivo y tan abierto a la discreción y expansión judicial arbitrarias como el uso de la intención legislativa u otros métodos interpretativos, si el juez con mentalidad textual así lo desea ». Reconoce Scalia, que el textualismo no es una protección férrea contra el juez que desea imponer su voluntad, pero es una protección, mientras que el intencionalismo, en cambio, invita positivamente al juez a imponer su voluntad; al ponerlo en busca de lo que no existe (casi nunca hay una intención legislativa genuina en el punto estrecho en cuestión), lo reduce a adivinar que la legislatura pretendía lo que era más razonable, lo que normalmente coincide con lo que el juez mismo piensa mejor. Otras metodologías no textuales son igualmente insatisfactorias. Finalmente, frente a la descorazonadora percepción del profesor Wood de que la propensión de nuestros jueces a funcionar como legisladores se muestra seguro de poder inducir a los jueces, como hemos inducido a presidentes y generales, a permanecer dentro de su esfera gubernamental adecuada.

b) Mas radical y desde luego más explícito en la réplica que en el ensayo principal es su disenso con Tribe. Partiendo de la base de que ambos consideran irrelevantes las intenciones de los redactores, no puede compartir la idea de aquel de considerar irrelevantes los entendimientos de los destinatarios del texto, excepto en la medida muy limitada de determinar « el marco de referencia lingüístico », y que este « transita en un viaje histórico de interpretación en el que las generaciones venideras [...] elaborarían, de manera casi segura, lo que el texto significa para que no permanezca estático ». Estas disposiciones itinerantes tendrían un carácter aspiracional que se iría plasmando a lo largo de las interpretaciones de las sucesivas generaciones. Frente a este modo de ver las cosas, y de acuerdo con su metodología, el principal determinante del significado es el contexto, que en este caso niega una interpretación aspiracional. El contexto sugiere que los términos abstractos y generales, como los concretos y particulares, están destinados a concretar los derechos actuales, en lugar de aspirar a futuros; son referencias abstractas y generales a los derechos y libertades existentes ya poseídos bajo el actual. régimen. Por supuesto, reconoce que, según Tribe, no todas las disposiciones de la Constitución son aspiracionales;

no todas son, en su dicción, « generativas de principios constitucionales más amplios o profundos de lo que sus términos específicos podrían sugerir al principio ». Cuando surge la pregunta, como debe ocurrir en la mente de cualquier lector, qué disposiciones se embarcan « en un viaje histórico de interpretación » y cuáles se quedan en casa, y la pregunta adicional, qué determina la dirección de los que deambulan — el profesor Tribe se refugia en la « franqueza y [...] humildad consciente de sí misma ». Rechazando la « certeza » básica, reconoce que no sabe la respuesta a ninguna de estas preguntas. De hecho, ni siquiera está seguro de que haya respuestas, solo « ideas y perspectivas » (24).

Un punto que debemos destacar de la réplica de Scalia es la crítica a su uso de la regla *stare decisis*, tan dada por hecha en el ámbito del *common law* (aún sin ignorar las posibilidades del *distinguishing* y del *overruling*, como antes brevemente hemos apuntado) y tan puesta en cuestión cuando se trata del *statutory precedent*, a lo que más adelante dedicaremos algunas líneas. En este momento solo señalaremos la ambigua observancia de la regla por parte de Scalia; a la creencia de Tribe de que hay algo excepcionalmente inapropiado en la aceptación del *stare decisis* por parte de un originalista responde que el originalismo, como cualquier otra teoría de la interpretación puesta en práctica en un sistema coherente de Derecho, debe adaptarse a la doctrina del *stare decisis*; no puede rehacer el mundo de nuevo. Donde el originalismo marcará la diferencia no es en la revocación de los viejos principios aceptados del Derecho constitucional, sino en el rechazo de otros nuevos y usurpadores que descubren derechos constitucionales novedoso: protección especial a los homosexuales, el novedoso derecho constitucional contra excesivas decisiones del jurado, el novedoso derecho constitucional contra la exclusión de los contratos gubernamentales debido a la afiliación partidista, la novedosa prohibición constitucional de las escuelas estatales de un solo sexo, y la también novedosa aprobación constitucional de la revisión federal en apelación de los veredictos del jurado). Toda la función de la doctrina del precedente es hacernos decir que lo que es falso bajo un análisis adecuado debe, no obstante, considerarse verdadero, todo en aras de la estabilidad. Pero el *stare decisis* no forma parte de la filosofía origina-

(24) Respuesta mordaz a la opinión de Tribe: « No pretendo menospreciar la franqueza y la humildad, virtudes que no sólo son admirables sino también raras, sobre todo en los círculos intelectuales. Seguramente triunfarían si el problema que tenemos ante nosotros fuera la calidad del carácter, más que la solidez de la teoría interpretativa. Pero son de poca utilidad para el juez que debe determinar si la Constitución se ha desviado y hacia dónde, y a quién no se le permite emitir un juicio sincero y humilde de 'Indeciso' » (p. 40).

lista; para Scalia es una excepción pragmática. Su uso es restrictivo para Scalia, que asevera que busca reglas consistentes para dicho uso. A acusación de Tribe de que tal asunción del poder de invocar, o no invocar, el *stare decisis* deja a Scalia expuesto al cargo de importar sus propios puntos de vista y valores a la ley, contra lo cual se suponía que modo de interpretación debía protegerse, la respuesta es desde luego poco convincente, dado que no se sabe muy bien donde encontrar esas reglas consistentes. Más sólida es (como siempre) la verdad, y es que el *statutory precedent* esta combatido por el sector más conservador de la judicatura estadounidense, cuestionando su propia necesidad.

Scalia se muestra de acuerdo con Tribe en la aceptación de que un texto que tiene una fuerte extensión transtemporal no puede leerse de la misma manera que, digamos, un estatuto o reglamento promulgado en un momento dado para tratar un problema específico. Pero, advierte Scalia, leerlo de otra manera no requiere leerlo de tal manera que cambie su significado. Es simplemente una caricatura del originalismo retratarlo como estrecho y cerrado, como si le atribuyese a la Constitución una lista de derechos « en términos muy particularistas, similares a reglas ». El originalista a menudo debe tratar de aplicar la comprensión de la época anterior de las diversas libertades a nuevas leyes y nuevos fenómenos que no existían en ese momento. Ésa es una tarea que explica por qué los originalistas no tienen respuestas listas a todas las preguntas y, a veces, no están de acuerdo entre ellos. Pero dar a la Constitución lo que el profesor Tribe llama « extensión transtemporal » es muy diferente a decir que no tiene un significado constante, lo mismo que es cierto que las disposiciones constitucionales pueden a veces adquirir nuevos significados por las enmiendas constitucionales sucesivamente adoptadas, aunque la mera existencia y uso del proceso de enmienda permite entender la Constitución como un conjunto de mensajes sometidos a revisiones episódicas que reverberan tanto hacia atrás como hacia adelante, tal cual quiere Tribe.

c) En la réplica a Glendon, Scalia coincide con ella en que es difícil mantener y aplicar una teoría coherente de la interpretación de las leyes cuando se trata de leyes que son en sí mismas incoherentes: los « compromisos apresuradamente improvisados » de la legislación reguladora moderna, en contraposición a los « códigos cuidadosamente redactados ». Eso es indudablemente cierto. Sin embargo, añade Scalia que lo que se ha vuelto más difícil también se ha vuelto más importante, cuanto más episódica y ajena al Derecho adyacente se vuelve la legislación moderna, Lo más crucial es la función judicial de dar sentido al todo, lo que sólo puede lograrse de manera basada en principios mediante la aplicación de técnicas interpretativas legítimas. En un debate de tono versallesco, bien distinto al que con sostiene con Dworkin y con Tribe, expresa que no discutirá con Glendon sobre si la tiranía de la mayoría o la tiranía de unos pocos poderosos es el resultado

más probable de las teorías de interpretación constitucional que ahora prevalecen, y aunque piensa que acaecerá lo segundo, él cree que finalmente será el primero; y aunque tal vez esté sobreestimando el vigor democrático de las instituciones, se siente predispuesto a favor del control de la mayoría como el resultado probable. En cualquier caso, ninguno de los dos resultados es deseable.

d)) Al responder a Dworkin, Scalia, manifiesta su acuerdo con la distinción que el profesor Dworkin entre lo que él llama « intención semántica » y las expectativas concretas de los legisladores, aunque solo sigue la primera; es más, el término « importación » a « intención semántica », porque eso pone el foco donde debería estar, en lo que razonablemente se entendería que significa el texto, en lugar de lo que se pretendía que significara. En última instancia, por supuesto, esos dos conceptos se persiguen entre sí hasta cierto punto, ya que la importancia del lenguaje depende de su contexto, que incluye la ocasión y, por lo tanto, el propósito evidente de su enunciado. Pero hasta ahora, el profesor Dworkin y yo estamos de acuerdo: ambos seguimos la « intención semántica ». Pero las disposiciones generales y abstractas, y en esto reside su gran desacuerdo, deben tener sus en las percepciones morales de la época. Y aquí reside la gran objeción de Scalia a Dworkin (y también a Tribe), para él y para muchos los principios morales son permanentes (p. 146) ([25]).

18. *La difícil coexistencia entre* common law *y* statutes *en el Derecho Norteamericano, como problema histórico y estructural. Agudización con la aparición del Administrative State: el momento álgido del* New Deal*. Los graves enfrentamientos sociales de la vida americana hoy y la consecuente polarización en la aplicación del Derecho.*

A decir verdad, la existencia, la difícil coexistencia, diríamos, entre *common law* y *statutes*, que Scalia utiliza como *background* de su discurso era un problema antiguo en Derecho norteamericano, desde el instante en que de una manera estructural las dos esferas han estado presentes en él, y sin el matiz de excepcionalidad del Derecho inglés; nada extraño, desde el momento en que el fenómeno de la ley escrita es congenial a aquel Derecho, por la propia existencia de la Constitución, y porque la estructura federal no puede consentir una inmisión excesiva del poder judicial federal en los *statutes* de los Estados, y mucho más habida cuenta de la necesidad estricta de expresa atribución de poderes

([25]) Bordeando la injuria: « Unlike animal populations, however, moral principles, most of us think, are permanent ».

a la federación) (26). Ya advertían de la paridad de los dos bloques, anticipatorios ensayos como los de Horack y de Roscoe Pound (27). Es claro que el *common law* era la base sapiencial, pero los *statutes* no son considerados en sí mismos residuales (con independencia del juicio que merezcan por su falta de generalidad y escasa calidad técnica) ni existe una aplicación estricta de la *golden rule*. Los *statutes* tienen una firme presencia, aunque hay que decir que en una primera época son ancilares del *common law* (*Federal Rules of Civil Procedure*), buscan uniformar aspectos vitales de la economía, substrayendo poder a los Estados (*Bankruptcy Act*, *Interstate Commerce Act*) o codificar el propio *common law* (*Uniform Commercial Code*), siempre teniendo en cuenta que la uniformidad de este se acaba logrando *de facto* con los *Restatements*, que son una recopilación privada. Los problemas habían de presentarse después, con el final de « la feliz etapa de la libertad contractual absoluta » (28), con el asentamiento del Estado Administrativo, incluso después del *New Deal*, con la lucha por los derechos civiles. Es entonces cuando la querella entre textualismo e intencionalismo alcanza su cruda faz política actual. Ahora *A Matter of interpretation* ya no se mueve entre sutilidades y distingos, si no del todo inocentes, no extraordinariamente relevantes en un país de consensos sociales básicos, antes bien, subyace en él en enfrentamiento entre dos modelos de sociedad con fuertes elementos de antagonismo social y racial, multiplicados por la peculiar estructura federal de la República. Durante décadas no ha

---

(26) Artículo Constitución, con independencia de la teoría de los poderes implícitos, cuya densa problemática no podemos abordar aquí, aunque si podamos afirmar que nunca ha significado un mecanismo para un sustento directo del apoderamiento por parte de la Unión de competencia estatales, sin ignorar la llegada del « Cesar a la Casa Blanca », que se ha valido de otros métodos más directos, como la propia historia de la legislación del *New Deal* nos alecciona.

(27) Frank Edward HORACK Jr., *The Common Law of Legislation*, en « Iowa Law Review », 1937, pp. 41-56; Roscoe POUND, *Common Law and Legislation*, en « Harvard Law Review », 1908, pp. 383-407: el debate será más tardío y con otras claves en Inglaterra: vid. su inicio más relevante en P.S. ATIYAH, *Common law and statute law*, en « The Modern Law Review », 1985, pp. 1-28, no pudiendo ocuparnos aquí de su muy interesante desarrollo posterior. Tal vez no sería inútil señalar el interés en este asunto de la literatura australiana, por ligada especialmente a la tradición inglesa y tratarse el país de un Estado Federal, por ejemplo las aportaciones de A. POMERENKE y S. DONAGHUE, en el seminario sobre *Statute Law and Common Law*, 17 agosto de 2017 (TC Beirne School of Law, University of Queensland, Bar Association of Queensland, Queensland University of Technology Faculty of Law and Supreme Court Library of Queensland), https://law.uq.edu.au/Statute and Common Law.pdf (fecha de descarga 1 diciembre 2020).

(28) *Ad rem* y a propósito del declive de la doctrina sentada en *Lochner v. New York*, L. TRIBE, *American Constitutional Law*, 1978, pp. 427-456.

habido problema, porque existía, una cierta idolatría del ordoliberalismo más extremo, lo que explica la notoria influencia en la vida americana del darwinismo social predicado por H. Spencer.

19. *Difícil valoración de conjunto del libro: las dicotomías textualism –* intentionalism *y* common law – statute law *no gozan de un consenso básico sobre interpretación. La acentuada composición conservadora de la Corte Suprema.*

Una valoración de conjunto del libro es difícil y, creo que no puede arrojar resultados llanos, dado que el antagonismo entre las dos dicotomías textualismo — intencionalismo y *common law-statutes* (sobre las que se funda en su mayor parte) involucran casi toda la problemática del Derecho de los Estados Unidos, y no de modo reciente, propiciando argumentalmente un « jardín entre senderos que se bifurcan » (29), senderos todos ellos principales, valga la contradicción. Las cuestiones de interpretación gozaron al menos de un cierto consenso hasta relativamente poco tiempo, y las discrepancias entre los jueces, a veces fuertes, incluso con mayorías nítidas en la Corte Suprema en principio, no tenían forzosamente resultados partidistas, aunque hubiera amplísimos disensos (30); pero no se puede negar que la táctica republicana de apoderamiento del Tribunal y empobrecimiento de las opciones demócratas (pese a lo que opina, con un claro punto de cinismo Scalia, cuando la realidad ha sido bien otra) son una constante desde las presidencias de Richard Nixon y Ronald Reagan (especialmente este, al nominar como *Chief Justice* a William Rehnquist, y cuyo objetivo principal durante su largo mandato fue demoler la obra de la Corte Warren, esencial en el desarrollo de los *Civil Rights* en los años sesenta, bajo las presidencias de John F. Kennedy y Lindon B. Johnson) (31), hasta que el obstruccionismo republicano y los abusivos nombramientos de Trump, han alumbrado una Corte que, ya en sus primeras sentencias, hace sospechar que sus decisiones futuras pueden

(29) Cual el título del famoso relato de J.L. Borges.

(30) Como en *United v. Windsor* (2013) sobre el matrimonio homosexual, o en *King v. Burwell* sobre un aspecto esencial del conocido como *Obamacare*, aunque no deja de llamar la atención en este último caso el mecanismo indirecto utilizado para no aceptar la dicción literal de la ley, en aras sobre todo de las posibles consecuencias gravísimas para una gran parte de la población.

(31) Información suficiente a este respecto, acompañada de juiciosas acotaciones relativas al papel institucional de la Corte en este contexto, con certera percepción, en Alejandro M. GARRO, *Algunas reflexiones sobre la corte suprema de los Estados Unidos en su actual composición y el rol institucional de la corte*, en « Revista Española de Derecho Constitucional », Mayo-Agosto 1992, pp. 85-95.

estar gravemente desequilibradas en favor de una visión conservadora. En todo caso, el meollo de la cuestión no consiste en una pugna sobre la mayor o menor restricción del significado de la « intención semántica » (que diría Dworkin), el papel de los cánones o el de la historia legislativa, y una u otra opción defendida en nombre de la separación de poderes y el principio democrático (razones básicas esgrimidas como arma arrojadiza, por una y otra) sino sobre si las disposiciones más generales del *Bill of Rights* pueden alumbrar nuevos derechos que se colocarían como usurpadores, al lado de los originales, como con poco rubor cuenta Scalia, o solo caben los segundos.

20. *Limitación del conflicto por la* rule of avoidance*. Los temperamentos tradicionales: la doctrina de la* deference *y la observancia de la regla* stare decisis *en la* statutory interpretation*.*

Aquí deberíamos plantearnos algo que en el libro queda oscurecido por afirmaciones de principio, y silencio, y es si todo lo hasta ahora dicho es aplicable solo a la interpretación de la Constitución o también a la de los *statutes*. Scalia no ve distinción pero Tribe autodeclarándose expresamente textualista en la *statutory interpretation*, si ve grandes diferencias; en los restantes autores del libro se calla. Como es bien sabido, este es un problema típico de la interpretación constitucional y está fuertemente conectado con la posibilidad de interpretación evolutiva (32). Lo que sucede es que tanto en nuestras latitudes como en las norteamericanas (33), que el juicio de relevancia constitucional es decisivo para plantearlo como tal, y si no de da tal relevancia, *nulla quaestio*, por aplicación de la convencionalmente conocida *rule of avoidance.* Claro que puede llegar por otras razones el juicio a la Corte Suprema, y plantearse la interpretación del sentido y alcance de una ley escrita sin que se dude de su ajuste a parámetros de constitucionalidad. En este caso, se reproduciría, ciertamente, todo el entramado dialectico ya conocido sobre textualismo e intencionalismo, pero existen dos temperamentos, las doctrinas de la *deference* y el *statutory precedent*, aunque no aceptadas de forma incontestable, y sometidas, sobre todo la

(32) Con pretensiones meramente informativas de principio, me permito remitir a mi ensayo *En torno a la llamada interpretación evolutiva (Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional sobre la Ley 13/2005, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, permitiendo el de personas del mismo sexo)*, en « Derecho Privado y Constitución », 2013, pp. 185-199.

(33) Aceptadísimo canon desde la formulación en voto particular concurrente de Brandeis (en *Ashwander v. Tennessee Valley Authority*, 1936) de las que con el tiempo se han dado en conocer como las *Ashwander Rules*, criterios para la aplicación de la *Rule of Avoidance*.

primera, a fuerte cuestionamiento, desde el ala más conservadora de los juristas americanos, a las que seguidamente prestamos alguna breve atención.

21. *La doctrina de la* deference *y su formulación canónica en* Chevron USA, Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc.*: su incierto futuro en la nueva composición de la Corte Roberts.*

La doctrina de la *deference* indica que en un pleito entre particulares y una agencia administrativa, el Tribunal debe obsequiar la interpretación hecha por esta. Su expresión más nítida se encuentra en la sentencia conocida abreviadamente como *Chevron* (34). En palabras de la propia sentencia

> salvo que la intención del Congreso sea clara, el tribunal, así como la agencia, deben dar efecto a la intención expresada sin ambigüedades del Congreso. Sin embargo, si el estatuto es silencioso o ambiguo con respecto al tema específico, la pregunta para el tribunal es solo si la respuesta de la agencia se basa en una interpretación permisible del estatuto [...] Los jueces no son expertos en la materia y no forman parte de ninguna rama política del Gobierno. En algunos casos, los tribunales deben conciliar intereses políticos en competencia, pero no sobre la base de las preferencias políticas personales de los jueces. Por el contrario, una agencia en la que el Congreso ha delegado responsabilidades de formulación de políticas puede, dentro de los límites de esa delegación, basarse adecuadamente en los puntos de vista de la administración en ejercicio sobre las políticas sabias para informar sus juicios. Si bien las agencias no son directamente responsables ante la gente, el Jefe del Ejecutivo sí lo es, y es totalmente apropiado que esta rama política del gobierno tome esas decisiones políticas, resolviendo los intereses en competencia que el Congreso mismo no resolvió inadvertidamente.

Ni que decir tiene, con lo ya sabido, que el textualismo no puede ver con simpatía la doctrina contenida en *Chevron*. Tan es así que hay quien eleva a signo de la posición de la Corte Suprema, tras las últimas renovaciones de sus jueces, si, hasta donde, y cómo mantendrá el esquema de la *deference* (35). De todos modos *Chevron* y sus vicisitudes han dado lugar desde su origen a una abundantísima literatura, cuya problemática está muy lejos de poder ser analizada en este trabajo (36).

---

(34) *Chevron USA, Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc.*, 467 US 83.

(35) Kent H. Barnett, Christina L. Boyd, Christopher J. Walker, *Judge Kavanaugh, Chevron Deference, and the Supreme Court*, en « Popular Media », 2018, 291, https://digitalcommons.law.uga.edu/fac_pm/291.

(36) Emily Hammond, *Chevron's Generality Principles*, en « Fordham Law Review », 2014, pp. 665-678; Abbe R. Gluck, *What 30 years of Chevron teach us about the rest of statutory interpretation*, en « Fordham Law Review », 2014, pp. 607-632; Eric

22. *La doctrina del* statutory precedent *como limitativa del poder de los jueces y mecanismo esencial de la separación de poderes. La regla* stare decisis *como parte esencial de la cultura profunda, y su proclamada necesidad de observarla. Una cierta perdida de este valor absoluto, tanto en textualistas como intencionalistas, y también incierto porvenir en la Corte Roberts.*

También, y con más abolengo, se sitúa como limitativa del poder de los jueces y mecanismo esencial de la separación de poderes la doctrina del *statutory precedent*. En términos generales, la cuestión es clara, y no es sino la aplicación del principio *stare decisis* a las decisiones judiciales que han interpretado una ley o un conjunto de ellas a las cuestiones hermenéuticas que suscite otra ley. Se trata de garantizar tanto la seguridad jurídica en el sentido de estabilidad de las soluciones, como evitar la arbitrariedad de los jueces dotándolos de un punto de referencia aceptado y previo al conflicto que se trata de resolver aquí y ahora. A estas alturas no puede sorprendernos que el mecanismo anterior, nacido en el seno de la esfera del *common law,* resulta mucho más problemático en la esfera de los *statutes*. Una vez más, se pone de manifiesto la inarmónica convivencia de ambas. La razón es siempre la misma, que acaba convirtiéndose en un *ritornello* incesante: hay una gran diferencia en que el precedente haya surgido del lento aluvión incremental del *common law* que de las decisiones en la interpretación de leyes, expresión de la potestad legislativa, legitimada democráticamente. Aunque el recurso al precedente nunca significa en términos lógicos abstractos una heteronomía como fundamento de la resolución, porque no deja de ser siempre autorreferencial, cobra una dimensión muy diferente en el caso del *statutory precedent.* Lo aclara la propia naturaleza del problema político subyacente ya tantas veces visto, y es que en una esfera no hay tensión entre poderes (lo que no significa necesariamente que pueda no existir tensión política) y en la otra estructuralmente sí (lo que no significa que necesariamente tenga que existe tensión política). Incluso desde el punto de vista meramente técnico, pese a la similitud en abstracto, no es la misma tarea identificar un precedente en *common law* aplicable, o en su caso digno de *overruling* que cumplir la misma tarea en relación con un *statutory precedent*, afirmando que el *casus dubius* (37) ahora sometido a juicio

---

M. BRAUN, *Coring the Seedless Grape: A Reinterpretation of Chevron U.S.A. Inc. v. NRDC*, en « Columbia Law Review », 1987, pp. 986-1008.

(37) Dejamos deliberadamente aparte el *casus omissus*, que tiene una peculiar problemática, si bien el principio del *common law* histórico es su no admisibilidad (*casus omissus pro omisso habendus est*) como cuestión de interpretación de la ley y su remisión como problema a los eventuales remedios de la esfera del *common law*, distinta como ya conocemos a la de los *statutes*. Aunque la cuestión actualmente no es pacífica en Derecho

guarda similitud con el contemplado en el precedente, labor que puede entrañar no poca dificultad.

Como bien indica Mortimer Sellers, la regla *stare decisis* forma parte esencial de la cultura profunda del *common law* (como sistema global) y ello significa la conciencia generalizada de la necesidad de su observancia. Esto quiere decir que los tribunales estadounidenses han establecido que « consideraciones de mucho peso subyacen al principio de que los tribunales no deben anular a la ligera las decisiones pasadas ». Recuerda la opinión del Juez Harlan de la importancia de dar al público una « guía clara », el valor de ayudar a los individuos « a planificar sus asuntos », los beneficios de la « adjudicación rápida » y « la necesidad de mantener la fe pública en el poder judicial como fuente de juicios impersonales y razonados », todo lo cual indica claramente que los tribunales deben respetar sus propios precedentes. Sin embargo, ninguno de estos propósitos estaría bien servido por la « continua adhesión a una norma injustificada en la razón ». Los tribunales estadounidenses, impregnados como están de la tradición del *common law*, no anulan los precedentes a la ligera, y cuando lo hacen, es siempre con copiosas citas de sus propios casos anteriores, de los precedentes de otros tribunales estadounidenses, del Restatement (si es apropiado), de las opiniones de los académicos, y de cualquier otro tribunal y autoridad que se pueda encontrar para apoyar su interpretación de la ley. Ya sea que estén interpretando el derecho consuetudinario, los estatutos o las constituciones, los jueces estadounidenses respetan sus propios precedentes como un « principio de política », en lugar de un « mandato inexorable ». Las actitudes hacia los precedentes han sido notablemente estables a lo largo de la historia de Estados Unidos, con pequeños cambios de retórica, por lo general en los disensos, que dependen de las necesidades percibidas del día. Actualmente, los jueces más « liberales » tienden a exagerar la fuerza vinculante del precedente, mientras que los jueces más « conservadores » tienden a menospreciar los precedentes de los anteriores tribunales « liberales », pero ninguna de las dos opiniones ha tenido mucha influencia en el consenso tradicional de que las desviaciones del precedente requieren alguna « justificación especial » para justificar el daño a las expectativas establecidas que inevitablemente representan. A los

---

inglés (noticia en ATIYAH, *Common law and statute law*, cit., pp. 90-10, y opinión contrastante en R. CROSS, *Statutory Interpretation*, Londres, 1983, segunda edición actualizada por J. Bell y G. Engle, especialmente p. 12, y debates sobre casos posteriores a la obra original en muchos otros lugares) el indicado principio es el generalmente aceptado en Derecho Norteamericano, y así parece ya formulado en el clásico *Bouvier's Law Dictionary*, 1856, *sub voce Casus omissus.* Información reciente en BRANNON, *Statutory Interpretation*, cit., p. 54.

jueces estadounidenses les resulta más fácil anular los antiguos precedentes, cuando la experiencia ha demostrado que son inviables o cuando una larga línea de precedentes posteriores ha socavado gradualmente sus fundamentos. Les resulta más difícil hacerlo cuando están en juego la propiedad, los contratos o la libertad. Los jueces del *common law* a veces anulan los precedentes de forma prospectiva pero normalmente no lo hacen, porque los precedentes anulados deben ser considerados como « erróneos » o « irrazonables » incluso antes de que el alto tribunal los declare así « *Nihil quod est contra rationem est licitum* », pero la « razón » reside en los precedentes de los jueces, « conseguidos por el largo estudio, la observación y la experiencia » de un « número infinito de hombres graves y eruditos » (38).

El cuadro de Sellers podría ser aceptado como una descripción empírica del funcionamiento global la doctrina del *stare decisis* aplicada a la interpretación de los *statutes*, incluso convalidada en su alcance y en sus límites por la propia Corte Suprema, y desde luego expresión del *id quod plerumque accidit*. Ahora bien, ello no significa que no tenga importantes fisuras, y que incluso no se la considere un valor tan absoluto: acabamos de verlo en la propia opinión de Scalia, antes narrada en su discusión con Tribe, y desde luego, no se puede adscribir sin más a una metodología intencionalista o textualista (39), aunque es evidente, el propio Sellers lo dice, los jueces conservadores tenderán más al inmovilismo que significa el obsequio al precedente y los jueces liberales por una posición contraria, aunque como el mismo autor viene a señalarnos dependerá del tinte ideológico del precedente a seguir o derogar. En última instancia reaparecerá lo que venimos denominando politicidad de la interpretación, que marcará de manera sustancial el tono del debate y la adopción de la solución, por más que se guarden algunas reglas sobre la posibilidad o no del *overruling*, añadidas a una posible dosis de *self-restraint*, en aras de la separación de poderes. Todo esto nos resulta ya hasta cierto punto obvio, como hecho; distinta será la valoración que nos merezca desde otros parámetros.

Sin entrar en ejercicios de adivinación, vetados a la ciencia, y vista la actual composición de la Corte Suprema, y la cada vez profunda división de la política norteamericana, tal vez sea legítima una cierta

---

(38) Mortimer N.S. SELLERS, *The Doctrine of Precedent in the United States of America*, en « The American Journal of Comparative Law », 54 (2006), *American Law in the 21st Century: U.S. National Reports to the XVIIth International Congress of Comparative Law*, pp. 67-88.

(39) Véase la opinión del príncipe de los evolucionistas, W. Eskridge, que con independencia de su obvio desapego a la regla, señala más de ochenta casos en que no fue seguida, y bastantes veces en aras de un *evolutive approach*: *Overruling Statutory Precedents*, en « The Georgetown Law Journal », 1988, pp. 1361-1439.

intuición de que no parecen correr buenos vientos ni para la doctrina de la *deference* (40) ni para una utilización no sesgada de los *statutory precedents* (41).

Tras leer el libro, queda una cierta sensación de que toda la teoría de la interpretación judicial de la ley en el Derecho de los Estados Unidos viene a reducirse en una confrontación entre razón jurídica y voluntad política (de uno u otro signo), que entran en una espiral de retroalimentación, sin que aquella alcance nunca a definir una efectiva limitación de la segunda, con todo lo que esta ausencia de límites puede conllevar.

23. *Lecciones del libro para el* civil lawyer: *politicidad de la interpretación de la ley; el texto como referencia principal; los verdaderos alcances y consecuencias del final del monismo legal; necesidad de un repensamiento del principio de separación de poderes. Vituperio y alabanza (jurídicos) del Juez Scalia.*

Llegados a este punto tal vez sea exigible reflexionar sobre qué nos dice a los *civil-lawyer*s el libro. La exigencia me parece aceptable siempre que la reflexión consista en un elenco de cuestiones que solo pueden ser enumeradas, por su envergadura, e íntimo entrelazamiento, intrincado ovillo de grandes temas que en este trabajo solo pueden ser aludidos. Parece evidente que el punto de partida, una vez asumida la intrínseca politicidad, y no solo en el *common law* (ahora entendido en su globalidad, como sistema distinto al *civil law*) han de ser las grandes modificaciones del orden jurídico liberal y el correlativo alumbramiento del llamado Estado Social. Como creo haber demostrado en otro lugar (42), pese a la mole de su intervención, su incidencia en el Derecho Privado es débil. Ello abona la existencia de un mundo relativamente calmo de dicho Derecho también en nuestras latitudes europeas, pues las instituciones vertebrales propiedad y contrato permanecen, en su esencia última, o intocadas o fuertemente protegidas por la garantía expropiatoria: por mucho que se teorice lo contrario, el mundo jurídico de origen codicial permanece, y no como residuo, sino como fórmula de futuro (43). A su deriva futura parece afectar más el fenómeno de la *lex*

---

(40) En relación con Kavanaugh y la *deference* remito a la anterior nota 35.

(41) Evan Bernick, *Judge Amy Coney Barrett on Statutory Interpretation: Textualism, Precedent, Judicial Restraint, and the Future of Chevron*, en « Yale Journal on Regulation », July 3, 2018, https://yalejreg.com.

(42) *Estado Social y sujeto privado*, en estos « Quaderni », 25 (1996), pp. 448-456.

(43) Resultarían inexplicables las reformas y puestas al día de los Códigos, y entre ellos nada más y nada menos que los grandes modelos: el *BGB* y el *Code*.

mercatoria (44), o el de las legislaciones transfronterizas de uno u otro sentido. Se sigue de ello que los problemas de interpretación de la ley como tarea política (perspectiva tantas veces negligida en nuestra cultura jurídica, y el crecimiento del poder de los jueces se produce en la legislación al margen de aquel mundo codicial, legislación y mundo que vendrían a ser el reflejo de la dicotomía *statutes — common law*, que ha guiado estas páginas.

Sin negar que el tiempo del monismo de la ley ha finalizado, en la hora del pluralismo convendría meditar no tanto sobre el poder de los jueces, para mí obvio incluso en la era monista, como hasta dónde puede llegar en una arquitectura constitucional que no debe negar la supremacía del Parlamento, por obsequio al principio democrático, y ello, con sus debidas acomodaciones, tanto para el juez ordinario como para el constitucional: la potestad de revisar las leyes no consagra la posibilidad de una autónoma voluntad política de este último, pues ello necesita de una legitimación democrática de la que los jueces carecen. A este respecto convendría hilar fino: el juez colegislador muchas veces es fruto de la voluntad, pero también de la ineficiencia, omisión, negligencia o defecto del legislador; es decir bien fisiológicamente por la configuración de la Ley querida por este legislador, con técnicas diversas, y entre la más relevantes, la utilización de principios o cláusulas generales, que el fondo suponen auténticas habilitaciones a los jueces, o patológicamente por aquellos vicios señalados, y tal vez estos tengan en ocasiones un carácter de inevitabilidad, lo que abona la tentación judicial de suplir o corregir, fruto del interés *pro bono publico*, lo que desde luego no la convierte *per se* en constitucionalmente correcta.

Esto dicho, tal vez el problema debería afrontarse sin una perspectiva maniquea del principio democrático, o lo que es lo mismo, levantando acta de que el principio de separación de poderes hay que contemplarlo en el equilibro global de la estructura constitucional en su conjunto, y este puede ser logrado sin que las funciones legislativas, ejecutivas y judiciales sean absolutamente estancas (45). En esta tarea, y dentro de ella es cuestión vital, habría que revisar la suficiencia del principio la fórmula de la « sola sumisión a la ley » como expresión del principio separatista de los poderes y garantía de la independencia

(44) En la que el Estado se muestra más colaborador con él que otra cosa, incluso propiciando la existencia de dos niveles de Derecho, el puramente doméstico y otro que adopta, incluso con la sanción estatal, las fórmulas de la *lex mercatoria*, salvo en los supuestos en que sea un mundo exento de su soberanía, respecto de cual solo le queda proveer a su realización coercitiva. Remito a Hic sunt leones, cit.

(45) Meditación global sobre todo estos temas, en el esencial libro *Razón y voluntad en el Estado de Derecho*, de F.J. Ansuátegui Roig, Madrid, 2013, *passim.*

judicial. Si los sometidos a la ley son dueños de indicar el contenido de la sumisión, tal sumisión tiene un enorme fondo de vacuidad, favorecida, queda dicho, por el abigarramiento y defectos del orden jurídico contemporáneo; se convierte en un mecanismo circular, siempre gobernado por los destinatarios de la « sumisión ». Acabamos de ver, al hilo de la experiencia norteamericana, como el problema del obsequio a la ley se convierte en *A Matter of Interpretation*, y también hemos visto como en momentos de polarización política y social, la interpretación se resuelve, sin asomo de *self-restraint*, con descarnados ejercicios de decisión política, por quienes no han sido electos. Este escenario no es nada irreal (46), en nuestras convulsas sociedades. Pese a sus incoherencias y buenas dosis de sectarismo político, a veces ultraconservador, y su rechazable utilización del Derecho como un posible, nunca único ni ilimitado, instrumento de progreso social, la afirmación de Scalia de que los jueces no pueden decidir lo que tienen que decidir los electos democráticamente, contiene un núcleo de principio sólido, al menos si queremos ajustarnos al ideal del Estado de Derecho, incluso con todas sus insuficiencias. Cosa distinta es que ese ideal no haya encontrado una conjugación coherente de la separación de poderes que obsequie realmente el principio democrático con la inevitable creación judicial de Derecho. Y esto, aunque por razones obvias no se puede afrontar en profundidad aquí, en contra del dicho de los viejos relatos, no es otra historia.

(46) Ruth MARCUS, *The Rule of Six: A newly radicalized Supreme Court is poised to reshape the nation*, en « The Washington Post », 2 December 2021, expresando graves temores incluso de una grave crisis constitucional.

FILIPPO MURINO

STORIE DI EBREI, DI CAMBIALI E DI INADEMPIMENTI NELLA FRANCIA E NELL'OLANDA DI METÀ SEICENTO

(A proposito di una dimenticata « fiaba da balie » sulle « farfalle » e di due illustri insolvenze con qualche « mysterium concursus ») (1)

1. Una « fiaba da balie » seicentesca sulla lettera di cambio e sull'assicurazione. — 1.1. La leggenda degli ebrei inventori della lettera di cambio e dell'assicurazione e il falso ottocentesco dei « Protocolli degli anziani di Sion ». — 2. Due coeve illustri insolvenze nell'Olanda del Seicento: Baruch de Spinoza tra insolvenza paterna e una vicenda cambiaria. — 2.1. *Segue*: l'insolvenza di Rembrandt Harmenszoon van Rijn. — 2.2. Osservazioni conclusive sulle due vicende olandesi.

1. *Una « fiaba da balie » seicentesca sulla lettera di cambio e sull'assicurazione.*

Si può fare a meno di ricordare le fantasiose ipotesi che assegnavano l'invenzione della cambiale a questa o a quella città italiana o francese, a questo o a quel gruppo etnico o politico (ebrei o ghibellini esuli), a questa o a quella precisa circostanza storica. Di queste ipotesi, del resto, fecero già giustizia il Vidari (1869) e l'Endemann (1874) e 'fiaba da balie' le qualificò Goldschmidt, sicché può apparire perfino superflua l'arguta critica che ne fece lo Schupfer nel suo libro sulla storia delle obbligazioni nell'età del risorgimento. Piuttosto, dunque, che abbandonarsi a queste oziose esercitazioni erudite, converrà ricercare la 'genesi' della cambiale, ricostruire cioè, i modi in cui essa sorse e maturò nella società medievale.

Così esordiva Giovanni Cassandro nella voce *Cambiale (storia)* pubblicata nel 1959 sulla *Enciclopedia del diritto* (2) e tanto basterebbe

---

(1) Francesca TRIVELLATO, *Ebrei e capitalismo. Storia di una leggenda dimenticata*, Roma-Bari, Laterza, 2021; Marco Matteo MASCOLO, *Rembrandt. Un artista nell'Europa del Seicento*, Roma, Carocci, 2021; Steven NADLER, *Spinoza e l'Olanda del Seicento*, Torino, Einaudi, 2020^2.

(2) Volume V, p. 827 (G. CASSANDRO, *Breve storia della cambiale*, in ID., *Saggi di storia del diritto commerciale*, Napoli, ESI, 1978, p. 397) in riferimento alle opere di E. VIDARI, *La lettera di cambio*, Firenze, Stabilimento di G. Pellas Editore, 1869; W.

a liquidare la faccenda. Invece, della « fiaba da balie » raccontata per quasi tre secoli e secondo cui la lettera di cambio e le polizze di assicurazione sarebbero state una invenzione ebraica si fa carico di narrare Francesca Trivellato nel suo recente, *Ebrei e capitalismo. Storia di una leggenda dimenticata* (trad. di F. Benfante e F. Trivellato) edito da Laterza su licenza della Princeton University Press (Università di Princeton dove l'Autrice insegna Storia economica) (3). La leggenda comparve « per la prima volta in un volume di cui persino gli specialisti hanno dimenticato l'esistenza: *Les us et coustumes de la mer* (*Usi e costumi del mare*), una raccolta di norme di diritto marittimo curata e annotata da Étienne Cleirac e pubblicata a Bordeaux nel 1647 » (p. 10), « commento a una raccolta di norme riguardanti il commercio marittimo riunite e annotate da un avvocato » (p. 12) sulla base di una « falsa attribuzione del ruolo degli ebrei al cronista fiorentino Giovanni Villani » (p. 15) (4).

Si tratta del commento al *Guidon de la Mer* (5) di Cleirac, un « avvocato al Parlamento di Bordeaux » (6) che muove appunto da una

---

ENDEMANN, *Studien in der romanisch-kanonistischen Wirtschafts-und Rechtslehre bis gegen Ende des siebzehnten Jahrhunderts*, I, Berlin, de Gruyter, 1874; L. GOLDSCHMIDT, *Storia universale del diritto commerciale*, trad. it. di V. Pouchain e A. Scialoja, Torino, UTET, 1913; F. SCHUPFER, *Il diritto delle obbligazioni in Italia nell'età del Risorgimento*, II, Milano-Torino-Roma, Fratelli Bocca Editori, 1921.

(3) Per una sintesi v. F. TRIVELLATO, *1647. La leggenda delle origini ebraiche della finanza europea*, in *Storia mondiale degli ebrei*, a cura di P. Savy, Roma-Bari, Laterza, 2021, p. 230 e ss.

(4) Questo il passo di Cleirac riportato a p. 14: « le polizze d'assicurazione, e le lettere di cambio, furono sconosciute all'antico diritto romano e sono un'invenzione postuma degli ebrei, secondo l'osservazione di Giovan[ni] Villani nella sua storia universale ».

(5) È questa « un'opera di dottrina francese, comparsa a Rouen verso la fine del secolo XVI (la più antica edizione a stampa è del 1607), di autore sconosciuto, divisa in 20 capitoli, il cui pregio è notevole, non fosse altro perché è il primo testo a trattare approfonditamente dell'assicurazione marittima, sviluppatasi già nel secolo XIV (ma ignorata sia dai Ruoli che dal Consolato), e il cui valore è cospicuo, in quanto in essa si individua un altro anello di congiunzione fondamentale: quello tra le consuetudini medioevali [...] e le codificazioni dell'evo moderno, nonché, ancora, tra le normative atlantiche e quelle mediterranee » (G. RIGHETTI, *Trattato di diritto marittimo*, parte prima, t. 1, Milano, Giuffrè, 1987, p. 11). L'Autrice del libro qui recensito fa, invece, risalire la più antica edizione del *Guidon* al 1608, sempre pubblicata a Rouen (p. 255, nota 5).

(6) M. CHIAUDANO, *Guidon de la mer*, in *Noviss. Dig. it.*, VIII, Torino, 1962, p. 78. Su Bordeaux medievale, v. Y. RENOUARD, *Le rôle des hommes d'affaires italiens a Bordeaux au cours du Moyen-Age*, in *Studi in onore di Gino Luzzatto*, Milano, Giuffrè,

citazione di Giovanni Villani (libro 7, capitolo 136) sulla nota storia del miracolo dell'ostia profanata che si sarebbe verificato a Parigi nel 1290 e ripreso da Paolo Uccello nell'omonimo ciclo dipinto del 1467-1468 circa a Urbino (p. 38 e ss.) (7). Secondo la storiografia giuridica fu proprio Cleirac a pubblicare « la prima volta nel 1647 » (8) il *Guidon de la mer* e dell'opera « non fu trovato mai alcun testo manoscritto, se pure il Cleirac noti ch'essa fu usata ed applicata per molti anni avanti alla sua edizione in copie a mano '*maculés d'erreurs, de fautes, d'obmissions et de traspositions*' » (9); tanto che « per la patria del *Guidon de la mer* non abbiamo altro elemento per accertarla, che quanto afferma in proposito il Cleirac » (10).

L'Autrice riferisce che gli *Us et coutumes de la mer* ebbero altre quattro edizioni: a Parigi nel 1665, a Rouen nel 1671 e nel 1682, ad Amsterdam nel 1788 richiamando al riguardo Jean-Marie Pardessus, *Collection de lois maritimes antérieurs au XVIII^e siècle*: la storiografia giuridica italiana ha, tuttavia, individuato solo altre due edizioni « nel 1661 e nel 1671, a Bordeaux e a Rouen » ritenendo così sulla base di notizie bibliografiche apprese da fonti varie (11) che quanto scrive Pardessus sia « del tutto errato » (12).

In sintesi, secondo l'Autrice, la leggenda raccontata da Cleirac con una « strabiliante miscela di verità e finzione » vorrebbe che gli ebrei espulsi dalla Francia avrebbero inventato le polizze di assicurazione marittima e le lettere di cambio allo scopo di mettere in salvo i

---

1950, I, p. 47 e ss. e più in generale, TH. MALVEZIN, *Histoire du commerce de Bordeaux depuis les origines jusqu'à nos jours*, Bordeaux, 1892.

(7) Sulla costruzione dello stereotipo antigiudaico nei secoli successivi all'XI, v. A. FOA, *Ebrei in Europa. Dalla Peste Nera all'emancipazione*, Roma-Bari, Laterza, 2001, p. 13 e ss. e, sul miracolo dell'ostia profanata, da ultimo, EAD., *Andare per ghetti e giudecche*, Bologna, il Mulino, 2014, p. 77 e ss. Per le origini dello stereotipo antiebraico nell'antichità v., da ultimo L. CANFORA, *Il tesoro degli ebrei. Roma e Gerusalemme*, Roma-Bari, Laterza, 2021 e già J. ISAAC, *Genesi dell'antisemitismo*, Palermo, Sellerio, 2022.

(8) CHIAUDANO, *Guidon de la mer*, cit., p. 78.

(9) *Ibidem*.

(10) *Ibidem*.

(11) Apprese in particolare da *Catalogue Général des livres imprimés de la Bibliothèque Nationale*, Paris, 1907, tomo XXXIX, col. 964 e ss.; *British Museum, General Catalogue of printed books*, London, 1945, col. 169; *A Catalog of book represented by Library of Congress Printed Cards*, Michigan, 1943, vol. XXIX, 629 e da L. DESGRAVES, *Bibliographie de Millanges*, in « Bulletin de la Société des Bibliophiles de Guyenne », 1956, n. 66.

(12) CHIAUDANO, *Guidon de la mer*, cit., p. 78, nota 2 in riferimento a J.M. PARDESSUS, *Collection de lois maritimes antérieurs au XVIII^e siècle*, Paris, Imprimerie royale, 1828, t. II, p. 372 e ss.

loro averi mentre fuggivano verso la « Lombardia » ovvero verso l'Italia centro-settentrionale ove guelfi e ghibellini trovarono le invenzioni degli ebrei molto utili ogniqualvolta venivano espulsi dai rispettivi Comuni; da qui alcuni fuoriusciti avrebbero a loro volta esportato lo strumento in Francia, Germania e Fiandre dove i prestatori italiani centro-settentrionali erano chiamati « Lombardi » (pp. 34 e 38 e ss.); nel trattare lombardi e caorsini ed ebrei (p. 53 e ss.) viene ricordato come all'epoca di Cleirac « la parola 'lombardo' implicasse la presenza di usura, così come 'Monte di pietà' segnalava la sua assenza » (p. 53); una delle inesattezze viene individuata anche nell'inesistenza ad Amsterdam di una « piazza dei Lombardi » (pp. 34-35) (13).

È allora quella della Trivellato una « oziosa esercitazione erudita » come forse avrebbe pensato Cassandro?

Rispondere alla domanda non è agevole in quanto la questione può essere affrontata da almeno due angoli visuali. La prima impressione che si ha dopo la lettura del libro riguarda l'imponente apparato di dati e notizie che traspaiono dalle sue pagine e l'affresco storico-economico e storico-giuridico entro cui la leggenda viene a collocarsi quasi ad incorniciarsi — considerando il parallelismo ebrei/prestito a interesse e lo stereotipo medievale dell'« ebreo usuraio » (14) (persistente anche in epoca moderna: p. 51 (15)) — nella tesi di Wilhelm

---

(13) Invero, come ricorda M. FORNASARI, *La banca, la borsa, lo Stato. Una storia della finanza (secoli XIII-XXI)*, Torino, Giappichelli, 2019, p. 26, « la toponomastica di numerosi importanti centri urbani — Anversa, Amsterdam, Bergen op Zoom, Bruxelles, Londra, Parigi, per ricordarne solo alcuni — ha conservato la memoria di tale presenza. Lombardenstraat, Enge Lombardsteeg, Lombardenstraat, rue du Lombard, Lombard street, rue des Lombards sono rispettivamente i nomi delle vie delle città ricordate dove avevano la loro sede gli operatori finanziari provenienti dall'Italia centro-settentrionale ».

(14) Sull'antisemitismo *ante litteram* medievale, v. J. LE GOFF, *La borsa e la vita. Dall'usuraio al banchiere*, Roma-Bari, Laterza, 2007, p. 30 e ss.; L. POLIAKOV, *Storia dell'antisemitismo*, I, *Da Cristo agli ebrei di corte*, Firenze, La Nuova Italia, 1974, p. 81 e ss.; M. CASSANDRO, *Etica economica e antigiudaismo nel Medioevo. Note di ricerca*, in *Studi in memoria di Giovanni Cassandro*, Roma, I.P.Z.S., 1991, p. 163 e ss.; v. pure la ricostruzione storica di S. GATTI, *Credito su pegno*, Milano, Giuffrè, 2002, p. 3 e ss.

(15) L'Autrice richiama al proposito « un manuale francese di aritmetica pratica del 1585 che insegnava ai mercanti come calcolare l'interesse composto e allo stesso tempo denunciava l'operazione quale 'usura di usura' e un'abitudine ebraica 'esecrabile' e 'abominevole' (due aggettivi [...] tipici della polemica antigiudaica cristiana) ». Su un saggio giuridico e di matematica finanziaria inerente al computo degli interessi sugli interessi nell'*interusurium* v. G.W. LEIBNIZ, *Meditatio juridico mathematica de interusurio simplice* del 1683 citato da T. ASCARELLI (*Obbligazioni pecuniarie*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, Zanichelli, 1962, p. 593, nota 2) e rinvenibile in versione francese in G.W. LEIBNIZ, *L'estime des apparences, 21 manuscrits de Leibniz sur les probabilités, la*

Endemann secondo cui il diritto commerciale sarebbe servito innanzitutto ad aggirare il divieto teologico-canonistico delle *usurae* (pp. 46-47); tesi avversata da Levin Goldschmidt e Gustav Lastig (16). Ad una lettura più attenta e ponderata emergono, tuttavia, alcuni profili critici.

Il libro si presenta sicuramente interessante per certi significativi riferimenti alla storia del diritto commerciale, dato l'approccio interdisciplinare che l'Autrice adotta e il modo con cui la leggenda è stata nel tempo in parte seguita o reinterpretata (dai celebrati Savary padre e figli, da Montesquieu, Cesare Beccaria e Karl Marx) e in parte respinta (dal già citato Levin Goldschmidt e dal suo allievo Max Weber prima della sociologia (17)) fino a Werner Sombart. L'Autrice riconosce, infine, che

> in Italia, una scuola economico-giuridica anticipò la prima rivolta dei medievisti con studi pionieristici sul diritto commerciale medievale, tra i quali molti erano dedicati all'assicurazione marittima e alle lettere di cambio. Com'era prevedibile, esplorando gli archivi di Genova, Venezia e altre città, questi studiosi, alcuni dei quali erano ebrei — possiamo ricordare Alessandro Lattes (1858-1940) e Arturo Segre (1873-1928) —, non trovarono alcuna traccia della presunta invenzione ebraica delle lettere di cambio; e più in generale, respinsero l'idea che gli ebrei avessero avuto un ruolo cruciale nel commercio e nella finanza internazionali nel Medioevo (p. 230).

L'opera — influenzata da un approccio « archeologico » foucaultiano e « decostruzionista » derridiano e concentrata nell'individuazione del « nesso tra linguaggio e strutture di potere » (p. 11) — ha il merito di applicare il metodo della « lettura sintomatica » a « scritti che, per lo più, hanno scopi normativi e pratici, quali i commentari giuridici o i manuali di commercio » (p. 255, nota 4) passando, vien da dire, da Davide Casaleggio (richiamato dall'Autrice nella premessa per una

---

théorie des jeux, l'espérance de vie, texte établi, traduit, introduit et annoté par M. Parmentier, Paris, Vrin, 1995, p. 395 e ss. ove ulteriori scritti leibniziani anche inerenti alle rendite dall'Autrice pure considerate (p. 58) analizzando il divieto delle *usurae*.

(16) Per riferimenti, v. G. DILCHER, *Dalla Storia del diritto alla Sociologia. Il confronto di Max Weber con la Scuola storica del diritto*, in « Scienza e politica », 37 (2007), p. 100. Al di là della fondatezza della tesi resta il fatto che « nel processo di integrazione sociale del mercante gli ambienti ecclesiastici svolgono una funzione decisiva » (F. MIGLIORINO, *Profilo storico delle procedure concorsuali*, in *Le procedure concorsuali. Il fallimento, Trattato*, diretto da G. Ragusa Maggiore e C. Costa, Torino, UTET, 1997, p. 18; ID., Mysteria concursus. *Itinerari premoderni del diritto concorsuale*, Milano, Giuffrè, 1999, p. 91).

(17) Su Max Weber storico del diritto commerciale, v. DILCHER, *Dalla Storia del diritto alla Sociologia*, cit., p. 95 e ss.

citazione dello Shylock scespiriano indicativa del radicamento dello stereotipo antigiudaico) a Giuseppe L.M. Casaregis (che « si appropriò del racconto proposto dall'autore francese attribuendo l'invenzione delle lettere di cambio ai guelfi espatriati a Lione »: p. 193). L'Autrice rimarca come il concetto di usura, in antitesi a quello di carità, avesse due facce:

> da un lato faceva dell'usura una prerogativa degli ebrei, i quali, estranei alla comunità cristiana e civile, ne risucchiavano le ricchezze senza remore; dall'altro, utilizzava l'usura ebraica come una sorta di termometro simbolico con cui misurare il comportamento di tutti, al punto che banchieri e mercanti cristiani venivano bollati con l'epiteto di 'ebrei' ogni volta che commettevano una qualche trasgressione (p. 13) ([18]).

Il libro resta, tuttavia, ancorato a un'epoca della storiografia giuscommercialistica ed economica italiana alquanto risalente, muovendo dalla premessa secondo cui « le migliori introduzioni alla lettera di cambio e all'assicurazione marittima restano, rispettivamente » quelle di Raymond de Roover e Louis A. Boiteux (p. 255, nota 7). Questo aspetto appare un limite dell'opera all'interno della quale (salvo che per una citazione della voce *Assicurazione* dell'*Enciclopedia del diritto*: p. 259, nota 33) Giovanni Cassandro, con i suoi classici studi di storia del diritto commerciale proprio in materia di contratto di cambio (pp. 20 e

---

([18]) Gli ebrei, invero, non erano i soli ad operare come prestatori di denaro su pegno: « a fianco ad essi agivano — attraverso le loro *casane* — i piemontesi di Asti e di Chieri e i francesi di Cahors, i Caorsini; dotati di regolari licenze concesse da città e principi dell'area francese, tedesca e delle Fiandre, questi esercitavano il prestito ad usura e come i loro colleghi Ebrei vennero periodicamente fatti oggetto della rabbia popolare e della persecuzione degli stessi pubblici poteri »: FORNASARI, *La banca, la borsa, lo Stato*, cit., pp. 23-24. « Gli usurai cristiani dipendevano, in quanto peccatori, dai tribunali ecclesiastici, le ufficialità, che dimostravano generalmente una certa indulgenza nei loro confronti, lasciando a Dio il compito di punirli con la dannazione. Ma ebrei e stranieri (in Francia gli usurai italiani e meridionali, della Lombardia e di Cahors), dipendevano dalla giustizia laica, più dura e più repressiva. Filippo Augusto, Luigi VIII e soprattutto san Luigi emanarono una legislazione assai dura nei confronti degli usurai ebrei. Così la repressione parallela dell'ebraismo e dell'usura contribuì ad incrementare il crescente antisemitismo e a rendere ancor più tetra l'immagine dell'usuraio, più o meno identificato con l'ebreo » (LE GOFF, *La borsa e la vita*, cit., p. 31); « il grande sviluppo economico del XII secolo fece moltiplicare gli usurai cristiani. Questi nutrirono un'ostilità tanto maggiore nei confronti degli ebrei poiché questi erano a volte temibili concorrenti » (*ibidem*). Nel XIII secolo la storia degli usurai cristiani « si svolge su uno sfondo di antisemitismo. Teoricamente, la Chiesa li presentava come peggiori degli ebrei » (ivi, pp. 31-32 riportando un passo di Giacomo di Vitry).

ss.; 59; 109) (19), di girata (p. 30) (20) e di assicurazione (pp. 17 e ss.; 59) (21), sembra essere il grande assente; come pure, un grande assente della scuola giuscommercialistica italiana è ad es., sul tema dell'assicurazione (p. 17 e ss.), Cesare Vivante (22), sul tema della lettera di cambio, della cambiale nonché dei contratti innominati (pp. 3 e 62) e non solo, Tullio Ascarelli (23) e, per gli storici italiani del diritto, mancano riferimenti, ove trattati, ad es., agli studi sul contratto di cambio (secco e con ricorsa: p. 26 e ss.) (24), sul pagherò cambiario (p. 3) (25), sull'esecuzione parata e i documenti notarili guarentigiati (pp.

---

(19) G. Cassandro, *Un trattato inedito e la dottrina dei cambi nel Cinquecento*, Napoli, ESI, 1962 (e con il titolo *La dottrina dei cambi nel Cinquecento*, in Id., *Saggi di storia*, cit., p. 125 e ss.); Id., *Note minime per la storia del* « *cambio* », ivi, p. 209 e ss.; Id., *Breve storia*, cit., p. 397 e ss.

(20) G. Cassandro, *Note storiche sulla girata cambiaria*, in « Banca, borsa e titoli di credito », 1954, I, p. 452 e ss.

(21) G. Cassandro, *Note storiche sul contratto di assicurazione*, in Id., *Saggi di storia*, cit., p. 255 e ss.

(22) *Il contratto di assicurazione*, voll. I, II e III, Milano-Napoli-Pisa, U. Hoepli, 1885-90.

(23) T. Ascarelli, *Corso di diritto commerciale. Introduzione e teoria dell'impresa*, Milano, Giuffrè, 1962, p. 15 e ss. ove anche l'evoluzione della cambiale « nella quale gli originari quattro personaggi si ridurranno a tre (perché la girata rende inutile il quarto) e che, da strumento per pagamenti internazionali, passa ad essere strumento per la mobilizzazione del credito » (p. 17); v. pure Id., *Sviluppo storico del diritto commerciale e significato dell'unificazione*, in Id., *Saggi di diritto commerciale*, Milano, Giuffrè, 1955, p. 12 ove nel presupposto che « esigenza di credito vuol dire esigenza di circolazione del credito, perché credito ed investimento saranno tanto più facili quanto più facile la loro smobilitazione ed è perciò la facilità della circolazione del credito quella che, di fatto, ne determina la possibilità di sviluppo » viene individuato « lo sviluppo della cambiale che, da strumento di cambio internazionale, passa a divenire strumento di credito attraverso l'introduzione della girata e la disciplina della posizione del giratario ».

(24) L. Dalle Molle, *Il contratto di cambio nei moralisti dal secolo XIII alla metà del secolo XVII*, Roma, Edizioni di Storia e Letteratura, 1954, p. 28 e ss. sulla lettera di cambio e p. 31 e ss. sulle fiere di cambio; D. Maffei, *Notizie su alcuni trattati cinque-seicenteschi in tema di cambi*, in « Banca, borsa e titoli di credito », 1965, I, pp. 309-328. Per una sintetica descrizione del cambio con ricorsa, v. C.M. Cipolla, *Storia facile dell'economia italiana dal Medioevo ad oggi*, Milano, Mondadori, 2010, p. 68 e da ultimo, v. L. Neal, *Storia della finanza internazionale. Dalle origini ad oggi*, Bologna, il Mulino, 2015, pp. 53 e ss. e 70 e ss. Sui requisiti della *permutatio pecuniae* e della *distantia loci* nel cambio (ove il lucro sul cambio si distingueva dall'interesse vietato), v. Ascarelli, *Corso*, cit., p. 18.

(25) U. Nicolini, *Studi storici sul pagherò cambiario*, rist., Padova, CEDAM, 1956. Sulla storia della cambiale, per un'introduzione generale, v. pure A. Pavone La

16-17) (26), sull'assicurazione marittima (p. 17 e ss.) (27), sul contratto innominato (p. 62) (28). Come pure, affrontando la tematica dell'infamia (pp. 37-38) — e in particolare, dell'obbligo degli ebrei di andare « marchiati da un berretto giallo » (p. 54), della « reputazione (della 'fama') delle parti in causa » come « criterio di definizione della legittimità dei contratti di credito » (p. 57), del bando e dei riti di umiliazione pubblica degli « usurai manifesti » (p. 58), della « *contrainte par corps* » (pp. 24 e 86) e dell'obbligo per gli usurai di « esibire segni esteriori » (p. 95) — non vengono considerati gli studi di Francesco Migliorino sulla « coppia terminologica *fama/infamia*, che fa della comunicazione uno strumento formidabile di controllo sociale » (29)

ROSA, *La cambiale*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, diretto da Cicu, Messineo, Mengoni, Milano, Giuffrè, 1982, p. 1 e ss. e, per l'ordinamento di *common law* anglosassone, A. GRISOLI, *La cambiale in diritto inglese*, Padova, CEDAM, 1957, p. 1 e ss.

(26) A. CAMPITELLI, *Precetto di guarentigia e formule di esecuzione parata nei documenti italiani del secolo XIII*, Milano, Giuffrè, 1970; per ulteriori riferimenti, v. G. SCARSELLI, *Sulla necessità di ampliare l'ambito dei titoli esecutivi nonché l'accesso all'esecuzione forzata*, in www.judicium.it; già ASCARELLI, *Corso*, cit., p. 15 e ss.

(27) G. SALVIOLI, *L'assicurazione e il cambio marittimo nella storia del diritto italiano*, Bologna, Zanichelli, 1884; G. BONOLIS, *Svolgimento storico dell'assicurazione in Italia*, Firenze, Seeber, 1901; G. STEFANI, *L'assicurazione a Venezia dalle origini alla fine della Serenissima*, Trieste, Assicurazioni Generali di Trieste e Venezia, 1956 (e v. la recensione di D. MAFFEI, in « Assicurazioni », 23 (1956), 1, p. 340 e ss.); C. SCHWARZENBERG, *Ricerche sull'assicurazione marittima a Venezia. Dal Dogado di Pasquale Cicogna al Dogado di Paolo Renier*, Milano, Giuffrè, 1969, p. 10 e ss.; D. MAFFEI, *Il giureconsulto portoghese Pedro de Santarém autore del primo trattato sulle assicurazioni (1488)*, in *Diritto comune, diritto commerciale, diritto veneziano*, Venezia, Centro Tedesco di Studi Veneziani, 1985, p. 39 e ss.; ID., recensione di K. Nehlsen-von Stryk, *L'assicurazione marittima a Venezia nel XV secolo*, in « Rivista di storia del diritto italiano », 1988, p. 390 e ss.

(28) Sul ruolo della fervida inventiva dei *mercatores* medievali nello sviluppo contrattuale, v. G. ASTUTI, *Contratto (dir. interm.)*, in *Enciclopedia del diritto*, IX, 1961, p. 776 e ss. e sul contratto misto e innominato, v. T. ASCARELLI, *Il negozio indiretto e le società commerciali*, in *Studi di diritto commerciale in onore di Cesare Vivante*, Roma, Società editrice del Foro italiano, 1931, vol. I, p. 37 e ss.

(29) MIGLIORINO, *Profilo storico*, cit., p. 33; ID., *Fama e infamia. Problemi della società medievale nel pensiero giuridico nei secoli XII e XIII*, Catania, Giannotta, 1985; ID., *Il corpo come testo. Storie del diritto*, Torino, Bollati Boringhieri, 2008, p. 62 e ss.; ID., *Processi di comunicazione e forme di controllo sociale nell'età del diritto comune*, in « Studi Storici », 1996, p. 445 e ss.; ID., Mysteria concursus, cit., pp. 64 e ss. e 117 e ss.; ID., *"La Grande Hache de l'histoire". Semantica della fama e dell'infamia*, in *Atti del convegno di studio svoltosi in occasione della XXI edizione del Premio internazionale Ascoli Piceno*, Ascoli Piceno, 3-5 dicembre 2009, a cura di I. Lori Sanfilippo e A. Rigon, Roma, Istituto storico italiano per il Medioevo, 2011, p. 4 e ss.; ID., *Il nastro di Moebius*

(« soprattutto per il settore cambiario » ([30])) e, con particolare riferimento all'infamia nel fallimento, di Umberto Santarelli ([31]). Gli studi di Migliorino non vengono nemmeno considerati analizzando « il ruolo dell'informazione » (p. 4) e l'influenza della Neoscolastica sul problema della liceità del cambio (pp. 49-50): « è stato documentato, attraverso lo studio dei libri mercantili, come molti fallimenti fossero il risultato di un grave difetto di informazione » ([32]) e « l'insegnamento di Salamanca fa sentire la sua influenza anche nell'opera di Juan de Matienzo, che ha il merito di offrire spunti originali nella riflessione sulla funzione sociale dei banchieri » ([33]). Infine, nella descrizione del meccanismo di funzionamento della lettera di cambio viene utilizzata una terminologia non rigorosa da un punto di vista giuridico pur ambendo il volume a illustrare un profilo storico anche giuscommercialistico come si evince già dalla sopraccoperta ove il riferimento pure al « giuridico »; meccanismo di funzionamento in cui la lettera di cambio

---

e i margini del diritto. Scomunicati e infami nell'ordine giuridico medievale, in *Ai margini della* civitas. *Figure giuridiche dell'*altro *tra Medioevo e futuro*, a cura di A.A. Cassi, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2013, p. 105 e ss.

([30]) MIGLIORINO, Mysteria concursus, cit., p. 121 cui si rinvia per approfondimenti.

([31]) U. SANTARELLI, *Per la storia del fallimento nelle legislazioni italiane dell'età intermedia*, Padova, CEDAM, 1964, pp. 132 e ss. e 154 e ss.; ID., *Mercanti e società tra mercanti*, Torino, Giappichelli, 1998, p. 77 e ss.; v. pure MIGLIORINO, Mysteria concursus, cit., pp. 79, 82 e 122 e ss.; sulla pittura infamante, v. 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.; MIGLIORINO, *"La Grande Hache de l'histoire"*, cit., p. 11 e ss. e gli autori citati a nota 37; sul segno pubblico del *biretum album* o *beretta virida*, J. KOHLER, *Shakespeare vor den Forum der Jurisprudenz*, Würzburg, Stahel, 1883, p. 48, gli Statuti di Ferrara del 1567, lib. II, cap. 133 indicati da A. ROCCO, *Il fallimento. Teoria generale e origine storica*, Milano, Giuffrè, 1962, pp. 197-198, nota 124, nonché le altre informazioni riportate in MIGLIORINO, Mysteria concursus, cit., p. 122; sulla acculattata e sulla pietra del vituperio G.B. PORTALE, *Dalla « pietra del vituperio » alle nuove concezioni del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, in « Banca, borsa e titoli di credito », 2010, II, p. 389 e ss.; G.C.M. RIVOLTA, *Fallimento ed esercizio del commercio*, in « Rivista dei dottori commercialisti », 1975, p. 22 e ss. Da ultimo, sulla storia del fallimento, v. MIGLIORINO, Mysteria concursus, cit., p. 66 e ss.; A. SCIUMÉ, *Le procedure concorsuali: una prospettiva storico-comparatistica*, in *Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali*, diretto da F. Vassalli, F.P. Luiso, E. Gabrielli, Torino, Giappichelli, 2014, p. 1 e ss. Per una bibliografia sulla storia del fallimento, v. F. GALGANO, *Storia del diritto commerciale*, Bologna, il Mulino, 1976, p. 173.

([32]) MIGLIORINO, Mysteria concursus, cit., p. 115.

([33]) Ivi, p. 50.

> si prestava, per metonimia (cioè scambiando il nome di una cosa — la somma scritta nel documento — con quello di un'altra alla prima connessa — il documento in cui la somma era scritta), ad essere pensata come la somma documentata ed il possesso di quella come possesso di questa. Quando, per la verità non prima del secolo XVI, la *litera cambi* fu ritenuta suscettibile di trasferimento (si ammise, cioè, che il beneficiario dell'ordine potesse, a sua volta, impartire al debitore l'ordine di pagare la somma documentata a un terzo: ordine al quale si dette e si dà il nome di *girata*), il documento cominciò ad essere negoziato come una merce e fu assoggettato, nella circolazione, alla medesima legge delle merci (dunque al principio, propizio alla formazione dei mercati, *en fait de meubles la possession vaut titre*). Il mercato finanziario può con ciò considerarsi nato. E la acquisita succedaneità tra documento e diritto documentato non mancò di moltiplicare le situazioni giuridiche che si negoziano negoziando i documenti dai quali risultano: si diffondono così titoli di deposito, titoli di trasporto, titoli di partecipazione (azioni) ecc. e decollano i corrispondenti mercati finanziari (34).

Alle fiere di cambio (35) sono dedicate le pp. 27-28.

Tornando a Cassandro il punto è che lo storico — sempre alludendo alle parole di Goldschmidt secondo cui alla « fiaba da balie », alla pretesa « invenzione » della cambiale ad opera di ebrei o di ghibellini esiliati o di genovesi o di marsigliesi « si fa già troppo onore ricordandola » — osservava che « per quanto ancora nel 1921 il nostro Schupfer sentisse il bisogno di rendere a quella *fiaba* l'onore di una confutazione » (36)

---

(34) P. SPADA, *Diritto commerciale*, I, *Parte generale. Storia, Lessico e Istituti*, Padova, CEDAM, 2009², pp. 4-5.

(35) Come è stato osservato, lettera di cambio e lettera di fiera consentirono all'economia medievale di « sopravvivere attraverso un'espansione dove la circolazione del credito supplisce alla esiguità della massa monetaria »: J. FAVIER, *L'oro e le spezie. L'uomo d'affari dal Medioevo al Rinascimento*, Milano, Garzanti, 1990, p. 239. Sulla « fondamentale funzione regolatrice che è propria della moneta di banco » assunta dal credito in un « sistema monetario segnato da una vistosa instabilità » e dalla presenza di una « oligarchia sovranazionale del denaro », v. MIGLIORINO, Mysteria concursus, cit., pp. 15-16.

(36) G. CASSANDRO, *Vicende storiche della lettera di cambio*, in ID., *Saggi di storia*, cit., pp. 34-35. Schupfer invero chiarì che « gli ebrei e i ghibellini, fuggiaschi e dispersi, avrebbero escogitata la cambiale allo scopo d'impedire che il denaro che lasciavano in patria venisse confiscato. Avrebbero dunque combinato con lettere segrete indirizzate a mercanti e viaggiatori, che lo ritirassero per farlo loro avere nelle terre dove cercavano asilo. Ma né l'una né l'altra di queste ipotesi regge alla critica. In realtà non havvi assolutamente notizia che ne determini il tempo o il luogo; e, per giunta, tutto si riduce ad una vaga indicazione di Villani intorno agli ebrei, e ad un'altra ugualmente incerta di Nicolò Gilles sugli esuli lombardi. D'altronde chi avrebbe voluto assumere il deposito del denaro e di altri beni mobiliari dei proscritti, quando la proscrizione colpiva quasi

> sta di fatto che, dopo l'Endemann e il Goldschmidt, il problema delle origini della cambiale fu posto in maniera affatto diversa, ma non dirò con risultati migliori, dal momento che il de Roover tributa una calda lode agli storici italiani che, come il Lattes e il Bensa, si contentano di studiare la natura giuridica e la funzione economica della lettera di cambio, quando è già matura, completa nei suoi elementi caratteristici, strumento robusto e ordinario del traffico mercantile (37).

Insomma, il libro non tiene conto delle critiche mosse all'opera di de Roover e dei limiti da Cassandro segnalati in riferimento alle ricerche di quella scuola storico-giuridica italiana degli studiosi vissuti tra Ottocento e Novecento esaltata invece dallo studioso francese e dalla Trivellato.

Quanto al de Roover Cassandro osserva come

> troppo facilmente e rapidamente egli si spaccia delle dottrine dei giuristi e dei teologi, relegandole in un'appendice bibliografica — in verità diligentissima — e condannandoli sommariamente come autori di scritti noiosi, amatori di disquisizioni sottili e insieme ingombranti e superflue: con che misconosce l'efficacia che pure esercitarono sul modo concreto nel quale la cambiale si venne atteggiando, e che ora accelerandone, ora ritardandone taluni sviluppi, concorsero in una parola a scriverne la storia. Un atteggiamento, che è ancora meno accettabile, quando si manifesta nel proposito apertamente confessato di voler ignorare il momento nel quale il creditore, insoddisfatto, si presenta con la sua lettera di cambio in tribunale per farsi rendere giustizia (38).

Non è tanto, dunque, la scuola storica giuscommercialistica italiana tra Ottocento e Novecento ad essere poco presente quanto, come anticipato, gli studi novecenteschi di Cassandro raccolti nei *Saggi di storia del diritto commerciale* che, forse, avrebbero giovato alla riflessione di Tri-

---

più i beni che le persone? C'è poi questo di più, che il contratto di cambio suppone una fiducia, quasi cieca, nel pagamento, si di colui che deve farlo, e si dell'altro che dà l'ordine di pagare; mentre non è facile immaginare che potessero ancora godere un credito qualunque codesti uomini colpiti dalla proscrizione e confisca. Dice bene il Pardessus, che pur supponendo che avessero amici fedeli, nelle cui mani potessero depositare i valori salvati dalla confisca, nessun uomo di buon senso avrebbe potuto accettarne le lettere di cambio, che avessero tratto sui loro depositari di Francia (o Firenze), e anticiparne il valore senza conoscere la solvibilità del traente » (SCHUPFER, *Il diritto delle obbligazioni in Italia*, cit., pp. 225-226).

(37) CASSANDRO, *Vicende storiche*, cit., pp. 34-35 in riferimento alle opere di R. DE ROOVER, *L'évolution de la lettre de change: XIV-XVIII siècles*, Paris, Librairie Armand Colin, 1953. Di R. DE ROOVER, v. già *Appunti sulla storia della cambiale e del contratto di cambio (secondo documenti inediti dell'Archivio Datini di Prato)*, in *Studi in onore di Gino Luzzatto*, Milano, Giuffrè, 1950, I, p. 193 e ss.

(38) CASSANDRO, *Vicende storiche*, cit., pp. 33-34.

vellato in punto di vicende storiche della lettera di cambio, della dottrina dei cambi nel Cinquecento (e in particolare con il *Trattato de' cambi et in particolar de' cambi detti di Lione o di Bisenzone* del padre teatino Marco Palescandolo in polemica con la parte del *De iustitia et iure* di Domenico Soto del 1553 dedicata al problema dei cambi e pubblicato a cura dello stesso Cassandro ([39])), del contratto di assicurazione. Secondo Trivellato

> l'oblio in cui oggi è caduta la leggenda che stiamo analizzando ha molto a che vedere con il fatto che gli studiosi odierni di diritto commerciale e marittimo sono abituati a pensare che nel XVII secolo il loro oggetto d'indagine fosse ormai transitato dalla sfera della teologia a quella della politica. In realtà, la figura dell'usuraio ebreo non scomparve dall'immaginario dell'Età moderna; anzi, per molti continuò a esemplificare il concetto di pratiche finanziarie illecite in modo più efficace di quanto non facessero argomentazioni basate sulla casuistica o sul diritto canonico (p. 51) ([40]).

La leggenda scompare a inizi '900 ma in quella stessa epoca compare, sulla scia del pregiudizio e della retorica antiebraica, qualcosa di sostitutivo e più potente dell'opera di Cleirac.

1.1. *La leggenda degli ebrei inventori della lettera di cambio e dell'assicurazione e il falso ottocentesco dei « Protocolli degli anziani di Sion ».*

Se, però, si tralascia l'aspetto storiografico esaminato e si consi-

---

([39]) CASSANDRO, *Un trattato inedito*, cit. Palescandolo lasciò il trattato « inedito tra le sue carte, conservate dopo la sua morte presso la Casa napoletana dei Teatini, intitolata a S. Paolo. Di qui quel manoscritto passò nella biblioteca di San Martino, e da questa alla Nazionale di Napoli, dove tuttora si trova, cangiato in 288 il vecchio numero 295, tra i manoscritti del più volte ricordato fondo della Certosa di S. Martino. Il Trattato non reca la data sotto la quale fu scritto; tuttavia è possibile avanzare intorno ad essa congetture sufficientemente fondate » datandolo o al 1569 o al 1573 (ivi, p. 25 e ss.).

([40]) Lo stereotipo dell'usuraio ebreo affonda le proprie radici nell'epoca bassomedievale in cui, invece, come ricorda l'Autrice, « all'epoca i prestatori ebrei si limitavano per lo più ad accordare prestiti ai poveri in cambio di pegni e ai principi in cambio della facoltà di risiedere, pur con molte restrizioni, nello Stato » (pp. 43-44). Sul prestito su pegno ebraico in Italia, v. A. MILANO, *Storia degli ebrei in Italia*, Torino, Einaudi, 1963, p. 109 e ss. Sullo sviluppo dei Monti di Pietà, invece, la cui idea di base era « quella di offrire un prestito contro la garanzia di un pegno calcolando la somma prestabile in percentuale sul valore dell'oggetto depositato, essendo fissati *a priori* il valore minimo e massimo dei pegni depositabili e, di conseguenza, il *range* delle somme minime e massime erogabili come crediti », v. P. EVANGELISTI, *Il pensiero economico nel Medioevo. Ricchezza, povertà, mercato e moneta*, Roma, Carocci, 2016, p. 227; GATTI, *Il credito su pegno*, cit., p. 21 e ss.

dera che il volume in discorso ha di mira, più che l'oggetto in questione (chi abbia inventato le lettere di cambio e l'assicurazione), il funzionamento di una « macchina mitologica » (nel significato dato alla locuzione da Furio Jesi (41) e che si industria nel pieno Seicento ad assimilare la « segretezza » e i pericoli del grande mercato finanziario allo stereotipo dell'ebreo come nemico interno « non riconoscibile »), allora, spostando l'angolo visuale dalla storia giuridica alla storia della mentalità e alla storia dell'antigiudaismo, l'opera della Trivellato si lascia molto apprezzare e, senza che venga affermato *ex professo* nel volume, l'operazione editoriale di Laterza che ha inteso tradurre e pubblicare lo studio sembra correre parallela a quella di Einaudi che, nel 1969, tradusse e pubblicò in Italia di Norman Cohn, *Licenza per un genocidio. I « Protocolli degli anziani di Sion »: storia di un falso*. È noto come tale opera e più in generale il tema della falsificazione e della forza del falso sia stata ripresa da Umberto Eco (42) sia nella saggistica (43) che nella narrativa (44) (in particolare per le connessioni scoperte con il *Giuseppe Balsamo* di Alexandre Dumas e con *I misteri del popolo* di Eugène Sue (45) che ispirano il primo anello della concatenazione risalente al romanzo popolare *Biarritz* del 1868 di Hermann Goedsche (46)): « è accaduto, nel corso della storia, che credenze e affermazioni che l'Enciclopedia attuale fattualmente smentisce, abbiano

---

(41) *L'accusa del sangue. La macchina mitologica antisemita*, con introd. di D. Bidussa, Torino, Bollati Boringhieri, 2007.

(42) U. Eco, *La forza del falso*, in Id., *Sulla letteratura*, Milano, Bompiani, 2002, p. 292 e ss. Sul rapporto tra falso e verità v. Id., *Autobiografia intellettuale*, in *La filosofia di Umberto Eco*, a cura di S.G. Beardsworth, R.E. Auxier, ed. it. a cura di A.M. Lorusso, Milano, La nave di Teseo, 2021, pp. 51-52.

(43) U. Eco, *Protocolli fittizi*, in Id., *Sei passeggiate nei boschi narrativi*, Milano, La nave di Teseo, 2018, spec. p. 169 e ss. Sulla pubblicazione in Italia dei Protocolli nel 1921 da parte di Giovanni Preziosi, v. Milano, *Storia degli ebrei in Italia*, cit., p. 691.

(44) U. Eco, *Il pendolo di Foucault*, Milano, Bompiani, 1988 e *Il cimitero di Praga*, Milano, Bompiani, 2010. In particolare, « un romanzo come *Il cimitero di Praga* rappresenta un tentativo di costruire la psicologia di un antisemita e di spiegare in forma narrativa la nascita dei *Protocolli dei Savi Anziani di Sion* » (Id., *Autobiografia*, cit., p. 15; in tema v. pure U. Musarra-Schrøder, *"Enciclopedia" e "mondi possibili": storia, finzione e falsificazione nei romanzi di Umberto Eco*, in *La filosofia di Umberto Eco*, cit., p. 600 e ss.). La definizione di « fiaba da balie » di Goldschmidt della leggenda ricostruita da Trivellato sembra in linea con l'affermazione di Umberto Eco secondo cui, parafrasando Wittgenstein, « di ciò di cui non si può teorizzare, si deve narrare » (sul punto, v. C. Paolucci, *Umberto Eco. Tra ordine e avventura*, Milano, Feltrinelli, 2017, p. 191 e ss.; a questo Autore si rinvia per la ricostruzione del pensiero di Eco sul falso: p. 185 e ss.).

(45) Eco, *Protocolli fittizi*, cit., pp. 173-174.

(46) Eco, *La forza del falso*, cit., pp. 312-313.

avuto credito; e un credito tale da soggiogare i sapienti, far nascere e crollare gli imperi, ispirare i poeti (che non sempre sono i testimoni della verità), spingere gli esseri umani a sacrifici eroici, all'intolleranza, al massacro, alla ricerca del sapere. Se ciò è vero, come non affermare che esista una Forza del Falso? » (47).

Sebbene in riferimento alla cospirazione mondiale ebraica « i *Protocolli* sono soltanto i più famosi e autorevoli di una lunga serie di menzogne e falsi che risalgono alla rivoluzione francese » (48), essi rappresentano « un esempio terribile, in cui tutti potevano accorgersi che si trattava di finzione, perché erano evidenti le citazioni da fonti romanzesche, e tuttavia molti hanno tragicamente preso sul serio quella storia come se fosse Storia » (49).

Ancora una volta centro propulsore del falso è un'area francofona (50) non nuova, in genere, alla creazione di *fake news* (non solo

---

(47) Ivi, p. 294.

(48) N. COHN, *Licenza per un genocidio. I « Protocolli degli anziani di Sion »: storia di un falso*, Torino, Einaudi, 1969, pp. 6-7 osservando che « nella sua forma moderna il mito della cospirazione mondiale ebraica può essere fatto risalire a un prete francese, l'abbé Barruel. Nel lontano 1797 Barruel sosteneva, nei cinque volumi del suo *Mémoire pour servir à l'histoire du jacobinisme*, che la rivoluzione francese rappresentava il culmine di una cospirazione secolare della più segreta delle società segrete ».

(49) ECO, *Protocolli fittizi*, cit., p. 169.

(50) Trattando dell'antisemitismo ottocentesco *fin de siècle* nell'Impero asburgico viene ricordato come « l'Austria e la Germania non conobbero la violenza cieca dei pogrom russi, né il lungo estenuante dibattito che scaturì dal processo Dreyfus, con la gente che gridava per le strade di Parigi: 'Morte agli ebrei!' » (R. CALIMANI, *La grande Vienna ebraica*, Torino, Bollati Boringhieri, 2020, p. 33). In Francia furono pubblicati « gli scritti di Edouard Drumont che in *La France juive* attribuiva al giudaismo la colpa di ogni degenerazione della vita sociale francese. Il volume, pubblicato nel 1885, aveva avuto una diffusione enorme: un milione di copie in pochi anni » (ivi, p. 88). Sulle pubblicazioni antisemite di Drumont, v. pure C. BERTONI, *Romanzo di uno scandalo*, Bologna, il Mulino, 2018, p. 51 e ss. Quanto all'Italia, sulla letteratura pro e antiebraica, v. MILANO, *Storia degli ebrei in Italia*, cit., p. 682 e ss. Con particolare riferimento all'area di Mantova, si ricorda in particolare la polemica avutasi nel 1782-1784 in Italia fra Giovanni Battista Gherardo D'Arco e Benzion Rafael Kohen (più noto come Benedetto Frizzi) a seguito della pubblicazione, da parte del primo, dell'antisemitico *Della influenza del ghetto nello Stato*, Venezia, Gaspare Storti, 1782; esposizione che « non è il frutto di una qualsiasi ricerca scientifica, e non offre alcun dato documentario sulla situazione e l'opera degli Ebrei in Italia o nella città di Mantova (ove dimorava) » (R. BACHI, *L'attività economica degli Ebrei in Italia alla fine del secolo XIX*, in *Studi in onore di Gino Luzzatto*, Milano, Giuffrè, 1950, III, p. 266 e ss.). Benedetto Frizzi, che replicò con la *Difesa contro gli attacchi fatti alla Nazione Ebrea nel libro intitolato « Della influenza del ghetto nello Stato »*, Pavia, Stamperia del Monastero di S. Salvatore, 1784, « mira a difendere gli

ebraiche (51)) e ancora una volta l'autore è un avvocato francese, Maurice Joly che nel 1864 pubblica per la prima volta a Bruxelles il *Dialogue aux Enfers entre Montesquieu et Machiavel* (52); libro che, nonostante fosse stato proibito e requisito (e il 25 aprile 1865 Joly venne processato e condannato a quindici mesi di reclusione), non impedì di ispirare il falso dei *Protocolli* (53):

> molti hanno notato che era facile riconoscere nei *Protocolli* un documento prodotto nella Francia ottocentesca, perché essi abbondano di riferimenti a problemi della società francese dell'epoca (lo scandalo del Canale di Panama, o le voci sulla presenza di azionisti ebrei nella compagnia parigina del Metro). Ma era anche facile riconoscere tra le fonti molti e notissimi romanzi popolari. Ahimè, la storia — ancora una volta — era narrativamente così convincente che fu facile prenderla sul serio. Il resto di questa storia è Storia. Un monaco itinerante russo, Sergej Nilus — una figura a mezza strada tra l'intrigante e il profeta — per sostenere le proprie ambizioni 'rasputiniane' (voleva diventare confessore dello Zar), ossessionato dall'idea dell'Anticristo, pubblica e commenta il testo dei *Protocolli*. Dopo di che il testo viaggia attraverso l'Europa sino a pervenire nelle mani di Hitler [...] Tutti conoscono le puntate successive. Possibile che nessuno si fosse accorto che questo *collage* di fonti diverse [...] altro non era che un'opera di finzione? (54)

Ebrei dalle accuse mosse contro la loro religione e la loro dottrina (e a questa parte del libro non facciamo qui alcun riferimento), e dalle accuse contro gli effetti sinistri che deriverebbero dalla loro attività economica presso la popolazione gentile » (BACHI, *L'attività economica*, cit., p. 269). Quanto a Mantova, v. anche V. COLORNI, *Prestito ebraico e comunità ebraiche nell'Italia centrale e settentrionale con particolare riguardo alla comunità di Mantova*, in « Rivista di storia del diritto italiano », 1935, 3, p. 406 e ss.

(51) E v., per tutte, già la celebre leggenda dei re taumaturghi guaritori della scrofola (M. BLOCH, *I re taumaturghi*, Torino, Einaudi, 1983) nonché gli episodi miracolosi che il passaggio delle reliquie di San Martino nell'anno 877 provocava; episodi recentemente ricordati da F. D'ALESSANDRO, *Il mantello di san Martino, la benevolenza del birraio e la Ford modello T, senza dimenticare Robin Hood (divagazioni semi-serie sulla responsabilità sociale dell'impresa e dintorni)*, in corso di pubblicazione negli *Studi in memoria di Francesco Vassalli*, p. 3, nota 2, nel dattiloscritto consultato per gentile concessione dell'Autore.

(52) COHN, *Licenza per un genocidio*, cit., p. 48.

(53) Ivi, pp. 48-49.

(54) ECO, *Protocolli fittizi*, cit., pp. 176-177. Sui riferimenti allo scandalo del Panama e al *métro* parigino, v. COHN, *Licenza per un genocidio*, cit., p. 73 per il quale « è praticamente certo che i *Protocolli* sono stati fabbricati fra il 1894 e il 1899, e con ogni probabilità nel 1897 o 1898. Il paese fu senz'altro la Francia, come mostrano i numerosi riferimenti alle questioni francesi. Si può presumere che il luogo sia stato Parigi, e si può essere perfino più precisi: uno degli esemplari del libro di Joly conservato presso la Bibliothèque Nationale porta dei segni che corrispondono in modo sorprendente ai brani plagiati nei *Protocolli*. Dunque, il lavoro venne eseguito in pieno affare Dreyfus, fra l'arresto

Anche per il riferimento nei *Protocolli* a clamorose vicende « giuscommercialistiche » ottocentesche come lo scandalo del canale di Panama del 1889 ([55]) (e si veda pure il precedente *crack* dell'Union Générale del 1882 ([56])) che fanno da sfondo a *Il denaro* di Zola del 1891 ([57]) insieme al (di poco successivo) *affaire Dreyfus*, sarebbe interessante a questo punto verificare (ma il libro in esame non lo ha fatto e nemmeno Cohn considera nel proprio studio sui *Protocolli* la leggenda ricostruita dalla Trivellato ([58])) quale influenza il falso di Cleirac abbia potuto avere nel *milieu* francese in cui furono prodotti i *Protocolli* e le narrazioni letterarie antisemite *fin de siècle* ispirate dalle

---

di Alfred Dreyfus del 1894 e la grazia del 1899, probabilmente nel momento culminante del dibattito che divise con tanto accanimento la Francia. Nondimeno il falso è chiaramente opera di un russo ed è rivolto alla destra russa » (pp. 73-74). Lo stesso U. Eco (ne *Il cimitero di Praga*, cit., p. 521) così sintetizza le successive tappe: 1) « 1905 Appare in Russia il volume *Il grandioso nell'infimo*, di Sergej Nilus dove si pubblica un testo presentandolo così: 'Mi è stato dato, da un amico personale ora defunto, un manoscritto il quale, con una precisione e chiarezza straordinaria, descrive il piano e lo sviluppo di una sinistra congiura mondiale... Questo documento venne nelle mie mani circa quattro anni fa insieme con l'assoluta garanzia che è la traduzione verace di documenti (originati), rubati da una donna ad uno dei capi più potenti, e più altamente iniziati della Massoneria... Il furto fu compiuto alla fine di un'assemblea segreta degli 'Iniziati' in Francia — paese che è il nido della 'cospirazione massonica ebraica'. A coloro che desiderano di vedere e udire oso svelare questo manoscritto col titolo *Protocolli degli Anziani di Sion*'. I *Protocolli* vengono immediatamente tradotti in moltissime lingue »; 2) « 1921 Il *London Times* scopre i rapporti col libro di Joly e denuncia i *Protocolli* come un falso. Da allora i *Protocolli* sono continuamente ripubblicati come autentici »; 3) « 1925 Hitler, *Mein Kampf* (I, 11): 'Come l'esistenza di questo popolo poggi su una continua menzogna, appare nei famosi *Protocolli dei Savi di Sion*. Essi si fondano su una falsificazione, piagnucola ogni settimana la *Frankfurter Zeitung*: e in ciò sta la miglior prova che sono veri... Quando questo libro diventerà patrimonio comune di tutto il popolo, il pericolo ebraico potrà considerarsi eliminato »; 4) « 1939 Henry Rollin, *L'Apocalypse de notre temps*: 'Si può considerarli l'opera più diffusa nel mondo dopo la *Bibbia*' ».

([55]) « La bancarotta della Compagnia per il taglio dell'istmo di Panama aveva scatenato uno scandalo enorme e il coinvolgimento di qualche finanziere ebreo aveva favorito l'attacco all'intera comunità » (Calimani, *La grande Vienna ebraica*, cit., p. 89). Per una ricostruzione dello scandalo, v. Bertoni, *Romanzo di uno scandalo*, cit., p. 51 e ss.

([56]) J. Verdès-Leroux, *Scandale financier et antisémitisme catholique*, Paris, Le Centurion, 1969; sull'Union Générale v. Ch. P. Kindleberger, *Storia della finanza nell'Europa occidentale*, Bari, Cariplo-Laterza, 1987, pp. 156-157.

([57]) Da ultimo il romanzo è stato pubblicato nella trad. e introd. di Grassi, Palermo, Sellerio, 2017.

([58]) Invero della leggenda ricostruita dalla Trivellato non vi è traccia nemmeno nell'opera di chi pure ha dedicato spazio all'antisemitismo francese di epoca *post* medievale (Poliakov, *Storia dell'antisemitismo*, cit., p. 183 e ss.).

insolvenze dell'Union Générale e della Compagnia del Panama (59) fino all'« impatto fragoroso dell'Affaire Dreyfus » che « soppianta la storia del Panama » (60) e la stessa leggenda di Cleirac cui sembra sostituirsi quella dei *Protocolli*.

2. *Due coeve illustri insolvenze nell'Olanda del Seicento: Baruch de Spinoza tra insolvenza paterna e una vicenda cambiaria.*

L'infondatezza della leggenda ricostruita nel libro di Trivellato non toglie, ovviamente, che le cambiali circolassero pure nel mondo mercantile ebraico e in particolare in Olanda ove la comunità « portoghese » (« ebrei portoghesi » è sintagma « con il quale si intendono pure gli ebrei di provenienza spagnola »: p. 12 nel secondo libro qui recensito) di Amsterdam era nella metà del Seicento il più importante gruppo mercantile nell'emisfero occidentale (61). Una attestazione si

---

(59) Per una ricostruzione di tali narrazioni antisemite, v. BERTONI, *Romanzo di uno scandalo*, cit., p. 51 e ss.

(60) Ivi, p. 67. Per una recente narrazione sull'*affaire* Dreyfus, v. P. TRELLINI, *L'Affaire. Tutti gli uomini del caso Dreyfus*, Milano, Bompiani, 2022.

(61) O. VLESSING, *Excommunication of Baruch Spinoza. A conflict between Jewish and Dutch Law*, in « Studia Spinoziana », 1997, p. 18 ove riportata una lettera dell'ambasciatore degli Stati Generali di Olanda in Inghilterra datata 31 dicembre 1655; della stessa Autrice, v. *The Jewish Community in Transition: From Acceptance to Emancipation*, in « Studia Rosenthaliana », XXX (1996), p. 205 e ss.; *The Excommunication of Baruch Spinoza: The Birth of a Philosopher*, in *Dutch Jewry: Its History and Secular Culture (1500-2000)*, a cura di J. Israel, R. Salverda, Leiden, Brill, 2002, p. 141 e ss. Sullo sviluppo della finanza olandese, v. NEAL, *Storia della finanza internazionale* cit., p. 75 e ss. e già ASCARELLI, *Corso*, cit., p. 38 per il quale « la borsa sorta dapprima a Bruges (e il nome sembra forse derivare appunto dalla piazza di Bruges ove si trovava il palazzo della famiglia Beurs) come borsa di cambi, poi sviluppata ad Anversa (ed anche per la trattazione di titoli pubblici), assume, col sec. XVII, ad Amsterdam, caratteri moderni, abbracciando anche la trattazione delle azioni delle ormai sorte compagnie e si sviluppa con quelle caratteristiche che sono rimaste costanti » (p. 38); sul funzionamento delle borse merci e titoli v. pure M. WEBER, *La Borsa*, Bologna, Marietti, 2020, p. 5 e ss. Sul ruolo nel Cinquecento della borsa di Anversa, sul cui nuovo edificio del 1531 vi era l'epigrafe « In usum negotiatorum cuiuscumque nationis ac linguae », e sulla testimonianza di uno scrittore contemporaneo di « un confuso rumore di tutte le lingue », v. H. HAUSER, A. RENAUDET, *L'età del Rinascimento e della Riforma*, Torino, Einaudi, 1957, p. 400 e ss. Sullo sviluppo e il predominio nel XVII secolo della borsa di Amsterdam inaugurata nel 1609, v. FORNASARI, *La banca, la borsa, lo Stato*, cit., p. 53 e ss. (ove ricordato, sempre a proposito di confusione, il libro ad essa dedicato *Confusion de Confusiones* dell'ebreo portoghese José Penso de la Vega pubblicato ad Amsterdam nel 1688; sul « misterioso » personaggio, v. già ASCARELLI, *Corso*, cit., p. 38 il quale ricorda

rinviene nel libro di Steven Nadler, *Spinoza e l'Olanda del Seicento*, pubblicato in seconda edizione da Einaudi nel 2020 ove è presente la ricostruzione — fondata su altri studi basati su documenti di archivio (62) — dell'attività mercantile di Bento/Baruch de Spinoza e, prima ancora, di suo padre Michael in società in una prima fase con lo zio Abraham e, dopo la morte di questi, per un periodo con il cugino Jacob il quale, in esito ad una lite definita con un giudizio arbitrale, uscì dal sodalizio (p. 38 e ss.); si tratta di soggetti tutti appartenenti alla comunità sefardita di Amsterdam e lo stesso Baruch de Spinoza « in documenti notarili del 1654 è definito un 'mercante portoghese ad Amsterdam' » (p. 105).

Il futuro filosofo era subentrato a Isaac, primogenito di Michael, nell'attività di impresa paterna consistente nel commercio di frutta e nocciole con l'Algarve, nel Portogallo meridionale (pp. 105-106); attività quella di Michael, infine, rovinosa in quanto « la smania di Michael di fornire garanzie per gli altri avrebbe [...] finito per creare problemi a lui e ai suoi familiari, compreso Bento » (p. 55), in particolare assumendo l'obbligazione di pagare una cambiale emessa da Pedro Henriques, deceduto, e presentata per il protesto alla vedova Esther Steven (pp. 55-56) e nell'ambito di un più generale assunzione dei debiti che aveva già riguardato l'impresa fallita di Henriques (p. 55 e ss.): « sul suo patrimonio sarebbero così pesati a lungo i debiti e le obbligazioni di cui egli si era fatto carico quando era in vita. E tutta la vicenda sarebbe poi ricaduta sulle spalle del suo terzo figlio » (p. 57).

Il libro di Nadler riprende (p. 171 e ss.), pur senza condividerla, una tesi storiografica riportata in un importante studio su Spinoza — e più in generale sui rapporti tra legge civile positiva e legge rabbinica nell'Olanda della metà del Seicento — la quale esclude che il *ḥerem* (63)

---

come de la Vega, « forse un ebreo sefardita di origine iberica [...] espone il gioco della borsa valori nel mercato azionario di Amsterdam, sotto forma di dialoghi tra l'esperto mercante, l'accorto filosofo e l'erudito azionista, descrivendo operazioni non diverse da quelle odierne »). Sul ruolo che le persone frequentate alla *bourse* di Amsterdam ebbero sull'ampliamento dello spettro delle ricerche intellettuali di Bento/Baruch de Spinoza v. il libro di Nadler, pp. 133 e 147 (già per epoche precedenti, sui mercanti rinascimentali « ricordati più volentieri per il loro gusto letterario e artistico che per i loro lucrosi affari », MIGLIORINO, Mysteria concursus, cit., p. 42).

(62) Questo studio si fonda sui documenti raccolti in A.M. VAZ DIAS, W.G. VAN DER TAK, *Spinoza, Merchant and Autodidact*, in « Studia Rosenthaliana », XVI (1982), p. 109 e ss.

(63) Secondo *The Jewish Encyclopedia*, in www.jewishencyclopedia.com, *ad vocem*, « *Excommunication* » (in ebraico « niddui », « ḥerem ») è « the highest ecclesiastical censure, the exclusion of a person from the religious community, which among the Jews meant a practical prohibition of all intercourse with society »; in particolare,

fosse stato una conseguenza delle idee filosofiche spinoziane essendovi, invece, all'origine della sua emanazione alcuni espedienti legali escogitati (64) innanzi alla Corte di Amsterdam per, da un lato, liberarsi dei debiti ereditati dal padre Michael a seguito della caduta in rovina dell'impresa commerciale familiare nel 1655 e, dall'altro, per collocarsi come creditore privilegiato rispetto alla massa ereditaria materna presente nella massa fallimentare paterna: in particolare, rispetto a quest'ultima massa, invocando la legge positiva olandese in spregio a consuetudini in vigore da secoli nelle relazioni finanziarie della legge rabbinica, Spinoza riuscì a collocarsi nella posizione di creditore privilegiato.

Il libro si segnala allora, innanzitutto, per aver riportato la vicenda dell'insolvenza del padre di Spinoza, Michael Spinoza, deceduto il 28 marzo 1654, dopo che già era deceduta il 24 ottobre 1652 la seconda moglie Ester Espinoza matrigna di Baruch (65); all'epoca questi è ventitreenne e minorenne secondo la legge olandese — ma maggiorenne secondo la legge ebraica (66) — pur svolgendo in modo indipen-

---

rispetto al *niddui*, *ḥerem* è « the most rigorous form of excommunication, might be pronounced. This extended for an indefinite period, and no one was permitted to teach the offender or work for him, or benefit him in any way, except when he was in need of the bare necessities of life ».

(64) Sull'« assortito campionario di frodi e di inganni che i falliti congegnano, di solito, allo scopo di arrecare pregiudizio ai loro creditori » v. MIGLIORINO, Mysteria concursus, cit., p. 31 in riferimento alla prima parte del commento al libro quinto della *Nueva Recopilación* di Juan de Matienzo (5.19.1, fol. 450ra-451ra) nonché pp. 134-135 sulla « naturale propensione dei giuristi a rappresentare i decotti come un *malum genus*, sempre pronti a porre ostacoli all'adempimento dell'obbligazione pur di ottenere un alleggerimento del loro stato debitorio » in riferimento al pensiero di Benvenuto Stracca.

(65) Nel Seicento ad Amsterdam tre quarti dei vedovi contraeva di nuovo matrimonio specialmente in presenza di figli giovani (D.L. PHILIPS, *Well-being in Amsterdam's golden age*, Amsterdam, Amsterdam University Press, 2008, pp. 163-164, richiamato da D. DE RUYSSCHER, C. IN 'T VELD, *Rembrandt's insolvency: The artist as legal actor*, in « Oud Holland », 2021, p. 21, nota 9).

(66) Come riportato da VLESSING, *Excommunication of Baruch Spinoza*, cit., pp. 19 e 24, secondo la legge olandese, la maggiore età si raggiungeva o al compimento del venticinquesimo anno o con il matrimonio ed era frequente tra i portoghesi di Amsterdam e gli altri mercanti olandesi coinvolgere i figli nelle attività commerciali di famiglia quando erano ancora minori. Secondo la legge ebraica, come anticipato nel testo, Spinoza era invece maggiorenne: ivi, p. 26. Come riferiscono DE RUYSSCHER, IN 'T VELD, *Rembrandt's insolvency*, cit., p. 22, nota 10, la maggiore età era fissata in venticinque anni dall'ordinanza della città di Amsterdam del 27 gennaio 1563 in *Hantvesten, privilegiën willekeuren ende ordonnantiën der stadt Aemstelredam*, Amsterdam, 1613, p. 83 (s. 24).

dente l'attività di impresa commerciale (67) (quasi alla stregua di un minore emancipato *ex* art. 397 c.c.) (68):

> il fatto che durante quel periodo la sua *imposta* si sia abbassata da sedici a sei fiorini e mezzo, e poi sia scesa a zero sei mesi dopo, è sintomo che gli affari non andavano per nulla bene e che i ricavi o le sue attività commerciali erano diminuiti considerevolmente, mentre i debiti aumentavano. Sembra che nel 1655, con la perdita di navi e di tutto il loro carico in mare, l'impresa di famiglia fosse 'rovinata', per usare le parole di uno storico. Il mancato versamento della finta nel marzo del 1656 potrebbe dunque ricollegarsi al fatto che la sua ricchezza personale era ormai troppo scarsa, o le sue risorse finanziarie troppo precarie, per poter garantire un pagamento (p. 155).

Spinoza, infatti, rimasto orfano ed ancora minore per circa un anno e qualche mese viene affidato, il 16 marzo 1656, alla *Orphan Chamber* con la nomina quale curatore dell'avvocato Louis Crayers (69) (p. 156). Michael Spinoza, come anticipato, aveva lasciato ai superstiti una *hereditas damnosa* rispetto alla quale la Corte Suprema olandese autorizzò il figlio Baruch Spinoza a rinunciarvi a seguito dell'azione (*mandament van relief*) promossa dal suo curatore, così evitandogli la responsabilità da confusione patrimoniale per i debiti gravanti sulla massa ereditaria (70). Nel passivo dell'eredità paterna era compresa anche una posizione obbligatoria assunta dal dante causa quale curatore e amministratore del patrimonio del defunto Pedro Henriques, *alias* Samuel Esteves (71). Nell'istanza presentata alla Suprema Corte di Amsterdam Spinoza dichiarò di aver soddisfatto alcuni creditori di suo padre, così rischiando di essere ritenuto erede per accettazione tacita dell'eredità se non fosse che la sua qualità di minore gli impedì sia la detenzione per insolvenza che l'applicazione delle severe leggi sui

---

(67) VLESSING, *Excommunication of Baruch Spinoza*, cit., p. 22.

(68) Come ricordato, in considerazione del fatto che « nella società d'antico regime la famiglia assegnava un grande rilievo alla solidarietà patrimoniale » fino a tutto il secolo XVIII, gli statuti prevedevano « la illimitata responsabilità solidale del *pater familias*, dei fratelli che vivevano *ad unum panem et vinum* e dei discendenti non ancora emancipati. Facevano eccezione soltanto i diritti dotali della moglie che, per la loro precipua funzione di sostentamento degli *onera matrimonii*, erano assistiti in sede di ripartizione dell'attivo da uno speciale privilegio »: MIGLIORINO, Mysteria concursus, cit., p. 85.

(69) VLESSING, *Excommunication of Baruch Spinoza*, cit., p. 19; VAZ DIAS, VAN DER TAK, *Spinoza*, cit., pp. 162-163.

(70) VAZ DIAS, VAN DER TAK, *Spinoza*, cit., p. 113. Per l'evoluzione, anche nei rapporti tra diritto delle successioni e diritto fallimentare, della *cessio bonorum* e del *pactum quo minus solvatur*, v. MIGLIORINO, Mysteria concursus, cit., p. 148 e ss.

(71) VLESSING, *Excommunication of Baruch Spinoza*, cit., p. 20.

pagamenti preferenziali (72). Il *ḥerem* viene emanato il 27 luglio 1656: « tra i delitti che secondo Maimonide potevano costare un *niddui* (73) troviamo: [...] ricorrere a una corte di giustizia gentile per recuperare denaro irrecuperabile secondo la legge ebraica » (p. 161);

> tra i creditori di Michael destinati a restare delusi non c'erano solo olandesi. Spinoza si stava anche sottraendo agli impegni nei confronti di mercanti suoi colleghi, che facevano parte della comunità ebraica portoghese, dato che fra i creditori di Michael (e quindi di Bento?) c'erano Duarte Rodrigues, Lamego Anthonio, Rodrigues de Morajs e gli eredi di Pedro Henriques [...] Agli occhi dei *parnassim* (74), Spinoza non godeva di un diritto imprescrittibile sull'eredità della madre defunta, e quindi non avrebbe dovuto presentarsi come creditore privilegiato dell'eredità paterna. La legge olandese, invece, lo consentiva ed è la ragione per la quale Spinoza presentò la sua petizione alle autorità civili (p. 171).

Nella istanza proposta innanzi alla Suprema Corte olandese si contestava che Michael Spinoza (il quale, appartenendo all'*élite* commerciale della comunità portoghese ad Amsterdam, aveva ricoperto ruoli eminenti essendo stato uno dei *senhores quinze*, *parnas* e responsabile del banco dei pegni della comunità (75)) non avesse riconosciuto al figlio minore Baruch alcun frutto dell'eredità materna: la madre di Baruch Spinoza, Debora Hanna, era infatti deceduta il 5 novembre 1638 quando Baruch aveva solo sei anni (76) e nell'istanza presentata dal tutore si legge:

> Louis Crayer, appointed by the Orphan-masters of the city of Amsterdam as guardian of Bento de Spinosa, minor son of the late Michael de Spinosa, in his life merchant in the aforementioned city, respectfully brings to your notice that to the same Bento de Spinosa a considerable sum is due from the estate left by his mother from the abovementioned Michael de Spinosa, without having received to his contentment anything from the fruits of this in his father's lifetime (77).

---

(72) Ivi, p. 23.

(73) Sul *niddui* quale sanzione meno grave del *ḥerem*, v. *Excommunication*, *ad vocem*, cit.

(74) Secondo *The Jewish Encyclopedia*, cit., *ad vocem*, « *Parnas* » (al plurale *parnassim*) è « neo-Hebraic word designating the president or the trustee of a congregation » (a tale voce si rinvia per l'evoluzione del *parnas* in epoca moderna).

(75) VAZ DIAS, VAN DER TAK, *Spinoza*, cit., p. 137.

(76) Ivi, p. 113.

(77) Ivi, p. 163. Sul diritto successorio secondo la legge ebraica v. G. HOROWITZ, *The Spirit of Jewish Law*, New York, Central Book Company, 1973, p. 378 e ss.; per la letteratura italiana, v. F. LUCREZI, *La successione intestata in diritto ebraico e romano. Studi sulla "Collatio"*, III, Torino, Giappichelli, 2005, p. 1 e ss.

Secondo la legge ebraica il marito succedeva a sua moglie ed aveva precedenza rispetto a tutti gli altri eredi (78); al momento del matrimonio la moglie apportava la dote che le veniva restituita in caso di divorzio o di morte del marito (79); in caso di premorienza della moglie e sopravvivenza del marito questi estendeva i suoi diritti anche alla dote (80). Come ricostruito storicamente sul punto in riferimento all'Italia (e il diritto fallimentare degli statuti delle città medievali italiane si estese a tutta l'Europa continentale e alla stessa Inghilterra, dove si innestò sulle originarie tradizioni giuridiche per poi passare negli Stati Uniti d'America (81)),

> l'amministrazione dei frutti dei beni dotali, che per un principio mai smentito toccava al marito, passa, in conseguenza del fallimento, agli organi fallimentari, ai quali, se da un lato spetta (come sarebbe spettato al marito se avesse conservato l'amministrazione di quei beni) di mantenere la moglie nei limiti della capienza dei frutti dotali e comunque con riguardo alla sua situazione sociale, d'altro canto tocca di usare ciò che eventualmente sopravanzi al mantenimento della moglie per lo scopo per cui si è fatto luogo al procedimento fallimentare e per il quale gli organi stessi sono costituiti: il pagamento dei debiti del fallito (82).

Per quanto non sia chiaro se tale regola si estese anche all'ordinamento concorsuale olandese (83), nell'istanza veniva lamentato, che

---

(78) VLESSING, *Excommunication of Baruch Spinoza*, cit., p. 21 ove approfondimenti.

(79) Sul regime dotale v. M. BELLOMO, *Ricerche sui rapporti patrimoniali tra coniugi. Contributo alla storia della famiglia medievale*, Milano, Giuffrè, 1961, p. 118 e ss.

(80) VLESSING, *Excommunication of Baruch Spinoza*, cit., p. 21.

(81) Così, G. ROSSI, *Il fallimento nel diritto americano*, Padova, CEDAM, 1956, p. 2 anche valorizzando il ruolo della letteratura giuridica italiana, accanto a quello del ceto commerciale italiano (pp. 8-9); *in terminis*, v. già ROCCO, *Il fallimento*, cit., p. 200 sulla scorta dell'osservazione di J. KOHLER, *Lehrbuch des Konkursrechts*, Stuttgart, Enke, 1891, p. 15 e R. PROVINCIALI, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, Giuffrè, 1969[4], I, pp. 98-99.

(82) SANTARELLI, *Per la storia del fallimento*, cit., p. 248.

(83) Sulla storia dell'ordinamento concorsuale olandese v., da ultimo, M. LINDEMANN, *The Merchant Republics. Amsterdam, Antwerp and Hamburg. 1648-1790*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017, p. 272 e ss. Al tempo dei fatti indicati nel testo ad Amsterdam esisteva la *Desolate boedelkamer* sebbene il sistema non funzionasse perfettamente (ivi, p. 271): la *Desolate boedelkamer* era stata istituita nel 1643 ad Amsterdam « to wrap up all matters [involving] bankruptcies, abandoned and other damaged estate, and the like, while preserving each [person's] rights » e fino ad allora erano gli *schepenen judges* a decidere tutti i casi di fallimento (*ibidem*). I fatti riportati e relativi a Spinoza precedono di poco l'ordinanza di Amsterdam varata dagli Stati di Olanda nel 1659 e rimasta in vigore fino al 1777 (ivi, p. 272). Tale ordinanza è il frutto di una evoluzione — avvenuta in varie fasi soprattutto per contrastare

Michael Spinosa non aveva attribuito a Baruch la quota ereditaria a lui spettante secondo la legge olandese (non secondo quella rabbinica)

---

il fenomeno dei fallimenti fraudolenti e dolosi (su *fraus* e *dolus* fallimentari in relazione al diritto comune, MIGLIORINO, Mysteria concursus, cit., p. 123 e ss.) — di quella che fu la prima legislazione olandese specificamente dedicata alle procedure concorsuali emanata nel 1531 da Carlo V di Spagna (L.E. LEVINTHAL, *The Early History of Bankruptcy Law*, in « University of Pennsylvania Law Review », 1918, p. 272; sul ruolo di Carlo V e di una sua ordinanza del 1540 nell'ammissione degli interessi a favore dei commercianti, v. ASCARELLI, *Corso*, cit., p. 20): dall'Editto Perpetuo del 4 ottobre 1540 — una delle grandi consolidazioni del Re spagnolo — si evinceva l'importanza del commercio il quale, per essere salvaguardato e favorito, esigeva che i debitori fossero costretti a pagare i debiti e si impedisse loro di evitarlo mediante la fuga pertanto, la fuga fraudolenta veniva equiparata al furto e in caso di cattura potevano essere sommariamente processati e impiccati pubblicamente (LEVINTHAL, *The Early History*, cit., p. 246 cui si rinvia per ulteriori indicazioni di tale rigorosa legislazione; sull'equiparazione al furto, SANTARELLI, *Mercanti*, cit., p. 75; MIGLIORINO, Mysteria concursus, cit., p. 33; più in generale sulla storia del diritto concorsuale spagnolo v. LEVINTHAL, *The Early History*, cit., p. 246 e ss. e sulla controversa tesi di KOHLER, *Lehrbuch*, cit., p. 24 e ss. dell'influenza che l'opera di Salgado de Somoza con il suo *Labyrinthus creditorum concurrentium ad litem per debitorem communem inter illos causatam* del 1663 ebbe sul diritto germanico introducendovi, in sovrapposizione ai principi mutuati dagli statuti italiani, un sistema autoritario e illiberale, v. ROSSI, *Il fallimento nel diritto americano*, cit., pp. 9-10; per il rilievo, in riferimento, nell'ordine, alle opere di Benvenuto Stracca, Juan de Matienzo, Hevia Bolaños e Mario Muta, della « forte vocazione della scienza giuridica ad una comunicazione senza confini » e per la produzione dei libri di mercatura, MIGLIORINO, Mysteria concursus, cit., pp. 34 e 53 e ss.). Per la legislazione di Carlo V il fallimento non era una faccenda privata concernente esclusivamente i creditori ma qualcosa di vitale importanza per l'intera comunità, un ambito nel quale l'interesse pubblico trascendeva l'interesse dei creditori (LEVINTHAL, *The Early History*, cit., p. 246); sulle peculiarità della legislazione veneziana in materia fallimentare in cui — a differenza della Lombardia ove « si calcò la mano sulla preminenza dell'interesse pubblico a perseguire i falliti *in persona et in rebus* » — « pur cercando di arginare gli eccessi della prassi [...] si tese costantemente a contemperare le aspettative dei creditori con la tutela del fallito, nei confronti del quale si ritenne di dover usare più la *pietas* che la severità », v. SANTARELLI, *Per la storia del fallimento*, cit., p. 295; da ultimo, MIGLIORINO, Mysteria concursus, cit., pp. 75-76, testo e nota 27 (richiamando G. CASSANDRO, *Le rappresaglie e il fallimento a Venezia nei secolo XIII-XVI con documenti inediti*, in *Documenti e Studi per la Storia del Commercio e del Diritto Commerciale Italiano*, pubblicati sotto la direzione di F. Patetta e M. Chiaudano, XIV, Torino, Lattes, 1938) e p. 143 e ss. Allo stesso MIGLIORINO, Mysteria concursus, cit., pp. 92 e 20 si rinvia, rispettivamente, per l'analisi, con informazione bibliografica, del rigoroso sistema francese in tema di insolvenza della regione dello Champagne nei secoli XII-XIV nonché del sistema concorsuale dell'Italia meridionale in epoca moderna. Anteriormente alla prima legislazione fallimentare della prima metà del XVI secolo un privilegio (*handvesten*) concesso dai conti olandesi alle loro comunità tra il 1245 e il 1412 prevedeva che se il debitore non fosse in grado di pagare i propri creditori egli doveva essere consegnato a questi ultimi fino a che l'obbligazione non fosse stata adempiuta (LEVIN-

quando sua madre morì; né il figlio ricevette i frutti sul capitale dovutogli. Pertanto, Baruch Spinoza vantava la posizione di creditore privilegiato rispetto a tutti gli altri creditori, con riferimento alla quota di eredità materna rinunciando, per il resto, all'eredità paterna (84). Come è stato chiarito, storicamente e « per quasi cinque secoli », il principio accolto dagli statuti italiani

> fu quello della *solutio per solidum et libram, pro rata creditorum*: del pagare ogni credito, cioè, in proporzione della capienza del patrimonio, e non già in base ad una graduazione dei creditori stessi effettuata in forza di criteri di prelazione, dalla quale consegua l'integrale pagamento di alcuni soltanto dei creditori [...] nel più assoluto rispetto della *par condicio creditorum* (85).

Tuttavia eccezioni e temperamenti si ebbero proprio in riferimento « alle ragioni dotali, che spettavano alla moglie o ai suoi aventi causa in conseguenza di una costituzione di dote » talora « operante solo a vantaggio delle donne viventi al tempo del fallimento e non anche a vantaggio dei loro eredi in ipotesi di loro premorienza » (86) (e in un caso si arrivò « ad estendere tale beneficio anche alle ebree » (87)); talaltra anche quando i titolari del credito fossero « i figli della donna dotata (che sia, dunque, premorta) » (88). Altra eccezione e temperamento riguardò « i debiti *ex causa tutelae vel curae* (anch'essi, al pari della dote, affatto estranei al campo delle obbligazioni, e sottratti come tali al vigore di quel principio » (89) (della *par condicio creditorum*). Se, in presenza di creditori dello stesso rango, la regola più naturale sarebbe quella della distribuzione *pro rata* secondo la regola generale, è stato ricordato come la legge concorsuale ebraica ebbe una anomala evoluzione: dove infatti vi erano

---

THAL, *The Early History*, cit., p. 245 il quale a nota 101 ricorda pure come la *cessio bonorum* non fosse contemplata nella *Instruction van den Hove van Holland* (*Rules of Court*) del 1462 anche se vi si fa riferimento in quella del 1531).

(84) VLESSING, *Excommunication of Baruch Spinoza*, cit., p. 20. Per i profili storici, v. per tutti, SANTARELLI, *Per la storia del fallimento*, cit., sulla responsabilità del figlio, in quanto figlio o in quanto erede, in caso di insolvenza paterna nei primi frammentari accenni alla problematica del fallimento (p. 27 e ss.) e dei *descendentes omnes ex linea masculina* nel fallimento vero e proprio (p. 178 e ss.); sul fallimento del defunto e sulla posizione degli eredi rispetto alla *hereditas damnosa* (p. 76 e ss.).

(85) SANTARELLI, *Per la storia del fallimento*, cit., p. 238; MIGLIORINO, Mysteria concursus, cit., p. 136.

(86) SANTARELLI, *Per la storia del fallimento*, cit., pp. 243-244 in riferimento allo Statuto mercantile senese del 1616.

(87) Ivi, p. 246 in riferimento alla riforma del 1713 del Granduca di Toscana Cosimo III.

(88) *Ibidem* in riferimento allo Statuto mercantile lucchese del 1376.

(89) Ivi, pp. 253-254 e 264; MIGLIORINO, Mysteria concursus, cit., p. 136.

più creditori, che non avevano un contratto scritto e firmato (*Shtaroth*), e quindi nessun privilegio, o dove c'erano più *Shtaroth* con la stessa data, il patrimonio del debitore era diviso non proporzionalmente, ma equamente, a condizione, ovviamente, che nessun creditore potesse ricevere più dell'importo dovutogli (90); la fonte di tale peculiare sistema di riparto si trova nel *Talmud* (*Kethuboth*, X. 4, 93°) « dove Rabbi ha deciso che se un uomo muore lasciando un patrimonio del valore di soli $300, in tutto, e lascia a se superstiti tre vedove, una con una dote di $300, un'altra di $200 e la terza di $100, le vedove dovrebbero condividere equamente, e non proporzionalmente, il patrimonio del loro coniuge comune » (91). Dove, allora, come nella legge ebraica, il singolo creditore aveva un « general mortgage lien » in dipendenza della data in cui era sorta l'obbligazione grazie alla quale egli era in grado di sfuggire al principio del concorso, vi era scarso interesse ad organizzare un sistema di tipo concorsuale: pertanto, fu solo intorno al XVI secolo che gli ebrei istituirono una procedura fallimentare e solo per gli ebrei residenti in Polonia (92).

Di Baruch il padre Michael aveva anche la responsabilità genitoriale a seguito della morte della moglie e madre del futuro filosofo (93). Attraverso la domanda giudiziale diretta alla rinuncia all'eredità paterna Baruch Spinoza, sotto la tutela di Louis Craeijers, mirava, da un lato, all'acquisizione della quota ereditaria materna mai riconosciutagli dal padre e, dall'altro, a diventare creditore privilegiato sulla massa fallimentare in ragione del mancato godimento dei frutti prodotti dall'eredità materna dalla morte della madre e fino a che il padre è rimasto in vita.

Sennonché, secondo la tesi di Vlessing, invocando la legge civile rispetto a quella ebraica Spinoza violava importanti disposizioni rabbiniche: all'interno della comunità ebraica, infatti, il diritto di famiglia e il diritto successorio si ispiravano e venivano di fatto regolati secondo la legge rabbinica e Spinoza avrebbe agito « *consciously and perhaps desperately* » (94) contro questa legge. In particolare, la scelta di invocare la legge positiva olandese che riconosceva ai figli una quota dell'eredità

---

(90) LEVINTHAL, *The Early History*, cit., p. 234 il quale riporta il seguente esempio: « se ci sono tre creditori, A con un credito di $300, B di $200, e C di $100, e se il patrimonio del debitore avesse un valore di soli $300, A, B e C riceverebbero solo $100 ciascuno. Se il patrimonio ammontasse a $500, A, B e C riceverebbero prima $100 ciascuno, quindi A e B riceverebbero altri $100 ciascuno. In questo modo è stata distribuita una percentuale maggiore in favore dei debiti inferiori rispetto a quelli di maggior ammontare ».

(91) *Ibidem*.

(92) *Ibidem*; per alcune previsioni di tale testo — anche in tema di regime dotale — promulgato dal Consiglio ebraico delle Quattro Terre, v. ivi, pp. 249-250.

(93) VLESSING, *Excommunication of Baruch Spinoza*, cit., p. 20.

(94) Ivi, p. 22.

materna (*rechterlijke*) avrebbe stravolto i modelli di relazioni finanziarie che esistevano da secoli all'interno della comunità ebraica in quanto, come anticipato, secondo la legge ebraica Spinoza non aveva alcun diritto o poteva vantare un diritto molto limitato sull'eredità materna (95).

Come viene ricordato, anche l'insolvenza veniva regolata dalla legge rabbinica e la disciplina del 1639 della comunità portoghese se, da un lato, stabiliva che nessun *ḥerem* poteva essere pronunciato nei conflitti finanziari tra ebrei e gentili (così riconoscendosi la giurisdizione statale), dall'altro, prevedeva la possibilità di emanare il *ḥerem* nelle controversie tra ebrei (96): in particolare le regole della comunità prevedevano che chi avesse disatteso la decisione resa dal *parnassim* sarebbe potuto incorrere nella scomunica (97). L'art. 33 prevedeva che il mancato assoggettamento di una lite tra ebrei al giudizio arbitrale della *Mahamad* (98) (autorità religiosa, legale e sociale) era sanzionato nel modo ritenuto più opportuno (compresa l'opzione per il *ḥerem*).

Invocando la legge civile, Spinoza si era rivolto alla Corte olandese invece che al *parnassim* secondo la legge rabbinica e chiedendo di farsi riconoscere minore di età nonostante secondo la legge ebraica non lo fosse, rifiutando di assumere su di sé la responsabilità per debiti paterni e « with his claim on his mother's goods, will be given preference above all others creditors and in particular above Duarte Rodrigues, Lamego Anthonio, Rodrigues de Morajs and the curators of the estate of Pedro Henriques with regards to the goods of the said Michael de Spinosa, with the expenses made to this end » (99) (il riferimento ai curatori del patrimonio di Pedro Henriques implicava che Michael Spinoza, un altro dei curatori, non avesse corrisposto la quota di una somma riscossa per conto della gestione patrimoniale) (100); il tutto contro la legge rabbinica.

Poiché Baruch Spinoza pur essendo minorenne svolgeva in modo indipendente l'attività di impresa commerciale il libro di Nadler si segnala anche per una vicenda cambiaria (*bill of exchange*) ivi riportata e che pure riprende gli studi già ricordati (101). La cambiale recante l'importo di 500 fiorini emessa da Antonio Alvares era stata girata a Spinoza dal ventitreenne Manuel Duarte, fratello di Leonor Duarte sposata con Gabriel Alvares (alias Moses Israel Nunes), gioielliere e

---

(95) *Ibidem*.

(96) Ivi, p. 23.

(97) *Ibidem*.

(98) Secondo *The Jewish Encyclopedia*, cit., *ad vocem*, « *Mahamad* » è « the board of directors of a Spanish-Portuguese congregation ».

(99) Così il testo dell'istanza riportata in VAZ DIAS, VAN DER TAK, *Spinoza*, cit., p. 163.

(100) VLESSING, *Excommunication of Baruch Spinoza*, cit., p. 23.

(101) Ivi, p. 22 e VAZ DIAS, VAN DER TAK, *Spinoza*, cit., pp. 159-160.

proprietario di due mulini per il taglio dei diamanti oltre che fratello dell'emittente Antonio Alvares. A quest'ultimo Spinoza chiedeva il pagamento della somma. Poiché l'emittente rifiutò più volte il pagamento Spinoza fece arrestare Antonio Alvares (pp. 115-116) (102). In realtà il dubbio è che Spinoza stesse illegittimamente chiedendo il pagamento della somma in quanto, in considerazione del suo stato di insolvenza, la medesima avrebbe dovuto essere fatta valere dalla *Insolvency Chamber* nell'interesse dei creditori.

2.1. Segue*: l'insolvenza di Rembrandt Harmenszoon van Rijn.*

Pressoché coeva a quella del padre di Spinoza e, per certi versi, concatenata per l'identica presenza di un soggetto minore è l'altra insolvenza, pure illustre, di Rembrandt Harmenszoon van Rijn dichiarata dall'Alta Corte dell'Aja nel 1656 e ricostruita da Marco Matteo Mascolo nel terzo libro qui recensito (p. 182 e ss.) (103), ove riportato il ruolo che, dopo il caso di Spinoza, ebbe anche qui l'avvocato Louis Crayers (104). Due mesi dopo che Spinoza era stato messo sotto la protezione della *Orphan Chamber*, secondo Mascolo (che pure riprende precedenti ricostruzioni effettuate sulla base di documenti di archivio (105)) anche Rembrandt avrebbe tentato di sottrarre la propria abitazione dalle pretese dei creditori.

Tuttavia, tale ricostruzione della vicenda è stata recentemente messa in discussione in uno studio che individua Rembrandt come « meticulous entrepreneur who used the legal rules in a strategic fashion, without breaching them », « as entrepreneur in an economic sense, but also as a cunning interpreter of the law » (106). Invero, nel giugno 1642 era deceduta la moglie del pittore Saskia van Uylenburg e la successione era regolata da un testamento con cui al figlio Titus (che non aveva ancora compiuto un anno) veniva lasciata la nuda proprietà della quota pari a un mezzo sulla casa in comunione dei beni fra i coniugi nella Sint-

---

(102) La vicenda è dettagliatamente ricostruita in VAZ DIAS, VAN DER TAK, *Spinoza*, cit., p. 157 e ss.

(103) Più ampiamente, da ultimo v. DE RUYSSCHER, IN 'T VELD, *Rembrandt's insolvency*, cit., p. 9 e ss. e già P. CRENSHAW, *Rembrandt's bankruptcy*, Cambridge, 2006 e M. BOSMAN, *Rembrandt's plan: De ware geschiedenis van zijn faillissement*, Amsterdam, 2019.

(104) VLESSING, *Excommunication of Baruch Spinoza*, cit., p. 28; W.L. STRAUSS, M. VAN DER MEULEN, *The Rembrandt Documents*, New York, Abaris Books Inc., 1979, p. 419.

(105) La vicenda è, ancora una volta, ricostruita in questi termini da VLESSING, *Excommunication of Baruch Spinoza*, cit., p. 26 e ss. e successivamente da CRENSHAW, *Rembrandt's bankruptcy*, cit., p. 68.

(106) DE RUYSSCHER, IN 'T VELD, *Rembrandt's insolvency*, cit., rispettivamente, pp. 9 e 21.

Anthonisbreestraat di Amsterdam e a Rembrandt il diritto di usufrutto vitalizio e fino al mantenimento dello stato di vedovo (107). Secondo il recente studio, il quale mette in discussione la tesi di Vlessing e di Crenshaw (seguita da Mascolo), il 17 maggio 1656 il pittore, innanzi alla *Orphan Chamber* (108), non trasferì — come tradizionalmente si ritiene — l'immobile al figlio minore quattordicenne Titus (di cui aveva la responsabilità genitoriale e quindi anche l'amministrazione della metà della nuda proprietà) ma depositò o promise di depositare (essendo il significato di *beweysen* controverso, potendo alludere anche alla promessa di pagamento (109)) una somma di denaro costituendo un vincolo pupillare in favore dell'incapace e con rilascio di una ipoteca (sulla metà dell'abitazione di sua piena proprietà) a garanzia delle pretese del minore sull'eredità materna che solo, per il 17% del valore, si componeva dell'immobile mentre per l'83% era formata da beni mobili (110).

Secondo il più recente studio, quindi, la piena proprietà dell'immobile restò in capo a Rembrandt e come tale rimase aggredibile dai suoi creditori in caso di insolvenza; tuttavia, al *concursus creditorum* avrebbe partecipato anche il figlio Titus per far valere le proprie pretese *pro quota* relative all'eredità materna. Con un'osservazione che getta luce anche sulla vicenda di Spinoza, è stato infatti ricordato come secondo la *Roman-Dutch Law* il minore aveva un credito privilegiato (e in particolare una *super-priority*) su tutti i beni del tutore (111). Ciò significava che, nel caso di Rembrandt, la domanda di Titus gli avrebbe attribuito preferenza sulle garanzie di fonte negoziale, indipendentemente dal tempo in cui erano state concesse (112).

Tale recente chiave di lettura risulta avvalorata anche alla luce del fatto che, se il « *beweysinge* » di Rembrandt avesse davvero dato luogo ad un trasferimento dei diritti di proprietà, la dottrina romano-olandese ammetteva, a tutela dei creditori, il rimedio dell'*actio pauliana* in caso di

---

(107) Ivi, p. 9 e ss. ove si ricorda pure che Rembrandt non si risposò mai sebbene le sue relazioni non coniugali non giovarono alla sua reputazione (p. 12).

(108) Ivi, p. 14.

(109) Ivi, p. 17 richiamando D. 42, 8, 7.

(110) Ivi, p. 14 e ss.

(111) Ivi, p. 17 anche in considerazione del « privilegium exigendi » previsto in favore del pupillo (D. 42, 5, 19, 1) e dell'*hypotheca* (C. 5, 37, 20). Secondo gli Autori Rembrandt o depositò una *cautio rem pupilli salvam fore* ovvero si obbligò a versarla. Sul *Roman-Dutch Law* v. J.W. WESSELS, *History of the Roman-Dutch Law*, Grahamstown, Cape Colony, African Book, 1908.

(112) Come ricordato, quando la legislazione riscopre l'antica regola romana della *prioritas tempore potioritas iure* in realtà non fa che raccogliere gli orientamenti che dal secolo XVI avevano ispirato la dottrina e la prassi giudiziaria (MIGLIORINO, *Profilo storico*, cit., p. 15 richiamando SANTARELLI, *Per la storia del fallimento*, cit., p. 237 e ss.).

alienazioni « *in fraudem creditorum* » (113). Inoltre, secondo la recente ricostruzione è probabile che alla data del 17 maggio 1656 lo stato di insolvenza di Rembrandt si fosse già manifestato e in ogni caso, poiché Rembrandt dichiarò la propria insolvenza il 14 luglio 1656 (nove settimane dopo l'assegnazione effettuata innanzi alla *Orphan Chamber*) sarebbe stato molto facile assoggettarla all'azione revocatoria essendo stata posta in essere nel « periodo sospetto » (114); tanto più che nel 1644 un provvedimento della città di Amsterdam aveva previsto che i trasferimenti mobiliari o immobiliari dovessero considerarsi fraudolenti se avvenuti nel mese precedente alla dichiarazione di insolvenza (115). Inoltre, a sostegno della tesi che esclude un trasferimento il recente studio osserva come Rembrandt avesse costituito in favore dei creditori che gli avevano concesso finanziamenti una garanzia reale mobiliare e immobiliare *omnibus* e, pertanto, l'ipotetico trasferimento dell'immobile non avrebbe impedito agli stessi, in base al diritto di sequela, di poter aggredire il bene (116).

Nel febbraio 1658 venne disposta la vendita agli incanti della casa e i creditori, incluso Titus, avrebbero potuto far valere le proprie cause legittime di prelazione sul ricavato (117). Innanzi alla Corte di Amsterdam il curatore Crayers fece rilevare che Titus non solo era titolare di un privilegio legale sui beni ereditari materni ma anche rispetto ai beni paterni (118).

Conclusivamente, allora, l'atto posto in essere da Rembrandt, piuttosto che diminuire la propria garanzia patrimoniale generica, fu diretto ad ottimizzare sia i propri interessi che quelli del minore Titus (119).

Come anticipato, Rembrandt dichiarò la propria insolvenza il 14 luglio 1656 proponendo una *cessio bonorum* (« cessie van goede ») all'High Council (120) (ricorda Mascolo come « la *cessio bonorum* garantiva di non finire imprigionati o banditi grazie alla protezione dell'Alta Corte e della Camera delle insolvenze municipale, che subentrava nella gestione dei debiti con i creditori »: p. 187 (121)); proposta

---

(113) De Ruysscher, In 't Veld, *Rembrandt's insolvency*, cit., p. 17.

(114) Sul « periodo sospetto » come unico criterio oggettivo, nella scuola dei Commentatori, di revocabilità del negozio, v. Santarelli, *Mercanti*, cit., p. 88; in tema v. pure Migliorino, Mysteria concursus, cit., pp. 32 e 111-112.

(115) De Ruysscher, In 't Veld, *Rembrandt's insolvency*, cit., p. 17.

(116) Ivi, p. 18.

(117) *Ibidem*.

(118) *Ibidem*.

(119) *Ibidem*.

(120) Sulla *cessio bonorum* in Olanda ai tempi di Rembrandt, v. ivi, p. 19.

(121) In tema v. già Vlessing, *Excommunication of Baruch Spinoza*, cit., p. 27. Secondo Migliorino, Mysteria concursus, cit., la cessione dei beni « aveva il vantaggio

approvata il 17 agosto 1656 (122). In concomitanza con l'ammissione alla *cessio bonorum*, Rembrandt fu dispensato dalle funzioni di esercizio della responsabilità genitoriale affidata in un primo momento a Jan Verwout (123).

Il libro di Mascolo riferisce anche come Rembrandt fosse stato probabilmente già coinvolto nel 1650 quale socio nell'insolvenza del mercante Marten van den Broeck per la perdita di alcune navi; la tesi — pure sostenuta da Crenshaw (124) ma pure recentemente contestata (125) — poggia su un passo della domanda presentata dal pittore ove viene fatto riferimento a una insolvenza per « perdite commerciali nonché danni e perdite in mare », pur sottolineando l'istante di essere mercante « onesto ma sfortunato »: si è ritenuto che tali espressioni fossero formule di stile e il requisito di ammissione alla *cessio bonorum* era che l'insolvenza fosse stata accidentale e non fraudolenta (126).

La redazione dell'inventario dei beni (dal quale non compare la casa (127)) ad opera della *Insolvency Chamber* avvenne in data 25 e 26 luglio 1656 e dopo una serie di aste venne disposta anche la vendita agli incanti della casa nella Sint-Anthonisbreestraat probabilmente per l'insufficienza dell'attivo a soddisfare i creditori e nonostante Titus fosse minore e vantasse diritti sull'abitazione (128).

Il nuovo curatore di Titus, Louis Crayers, riuscì ad assicurarsi i proventi della casa venduta sostenendo innanzi ai giudici di Amsterdam che Titus vantava la qualità di erede sul patrimonio materno e che per stabilire la quota di eredità occorresse fare riferimento al valore dell'asse al tempo dell'apertura della successione (1642); il conflitto era sorto con il creditore Isaac van Hertsbeeck che vantava il trattamento preferen-

---

di risparmiare l'infamia al debitore, che restava comunque obbligato per il residuo dei crediti non soddisfatti ».

(122) De Ruysscher, In 't Veld, *Rembrandt's insolvency*, cit., pp. 18-19.

(123) Ivi, p. 19.

(124) Crenshaw, *Rembrandt's bankruptcy*, cit., p. 69.

(125) De Ruysscher, In 't Veld, *Rembrandt's insolvency*, cit., p. 18.

(126) *Ibidem*.

(127) Ivi, pp. 18-19 ove si giustifica tale omissione sia in considerazione della consuetudine di non indicare gli immobili sia in considerazione del fatto che l'inventario indica una sessantina di opere pittoriche probabilmente stimate nella fase iniziale dagli organi della procedura come sufficienti a soddisfare i creditori. Secondo gli Autori, da questo punto di vista la *cessio bonorum* (dei dipinti) sarebbe stata una strategia per salvaguardare l'abitazione.

(128) Vlessing, *Excommunication of Baruch Spinoza*, cit., p. 27; Strauss, van der Meulen, *The Rembrandt Documents*, cit., pp. 348-388.

ziale del suo credito (129). Crayers risultò vittorioso in giudizio e la procedura venne chiusa nel 1665 (Rembrandt morì nel 1669) (130).

2.2. *Osservazioni conclusive sulle due vicende olandesi.*

Il *ḥerem* di Spinoza reca la data del 27 luglio 1656, ossia il giorno seguente la redazione dell'inventario dei beni di Rembrandt e per gli studiosi questa non sarebbe una coincidenza in quanto i *leader* portoghesi avrebbero inteso proteggere la loro comunità dai tentativi dei suoi componenti di sottrarre risorse da un patrimonio insolvente cercando una tutela attraverso la *Orphan Chamber* (131): ed infatti il 31 luglio 1656 in maniera assai celere il *City Council* di Amsterdam emanò una nuova normativa in forza della quale i minori sotto la tutela della *Orphan Chamber* mantenevano la responsabilità per debiti per un certo periodo di tempo a seguito di un acquisto di cui i creditori dovevano essere informati e poter vantare le loro pretese anche nei confronti dei figli del debitore per un periodo di diciotto mesi (132). Alla luce di questa riforma Baruch e Titus rimasero responsabili per una parte del loro debito, anche dopo che la nuova normativa era stata varata (133). Come è stato notato, la nuova regolamentazione civile è simile alla

---

(129) De Ruysscher, In't Veld, *Rembrandt's insolvency*, cit., p. 20. Sulle controversie in tema di graduazione dei crediti e sul criterio risolutore indicato da Francesco Rocco, v. Migliorino, Mysteria concursus, cit., pp. 111-112 testo e nota 161.

(130) Oltre alla vicenda ricostruita nel testo, un'ulteriore conferma di come Rembrandt sapesse avvalersi della legislazione anche eludendola deriverebbe, secondo De Ruysscher, In 't Veld, *Rembrandt's insolvency*, cit., p. 20, dalla società di persone costituita nel 1660 i cui soci furono il figlio Titus e la compagna di Rembrandt Hendrikje Stoffels, mentre il pittore, senza avere alcuna partecipazione sociale, avrebbe assunto il ruolo di « imprenditore occulto » per sfuggire ai propri creditori.

(131) Vlessing, *Excommunication of Baruch Spinoza*, cit., p. 27. Sull'influenza dei mercanti sull'attività legislativa, v. ivi, p. 34 ove viene ricordato un provvedimento del 1631 che recepiva una consuetudine secondo cui, se una parte aveva in buona fede acquistato dal venditore una cosa già costituita in garanzia a favore di un terzo, questi beni non potevano essere rivendicati (sull'origine medievale italiana e giuscommercialistica della regola consacrata nell'art. 2279 del *Code civil* napoleonico del 1804 « *en fait de meuble possession vaut titre* » v. Spada, *Diritto commerciale*, cit., pp. 4 e 5): la scelta normativa non fu condivisa da Ugo Grozio in considerazione del fatto che molti orfani che avevano un privilegio legale sui beni amministrati dai loro tutori avrebbero potuto essere pregiudicati da tale nuova disposizione (Vlessing, *Excommunication of Baruch Spinoza*, cit., p. 35 ove riferimenti all'opera di Grozio).

(132) Per approfondimenti anche in ordine alla decorrenza del *dies a quo* per i creditori che si trovassero all'estero, v. Vlessing, *Excommunication of Baruch Spinoza*, cit., p. 27.

(133) *Ibidem*.

takḳanah (134) di Toledo secondo cui un'eredità può essere divisa solo dopo che i debiti siano stati soddisfatti (135): in tal modo, sia per la legge ebraica che per la legge civile, per Spinoza fu quasi impossibile rivendicare la quota ereditaria materna.

Il 13 novembre 1657 la *Insolvency Chamber* dispose la vendita dei beni restanti di Rembrandt; poiché però il ricavato non fu sufficiente a soddisfare integralmente i creditori e poiché questi ultimi avevano tempestivamente presentato la richiesta alla luce della nuova disciplina emanata, l'1 febbraio 1658 venne venduta anche la casa di Rembrandt, non tuttavia, seguendo la tesi più recente, in considerazione della normativa emanata il 31 luglio 1656 non essendovi stato alcun trasferimento nei confronti del figlio da rendere inefficace nei confronti dei creditori (136). Dopo una serie di giudizi Titus riuscì a mantenere una parte dell'eredità adempiendo, all'incirca, solo la metà dei debiti paterni e il borgomastro Cornelis Witsen fu pagato in prededuzione (137).

Viene chiarito come la differenza tra il caso di Spinoza e del figlio di Rembrandt è che Titus era molto più giovane e con il padre ancora vivente; viceversa a dirsi per Spinoza, per il quale l'aver escogitato di rivolgersi all'autorità civile fu l'unico modo per sottrarsi dal carico dei

---

(134) Secondo *The Jewish Encyclopedia*, cit., *ad vocem*, « *Takḳanah* » è « an enactment which (1) revises an ordinance that no longer satisfies the requirements of the times or circumstances, or which (2), being deduced from a Biblical passage, may be regarded as new. It is, therefore, the antithesis of the Gezerah ».

(135) VLESSING, *Excommunication of Baruch Spinoza*, cit., p. 28. Come ricordato, « in the thirteenth century, the sages of Toledo, Spain, ruled that if a woman who had children died, her husband inherited only half of her property, i.e. the money she brought as her dowry and/or later inherited from her parents, with the remainder going to her sons and daughters. The intention here was to ensure that this money would not pass to the children of her husband's possible future wife » (A. GROSSMAN, *Halakhic Decisions on Family Matters in Medieval Jewish Society*, in https://jwa.org/encyclopedia/article/halakhic-decisions-on-family-matters-in-medieval-jewish-society). Sulla *takḳanah* di Toledo, v. S. ABRAMSON, *On the Takkanah of Tuletula (Toledo) regarding the Husband's Inheritance of his Wife's Estate*, in « Zion », 1995, p. 210 e ss.

(136) *Contra*, VLESSING, *Excommunication of Baruch Spinoza*, cit., p. 28; STRAUSS, VAN DER MEULEN, *The Rembrandt Documents*, cit., pp. 402 e 410-413. Sulla storia della revocatoria fallimentare, MIGLIORINO, Mysteria concursus, cit., pp. 82 e ss. e 111-112; SANTARELLI, *Per la storia del fallimento*, cit., pp. 192, 199 e ss., 234; tale ultimo Autore (citando CASSANDRO, *Le rappresaglie*, cit., pp. 105-106) ricorda come nella legislazione veneziana non si pose mai organicamente il problema della revocatoria fallimentare e non è dato di reperire che pochi indizi di interventi affatto sporadici e temporanei; sulla storia dell'azione revocatoria ordinaria, V. PIANO MORTARI, *L'azione revocatoria nella giurisprudenza medievale*, Milano, Giuffrè, 1962.

(137) VLESSING, *Excommunication of Baruch Spinoza*, cit., p. 28.

debiti paterni: la drastica ed esemplare reazione del *Mahamad* era, del resto, diretta ad ammonire gli altri componenti della comunità ad adempiere alle proprie obbligazioni finanziarie e a obbedire alla legge ebraica tenendo presente gli interessi comuni, in quanto disattendere la legge ebraica avrebbe minato l'affidabilità finanziaria internazionale della comunità stessa (138). Conclusivamente, « his appeal on Dutch law was probably the most serious threat to the internal social stability of a Jewish community in the seventeenth century » essendo « of course, impossible for the parnassim to officially punish Spinoza for appealing on Dutch law, even when it contradicted rabbinical law [...] The new regulation for the Orphan Chamber prevented Spinoza and others from legally leaving debts unpaid. A restriction of the Toledo stipulation resulted in the same » (139). L'effetto del *ḥerem* nell'ambito della comunità ebraica pare allora aver avuto la stessa funzione (140) del *bannum perpetuum* (141) che comportava la esclusione del fallito bandito dalla *societas civium* (equiparata alla *excommunicatio* canonica e alla *Friedlosigkeit* (142)). Insomma, se la sanzione non fu irrogata sulla base della legge civile lo fu sulla base della legge rabbinica (143).

---

(138) *Ibidem*.

(139) Ivi, p. 39.

(140) Come osservato, « tutelato dall'ordine giuridico era l'interesse del ceto mercantile, non quello personale dei singoli mercanti »: U. SANTARELLI, *Giuristi e mercanti*, in *Il contributo italiano alla storia del pensiero. Diritto*, Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana, 2012, p. 30.

(141) Sull'estensione del bando anche ai figli del fallito, v. SANTARELLI, *Per la storia del fallimento*, cit., p. 142 e ss.

(142) Ivi, pp. 125-126.

(143) Come ricorda LEVINTHAL, *The Early History*, cit., pp. 239 e 248, secondo la legge medievale ebraica la procedura esecutiva iniziava con un provvedimento (*Petihah*) emanato dall'autorità giudiziaria (*Beth Din*) su istanza dei creditori. Il provvedimento aveva la natura di un bando di scomunica nei confronti del debitore per la durata di novanta giorni. Il debitore poteva evitare gli effetti del divieto e gli altri procedimenti presentandosi e consegnando tutti i suoi beni, prendendosi le esenzioni: per effettuare questa *cessio* doveva prestare giuramento rabbinico di non avere altri beni, di non aver effettuato trasferimenti fraudolenti e che avrebbe utilizzato i beni sopravvenuti, al di là di quanto necessario al soddisfacimento dei suoi bisogni basilari, al pagamento dei suoi debiti; in presenza di una pluralità di creditori era sufficiente un singolo giuramento il che, secondo l'Autore, era indicativo della circostanza che qualcosa che caratterizzasse il *concursus creditorum* era conosciuto agli ebrei medievali (sebbene un più elaborato sistema di regolamentazione del fallimento fu varato dagli ebrei polacchi come si è già fatto cenno). Secondo Levinthal (ivi, p. 248) il sistema ebraico medievale somigliava — avendolo anche potuto influenzare — a quello consuetudinario spagnolo (*costumbres* de Tortosa, XIII secolo).

GIANLUCA RUSSO

MEDIOEVO DELLE LIBERTÀ. MITI DI IERI, RACCONTI DI OGGI

(A proposito di due volumi su Sismondi e la libertà) (*)

1. Se, ancora una decina di anni fa, si poteva, a buon diritto, lamentare che « una ricerca dettagliata sui significati politici della *libertas* nelle fonti due e trecentesche » (1) era ancora da farsi, con il volume curato da Andrea Zorzi questa ricerca può dirsi oggi, se non compiuta, certamente approdata ad un insieme di risultati più che rimarchevole. Contribuisce a dare ulteriore risalto al libro la pubblicazione, di poco precedente, dell'agile edizione che Roberto Bizzocchi ha dedicato a due fra i capitoli forse più significativi della *Histoire des républiques italiennes du Moyen Âge* di Simonde de Sismondi: quello sul carattere degli Italiani — che dà il titolo al volume — e quello, appunto, sulla libertà.

La convergenza tematica dei due testi non è accidentale. Piuttosto, sembra riflettere quella precisa tendenza coltivata dalla storiografia corrente a decostruire o quantomeno ripensare criticamente le 'grandi narrazioni' consolidatesi nel tempo intorno a temi importanti: la stessa libertà, il carattere degli Italiani o, più in generale, la storia d'Italia. Sotto questo profilo, il lavoro di Bizzocchi condivide con le ricerche collettive coordinate da Zorzi non soltanto il tema della libertà, ma soprattutto il bisogno critico di rivedere quella grande narrazione sulla stessa che trova proprio nell'opera del ginevrino Sismondi, se non il punto d'avvio, certamente lo snodo decisivo. Basti pensare che molto di quel paradigma interpretativo è indirettamente confluito dentro un'altra grande narrazione che il libro curato da Zorzi sottopone alla prova delle carte d'archivio: il 'repubblicanesimo' della scuola di Cambridge.

Del resto, l'urgenza di rimodulare il senso comune storiografico è

(*) *La libertà nelle città comunali e signorili italiane*, a cura di A. Zorzi, Roma, Viella, 2020; Simonde de Sismondi, *Il carattere degli Italiani*, a cura di R. Bizzocchi, Roma, Viella, 2020.

(1) E.I. Mineo, *La repubblica come categoria storica*, in « Storica », 15 (2009), pp. 125-167, in part. p. 138.

centrale anche in un altro recente volume collettaneo (2) che nel riflettere in termini storiografici sul nesso tra il 'canone nazionale' (3) e la vera o presunta eccezionalità dell'Italia rispetto al resto d'Europa evoca, sia pure *de relato*, il discorso su Sismondi e sulla libertà. Notoriamente, Sismondi fu tra i primi a leggere, attraverso il dramma storico dei liberi Comuni medievali, la vicenda italiana in termini di primato, come faro della libertà, e poi di decadenza, dovuta alla perdita della libertà causata, fra le altre cose, dall'invasione straniera e dalla Controriforma. Così, mentre la dominazione, soprattutto, spagnola ha annientato negli Italiani la passione per la vita politica, la Chiesa postridentina ne ha deformato il carattere fino a fargli assumere quei tratti negativi ancora oggi incorreggibili dentro un vizioso circolo autodenigratorio, che si estende fino a generare un colpevole senso di repulsione per il semplice fatto di essere italiani.

La decadenza, tema ampio e insidioso, sfugge per la sua complessità (4) al modesto spettro di queste considerazioni, che si prefiggono altro e più modesto scopo. Non si tratta solo, banalmente, di far incontrare Sismondi con quelle fonti medievali che non ebbe modo di consultare. Per una sua 'ingenuità' professionale, certo, ma ancor più per la robusta architettura ideologica alla base della sua opera e che oggi, grazie anche alla nuova traduzione con commento e note di Bizzocchi, un pubblico non specialistico può apprezzare. La lettura incrociata dei due libri stimola riflessioni ulteriori. Per un verso, infatti, il volume collettivo curato da Zorzi mostra il pregio di restituire la

---

(2) *L'Italia come storia. Primato, decadenza, eccezione*, a cura di F. Benigno, E.I. Mineo, Roma, Viella, 2020. Più che decostruire *ex novo*, il volume prende atto di una decostruzione praticata, già da diversi anni, da larga parte della storiografia, di cui il volume stesso è, insieme, espressione e bilancio ragionato: molti dei saggi raccolti sono maturati dentro la redazione di « Storica ». Tale rimodulazione, però, è avvenuta o continua ad avvenire un po' in sordina, senza alcun congedo ufficiale e formalizzato dal 'canone nazionale'. Spia eloquente è il fatto che, da molto tempo ormai, non vengano più pubblicate 'storie d'Italia' sulla scia degli ultimi due maggiori esperimenti in tal senso, fra loro diversissimi: la *Storia d'Italia* edita da Einaudi fra il 1972 e il 1976, e la *Storia d'Italia* curata da Giuseppe Galasso per la Utet, pubblicata con il suo inconfondibile taglio regionalistico a partire dal 1978.

(3) Il 'canone nazionale' è quel modo tradizionale, da grande narrazione, di raccontare la storia d'Italia, all'incirca dal Medioevo in avanti, passando naturalmente attraverso l'epopea risorgimentale, come una vicenda irregolare di eccezionalismo. In positivo, se vien messo l'accento « sulla sua speciale funzione di battistrada nei processi di civilizzazione ». Oppure in negativo, se viceversa si insiste sulle « debolezze del paese e sui vizi che ne connoterebbero la natura » (pp. 17-18).

(4) Per un inquadramento generale della questione, cfr. M. VERGA, *"Nous ne sommes pas l'Italie, grâce à Dieu". Note sull'idea di decadenza nel discorso nazionale italiano*, in « Storica », 15 (2009), pp. 169-207.

libertà, depurata dalle precompresioni ideologiche — sismondiane e no — alla libertà relativamente genuina e autentica delle città medievali italiane. Per l'altro, lo sforzo compiuto da Bizzocchi vanta un duplice merito: segnala, sì, i limiti talvolta macroscopici della tecnica storiografica del ginevrino ma, prim'ancora, attraverso una efficace ricostruzione del contesto culturale europeo di riferimento, risale alle origini di un paradigma interpretativo — vera e propria mitopoiesi — che ha condizionato e continua in parte a condizionare i molteplici piani discorsivi, dalla storiografia professionale e manualistica, alla divulgazione, fino al sentire comune. In altre parole, leggere insieme i due testi aiuta a recuperare « il patrimonio ideale di *libertates* di antico regime precedente — e, in certo qual modo 'altro' — rispetto a quello sviluppatosi intorno alle libertà della modernità liberale », offrendo strumenti di comprensione più che mai validi nella « attuale crisi delle democrazie occidentali » (5).

2. È ormai un dato acquisito che fu Sismondi a creare « il canone interpretativo dei comuni italiani in termini di 'libertà politica' » (6). Conviene, pertanto, muovere dal contributo conclusivo del volume curato da Zorzi che Paolo Grillo dedica proprio allo scrittore ginevrino. Per la precisione, il saggio non si concentra sulla *Histoire*, apparsa in sedici volumi tra il 1807 e il 1818, ma sulla silloge di quella, che Sismondi pubblicò nel 1832 contemporaneamente a Londra e a Parigi, subito tradotta in italiano e stampata a Lugano nel 1833 col titolo *Storia del risorgimento, de' progressi, del decadimento e della rovina della libertà in Italia* (7).

La scelta di esaminare, anziché l'opera maggiore, la sua silloge è in qualche modo racchiusa in quello stesso titolo, che sembra spostare il senso della trattazione « dal repubblicanesimo cittadino, a cui facevano riferimento i volumi dell'edizione originale, al problema, ben più specifico e puntuale, della parabola della libertà » (8). Certo, differenze

---

(5) ZORZI, *Premessa*, p. 9.

(6) M. VALLERANI, *Il comune come mito politico. Immagini e modelli tra Otto e Novecento*, in *Arti e storia nel Medioevo*, a cura di E. Castelnuovo, G. Sergi, Torino, Einaudi, 2004, vol. IV, pp. 187-206, in part. p. 188.

(7) Grillo preferisce dichiaratamente citare da questa edizione ottocentesca e non dalla più recente edizione italiana, curata da P. Schiera, se non altro per evitare gli equivoci indotti dal titolo ambiguo, *Storia delle repubbliche italiane*: lo stesso dell'opera maggiore.

(8) P. GRILLO, *'Libero comune' e libertà nei comuni: da Simonde de Sismondi al dibattito risorgimentale*, pp. 301-314, in part. p. 301.

importanti separano i due lavori del ginevrino: taluni ripensamenti (9), certe nuove interpretazioni, il tono meno velatamente politico (10). Diverse, prim'ancora, le circostanze storiche in cui le due opere erano maturate. Lontani erano i tempi dell'iniziale polemica antinapoleonica: nel 1815 Sismondi s'era schierato col governo dei Cento Giorni e quello che anni addietro gli era sembrato un despota, Napoleone, veniva adesso salutato come artefice di rigenerazione della nazione italiana, avendole di fatto restituito « più libertà di quanta ne avesse perduta » (11). Si coglie da qui il senso dell'operazione editoriale bilingue: mostrare a Inghilterra e Francia, ossia alle due potenze cui erano rimesse le sorti dei liberali di tutta Europa, i « diritti che può far valere la sventurata Italia a godere di una stessa libertà » (12). Non convinto, cioè, della possibilità di una autonoma risoluzione della questione italiana, Sismondi voleva con quest'opera — più agile e scorrevole della *Histoire* — convincere l'opinione pubblica inglese e francese a promuovere una politica che restituisse all'Italia — decaduta civilizzatrice d'Europa — la propria libertà, preservando la pace e l'equilibrio generali.

Malgrado ciò, restava inalterata la linea interpretativa di fondo (13): nell'un caso e nell'altro, raccontare la storia delle repubbliche italiane significava raccontare la storia della libertà, la sua conquista, il suo mantenimento, la sua perdita. Tralasciando le giovanili *Recherches sur le constitutions des peuples libres* dove venivano distinte tre specie di libertà (14), prim'ancora che nel compendio del 1832 (15), Sismondi aveva dedicato alla definizione della libertà un intero capitolo nell'ul-

---

(9) Rispetto alla *Histoire* e al suo capitolo 127, la silloge del 1832 non replicava la denuncia del cattolicesimo come elemento di corruzione del carattere degli Italiani, complice la reazione che quella polemica aveva suscitato nel Manzoni delle *Osservazioni sulla morale cattolica*.

(10) Cfr. M. Moretti, *Sismondi: storiografia e riflessione costituzionale*, in « Contemporanea », 1 (1998), pp. 129-138.

(11) S. de Sismondi, *Storia delle Repubbliche italiane (1832)*, presentazione di P. Schiera, Torino, Bollati Boringhieri, 1996, p. 363.

(12) Ivi, p. 3.

(13) Cfr. R. Pozzi, *Sismondi e la storia come storia della libertà*, in « Contemporanea », 1 (1998), pp. 138-144.

(14) Civile, democratica, politica. Cfr. *Recherches sur le constitutions des peuples libres. Texte inédit*, edizione ed introduzione a cura di M. Minerbi, Genève, Droz, 1965, p. 83 e ss.

(15) Così Sismondi definisce la libertà nella silloge del 1832: « È la partecipazione del gran numero al governo, e non la denominazione di repubblica piuttosto che di monarchia, che costituisce questa libertà; è soprattutto il regno delle leggi, la pubblicità nell'amministrazione come nei tribunali, l'uguaglianza dei diritti, la soppressione degli ostacoli al pensiero, all'istruzione, alla religione » (p. 363, ed. Schiera).

timo volume della *Histoire*, uscito nel 1818. Per la sua comprensione e contestualizzazione offrono un valido ausilio la traduzione e il commento ultimi di Bizzocchi.

3. L'orizzonte culturale dentro il quale Sismondi scrive la sua *Histoire* è quello europeo compreso tra la Rivoluzione e la Restaurazione. La Restaurazione rischiava di riportare in vita il dispotismo di Antico Regime che il periodo napoleonico aveva in certa misura preannunciato; con il pericolo aggiunto di vedere frustrate le conquiste raggiunte attraverso la Rivoluzione prima che degenerasse nel Terrore giacobino. Scongiurare quest'esisto infausto fu l'obiettivo del movimento liberale di primo Ottocento che gravitava intorno al 'gruppo di Coppet' di Madame de Staël (16). La sua espressione più limpida resta il discorso che Benjamin Constant pronunciò il 20 febbraio 1819 presso l'Athénée Royal parigino all'interno di un ciclo di lezioni sulla costituzione inglese (17). L'errore che lì veniva rimproverato ai rivoluzionari in Francia era quello di aver attuato, sulla scia delle idee di Rousseau e dell'abate Mably, una pedissequa imitazione della libertà degli antichi basata, a Sparta come nella Roma repubblicana, sulla eguale e paritaria partecipazione di tutto il popolo alla vita pubblica, diretta e non mediata da rappresentanti e, tuttavia, aliena alla tutela dei diritti individuali. L'ostracismo ad Atene o la pratica della schiavitù a Sparta come a Roma non ne erano che le dimostrazioni più terribilmente evidenti.

Tanto i rivoluzionari del Terrore giacobino prima, quanto Napoleone poi avevano trascurato il felice esito di un altro importante rivolgimento europeo del recente passato: la Rivoluzione Gloriosa nell'Inghilterra del 1688-1689. Da allora, il « sistema costituzionale inglese si era sviluppato come una monarchia parlamentare rappresentativa, in cui vigevano un equilibrio e un reciproco contemperamento dei vari poteri, in un contesto politico moderato che proteggeva ampiamente gli spazi d'autonomia privata dall'intervento statale » (18). Diversamente dall'esperimento radicale e autoritario della Francia giacobina e napoleonica, il costituzionalismo liberale inglese definiva l'essenza della libertà dei moderni: libertà alla quale nessun uomo

(16) Cfr. *Il Gruppo di Coppet e il viaggio. Liberalismo e conoscenza dell'Europa tra Sette e Ottocento*, a cura di M. Bossi, A. Hofmann, E. Rosset, Firenze, Olschki, 2006. Madame Germaine de Staël-Holstein, figlia del banchiere svizzero e poi ministro delle finanze di Luigi XVI Jacques Necker, era stata esiliata nel 1800 nel castello di Coppet a Ginevra per la sua opposizione ideale e politica al regime napoleonico.

(17) Constant aveva già proposto il tema nel 1813 con *De l'esprit de conquête et de l'usurpation*.

(18) BIZZOCCHI, *Il carattere degli Italiani*, cit., p. 13.

dell'Ottocento poteva, e doveva, più rinunciare (19). Il discorso di Constant si concludeva citando proprio le ultime righe del capitolo 126 del sedicesimo e ultimo volume della *Histoire*: appunto quello tradotto da Bizzocchi. La proposta, già avanzata quindi dallo scrittore ginevrino e comunque circolante a Coppet, andava nel senso di combinare la libertà degli antichi con la liberà dei moderni. Solo così sarebbe stato possibile uscire « dal mare di sangue che aveva travolto la Francia e l'Europa » all'indomani del furore giacobino e del dispotismo napoleonico, senza « tornare a un passato recente, che ora riproponeva i suoi fantasmi, ma non meritava alcun rimpianto » (20).

Va aggiunto anche che il Terrore giacobino aveva sconfessato l'idea predicata dall'Illuminismo cosmopolita per cui l'appartenenza ad una precisa comunità politica potesse definirsi razionalmente, per effetto di un'adesione volontaria. Al contrario, il nazionalismo montante soprattutto in area germanica, sospinto dalle correnti romantiche, portava a legittimare « le comunità politiche nella concretezza delle loro specifiche tradizioni, nell'autorità della storia in quanto tale ». Pertanto, l'intellettuale protagonista della cultura politica europea poteva trovare « nella sacralità protettiva del passato » un riparo, quasi nelle forme mitiche di una « adesione tribale ». Di contro all'antichità idealizzata dall'Illuminismo e dalla Rivoluzione, il Medioevo europeo (21), specialmente quello delle tradizioni e del folklore, venne presto indicato come il momento aurorale delle moderne nazioni europee. Il 'gruppo di Coppet' non poteva, però, recepire e sviluppare pienamente questa proposta culturale, sospesa com'era tra « rievocazione mitica » e « vagheggiamento genealogico del passato ». Per portare finalmente a compimento la Rivoluzione senza ritorni funesti al passato, soprattutto l'animatrice del circolo, Madame de Staël, s'impegnò con alcuni suoi scritti a stemperare il tradizionalismo bigotto con l'accento sulla libertà dei popoli (22). Lei e il suo gruppo pensavano, piuttosto, ad un'« Europa di nazioni libere che non dovevano fronteggiarsi come tribù nemiche », chiuse nella coerenza genetica delle rispettive identità popolari, « ma confrontarsi come comunità politiche le cui necessarie identità specifiche erano un'occasione di miglioramento reciproco e

(19) Cfr. B. CONSTANT, *La libertà degli antichi paragonata a quella dei moderni*, a cura di G. Paoletti, Torino, Einaudi, 2001, p. 6.

(20) BIZZOCCHI, *Il carattere degli Italiani*, cit., p. 15.

(21) Johannes von Müller fu tra i primi ad occuparsi in senso positivo del Medioevo dopo la censura illuministica. Scrisse infatti una storia della Confederazione elvetica, che però risentiva ancora delle teorie climatiche.

(22) Scritti quali *De l'Allemagne* e *De la littérature considérée dans ses rapports avec le institutions sociales* ma, soprattutto, il romanzo *Corinne*, concepito durante il viaggio in Italia fra il 1804 e il 1805 in compagnia di Sismondi e pubblicato in contemporanea ai primi due volumi della *Histoire* nel 1807.

non di scontro » (23). Dentro un orizzonte culturale così definito, Sismondi, attivo frequentatore del gruppo e intimo amico di Madame de Staël, si convinse di intercettare nei liberi Comuni italiani una fase primigenia della libertà in Europa: un modello, in fin dei conti, ancora valido e attuale per i liberalismi europei.

L'interesse del ginevrino per la storia comunale italiana risaliva all'esilio inglese degli anni Settanta del Settecento, quando conobbe le opere di Adam Smith, David Hume, John Adams, William Robertson (24). Attraverso quelle letture, Sismondi maturò la convinzione che l'esperienza politica d'indipendenza e libertà dei Comuni italiani fosse una premessa per il progresso della civiltà europea da recuperare storicamente. In tale operazione di recupero, iniziata già con le giovanile *Recherches*, riuscì persino a trovare un punto d'incontro tra quella storiografia illuministica e il « montante entusiasmo romantico per il medioevo barbarico nazionalistico » (25). Sebbene, infatti, le città comunali dell'Europa meridionale esprimessero una cultura molto diversa da quella delle tribù guerriere delle foreste del nord Europa, nella ricostruzione sismondiana, qui influenzata da Montesquieu, è dai Longobardi che gli Italiani appresero la passione per la libertà: lo spirito d'autonomia, una positiva identificazione sociale, « le associazioni per respingere una potenza oppressiva, soprattutto il diritto di resistenza al Governo »: tutte qualità destinate ad animarne per secoli la storia, lungo il feudalesimo, « sistema d'indipendenza che si è spesso calunniato senza conoscerlo », e tutto il periodo comunale (26).

La *Histoire*, come annunciato fin dal titolo, si occupa delle repubbliche italiane nel Medioevo: così Sismondi chiama i liberi Comuni. L'opera, tuttavia, finisce con l'abbracciare un panorama spaziale e cronologico molto più vasto. Dalle città dell'Italia centro-settentrionale, lo sguardo dell'autore discende fino a toccare il Mezzogiorno d'Italia, oltre ad aree coinvolte dai traffici commerciali italiani o

---

(23) Bizzocchi, *Il carattere degli Italiani*, cit., p. 22.

(24) Cfr. F. Sofia, *Le fonti sulla civiltà toscana nella biblioteca del giovane Sismondi*, in Id. (a cura di), *Sismondi e la civiltà toscana*, Firenze, Olschki, 2001, pp. 145-163.

(25) Il Sismondi della *Histoire* appare come sospeso tra due secoli, né illuminista né romantico fino in fondo. Cfr. sul punto B. Reizov, *Sismondi et sa méthode historiographique*, in *Atti del colloquio internazionale sul Sismondi*, Roma, Accademia Nazionale dei Lincei, 1973, pp. 279-288.

(26) Bizzocchi, *Il carattere degli Italiani*, cit., pp. 39-40. Sul 'ringiovanimento' dei popoli italiani — perché Sismondi guarda all'Italia come ad una pluralità di popoli — cfr. M.P. Casalena, *Libertà, progresso e decadenza. La storiografia di Sismondi*, Bologna, Bononia University Press, 2016, pp. 32-34.

dalle crociate (27). Parimenti, sull'asse temporale il suo discorso, se certamente resta focalizzato sul periodo medievale, muove comunque dalla caduta dell'Impero romano e si arresta, con il celebre capitolo 127 sul carattere degli Italiani, alle soglie della contemporaneità dopo, fra l'altro, aver attraversato con i volumi dal dodicesimo al quindicesimo le guerre d'Italia. Infine, sebbene si concentri anche su Genova e Venezia, a partire dal quarto volume Sismondi, vuoi per la quantità delle cronache e il prestigio culturale della città, vuoi per i rapporti personali con la Toscana (28), rivolge una speciale attenzione a Firenze: autentica « storia nella storia » (29).

Salvo le divisioni fazionarie, le lotte intestine e le parentesi dispotiche, comunque giudicate come un elemento vitale e costitutivo della libertà (30), al ginevrino la storia di Firenze interessava in quanto storia della città che aveva promosso nel resto della Toscana e nell'Italia intera la causa repubblicana contro i tiranni, primi fra tutti i Visconti di Milano. Firenze aveva raggiunto l'apice della sua libertà fra Tre e Quattrocento, al tempo del regime albizzesco: un partito, scriveva, « composto da antichi Guelfi e da cittadini prossimi per ricchezza e nascita alla nobiltà ». Un partito di illuminati e disinteressati aristocratici adatti, quanto alla politica interna, a fare « del popolo più libero d'Italia » quello « più saggiamente governato » e determinati, quanto alla politica estera, a considerare « il mantenimento della libertà italiana come il nobile compito della loro repubblica » (31). Tutt'intorno, già al principio del XIV secolo, la civiltà stava cambiando e ben poco restava della libertà italiana. Certo avrebbero pesato sulla futura sventura della città talune debolezze intrinseche: in particolare l'esclusione, sancita con la legislazione antimagnatizia, dei nobili dalla vita pubblica, valutata negativamente per le infelici ripercussioni sul principio del governo misto (32). Senza contare poi che « quella virata antinobiliare non sarebbe stata l'ultima delle cause dell'ascesa dei Medici, che nella loro

---

(27) V'è uno scarto importante tra le libere repubbliche del centro-nord e quelle città del Meridione che avevano conservato più a lungo le istituzioni romane. Cfr. sul punto CASALENA, *Libertà, progresso e decadenza*, cit., p. 32.

(28) Sismondi rivendicava una discendenza diretta dagli omonimi nobili pisani rammentati persino da Dante nel canto della *Commedia* dedicato al conte Ugolino. La famiglia possedeva, inoltre, una tenuta vicino Pescia.

(29) Così MORETTI, *Note di storiografia sismondiana*, in *Sismondi e la civiltà toscana*, cit., p. 264.

(30) Cfr. GRILLO, *'Libero comune'*, pp. 309-311.

(31) BIZZOCCHI, *Il carattere degli Italiani*, cit., p. 42.

(32) Sugli Ordinamenti di Giustizia e su Giano della Bella, Sismondi dava un giudizio molto duro, ripreso al più tardi nella voce scritta per la *Biographie universelle ancienne et moderne* per i fratelli Michaud.

clientela avrebbero contato per l'appunto molta nobiltà frustrata » (33). Il 1434 segnava infatti l'affermazione di Cosimo de' Medici e l'inizio della china. A compromettere il sistema impeccabile degli Albizzi fu soprattutto la scelta medicea di allearsi con il genero dei Visconti Francesco Sforza, tendendo la mano al tiranno e tradendo la causa repubblicana. Firenze abdicava così al compito di tutrice della libertà nella penisola. Venezia e Genova, per ragioni diverse, non potevano subentrare in quel ruolo. Dal dileguarsi della virtù politica — cioè lo smarrimento della libertà interna — all'asservimento allo straniero — e cioè alla perdita della libertà esterna — il passo era breve. A muoverlo, e a consegnare l'Italia intera ai dominatori esterni, sarebbe stato di lì a poco Lorenzo de' Medici: « l'individuo più tirannico che si fosse visto sulla scena italiana del XV secolo » (34). Da buon economista, Sismondi non esitava a quantificare letteralmente la libertà italiana. Calcolava, per la fine del Quattrocento, sedicimila italiani che ancora partecipavano in modo significativo alla vita delle repubbliche rimaste in vita — oltre alla stessa Firenze, Venezia, Genova, Siena e Lucca —: comunque, un calo vertiginoso, all'approssimarsi della fine, rispetto ai centottantamila del Trecento e, addirittura, al milione e ottocentomila del Duecento.

Con quest'amaro bilancio, l'epopea democratica e repubblicana volgeva al termine. La fine della libertà fiorentina, in coincidenza con l'eroica ma vana resistenza dell'ultima repubblica di Firenze all'assedio delle forze ispano-pontificie che nel 1530 restaurarono l'egemonia medicea, segnava un punto di non ritorno. « La libertà aveva donato all'Italia quattro secoli di grandezza e di gloria ». Allora sì che l'Italia era al primo posto « fra le nazioni dell'occidente ». Fino a tutta l'epoca felice dei Comuni, gli Italiani avevano « riabilitato la natura umana degradata, conferendo a tutti gli uomini dei diritti come uomini, e non come privilegiati ». Dopo il nuovo ordine stabilito con l'accordo fra Papato e Impero all'indomani della caduta della repubblica gigliata, l'Italia « non è stato altro che un vasto museo, dove i monumenti della morte sono depositati sotto gli occhi dei curiosi » (35).

4. Il capitolo 126, *La libertà degli Italiani nel periodo delle loro repubbliche* — oggi riproposto all'attenzione da Bizzocchi — sembra quasi riaprire un discorso logicamente e cronologicamente concluso con il racconto della tragedia delle guerre d'Italia: quando, « nel loro odio della libertà, i re scagliarono nel decimosesto secolo sulla infelice Italia la fame, la guerra e la peste » (36). È una valutazione riepilogativa

(33) CASALENA, *Libertà, progresso e decadenza*, cit., pp. 43-44.
(34) Ivi, p. 50.
(35) BIZZOCCHI, *Il carattere degli Italiani*, cit., pp. 45-46.
(36) GRILLO, *'Libero comune'*, p. 306.

sulla libertà dei Comuni. Teso a capire una volta per tutte « in cosa sia consistita questa libertà », il filo del ragionamento si dipana lungo la dicotomia libertà degli antichi *vs.* libertà dei moderni: la stessa sulla quale, come già detto, Constant costruì il suo celebre *Discorso*.

> La libertà dei Greci e dei Romani, poi degli Svizzeri e dei Tedeschi, così come quella degli Italiani all'epoca delle repubbliche, non era per nulla la libertà degli Inglesi moderni. Fino al Seicento la libertà del cittadino fu sempre identificata col suo diritto di partecipare alla sovranità del suo paese; mentre solo l'esempio della costituzione britannica ci ha insegnato a considerare la libertà anche come tutela della sicurezza, della felicità e dell'indipendenza private. Ciò che noi mettiamo al primo posto era invece considerato dai nostri antenati un vantaggio accessorio e secondario; per contro, ciò che era al centro per loro noi lo valutiamo solo un mezzo più o meno adatto a ottenere e conservare l'essenziale. Tuttavia la stessa parola indica entrambe le cose. Per distinguerle, si chiamò libertà civile la facoltà passiva di essere garantiti dagli abusi del potere; si chiamò libertà politica la facoltà di partecipare tutti al potere esercitato su tutti, cioè l'associazione dell'uomo libero alla sovranità (37).

Sismondi non ha dubbi: gli Italiani « avevano scelto d'istinto la libertà politica », per quanto non definita con sufficiente precisione. Difettavano, invece, della libertà civile o passiva dei moderni, ossia degli Inglesi. Tanto da arrivare a definire « libero anche un governo che non si poneva limiti nell'esercitare il suo potere in nome della nazione ». Se si esclude l'elogiata abolizione della schiavitù domestica, viceversa presente nelle repubbliche antiche, è evidente come nelle repubbliche italiane « non vi fosse alcuna garanzia del rispetto dei diritti inerenti alla libertà moderna ». Anzi, in quelle repubbliche, « la vita, l'onore e la proprietà dei cittadini non erano meglio protetti dalle leggi di quanto non fossero negli Stati più dispotici » (38). Eppure, la labile garanzia dei diritti non impedisce a Sismondi di intravedere proprio lì quel miracoloso spirito repubblicano capace di tenere « meravigliosamente vivo l'entusiasmo per la libertà anche in mezzo all'esercizio della più crudele tirannia ». La libertà attiva degli antichi era qui capace di colmare la mancata libertà dei moderni. Intanto, per la sua « forza attrattiva ineguagliabile », « una bevanda inebriante, come il nettare degli dèi », che « mentre ispira agli uomini il disprezzo per ogni altro nutrimento infondeva loro nuove virtù ed energie, facendoli sedere a un banchetto

---

(37) BIZZOCCHI, *Il carattere degli Italiani*, cit., pp. 73-74.

(38) Ivi, p. 75 e ss. Bizzocchi si sofferma sulle diverse ragioni che, secondo Sismondi, spiegano la mancanza di libertà civile e mostra, al tempo stesso, con un puntuale richiamo alla letteratura pertinente, le varie inesattezze del ginevrino, soprattutto sul tema della giustizia criminale. Emblematico, poi, l'anacronismo del passo sulla libertà di stampa curiosamente inserito in una trattazione sui Comuni medievali.

dove si sentivano immortali ». Quindi, per la forza e la coerenza dei suoi princìpi cardinali, enunciati dal ginevrino in un'ottica influenzata dal confronto con le idee di Rousseau (39).

In sostanza, ciò che Sismondi loda è l'ordinamento politico repubblicano e democratico basato sull'eguale e paritaria partecipazione di tutto il popolo alla vita pubblica, cioè alla sovranità. Più di tutte le altre repubbliche, forse delle stesse repubbliche dell'antichità greco-romana, le costituzioni italiane si mostrarono esemplari « nel far derivare esplicitamente ogni potere di governo dalla sovranità del popolo; fissavano più coerentemente l'amovibilità di tutte le cariche, la loro rapida rotazione, la responsabilità dei funzionari pubblici ». Alla fine il ginevrino sembra cedere alla tentazione di proiettare sui liberi Comuni elementi riconducibili alla libertà dei moderni, avendo a mente l'insuperabile modello costituzionale inglese. Descrive così il sindacato, ossia la periodica revisione dell'attività dei magistrati comunali, come se si trattasse del controllo sull'operato dei ministri inglesi. Oppure, intravede un meccanismo di garanzia e protezione degli individui e dei loro diritti nella rapida turnazione degli uffici che, per quanto inficiasse la continuità dei governi, era formidabile nel contenere abusi e malversazioni. Tutto questo non era neanche minimamente sfiorato da « quei principati assoluti allora pure esistenti in Italia », come a Milano e a Napoli. Anzi, quando in molte delle repubbliche italiane presero corpo progetti ereditari e dinastici nella gestione del potere, l'autorità di un Medici, di un Bentivoglio, di un Baglioni, già detenuta dai loro padri, « era revocabile cessando la fiducia, e nessun cittadino, per quanto potente, era in grado di rivendicare diritti indipendenti da quelli della repubblica ».

Così concepita e praticata, la libertà italiana non poteva che produrre felicità e virtù. Forte delle pagine di Adam Smith, Sismondi misura la felicità delle repubbliche italiane sul progresso culturale, sociale ed economico, sull'iniziativa imprenditoriale e, quindi, sulla ricchezza collettiva: la libertà nel paesaggio agrario a Milano e in Lombardia, la libertà commerciale a Pisa, la sintesi perfetta e ineguagliabile di libertà, commercio e arti a Firenze. Non esisteva città in Italia che « ingentilita dalla libertà, diffondesse la luce sulle nazioni immerse insino allora nelle tenebre » (40). Ma più della felicità, era la virtù il vero tratto distintivo: il desiderio ardente in ogni cittadino di « brillare coi suoi talenti in pubblico, nei consigli e negli uffici cui la sorte lo destinava [...] conseguire tutti i risultati alla portata delle sue qualità naturali, coronare la sua educazione di uomo adulto con una carriera in

(39) Ivi, pp. 89-93. Quantomeno al Rousseau delle *Lettres écrites de la montagne*, teorico della democrazia ginevrina. Cfr. F. SOFIA, *Sul pensiero politico-costituzionale del giovane Sismondi*, in « Rassegna storica del Risorgimento », LXVIII (1981), p. 131 e ss.

(40) GRILLO, *'Libero comune'*, p. 308.

politica, e trasmettere in eredità ai figli la gloria che vi acquisiva ». Questo perché, « il piacere spirituale contribuisce al benessere di una nazione più di qualsiasi piacere fisico »; o, meglio ancora, « il perfezionamento dell'uomo » (41). Tutto l'opposto dei regimi signorili, dispotici e tirannici, dove la virtù arretra di fronte al conformismo e alla necessità di compiacere il principe attraverso il servilismo e la delazione.

Sismondi chiudeva finalmente il suo sillogismo perfetto: repubblica e democrazia come premesse, libertà come conseguenza. E doveva sentirsi pago di aver indicato alle nazioni della nuova Europa, attraverso la nobile lezione della storia, un sistema costituzionale adeguato, comeera nelle intenzioni del 'gruppo di Coppet', al superamento della Rivoluzione in chiave di illuminato progresso. Imparando a combinare la libertà degli antichi con quella dei moderni, il legislatore dovrà, sì, curare « la sicurezza dei cittadini e le relative garanzie che i moderni hanno ridotto a sistema », ma dovrà, altresì, « promuovere il massimo perfezionamento morale dei cittadini stessi [...] moltiplicando i loro diritti, facendoli partecipare alla sovranità, accrescendo il loro interesse per la cosa pubblica »: preludio alla conoscenza anche dei relativi doveri, al desiderio e alla capacità di adempierli (42).

5. Al netto dei giudizi di principio e di un approccio comunque innovativo nel panorama della storiografia europea di primo Ottocento — di fatto pionieristico nella costruzione della stessa disciplina medievistica (43) —, lo sguardo storico di Sismondi mostra, come già detto, limiti importanti. Oggi scandagliate, molte delle sue analisi non paiono suffragate da un serio confronto con la documentazione; oltretutto in un tempo in cui, con l'organizzazione delle grandi raccolte archivistiche statali, s'era ormai diffusa la consultazione di fonti di prima mano. Come quei registri degli Anziani di Pisa intercettati dal ginevrino per ricostruire la ribellione di Pisa a Firenze fra il 1494 e il 1509 ma alla fine scartati « siccome quasi ogni seduta è verbalizzata con una grafia diversa, e ci sono molte abbreviazioni, occorrerebbe un lungo lavoro per imparare a leggere questi registri, e uno ancora più lungo per spogliarli tutti » (44). Ai documenti, infatti, Sismondi antepose le cronache. Decisivo in tal senso fu l'incontro con il Muratori degli *Annali d'Italia*, delle *Antiquitates italicae Medii Aevi* ma, soprattutto, dei

(41) BIZZOCCHI, *Il carattere degli Italiani*, cit., pp. 97-98. Per Sismondi, dietro le 'lois', dietro il 'gouvernement', v'è un 'esprit', una 'vertu', nel senso che le leggi e i governi sono figli dello spirito e della virtù dei popoli. Cfr. sul punto G. GALASSO, *Lo spirito e la virtù dei popoli*, in « Contemporanea », 1 (1998), pp. 125-129, in part. p. 126.

(42) BIZZOCCHI, *Il carattere degli Italiani*, cit., pp. 99-100.

(43) Cfr. sul punto CASALENA, *Libertà, progresso e decadenza*, cit.

(44) BIZZOCCHI, *Il carattere degli Italiani*, cit., p. 36.

Rerum Italicarum Scriptores (45). Collezionando tutto quel filone di storie municipali basate sulla celebrazione di una primigenia condizione di libertà miseramente perduta con l'avvento, fra Quattro e Cinquecento, dei domini territoriali, l'erudito modenese per primo aveva colto l'importanza del Medioevo comunale nella vicenda italiana come epoca della grandezza perduta. Aveva, cioè, stabilito un nesso inscindibile tra forma di governo, repubblicana e democratica, e libertà: l'una era il precipitato dell'altra. Libertà significava capacità propria dei cittadini all'autogoverno, dunque, inconciliabile con i regimi signorili. Anzi, proprio questi causarono il tracollo della libertà cittadina, già provata dalle debolezze strutturali dei liberi Comuni: lotte di parte tra guelfi e ghibellini o tra i nobili e il popolo. L'instabilità generale era tanta, che poté rientrare solo grazie alla mediazione di un signore. La quiete veniva ristabilita ma al caro prezzo di una libertà d'ora in poi costretta a fare i conti con l'autorità e l'arbitrio del principe (46). Il volume curato da Zorzi interviene proprio su questo punto.

Salvo il contributo — già menzionato — di Grillo, i saggi lì raccolti interrogano infatti quelle fonti dirette delle città medievali italiane quasi del tutto trascurate da Sismondi. Fonti 'dotte' vengono fatte reagire con documenti della pratica normativa, giudiziaria, diplomatica e politica, persino con fonti iconografiche (47). Anche qui con una presa di distanza importante dall'altra grande narrazione che il volume revisiona: quella associata alla scuola di Cambridge di Pocock e Skinner, abituata a fondare la propria analisi unicamente sulle fonti intellettuali, salvo qualche incursione nell'iconografia (48). Il suo linguaggio non è poi tanto diverso dalla tradizione storiografica muratoriana e sismondiana, sebbene questa risulti totalmente estranea ai riferimenti bibliografici della scuola. Ciò in quanto i teorici del 'repubblicanesimo' sembrano meno interessati al motivo della decadenza

---

(45) Per le date e gli avvenimenti, Sismondi lesse anche il Baronio degli *Annales Ecclesiastici* senza, naturalmente, condividerne l'impianto apologetico: tutta la *Histoire*, dal primo all'ultimo volume, doveva mostrare quanto il cattolicesimo fosse stato inopportuno e dannoso nella vicenda della libertà italiana.

(46) Cfr. VALLERANI, *Il comune come mito politico*, cit., pp. 187-188.

(47) Si veda il suggestivo saggio di A. SAVORELLI, *'Semper libertatis avida'. Araldica e potere delle città medievali*, pp. 271-299.

(48) Cfr. Q. SKINNER, *Virtù rinascimentali*, Bologna, il Mulino, 2006, pp. 53-154, i due saggi sul Lorenzetti. Coglie molto bene la necessità metodologica di ampliare il concetto di 'contesto' per come inteso dalla scuola di Cambridge il saggio, sempre nel volume zorziano, di I. LAZZARINI, *La libertà dei 'Lombardozzi': libertà, autonomia, neutralità di signori e principi padani nei conflitti quattrocenteschi*, pp. 247-269, in part. pp. 248-249.

italiana rapportata alla perdita della libertà comunale (49). Decadenza a parte, per la scuola di Cambridge il repubblicanesimo non nasce solo con l'umanesimo quattrocentesco, in specie fiorentino, ma reca tracce significative già nei discorsi intellettuali del Duecento, nella tradizione retorica e nella riflessione scolastica. Di conseguenza, tutta l'esperienza comunale viene letta come un'esperienza repubblicana, contraddistinta dalla combinazione tra libertà della città da condizionamenti esterni e regime di autogoverno interno. La libertà è il risultato dell'intreccio tra un principio di non dominazione e la partecipazione al governo della comunità. La migliore forma governativa sarebbe quella repubblicana, ossia elettiva, antitetica a quella monarchica (50).

Decisamente funzionale a ripensare le narrazioni sismondiana e skinneriana è l'originale approccio all'ampia gamma di materiale documentario che i saggi sviluppano coralmente: semasiologico. Lo sforzo collettivo, cioè, è stato quello di restituire al lettore l'esegesi dei vari significati assunti dal lemma 'libertà' nel tempo e in contesti cittadini diversi. Scelta metodologica che, oltre a formare un efficace antidoto alle precomprensioni e quindi alle grandi narrazioni, evita un appiattimento dei discorsi su di una ormai quasi leggendaria *florentina libertas*, piuttosto riconsiderata come una parte, certo dirimente, all'interno di dinamiche molto più complesse. Così interrogate, le fonti restituiscono allo storico di oggi un'idea di libertà nelle città medievali italiane decisamente più ricca e sfaccettata rispetto a quella raccontata da Sismondi o comunque meno coerente e lineare in confronto al quadro armonico disegnato da Skinner dentro l'orizzonte del repubblicanesimo. Informate ad un approccio onomasiologico, le ricerche della scuola di Cambridge si sono infatti tradotte in una « traiettoria attraverso i secoli e i luoghi, senza variazioni sostanziali, di uno specifico campo tematico con il suo vocabolario corrispondente » (51); con il risultato, paradossale, di astrarre la libertà dalle segnanti dinamiche del tempo e dello spazio. Quella della libertà nelle città medievali italiane è, all'opposto, la storia di un lemma irrinunciabile e multiforme: un'irre-

(49) Cfr. sul punto MINEO, *La repubblica come categoria storica*, cit., p. 155.

(50) In realtà, la scuola di Cambridge ricomprende posizioni anche molto diverse. Infatti, per Skinner l'idea di repubblica basata sulla libertà politica come assenza di dominazione, e quindi di derivazione romana, filtrata dai discorsi di Cicerone, Sallustio, Livio, circolava già nelle città comunali italiane del XII e del XIII secolo. Viceversa, per Pocock l'idea repubblicana basata sulla libertà attiva come partecipazione al governo, e quindi di derivazione aristotelica, si afferma soltanto con l'umanesimo civile del Quattrocento in Italia. Il diverso orientamento condivide però un dato: « le repubbliche europee moderne che hanno visto la luce in Italia sono concepibili cioè solo in rapporto alla predefinizione degli schemi che esse hanno ereditato ora dalla *polis* greca, ora dalla *respublica* romana ». Cfr. ivi, p. 133.

(51) Ivi, p. 130.

sistibile polisemia, soggetta al dominio delle parole che non delle immagini. A leggere, ad es., gli scritti di Skinner sul Lorenzetti, viene spontaneo pensare che, sulle pareti del Palazzo Pubblico di Siena, sia raffigurata anche la libertà nelle forme repubblicane della partecipazione collettiva al governo. Viceversa, a leggere il volume si scopre con sorpresa come quella fosse anzi la grande assente dai ricorrenti cicli allegorici del tempo. Proprio perché la libertà era prima di tutto un lemma la cui potenza evocativa restava affidata alla parola, « scolpita nei cuori, gridata nelle piazze, scritta sulle bandiere e sugli stemmi, quando la sopravvivenza della comunità politica, della città, appariva minacciata » (52). La suggestiva vicenda del fiorentino *scutum libertatis* ricostruita da Savorelli è in tal senso illuminante.

6. La libertà non era facilmente spiegabile per immagini, anche, in ragione della sua documentata polisemia. Sembra quasi che ad ogni tornante della lunga e intricata storia delle città medievali italiane si sia formata un'idea specifica di libertà e che costantemente, al netto delle contaminazioni progressive, ciascuna idea si sia sviluppata per contrasto con qualcos'altro di diametralmente opposto.

La libertà per contrasto con la servitù, forse, è fra le attestazioni più ricorrenti e diffuse. Qui il lemma è declinato come condizione della persona che agisce libera da vincoli o impedimenti. La sua apparizione sembra essere precoce, legata a quel rinascimento giuridico che permea, nelle nuove officine universitarie urbane, il XII secolo. Riaffiora dall'oblio la definizione del giurista Fiorentino (53) e da lì l'incontro tra la riscoperta tradizione giuridica romana, abituata a pensare la libertà come condizione specifica del soggetto, e la intensa dinamica politico-sociale delle città italiane allora promotrici di un'operazione ambiziosa: indebolire la potente rete di feudatari nel contado accogliendo dentro le mura un numero crescente di persone in fuga dalle campagne. I fuggiaschi ottenevano così la liberazione dal servaggio signorile e, da nuovi membri della comunità cittadina, potevano contribuire al suo sviluppo. La testimonianza più rappresentativa resta il noto *Liber Paradisus* con cui la città di Bologna nel 1257 rimuoveva solennemente la « servitutis maculam » di « servorum et ancillorum » e restituiva loro, al pari di Dio che libera l'uomo dalla schiavitù del peccato, « thesaurus inextimabilis et ceteris metalis precisior nec posset pretio numario

(52) Zorzi, *Le declinazioni della libertà nelle città comunali e signorili italiane (secoli XII-XIV)*, p. 70.

(53) D. 1.5.4: « Libertas est naturalis facultas eius quod cuique facere libet, nisi si quid vi aut iure prohibetur ».

comparari » (54). Non sembrano discostarsi da questa declinazione le fonti normative fiorentine indagate lungo un arco stretto fra gli Ordinamenti di Giustizia del 1293-1295 e gli Statuti del 1322-1325, passando attraverso alcune provvisioni approvate dai Consigli cittadini nei primi anni del Trecento. Al tempo del regime, a forte connotazione ideologica, di secondo Popolo, la libertà è un lemma oscillante. V'è quella del *civis* di agire al riparo dalla violenza dei magnati avvezzi a rapporti politici e sociali inquinati da forme signorili e quindi servili. Ma vi sono anche: libertà dalle carceri cittadine; libertà del *civis* da ripercussioni giudiziarie o fiscali dopo che abbia raggiunto una transazione con il Comune; libertà accordata ai rettori forestieri nella forma del « plenum, liberum et merum arbitrium » per la conduzione di particolari inchieste giudiziarie. V'è, poi, la libertà riconosciuta alle maggiori magistrature cittadine, i Priori, nelle forme della balìa, per operare senza limiti di sorta: quella stessa balìa additata da Sismondi, sia nelle *Recherches* che nella *Histoire*, come fattore di dispotismo, fra l'altro impropriamente esteso a realtà diverse da Firenze. Spunta, infine, una « libertas artificum » come libertà delle corporazioni fiorentine di agire al riparo dalla violenza magnatizia ma, prim'ancora, da accordi e convenzioni illecite degli stessi *artifices* (55). Una libertà d'impresa *ante litteram*, cui il ginevrino avrebbe guardato con favore come virtù foriera del progresso e dell'iniziativa imprenditoriale, vettori di ricchezza collettiva.

Contemporaneamente, se non già dagli anni delle lotte tra Federico I e le città comunali della Lega lombarda, un'altra declinazione del lemma lasciava una traccia indelebile nelle fonti. È la libertà come condizione privilegiata di autonomia: insieme di immunità, privilegi, prerogative, diritti, concesso e garantito da un potere superiore legittimo, a regola l'Imperatore, ma non solo. Il Medioevo delle città, che pure ignora la parola 'autonomia' (56), coglie ed esprime questo particolare spazio semantico, di nuovo, con un ampio ventaglio di parole: *usus*, *consuetudo*, *privilegium*, *libertas*, *libertates*. Quando nel 1183 fu siglata la pace di Costanza, il Barbarossa concedeva quegli « iura regalia » e « consuetudines » che le città non tardarono a qualificare accortamente « libertates ». Ma è soprattutto attraverso la parola *iurisdictio*, intesa come titolarità di potestà giudiziaria e coercitiva e, più in

(54) ZORZI, *Le declinazioni della libertà*, p. 24.

(55) Cfr. il saggio di P. GUALTIERI, *La libertà nel discorso pubblico fiorentino (fine XIII-inizio XIV secolo). Prime indagini sulle fonti normative*, pp. 77-101, in part. pp. 90-92.

(56) Cfr. L. MANNORI, *Autonomia. Tracciato di un lemma nel vocabolario amministrativo italiano dal Settecento alla Costituente*, in « Il Piemonte delle autonomie », 1 (2014), online; P. COSTA, *'Così lontano, così vicino': il Comune medievale e la sua 'autonomia'*, in « Quaderni fiorentini », XLIII (2014), pp. 689-782.

generale, come capacità 'amministrativa' che le città identificavano e misuravano la loro libertà, affidandone la tutela da ogni indebita interferenza esterna, al legittimo interprete dello spazio politico superiore. Dato che è ben visibile, a livello iconografico, negli stemmi di molte città italiane ed europee, specialmente quelle più importanti e dotate di maggiore autonomia o privilegi, dove i segni sovrani figurano accanto alle insegne proprie di ciascuna località (57).

Il ruolo di legittimo interprete dello spazio politico superiore era di solito occupato — come già detto — dall'Imperatore, ma non solo. Poteva, alle volte, trattarsi di un re. Anzi, a tal proposito, l'Italia delle città non incarnò, almeno fra XII e XIV secolo, alcuna eccezione repubblicana (58). Altre volte, poteva trattarsi naturalmente del Papa che, nel 1377, confermava alla città di Bologna, riconquistata al dominio della Chiesa dopo una breve ma intensa parentesi di regime popolare, il « pacificum statum libertatis ». Eppure, come notava in un suo scritto il canonista bolognese Giovanni da Legnano — inviato ad Avignone per rinegoziare la riappacificazione della città col pontefice — la *libertas civitatis* era tale solo in quanto emanazione della superiore *libertas Ecclesie*, a sua volta declinabile come la mancata soggezione pontificia a qualunque altro potere (59).

La libertà quale autonomia, quindi, non necessariamente coincideva con indipendenza. Le città potevano essere, a un tempo, libere e soggette senza che tale condizione generasse alcuna contraddizione. Semmai, la loro *libertas* era garantita dal fatto di appartenere ad un legittimo spazio politico superiore. Del resto, l'indipendenza non costituiva un elemento imprescindibile della libertà cittadina neppure per Sismondi. Bastava, piuttosto, « una forte capacità di autonomia e di autogoverno, che poteva fare capo anche a una coordinazione territoriale più vasta e sovranazionale come era, appunto, l'impero » (60).

L'idea che l'Impero fosse il garante della libertà conosce un significativo arresto tra il 1310 e il 1313. Furono quelli gli anni dello scontro tra Enrico VII, promotore di un'aggressiva *renovatio imperii*, e alcune città ribelli coalizzate in una lega capitanata da Firenze. Proprio quell'Enrico VII che a Sismondi era parso un « rappresentante dell'or-

---

(57) Cfr. SAVORELLI, *'Semper libertatis avida'*, pp. 277-282.

(58) Si veda in tal senso il rapporto fra la monarchia francese e le città che si definiscono libere perché autonome e capaci di autogovernarsi. Cfr. *Les origines des libertés urbaines*, Rouen, 1990; *Libertés et citoyenneté urbaines du moyen âge à nos jours*, a cura di M. Pauly, A. Lee, Luxembourg, 2015.

(59) Cfr. il saggio di T. DURANTI, *La costruzione di un linguaggio della libertas in una città superiorem recognoscens: Bologna, XIV-XV secolo*, pp. 201-227, in part. pp. 204-205. Lo scritto in questione è il *De iuribus Ecclesie in civitate Bononie*, composto all'esito della ribellione cittadina del 1376.

(60) Cfr. GRILLO, *'Libero comune'*, pp. 304-305.

dine » e della stessa libertà in un tempo in cui la Lombardia era preda di « tirannelli » di ogni sorta (61). In questa precisa congiuntura storica, i Fiorentini elaborarono una nuova idea di libertà che si sviluppava per contrasto con l'obbedienza e la fedeltà all'Imperatore, a loro volta declinate quali sinonimi di servitù (62). Per la giurisprudenza filoimperiale, quanti tradivano l'« obedientia » e il « suave iugum veri dominii », non erano più da considerarsi semplici ribelli, ma « lese maiestatis crimen graviter incurrerunt ». Può infatti farsi risalire a quest'altezza la prima elaborazione concettuale del paradigma dell'infrazione politica, basata sulle costituzioni enriciane *Ad reprimendum* e *Qui sint rebelles* inserite nel *Corpus iuris civilis* come *undecima collatio* e glossate da Bartolo (63). Forte era la discontinuità con lo scenario di qualche secolo prima. Le città della Lega lombarda che nel 1167 si ribellarono all'Imperatore si giustificarono invocando quella *bona consuetudo* — contenitore di beni materiali, di risorse politiche e fiscali — loro concessa, « a centum anni infra », dai predecessori di Federico ma sempre confermando la propria fedeltà al principe. L'ordine giuridico tradizionale confermato dalla pace di Costanza del 1183 veniva adesso seriamente minacciato. Non a caso, la nuova idea di libertà propagandata dai Fiorentini in quegli anni si attirò le critiche di un illustre quanto osteggiato concittadino, Dante. Nella *Monarchia*, egli continuava a leggere nel monarca universale, ossia nell'Imperatore, la vera essenza della libertà: « sub Monarcha est potissime liberum ».

Il paradigma dell'infrazione politica, nel frattempo elaborato concettualmente anche in sede papale, fu vettore di un altro slittamento semantico del nostro lemma. Ad essere colpite stavolta non erano più, o almeno non solo, l'obbedienza e la fedeltà all'Imperatore. Certo, il bersaglio continuavano ad essere il sovrano universale e i suoi seguaci ghibellini, tratteggiati come nemici della Chiesa — che in quel frangente favoriva la causa di alcune città italiane — ma soprattutto come tiranni. È la libertà sviluppata per contrasto con la tirannide, descritta dalle grandi narrazioni come perenne e che, invece, prese forma solo in un preciso snodo della storia delle città italiane. Esattamente quando la rinvigorita fede guelfa vide coalizzati il papato e gli Angiò con le città

(61) Ivi, p. 305.

(62) Cfr. il saggio di A. POLONI, *Le origini della libertas fiorentina. Il discorso sulla libertà nella corrispondenza ufficiale dei fiorentini negli anni della discesa in Italia di Enrico VII (1310-1313)*, pp. 103-127.

(63) Cfr. M. SBRICCOLI, *Crimen laesae maiestatis. Il problema del reato politico alle soglie della scienza penalistica moderna*, Milano, Giuffrè, 1974, pp. 117-148; D. QUAGLIONI, *'Fidelitas habet duas habenas'. Il fondamento dell'obbligazione politica nelle glosse di Bartolo alle costituzioni pisane di Enrico VII*, in *Origini dello Stato. Processi di formazione statale in Italia fra medioevo ed età moderna*, a cura di G. Chittolini, A. Molho, P. Schiera, Bologna, il Mulino, 1994, pp. 381-396.

guelfe capitanate da Firenze contro un Enrico VII ormai in ritirata. Oltretutto, la libertà formulata fino ad allora in antitesi ad *obedientia* e *fidelitas* non era più sostenibile, considerate la presenza del Papa e la centralità dell'obbedienza nella riflessione sul potere papale. Così, mentre Giovanni XXII e Benedetto XII imbastivano, nel rammentato solco dell'infrazione politica, processi per ribellione ed eresia contro numerosi signori padani e marchigiani nell'ottica di restaurare il predominio guelfo sul nord Italia e le terre della Chiesa (64), Fiorentini come il cronista Giovanni Villani infierivano su quegli stessi signori, titolari di vicariati imperiali, definendoli tiranni. E l'accusa di tirannide, come pure altri epiteti infamanti, non fu risparmiata neppure all'Imperatore. Nel 1378 il giurista Lapo Castiglionchio, portavoce del guelfismo fiorentino più agguerrito, poteva contrapporre sé e i suoi compagni, « huomini [...] desiderosi di vivere in libertà » ai ghibellini nemici di quella.

La nozione di libertà accomodata al guelfismo e alla sua ideologia antitirannica non poté, tuttavia, reggere l'onda d'urto sollevata dal sentore che il Papato avignonese coltivasse sinistre mire egemoniche su Firenze e le città toscane alleate. Fu allora, negli anni tra il 1375 il 1378, scanditi dalla guerra degli Otto Santi, che il cancelliere e fine umanista fiorentino Coluccio Salutati aprì intorno al lemma l'ennesimo, ma assai fortunato, campo semantico. La *libertas* veniva ora a coincidere con l'identità italiana, con una pace regionale a beneficio peninsulare, che però non poteva più essere garantita da una monarchia universale, bensì dal recupero appassionato della romanità. L'idea del cancelliere era di innalzare una rete di alleanze capace di contrastare l'offensiva papale, con tanto di invio alle città amiche del gonfalone della libertà. L'invito era rivolto a quei signori padani e marchigiani definiti fino a pochi decenni prima tiranni e ora, invece, salutati come « defensores libertatis ».

È un dato, questo che il volume fornisce, molto significativo. Serve, infatti, a spezzare l'equivoco, a lungo coltivato dalle narrazioni tradizionali, che la libertà fosse estranea ai regimi signorili: per Muratori come per Sismondi il faro della libertà tenuto acceso dal Comune repubblicano e democratico fu inesorabilmente offuscato dall'avvento delle signorie, al contrario, dispotiche e tiranniche. Ma scioglie anche l'equivoco opposto e cioè che la libertà fosse prerogativa esclusiva dei regimi « ad populum ». Indicazioni preziose vengono da una fonte giuridica 'dotta' opportunamente richiamata nel libro: la nota teoria elaborata da Bartolo sulla *civitas superiorem non recognoscens* o *sibi princeps*. Ora è evidente che la formula bartoliana mostrasse una connotazione inconfondibilmente monarchica o principesca. La città

(64) Cfr. il saggio di F. PIRANI, *Libertà e tirannide nella Marca anconetana del Trecento*, pp. 151-175.

faceva così le veci del principe e aveva sul popolo « tantam potestatem quantam imperator in universo ». L'evidenza è ancor più netta se, dai commentari al Digesto, si passa a considerare un altro scritto capillare di Bartolo: il *De regimine civitatis* composto intorno al 1355. Il giurista vi afferma chiaramente che il regime popolare è adatto ad una città a grado minimo di ampiezza, con mura e contado. Tale regime non è più idoneo quando la città abbia assoggettato a sé altre realtà urbane, rurali o feudali. Nel qual caso, « bonum esset regi per unum [...] scilicet ad principem » (65).

Affiora così un'altra declinazione ancora del nostro lemma, che a sentirla oggi può suonare quasi paradossale. E cioè, quell'« assujettir au nom de la libertas » strettamente correlato all'emersione, fra Tre e Quattrocento, di quelle nuove compagini territoriali di potere a dominanza statuale che, soprattutto nel corso del XV secolo, andranno a comporre lo spazio politico delle 'potentie grosse' (66). Si tratta, in altre parole, della formidabile strategia messa in atto da città come Firenze e Venezia per giustificare la costruzione e il consolidamento dei rispettivi domini territoriali, abili a sfruttare, con il prezioso ausilio di una nuova generazione di giuristi, la formula bartoliana della *civitas sibi princeps* (67). Forti di tale legittimazione giurisprudenziale, le nuove città dominanti subentravano nel ruolo, proprio dell'Imperatore, di garanti delle *iurisdictiones* delle comunità volta per volta assoggettate e di difesa dalla tirannide. E come nella tradizione imperiale romana, la dominante riconosceva la *libertas* della comunità soggetta, in termini di condizione più o meno privilegiata di autonomia, attraverso lo strumento pattizio. I capitoli sono proprio la fonte interrogata da Solal Abélès per il suo contributo: un saggio importante perché rivolto a quegli anni mediani del Trecento che precedono di poco la proverbiale espansione territoriale fiorentina a guida albizzesca segnata in particolare dall'incorporazione di Arezzo nel 1384 e di Pisa nel 1406. Invece, già Matteo Villani

---

(65) Il testo del trattato è in D. Quaglioni, *Politica e diritto nel Trecento italiano. Il De tyranno di Bartolo da Sassoferrato (1314-1357)*, Firenze, Olschki, 1983, pp. 147-170. Prima di Bartolo, già Brunetto Latini, figura centrale nel paradigma repubblicano di Skinner, nel suo *Tresor* evocava un universo signorile di poteri. Lo stesso governo della città gli appariva come una specie di signoria. Cfr. Mineo, *La repubblica come categoria storica*, cit., pp. 141-145.

(66) Cfr. sul punto R. Fubini, *Politica e pensiero politico nell'Italia del Rinascimento. Dallo Stato territoriale al Machiavelli*, Firenze, Edifir, 2009.

(67) Cfr. M. Ascheri, *I giuristi e Firenze, 'mater omnis eloquentiae': qualche spunto dal Tre al Quattrocento*, in Id., *Diritto medievale e moderno. Problemi di storia del processo, della cultura e delle fonti giuridiche*, Rimini, Maggioli, 1991, pp. 139-145; A. Mazzacane, *Lo Stato e il Dominio nei giuristi veneti durante il 'secolo della Terraferma'*, in *Storia della cultura veneta. Dal primo Quattrocento al Concilio di Trento*, I, Vicenza, Neri Pozza Editore, 1981, pp. 577-650.

presentava l'assoggettamento di Colle Valdelsa e di San Gimignano del 1349 come necessaria al fine di « mantenere la libertà di Toscana » (68).

L'assoggettare in nome della libertà è una declinazione del lemma che sembra interessare anche la politica pontificia negli anni segnati dall'energica presenza del cardinale Albornoz. Tra il 1353 e il 1367 si puntò a rinsaldare il dominio della Chiesa ora concedendo il vicariato apostolico a molti di quei regimi signorili fino a poco tempo prima contrastati come tirannici, ora contrattando con le comunità cittadine coinvolte il rispettivo grado di *iurisdictio* e cioè il rispettivo margine di autonomia nella scelta degli ufficiali, nella *potestas condendi statuta*, nella giustizia, nel fisco. Di conseguenza, l'autonomia di ciascuna comunità urbana incorporata dentro il territorio pontificio finì per dipendere non più tanto dalla « sedimentazione di antiche libertates », ma dall'esito della contrattazione stessa, « di un patto formalmente stipulato fra il popolo e i rappresentanti della comunità » (69). Tocca di nuovo ad una fonte 'dotta', ossia al pensiero giuridico bartoliano, sconfessare il vincolo esclusivo stretto dal senso comune storiografico fra Popolo e libertà. Sempre nel *De regimine civitatis* Bartolo descrive, fra gli altri, il regime « ad populum » e ne elenca le caratteristiche: la rotazione delle cariche, la delimitazione sociale, la possibilità di escludere le frange più potenti e violente come i magnati, l'equa distribuzione di oneri e onori. La libertà sfugge del tutto a quest'elencazione. Anche perché, per Bartolo, essa è ormai una prerogativa propria della città, naturalmente quando *sibi princeps*. La libertà, quindi, fu intercettata e assorbita da alcuni regimi popolari solo in concomitanza con precisi, e fra l'altro brevi, esperimenti dalla metà del Trecento. Salvo il caso, conosciuto, di Cola di Rienzo a Roma, il volume si sofferma sulla — già menzionata — vicenda bolognese del 1376 e su quella pavese legata al personaggio del frate agostiniano Giacomo Bussolari che, tra il 1357 e il 1359, guidò come « libertatis dux » un regime popolare — invero sostenuto da un signore, il marchese di Monferrato — in funzione antitirannica contro i Visconti (70).

Cade così anche una delle ultime tessere del mitico domino e cioè la supposta equiparazione tra *libertas* e *respublica*: l'idea che la libertà fosse praticabile soltanto nel contesto di un fantomatico ordinamento repubblicano. Circostanza che non trova conforto nelle fonti. Nell'orizzonte segnato dalle carte d'archivio e sgombro dalla nebulosa delle precomprensioni ideologiche, la *respublica* qualifica l'ordinamento politico tout-court che, sulla scorta del *De republica* di Cicerone —

---

(68) Cfr. S. ABÉLÈS, *La libertas, vecteur idéel de l'expansion territoriale de la commune de Florence au XIV siècle*, pp. 129-148.

(69) PIRANI, *Libertà e tirannide nella Marca anconetana del Trecento*, p. 168.

(70) Cfr. il saggio di G. RAO, *Giacomo Bussolari e la libertà di Pavia (1355-1359)*, pp. 177-199.

conosciuto peraltro incompleto — e del *De civitate Dei* di Sant'Agostino, pratica la ragione, la giustizia e il governo delle leggi in vista del perseguimento del bene comune. La *respublica* è pertanto trasversale a tutte e tre le forme di governo di derivazione aristotelica che il Medioevo conosce e pratica: la monarchia, l'oligarchia e, come s'è visto, la popolare. Non sorprenderà, quindi, un luogo del *De tyranno* composto nel 1400 da Coluccio Salutati dove il corifeo della *florentina libertas* scrive « nulla libertas maior quam optimo principi cum iusta precipiat obedire » (71). L'importante era non discostarsi dalla giustizia e dal bene comune, pena lo scadimento nella tirannide. Poi, a seconda dei contesti o delle circostanze, la *libertas civitatis* poteva essere meglio preservata da un regime signorile di impianto monarchico: « In principe sedes libertatis est », scrive nel 1390 Baldo dallo Studio pavese dei Visconti (72). Sulla propensione del principato a meglio preservare la libertà, soprattutto delle comunità soggette, fece leva la linea propagandistica affidata da Gian Galeazzo Visconti ad Antonio Loschi e che trovò un forte contrappunto nelle repliche di Salutati (73). Certo è, che anche quando intercettava i contesti signorili e principeschi, la libertà poteva andare incontro ad una vasta gamma di coniugazioni e slittamenti semantici, affidati soprattutto ad aggettivazioni come *tranquilla* o *aequa*, o semplicemente, un più basso profilo neutro, diffuso nei carteggi diplomatici del Quattrocento, a indicare formalmente la non dipendenza delle città a un potere superiore. Ma, nella sostanza, « la polisemia del termine » permetteva anche di selezionare, « nella contingenza e combinando i diversi *building blocks* concettuali disponibili gli strumenti utili a rispondere a fini ed emergenze nuove » (74).

I confini tra repubblica e principato assumeranno tratti più netti e rigidi solo nel corso del Quattrocento, ormai in pieno autunno del Medioevo, e comunque limitatamente alla ristretta cerchia degli umanisti. Anzi, pare che quando Leonardo Bruni tradusse con *respublica* e non con l'usuale *politia* il lemma aristotelico *politeia* riservato al regime popolare, il cancelliere fiorentino, allievo di Salutati, fosse mosso da motivazioni filologiche e non politiche (75). In realtà, negli anni del suo impegno pubblico, stretti fra il tumulto dei Ciompi e i regimi albizzesco e mediceo, la crisi delle forme partecipative sperimentate durante i

---

(71) Cfr. D. QUAGLIONI, *A problematic book: il "De tyranno" di Coluccio Salutati*, in *Le radici umanistiche dell'Europa. Coluccio Salutati cancelliere e politico*, a cura di R. Cardini, P. Viti, Firenze, Polistampa, 2012, pp. 335-349.

(72) BALDI UBALDI PERUSINI, *In primum, secundum et tertium Codicis libros commentarii*, Venetiis, 1577, f. 231.

(73) Cfr. il saggio di A. GAMBERINI, *Tranquilla, rabiata, libera, aequa. I volti della libertas tra Milano e Firenze nel primo Rinascimento*, pp. 229-245.

(74) LAZZARINI, *La libertà dei 'Lombardozzi'*, p. 269.

(75) Cfr. ZORZI, *Le declinazioni della libertà*, pp. 63-64.

regimi di Popolo, ora alterate da moduli più concentrati di potere, e l'espansione territoriale preparano la via ai governi di reggimento, con il connesso passaggio dalla dimensione urbana a quella regionale. La stessa idea di libertà non poteva più esprimere l'eguale partecipazione di tutti i *cives* alla cosa pubblica, alla maniera dei regimi « ad populum », oltretutto inadatti, come già detto, ai nuovi assetti di dominio. Sbiadiva, quindi, la concezione di Salutati: una comune obbedienza alla legge, a sua volta garantita dall'effettiva eguaglianza tra i cittadini, liberi allo stesso modo e perciò eguali perché nessuno è superiore agli altri. Diversamente, Bruni fissava un'inedita equazione. Univa, cioè, la formula bartoliana della *civitas sibi princeps* e la declinazione dell'assoggettare in nome della libertà con l'idea, escogitata un tempo proprio dal maestro, della libertà come identità irrinunciabile garantita non da una monarchia universale ma dal mito di Roma repubblicana. Di conseguenza, fuori della città, la libertà continuerà ad esprimere la mancanza di ogni debita interferenza esterna; fra l'altro, in un'elaborazione tutta ideale che urtava contro la confusa posizione giuridica di Firenze quale *terra imperii* (76). Dentro la città, invece, coglierà ormai « il riconoscimento a tutti i *cives* del diritto di anelare ad una preminenza sociale incardinata sull'accesso agli uffici pubblici e veicolata dalla virtù »: virtù « che non tutti hanno » ma « che è compito della *respublica* promuovere » (77). È compito cioè — per restare su Firenze — del filtro, oligarchico con gli Albizzi, addirittura monocratico con i Medici — già Cosimo si atteggia a *primus non inter pares* — che dall'alto del reggimento — che poi è lo 'stato' — coopta l'accessibilità alla vita pubblica (78).

7. In conclusione, oltre a fuggire la metodologia della scuola di Cambridge, le pagine appena ripercorse del libro curato da Zorzi consegnano definitivamente al mito il paradigma interpretativo sismondiano: l'idea che la libertà medievale fosse attributo di una specifica forma di governo, repubblicana e democratica; più in generale, l'assunto che nella sua storia il Comune medievale « fosse stato un effettivo fattore di progresso politico — una lunga parentesi di *libertas* che segnò il passaggio dal periodo longobardo e feudale alla libera società citta-

(76) Ancora nel 1501, alla sottomissione pretesa da Massimiliano I d'Asburgo, i Fiorentini replicheranno di non riconoscere « superiorità alchuna di cotestà Maestà se non di reverentia et devotione ». Possedevano, infatti, « una libertà facta et cresciuta da noi medesimi ». Cfr. N. RUBINSTEIN, *Firenze e il problema della politica imperiale in Italia al tempo di Massimiliano I*, in « Archivio Storico Italiano », CXVI (1958), pp. 5-35, 147-177, in part. p. 30.

(77) GAMBERINI, *Tranquilla, rabiata, libera, aequa*, p. 241.

(78) Cfr. FUBINI, *Politica e pensiero politico*, cit.

dina » (79). Proprio come le pagine di Bizzocchi ripensano criticamente il rovescio del paradigma: la decadenza politica e morale degli Italiani. Gli eventi successivi al 1530, fino alla rivolta antiaustriaca di Genova nel 1746 — « il solo episodio del XVIII secolo che appartenga davvero alla nazione italiana » — venivano raccontati sbrigativamente e polemicamente attraverso il grandangolo della decadenza, secondo un cliché che Sismondi desumeva dai viaggiatori del Grand Tour. Il paragone con il resto d'Europa non fa sconti. « Mentre presso gli altri popoli civili gli ultimi secoli hanno sviluppato tanti nuovi interessi, sentimenti e passioni, tali da ampliare il respiro della loro precedente storia, la storia d'Italia, man mano che si avvicina ai tempi nostri, diventa sempre più sterile » (80).

La lettura 'eccezionalista' di Sismondi ha avuto una risonanza longeva e importante fra gli intellettuali italiani dell'Otto e del Novecento, tanto nella declinazione del 'primato' quanto in quella, speculare, della 'decadenza'. Anzi, alla distanza i discorsi sul ritardo sono risultati, fin dall'opera di Francesco de Sanctis, maggiormente pervasivi rispetto a quelli in positivo sul primato; impegnati a denunciare l'« effetto morale deprimente che la Controriforma lasciò sullo spirito e l'antropologia italiani » (81).

Riguardo, invece, alla ricezione del primato associato alla civiltà comunale, l'opera storica di Sismondi offriva un « grande programma civile » (82): un vero e proprio manifesto politico liberale, basato su una avvincente disamina, al quale non era pensabile sottrarsi, neppure fra gli scettici o i detrattori. Non possono, a tal proposito, non tornare alla mente le pagine di un osservatore d'eccezione: il giurista e storico toscano Francesco Forti, che di Sismondi era il nipote. Nelle sue *Istituzioni civili accomodate all'uso del foro*, la cornice disegnata intorno al tema resta quella indicata dallo zio ovvero da Constant, ossia il raffronto tra la libertà degli antichi e quella dei moderni. Muta, però,

---

(79) ZORZI, *Le declinazioni della libertà*, p. 18.

(80) BIZZOCCHI, *Il carattere degli Italiani*, cit., pp. 45-46.

(81) E. GALLI DELLA LOGGIA, *L'identità italiana*, Bologna, il Mulino, 1998, pp. 53-54. Ciò nonostante, buona parte della storiografia ha avviato anche qui un ripensamento. Per Bizzocchi, i tempi sono maturi abbastanza perché si possa recuperare la garbata ironia con cui il Manzoni delle *Osservazioni sulla morale cattolica* provava a smentire gli « iperbolici vituperi » costantemente associati al carattere degli Italiani (p. 66). Si veda, da ultimo, il volume *L'Italia come storia*, cit., pp. 133-159, 161-177, i due saggi sulla Chiesa di D. Menozzi e V. Lavenia.

(82) G. TABACCO, *Le città italiane fra germanesimo e latinità nella medievistica ottocentesca*, in *Italia e Germania. Immagini, modelli, miti fra due popoli nell'Ottocento: il medioevo*, a cura di R. Elze, P. Schiera, Bologna, il Mulino, 1988, pp. 23-42, in part. p. 24. Cfr. anche G. BOLLATI, *L'Italiano*, in *Storia d'Italia*, vol. I, *I caratteri originali*, Torino, Einaudi, 1972, p. 991; GRILLO, *'Libero comune'*, p. 314.

radicalmente la resa interpretativa. Non è vero, infatti, che il Medioevo delle città abbia sviluppato una libertà tanto diversa da quella degli antichi. A dispiegarsi era sempre la stessa energia, ma anche lo stesso carico di ferocia, di discriminazioni, di inettitudine a costruire: un carico che poté essere equilibrato solo con la riscoperta, nel tardo Medioevo, del diritto romano. Se la libertà cittadina non fu, dunque, l'anticamera della libertà moderna ma piuttosto una riproposizione dell'antica, non aveva senso scorgere nell'Italia delle repubbliche « lo zenit dell'incivilimento italiano, toccato il quale non sarebbe rimasto altro spazio che per una rovinosa discesa » (83). Il Medioevo non poteva concludere ciò che fra Quattro e Cinquecento era appena faticosamente iniziato, cioè l'instaurazione delle signorie: ponte che avrebbe traghettato l'Italia verso la costruzione di Stati monarchici in perfetta sintonia con il destino comune di tutta l'Europa civile se solo avesse saputo resistere alla superiorità militare di Germania, Francia e Spagna. Questo mentre il ginevrino aveva sostenuto che la sola sopravvivenza dei liberi Comuni, eventualmente federati, avrebbe scongiurato il triste fato. L'Italia del Cinque e del Seicento — l'età dei principati — sarà stata anche istituzionalmente arretrata rispetto al ritmo europeo ma con aspetti positivi suoi propri, autenticamente moderni, di cui l'Ottocento non doveva rifiutare l'eredità. Lo Stato di Cosimo I ne era il maggiore esempio. Anche solo per il secco rifiuto dell'atteggiamento antimediceo, un ripensamento del mito sismondiano della civiltà comunale e della libertà perduta già fluiva, quindi, nel pensiero di Forti.

Eppure, nonostante i successivi ridimensionamenti legati alle teorie sulle élite politiche formulate da Gaetano Mosca e Vilfredo Pareto — che dimostravano « come i liberi comuni fossero in realtà dominati da una ristretta oligarchia di potenti » (84) — il mito del Comune e della libertà medievale ancora continuava a dominare il senso comune storiografico quando, alla fine degli anni Settanta dello scorso secolo, Giorgio Chittolini, in sintonia con Elena Fasano Guarini, cominciava a lavorare sulle origini dello stato regionale (85). Recentemente si è tornati, con ragione, a sottolineare l'importanza di tale categoria interpretativa nella storiografia non solo italiana (86). L'endiadi primato *vs.* decadenza perdeva ormai terreno, depotenziata nella sua capacità

(83) MANNORI, *Tra due patrie. Un'antologia degli scritti di Francesco Forti (1806-1838)*, Firenze, Le Monnier, 2003, p. 35.

(84) ZORZI, *Le declinazioni della libertà*, p. 19.

(85) G. CHITTOLINI, *Alcune considerazioni sulla storia politico-istituzionale del tardo medioevo. Alle origini degli 'stati regionali'*, in « Annali dell'Istituto storico italo-germanico in Trento », 2 (1976), pp. 401-419.

(86) Cfr. i due saggi dedicati allo Stato nel volume *L'Italia come storia*, cit.: S. FERENTE, *Stato, stato regionale, storia d'Italia*, pp. 85-104; M. BELLABARBA, *Stato, poteri, territori: un antico regime italiano*, pp. 105-130.

esplicativa. Anzi, proprio dalle inesplorate compagini territoriali di potere formatesi fra Tre e Quattrocento, e cioè dalla generale riscrittura degli spazi e dei soggetti politici nell'autunno del Medioevo, l'Italia tornava finalmente a comunicare con i sia pur variegati e articolati itinerari europei della modernità: a cominciare dal generale processo di 'State building' (87). Di lì a poco anche il Seicento sarebbe tornato a pieno titolo nel racconto della storia d'Italia (88). La crisi del Comune e della sua libertà smarriva il tratto longevo di scansione forte e drammatica, di « crux dolorosa », e si stemperava all'opposto in una lunga e complessa — quanto ai rapporti con i nuovi centri di potere — durata delle istituzioni comunali (89).

In definitiva, se le pagine di Bizzocchi riaprono « in maniera non viziata da pregiudizi » la « dolorosa anamnesi » sulla decadenza « che la cultura italiana sembra condannata a praticare su sé stessa » (90), il volume curato da Zorzi si offre al lettore come frutto maturo della recente e fervida fase di ripensamento degli studi, così innovativa allora eppure così sorprendentemente lucida e chiara nei suoi promotori: non prolungare oltre misura una storia appiattita sullo « scontro di ceti e gruppi sociali », sulla « passione delle cronache municipali » anteposta alla ricerca d'archivio, ovvero « dei testi umanisti che celebrano la 'florentina libertas' », sul « valore ideale e glorioso che l'esperienza comunale riveste »; piuttosto, cominciare a fare « una storia reale del potere » (91). In tal senso, l'aver liberato la libertà non è decisamente impresa da poco.

---

(87) Si tenga conto che fino a quel momento uno dei filoni fondamentali attraverso cui il paradigma eccezionalista applicato alla storia d'Italia veniva raccontato si esprimeva in una conclamata 'assenza' dello Stato.

(88) Cfr. M. VERGA, *Il Seicento e i paradigmi della storia italiana*, in « Storica », 4 (1998), pp. 7-42.

(89) Cfr. G. CHITTOLINI, *'Crisi' e 'lunga durata' delle istituzioni comunali in alcuni dibattiti recenti*, in *Penale Giustizia Potere. Metodi, Ricerche, Storiografie. Per ricordare Mario Sbriccoli*, a cura di L. Lacchè, C. Latini, P. Marchetti, M. Meccarelli, Macerata, EUM, 2007, pp. 125-154.

(90) L. TANZINI, recensione al libro di Bizzocchi, in « Archivio Storico Italiano », a. 178, n. 666, 4 (2020), pp. 853-854.

(91) CHITTOLINI, *Alcune considerazioni*, cit., p. 407.

EMANUELE STOLFI

DE ELEGANTIA PHILOSOPHI IURIS

(A proposito di Francesco M. De Sanctis, *Ordinare la vita*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2020)

1. Una questione (non solo) di stile. — 2. Il 'vero' e il 'certo', o delle basi per un comune impegno di filosofia e storiografia del diritto.

1. *Una questione (non solo) di stile.*

Non ho scomodato per niente Lorenzo Valla, ai cui *libri Elegantiarum* (1) occhieggia evidentemente il mio titolo. Partire da un richiamo all''eleganza' è ben più che un encomio di maniera o un'estrinseca notazione di 'stile', quando si è chiamati a discutere (2) dell'ultimo, densissimo volume di Francesco M. De Sanctis. Un libro da rileggere più che da leggere, e non solo per la banale ragione che si tratta di una raccolta di saggi già editi e ampiamente noti anche al di fuori della cerchia dei filosofi del diritto. A legarli è ben più del 'filo rosso' che si è soliti invocare in questi casi; ma semmai una fitta matassa, che dispensa spunti di riflessione a ogni pagina: purché il lettore vi sosti con la dovuta attenzione, si interroghi sugli ipotesto, colga la levità di certe allusioni — ricche di pensiero oltre che di erudizione — racchiuse in un

---

(1) Ove non mancano importanti considerazioni sul modo di ragionare ed esprimersi del giurista (romano, in particolare), alcune delle quali destinate a riaffiorare in impostazioni celebri — come quella savignyana circa la « fungibilità » degli antichi *prudentes*. Cfr., a questo riguardo, D. MANTOVANI, *L'elogio dei giuristi romani nel proemio al III libro delle Elegantiae di Lorenzo Valla "Per quotidianam lectionem digestorum semper incolumis et in honore fuit lingua Romana"*, in *Studi per Giovanni Nicosia*, vol. V, Milano, Giuffrè, 2007, part. pp. 171-172 e nt. 60, 198 e ss.

(2) Come è occorso all'estensore di questa nota, in un incontro programmato per ottobre 2021 e poi svoltosi nel gennaio successivo, presso l'Istituto Italiano di Studi Filosofici di Napoli. A Geminello Preterossi, correlatore in quel seminario oltre che suo promotore, va da parte mia un pensiero di vivissima gratitudine. Anche l'intensificarsi del nostro confronto, intellettuale e umano, è per me fonte costante di stimoli, suggestioni e arricchimenti.

inciso o anche solo affioranti da una scelta terminologica, e su cui altri vivrebbero di rendita, costruendovi attorno un articolo intero.

Basti l'esempio di poche righe, che traggo dalla quinta scena (« sovranità ») del saggio col quale si apre il volume (3). Qui, nel delineare per la prima volta la cesura della modernità — tema che tornerà in più occasioni, da varie angolature, nel corso del libro —, l'esperienza medievale viene presentata come « una pratica sociale che trova la sua radice giuridica nella consuetudine e nell'autonomia del 'diritto dei privati' più che nell'esercizio di *gubernaculum* e *iurisdictio* », mentre per il mondo moderno è richiamata l'esigenza, ad esso propria e peculiare, « di affidare la creazione e la posizione del diritto alla potenza terrena del 'soggetto politico' ». Il che sarebbe stato perseguito in virtù della razionalità del patto che istituisce la società « sotto il potere sovrano artefice del diritto », ma anche tramite una comune tensione verso quel « 'benessere' che rende civile la società (in cui ciascuno può ricercare privatamente il proprio bene anche servendosi di quella parte del diritto statuale che si chiama diritto privato) ».

Vi spicca nettamente, riguardo al primo segmento storico, la polarità di *gubernaculum* e *iurisdictio*: l'uno legato « alla contingenza e all'innovazione dell'esercizio del potere politico », l'altra alla continuità della « tradizione giuridica, in cui valgono le leggi fondamentali della comunità che permettono di 'dire il diritto' anche contro il potere di governo » (4). Una polarità cui è attribuita, qui e in altre pagine del libro, una funzione pressoché paradigmatica (5). Ma è difficile pensare,

---

(3) Cfr. F.M. De Sanctis, *Origini del diritto* (2012), ora in Id., *Ordinare la vita*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2020, p. 31 e ss., part. 32-33.

(4) Così F.M. De Sanctis, *Nicola Matteucci filosofo del diritto: 'pensiero' giuridico versus 'teoria generale'* (2014), ora in Id., *Ordinare la vita*, cit., p. 357. Un'efficace restituzione del contenuto di *gubernaculum* e *iurisdictio* all'interno della *Respublica Christiana* — laddove il primo « denota la detenzione del potere, sempre *pro tempore*, di guida e di governo della comunità »; « la seconda [...] il potere di dire il diritto, di enunciarlo temporalizzandolo » — è anche in Id., *Sul fragile confine tra giustizia e politica* (2016), ora in Id., *Ordinare la vita*, cit., p. 221.

(5) In particolare, riguardo alla loro posteriore riunificazione nella 'persona' del sovrano legislatore, nel contesto della moderna statualità (a partire da Machiavelli), o a proposito della concezione che Matteucci nutriva della Corte Costituzionale: cfr., rispettivamente F.M. De Sanctis, *L''invenzione' della giustizia tra ius e lex. Legislatori, giudici e giuristi: Hobbes, Montesquieu e Tocqueville* (2012), ora in Id., *Ordinare la vita*, cit., p. 183 e Id., *Nicola Matteucci*, cit., part. pp. 391-392. In merito alla seconda figura di quella polarità — quale « sintesi di poteri che non si ha timore di vedere condensata in un solo soggetto » (così P. Grossi, *L'ordine giuridico medievale*, Roma-Bari, Laterza, 1995, p. 131) — rimane imprescindibile (e non priva d'influenza sul lavoro di De Sanctis: cfr. soprattutto *Sul fragile confine*, cit., p. 221 nt. 5) l'interpretazione di P. Costa,

anche in merito alle battute successive, che il lessico adottato non miri a evocare precisi scenari teorici. Viene in mente, infatti, l'« analisi stratigrafica » (6) che proprio sul « diritto dei privati » (da tenere ben distinto, ovviamente, dal « diritto privato ») (7) ha condotto Cesarini Sforza (8), che risulta qui sostanzialmente 'giocato' contro uno dei motivi salienti che connotano (anche) la prospettiva ordinamentale di un Santi Romano, col diritto privato quale « una semplice specificazione » di quello pubblico (9) — e ciò, chiaramente, al di là delle non poche convergenze riscontrabili fra le rispettive impostazioni (10).

Iurisdictio. Semantica del potere politico nella pubblicistica medievale (1100-1433) (1969), rist. Milano, Giuffrè, 2002, part. p. 95 e ss. Un libro — è appena il caso di ricordarlo — teso a ricostruire la rappresentazione che della propria esperienza offrivano i *doctores iuris* accantonando deliberatamente la nozione di 'Stato' (fuorviante se riferita a quel tempo), per far emergere piuttosto, dai testi medievali, un'ermeneutica del 'potere', in senso essenzialmente weberiano. Ed è nella *Post-fazione* di quest'opera, firmata dallo stesso Costa, che troviamo ribadita una convinzione di metodo che mi sembra — oltre che assolutamente condivisibile — assai utile anche per leggere *Ordinare la vita*: « non è possibile fare storia dei concetti senza prendere sul serio il linguaggio » (p. LXXXVI). Anche per la storiografia giuridica vale, in altre parole, il rilievo di Le Goff: « il vocabolario nasconde scommesse importanti » (così in J. Le Goff, J.-P. Vernant, *Dialogo sulla storia. Conversazioni con Emmanuel Laurentin*, trad. it. Roma-Bari, Laterza, 2017^2, p. 21). Più specificamente, circa la distinzione (e la dialettica) fra *gubernaculum* e *iurisdictio* quale cifra essenziale del 'costituzionalismo' medievale — come, nel XIII secolo, era ben colto da Henry Bracton — cfr., tra i molti, C.H. McIlwain, *Costituzionalismo antico e moderno* (1947), trad. it. Bologna, il Mulino, 1990, part. p. 98 e ss. (nonché l'*Introduzione* di N. Matteucci, p. 14 e ss.: dello stesso autore si veda poi almeno *Organizzazione del potere e libertà. Storia del costituzionalismo moderno*, Torino, Utet, 1988, p. 16 e ss.) e P.P. Portinaro, *Il labirinto delle istituzioni nella storia europea*, Bologna, il Mulino, 2007, p. 253 e ss. ove altra bibl.

(6) Secondo la felice espressione di P. Grossi, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico 1860-1950*, Milano, Giuffrè, 2000, p. 170.

(7) Sul punto, da ultimo, A.M. Benedetti, *Prassi e contratto: le autotutele in Ascarelli*, in *Su Ascarelli*, a cura di S. Pagliantini e C. Pasquariello, Torino, Giappichelli, 2021, p. 276.

(8) Mi riferisco a W. Cesarini Sforza, *Il diritto dei privati* (1929), rist. Milano, Giuffrè, 1963. Vi leggiamo, in particolare (e ovviamente con riguardo alla contemporaneità, non all'esperienza medievale), che « lo Stato [...] non crea la giuridicità, ma stabilisce a quali applicazioni di essa è disposto a prestare la sua forza per realizzarla » (p. 16), per cui esisterebbero più « strati della realtà giuridica », costituiti da disposizioni statuali, norme consuetudinarie e rapporti giuridici creati dai privati (p. 21 e ss.: da qui appunto l'immagine grossiana di un « giurista-geologo »).

(9) Così Santi Romano, *L'ordinamento giuridico* (1918), rist. Firenze, Sansoni, 1962^2, pp. 8-9. L'idea del diritto costituzionale quale « tronco principale dal quale si

Né dobbiamo credere che questo sia solo un caso estremo, o isolato. In realtà a sorreggere l'intero testo è un ordito assiduo e capillare di concatenazioni e rimandi — ora espliciti e circostanziati, ora più velati, offerti a livelli diversi di decifrazione: sotto traccia ma non per questo di minore rilievo. Emerge già qui un aspetto di fondo della scrittura di De Sanctis, come pure della sua cifra di intellettuale (e di persona, mi permetterei di aggiungere) (11): l'eleganza, appunto. Che non è solo tratto esteriore, atteggiamento formale o maniera forbita d'esprimersi; ma *habitus* mentale, tratto sostanziale del ragionamento e costitutivo di tutto un approccio teorico, un modo d'essere della complessità del pensiero — ché tale appare, indubbiamente, quello di

---

dipartono i singoli rami di tutte le altre discipline giuridiche » ricorreva già nella sua prolusione modenese del 1903: vi si è soffermato M. Fioravanti, *Per l'interpretazione dell'opera giuridica di Santi Romano: nuove prospettive della ricerca*, in « Quaderni fiorentini », 10 (1981), p. 194.

(10) Spiccate sintonie con le posizioni di Santi Romano emergono in W. Cesarini Sforza, *Ordinamenti giuridici (Pluralità degli)*, in *NNDI*, vol. XII, Torino, Utet, 1965, p. 1 e ss. A sua volta, la formula « diritto dei privati » viene richiamata con toni adesivi da Santi Romano, *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, Giuffrè, 1947, pp. 24-25, e ripresa anche da Salv. Romano, *Ordinamenti giuridici privati* (1955), ora in Id., *Scritti minori*, Milano, Giuffrè, 1980, vol. I, p. 463 e ss.; Id., *Introduzione allo studio del procedimento giuridico nel diritto privato*, Milano, Giuffrè, 1961, p. 28; Id., *« Agere ». Contributo allo studio del procedimento giuridico nel diritto privato* (1962), ora in Id., *Scritti minori*, cit., vol. II, p. 973 (lo stesso autore accosta le impostazioni di Cesarini Sforza e di suo padre nella *Presentazione* a Cesarini Sforza, *Il diritto dei privati*, cit., p. V e ss.). In particolare, circa la configurazione della 'extrastatualità' del diritto privato in Cesarini Sforza e Santi Romano (anche rispetto a Vassalli), cfr. G.B. Ferri, *Filippo Vassalli e il diritto civile come opera d'arte*, Padova, Cedam, 2002, part. p. 99. Insiste invece soprattutto sugli elementi differenzianti le rispettive posizioni M. La Torre, *Norme, istituzioni, valori. Per una teoria istituzionalistica del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2008^3, pp. 122-123. Ulteriori indicazioni in E. Stolfi, *Il principio di equità*, in *Salvatore Romano*, a cura di G. Furgiuele, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2015, pp. 525-526.

(11) Un piccolo ricordo personale. Ho conosciuto Francesco una quindicina d'anni fa. Lo raggiunsi all'Università Suor Orsola Benincasa, di cui egli era allora Rettore, dopo aver superato un 'cunicolo' (così lo aveva denominato il portiere, nel darmi informazioni: pensavo fosse un'immagine metaforica, ma non lo era affatto). Mi accolse in modo del tutto informale: seduto in una sorta di salottino, anziché dietro la scrivania di Rettore — nell'evidente tentativo di attenuare la distanza col giovane professorino che ero, neppure trentacinquenne. Parlammo con calma, come vecchi amici. Parlammo di Foucault e della Napoli di un tempo, di Don Benedetto e di briganti lucani. Presto ci avvolse il profumo del caffè e dei nostri sigari. Alle sue spalle una finestra dava sulla bellezza luminosa e straziante del golfo. Ogni volta che leggo le sue pagine risento quegli odori e rivedo quella luce.

Ordinare la vita: reso più accattivante dalla qualità della prosa, ma senza mai indulgere a semplificazioni o formule a effetto.

Nel segno dell'*elegantia* è, accanto a una resa espositiva in cui originalità e rigore trovano un felicissimo (e invidiabile) equilibrio, la stessa costante tensione a problematizzare, destrutturare letture tralatizie e troppo schematiche, respingere ogni tentazione di adagiarsi su univoci nessi causali e lineari sequenze evolutive (12). Che è anche sforzo — e capacità, assai rara — di smarcarsi dagli stereotipi, o smascherarli tramite la puntuale ricostruzione del contesto da cui sono state prelevate enunciazioni poi divenute famose. È quanto ad esempio accade, nel nostro libro (13), per l'*auctoritas non veritas facit legem* di Hobbes (14), affrancandosi anche da certa sovrainterpretazione schmittiana (15);

---

(12) Giacché la storia stessa, se « genealogicamente diretta, non ha per fine di ritrovare le radici della nostra identità, ma d'accanirsi al contrario a dissiparla; non si mette a cercare il luogo unico da dove veniamo », ma al contrario « si occupa di far apparire tutte le discontinuità che ci attraversano »: M. FOUCAULT, *Microfisica del potere*, trad. it. Torino, Einaudi, 1977, p. 51. Ho cercato più volte di illustrare in che senso questa lezione 'genealogica' riesca feconda per lo storico del diritto (anche) antico: cfr. soprattutto E. STOLFI, *Il diritto, la genealogia, la storia. Itinerari*, Bologna, il Mulino, 2010, p. 14 e ss. ove bibl. (con gli ulteriori, acuti rilievi di Pietro COSTA, nella sua *Lettura*, in « Quaderni fiorentini », 41 (2012), p. 800 e ss.), ma anche ID., *Per una genealogia della soggettività giuridica: tra pensiero romano ed elaborazioni moderne*, in *Pensiero giuridico occidentale e giuristi romani. Eredità e genealogie*, a cura di P. Bonin, N. Hakim, F. Nasti, A. Schiavone, Torino, Giappichelli, 2019, p. 59 e ss., entrambi con bibl. Non esiterei ad applicare anche alla storiografia giuridica il rilievo di R. ESPOSITO, *Pensiero vivente. Origine e attualità della filosofia italiana*, Torino, Einaudi, 2010, p. 75, secondo cui quello genealogico è pur sempre « il sapere dell'origine. Ma di un'origine strutturalmente inafferrabile ».

(13) Così come in vari altri lavori di De Sanctis. Basti ricordare la raffinata e puntuale problematizzazione a cui, in merito a Tocqueville, viene sottoposto il *tópos* della « contrapposizione, di matrice schiettamente liberale, tra uguaglianza e libertà » in F.M. DE SANCTIS, *Tempo di democrazia. Alexis de Tocqueville*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2005, part. p. 153 e ss.

(14) Nella pagina del *Leviatano* esaminata da DE SANCTIS, *L''invenzione' della giustizia*, cit., p. 191, il discorso verteva sulle sentenze del giudice, che « debbono essere conformi alla ragione del sovrano [...] coincidente con l'equità ». È appunto in tale occasione — rileva opportunamente il nostro autore — che emerge « il famoso problema dell'alternativa tra autorità e verità ». Ma quest'ultima, egli prosegue, è qui « una verità molto specifica, ossia quella depositata negli scritti dei 'dottori' », a cui Hobbes « con sano realismo (anche giuridico) rifiuta [...] ogni effettività nella capacità di produrre pace ordine e benessere, ossia di vincolare le azioni degli uomini in vista di una convivenza civile ».

(15) In cui quell'espressione (intesa nel senso che « la verità non si compie da sola, ma ha bisogno di comandi coercibili ») era assunta in termini senz'altro generali, tramite una decontestualizzazione che quasi la elevava a 'slogan' di un'intera tradizione

oppure riguardo al giudice « bouche de la loi » di Montesquieu, col peculiare e circoscritto significato del potere « pressoché nullo » da lui riconosciuto al giudice stesso (16). Un approccio, insomma, costantemente dedito a curare il dettaglio (sin dal piano filologico), a interrogare le fonti e affinarne le chiavi interpretative senza farsi condizionare dalle innumerevoli letture, non di rado impoverenti o distorsive, a cui esse sono state sottoposte. Tornerò fra breve su quest'aspetto, assolutamente decisivo, e su altri degli esempi più vistosi che il libro ne offre.

Come nell'uso che ne facevano i giuristi romani per elogiare dottrine di loro predecessori (17), l'eleganza è dunque in De Sanctis

---

di pensiero, oltre che porla quale 'asse' centrale di quel « *sistema-a-cristallo* » in cui tutta la dottrina hobbesiana veniva condensata da C. SCHMITT, *Le categorie del 'politico'. Saggi di teoria politica*, a cura di G. Miglio e P. Schiera, trad. it. Bologna, il Mulino, 1972, p. 151 nt. 53. Mi rendo conto di esserne stato, a mia volta, fin troppo condizionato allorché ho posto (anche) quelle parole di Hobbes in epigrafe a E. STOLFI, *Quando la Legge non è solo legge*, Napoli, Jovene, 2011, p. IX.

(16) Ciò, nell'*Esprit des Lois*, è enunciato solo in riferimento a quelle « repubbliche » — di limitate dimensioni territoriali e soprattutto se rette da una democrazia (ovviamente intesa in senso ben diverso da come verrà concepita dal tardo Settecento in poi) — in cui « la legge si può configurare come la volontà generale della società » e gli individui sono al contempo « autori e destinatari delle leggi », le cui parole dovranno essere appunto « ripetute come diritto in ogni decisione particolare dai giudici ». Così DE SANCTIS, *L''invenzione' della giustizia*, cit., pp. 205-206, che nelle pagine precedenti non manca di ricordare come in altre situazioni fosse ben diverso, ad avviso di Montesquieu, il potere del giudice. Esso, infatti, era considerato « smisurato » laddove « la legislazione è inesistente perché si identifica con l'arbitrio del despota »; configurato invece quale una « funzione di 'arbitro' », e mediatore, nelle « monarchie temperate » che vantino antiche origini e governino nel rispetto di un « fitto tessuto normativo di matrice policentrica », radicato nelle consuetudini e nella tradizione. Contro certi luoghi comuni, che riducono e distorcono il pensiero di Montesquieu sul tema, si era già espresso Matteucci, come ricorda DE SANCTIS, *Nicola Matteucci*, cit., p. 368.

(17) È stato osservato come soprattutto Ulpiano — il più incline, fra gli antichi *prudentes*, a riferire dottrine giurisprudenziali — non indichi quasi mai, col ricorso a quella terminologia, « l'eleganza stilistica o la purezza del linguaggio dei diversi giuristi che richiama, ma solitamente la soluzione suggerita in contrapposizione con altra, la maggior adeguatezza del nuovo pensiero, talvolta la posizione stessa di una *quaestio* ». Così F. BONA, *Studi sulla società consensuale in diritto romano*, Milano, Giuffrè, 1973, p. 129. Ad avviso di A. CARCATERRA, *Concezioni epistemiche dei giuristi romani*, in « Studia et documenta historiae et iuris », 54 (1988), p. 60 e ss., in genere *eleganter* indicherebbe un elogio della capacità o finezza 'inventiva' di un giurista. Ulteriori indicazioni, anche bibliografiche, in M. MIGLIETTA, *« Servius respondit ». Studi intorno a metodo e interpretazione nella scuola giuridica serviana — Prolegomena I*, Trento, Università degli Studi di Trento, 2010, p. 150 e ss. ed E. STOLFI, *'Argumentum auctoritatis', citazioni e forme di approvazione nella scrittura*

capacità di scegliere — giusta appunto l'etimologia latina, da *eligere* (18) —, selezionando le formule più efficaci (e non solo suggestive) in cui condensare la complessità di una questione, ma già prima individuando i termini più appropriati in cui essa deve essere posta. Il taglio del discorso — a partire dalla terminologia mai banale che vi è impiegata, di una lingua letteralmente abitata dal pensiero — è specchio fedele di un personalissimo modo di impostare il lavoro di filosofo, giurista e storico (qualifiche che, per il nostro studioso, trovo assolutamente impossibile disgiungere) (19). Un lavoro insofferente di isolamenti disciplinari e steccati cronologici, in controtendenza evidente benché mai enfatizzata — giacché De Sanctis rifugge dal clamore così spesso vacuo dei manifesti programmatici —, rispetto a ogni « barbarie dello specialismo » (20). La cui tirannia, viene da osservare, è invece da tempo

---

dei giuristi romani, in *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor A. Guzmán Brito*, vol. IV, Alessandria, Edizioni dell'Orso, 2018, part. pp. 353-354.

(18) Su tale aspetto, non sempre adeguatamente considerato (lo sfiorava F. SCHULZ, *Storia della giurisprudenza romana*, trad. it. Firenze, Sansoni, 1968, p. 106 nt. 6), cfr. MIGLIETTA, *« Servius respondit »*, cit., p. 150.

(19) Nel modo in cui, nel nono saggio del libro (*Ordinare la vita*, cit., p. 349 e ss.), viene delineata la fisionomia scientifica di Nicola Matteucci cogliamo elementi riferibili allo stesso estensore di quelle pagine. Anche di De Sanctis potremmo ben dire quel che egli scrive del *conlega senior*: « grande intellettuale [...] non [...] facilmente riducibile a formule che possano etichettare in maniera esaustiva [...] il valore dei suoi studi » (pp. 349-359), « spugna insaturabile nell'assorbire e assimilare il pensiero dei classici e dei contemporanei » (p. 353), autore in cui « la filosofia pratica » si radica profondamente nella « filosofia del diritto a sua volta intesa come *iuris prudentia* » (p. 355). Nel senso di una loro tendenziale sintonia di metodo mi sembrano da leggere anche certi snodi del pensiero di Matteucci richiamati da De Sanctis: come laddove il secondo, nel trattare della particolare declinazione che nel primo conosceva la 'Begriffsgeschichte', ne ricorda il rilievo secondo cui « le scienze sociali troppo spesso usano parole dimenticando che hanno una storia e che in questa storia esse hanno il loro spessore » (p. 369 nt. 32: proprio quanto il Nostro mai 'dimentica', come verificheremo; circa « la storia delle idee » da lui praticata cfr. quanto scrive S. CHIGNOLA nella sua *Lettura* di F.M. DE SANCTIS, *"Luoghi" e "tempi" del pensiero giuridico*, in « Quaderni fiorentini », 40 (2011), part. p. 975), oppure allorché ne richiama la critica alla divaricazione, imputata a Bobbio, « della descrizione formale affidata alla scienza giuridica dall'indicazione valoriale affidata alla filosofia del diritto » (p. 374). Non trascurerei poi quanto De Sanctis scrive (p. 386) a proposito del « grimaldello con cui Matteucci vuole scardinare sia il positivismo statalistico sia l'avalutatività della scienza giuridica »: identificato nel « costituzionalismo come filosofia del diritto capace di pensare insieme, *giuridicamente*, diritto e politica, senza fingere un diritto impolitico o una politica anomica ».

(20) L'espressione, risalente a Ortega y Gasset, è stata più volte richiamata — per indicare proprio quanto egli aborriva — da Emilio BETTI: cfr. in particolare *La crisi*

pressoché incontrastata, e per certi versi oggi crescente: stigmatizzata solo a parole (in vuoti proclami, appunto), quando non assecondata e favorita da miopie accademiche e pigrizie culturali.

Ordinare la vita reca i frutti di una ricerca che dà e chiede respiro, spazia in continuazione fra saperi diversi, convoca e ibrida pagine e trame solo in apparenza lontane dal proprio campo di speculazione: dalla psicoanalisi alla letteratura — folgoranti le citazioni da Calvino e Tolstoj, nel saggio sulla città (21) —, dalla geografia alla storia dell'arte e alla cinematografia. L'assenza di un conclusivo 'Indice dei nomi' è forse anch'essa da imputare a una scelta di stile, che interdice qualsiasi sfoggio di erudizione, ma non impedisce certo di riconoscere la molteplicità degli « Auttori » di De Sanctis (22): al di là di quelli (in genere e per lui soprattutto) classici, e fra i quali non mancherei di ricordare —

---

odierna della scienza romanistica in Germania, in « Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni », 37 (1939), pp. 127-128 (ove gli stessi « specialisti » erano bollati come « frammenti d'uomini »); *Istituzioni di diritto romano*, vol. I, Padova, Cedam, 1942[2], p. XIII; *Postilla* (1953) a *Notazioni autobiografiche*, rist. a cura di E. Mura, Padova, Cedam, 2014, pp. 51-52. Circa l'impatto (anche negativo) che il proliferare degli specialismi disciplinari, già all'interno del diritto, ha determinato sulla storiografia giuridica (non solo) italiana degli ultimi decenni, contribuendo all'eclissi delle 'grandi narrazioni', posso rinviare a E. Stolfi, *Zwischen Gesamtdarstellungen und „Microhistoire". Einige Bemerkungen über die heutige italienische Rechtsgeschichtsschreibung*, in « Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte », 42 (2020), 3-4, p. 245 e ss.

(21) Si veda F.M. De Sanctis, *Città, spazio, storia* (2016), ora in Id., *Ordinare la vita*, cit., pp. 396 nt. 2 e 399 nt. 11 (ove è richiamata l'immagine, di Calvino, circa la città che « non dice il suo passato, lo contiene come le linee d'una mano », inscritto nei mille dettagli dei suoi elementi materiali; e poi certe affinità, sempre colte da Calvino, tra città e sogni) e p. 422 nt. 41 (ove le parole di un personaggio di *Anna Karènina* fanno ben emergere, per opposizione, ciò che tempo e denaro rappresentano agli occhi « del nuovo cittadino, del 'borghese' che abita la città »).

(22) L'uso del termine vichiano non è affatto casuale, come presto si vedrà (lo impiega del resto, a p. 354, lo stesso De Sanctis a proposito di Matteucci: e di nuovo, come si notava alla nt. 19, quel che è detto per quest'ultimo può in larga misura valere anche per il Nostro). Notissimo il passaggio dell'*Autobiografia* in cui il pensatore napoletano indicò come propri « Auttori » Platone, Tacito, Bacone, ma anche Grozio — inclusione, quest'ultima, che ha fatto molto discutere, imponendo di impostare in termini peculiari (post-crociani, sostanzialmente) il tema dell'anti-giusnaturalismo vichiano. Difficile, infatti, considerare quella groziana un'influenza solo di ordine oppositivo, quale « autore in senso dialettico ». Da tempo, piuttosto, si è percepita l'esigenza di distinguere la forma di giusnaturalismo respinta da Vico da quella che finisce invece con l'essere assorbita, pur se in certo senso stravolta, entro il nuovo impianto del suo « diritto universale delle genti ». Sempre importante, in proposito, G. Fassò, *Vico e Grozio*, Napoli, Guida, 1971, part. pp. 37 e ss., 60 e ss.

accanto ai vari Althusius, Hobbes, Tocqueville, Hegel, Marx, von Stein o Kelsen — anche molte figure antiche (da Platone, Aristotele e Cicerone sino a Eschilo e Sofocle: anche su questo tornerò fra breve).

Ma l'eleganza del nostro autore è anche partecipe del suo essere felicemente 'inattuale', proprio nel senso dell'*unzeitgemäß* di Nietzsche (23). Un dato che percorre e sorregge tutta la lettura che nel libro è offerta circa gli snodi cruciali della contemporaneità giuridica, ed emerge nitidamente, ad esempio, ove è espressa la convinzione che proprio con lo « svincolarci dalla potenza persuasiva della mentalità moderna, ci accorgiamo che l'uomo occidentale ha pensato anche in maniera diversa i principî della convivenza ordinata » (24). Parole in cui è brillantemente condensato il senso stesso del volgersi alle esperienze del passato, la funzione critica e formativa che assolve il loro studio, per quanto hanno di 'altro' da noi (25) accanto alle (se non prima delle) eredità che ne sono derivate, o abbiamo ritenuto di poterne trarre (26) — salvo forse precisare che quella « potenza » di cui parla De Sanctis riesce, non di rado, ancor più costrittiva che « persuasiva ».

Fuori dal (suo e nostro) tempo — almeno per quanto attiene agli

---

(23) Che percorre larga parte della sua produzione: soprattutto nella *Prefazione* alle *Considerazioni inattuali sull'utilità e il danno della storia per la vita*, nell'aforisma 377 de *La gaia scienza* e nelle *Considerazioni inattuali* di *Ecce homo*. Ho cercato altrove di illustrarne la fecondità anche per lo storico del diritto (e tanto più delle esperienze giuridiche antiche, se non attardato nelle illusorie scorciatoie di un''Aktualisierung' più o meno rivisitata): cfr. Stolfi, *Il diritto, la genealogia, la storia*, cit., p. 75 e ss. ove bibl.; Id., *Problemi e forme della comparazione nella storiografia sui diritti antichi*, in *Diritto: storia e comparazione. Nuovi propositi per un binomio antico*, a cura di M. Brutti e A. Somma, Frankfurt am Main, Max Planck Institut für Europäische Rechtsgeschichte, 2018, p. 557 e ss.; Id., *La cultura giuridica dell'antica Grecia. Legge, politica, giustizia*, Roma, Carocci, 2020, p. 237 e ss.

(24) Così F.M. De Sanctis, *Diritto, libertà, sicurezza. Fra inizio e compimento della Modernità* (2015), ora in Id., *Ordinare la vita*, cit., p. 243.

(25) Ho ricordato più volte, in proposito, come anche lo storico del diritto (antico e non solo) dovrebbe educare — in sé prima che nei suoi discenti — quell'attenzione per le « mille contrarie maniere di vita » di cui già parlava Michel de Montaigne. Cfr. almeno Stolfi, *Il diritto, la genealogia, la storia*, cit., p. 78, sulla scorta della rivisitazione che di quell'idea proponeva, in ambito antropologico, M. Bettini, *Le orecchie di Hermes. Studi di antropologia e letterature classiche*, Torino, Einaudi, 2000, p. 242 e ss.

(26) In virtù di quel complesso di operazioni — più o meno consapevoli e arbitrarie, intessute di memoria e di oblio — in cui sempre si sostanzia la costruzione di un'identità (anche giuridica) e di una tradizione: che non sono mai esito scontato e 'necessario' di dati oggettivi, ma frutto di scelte, 'invenzioni' e 'conquiste'. Presuppongo quanto osservavo in Stolfi, *Il diritto, la genealogia, la storia*, cit., p. 51 e ss. e Id., *La cultura giuridica dell'antica Grecia*, cit., p. 249 e ss., entrambi con bibl.

studi giuridici — è per molti versi già l'inquietudine dell'indagine condotta nei nostri saggi, il suo costante deterritorializzarsi (27), o comunque situarsi su luoghi di frontiera, soglie crinali e faglie dai mobili contorni. E non per raggiungerli in raids estemporanei, ma per esplorarli col migliore strumentario — filologico, bibliografico e soprattutto concettuale — che di volta in volta ne è richiesto. Non succube dell'odierno 'Zeitgeist' è però anche la dimensione temporale che la scrittura evoca e a sua volta esige nel lettore: non la superficialità affrettata (28), schiacciata sul « presentismo » (29), che sempre più contraddistingue anche l'odierna cultura (giuridica e non solo), ma esattamente il suo opposto: una profondità 'solida' e ponderata, che 'si prende i suoi tempi' persino quando ripercorre in poche pagine trame plurimillenarie, e mai dimentica quanto sia « effimera [la] presenza del presente che tenta di eternarsi nella vigenza » (30); mai rinuncia a un serrato confronto con quanto è alle nostre spalle, anche in un passato remoto — ciò che è cronologicamente lontano e difforme da noi, eppure nient'affatto estraneo. Quell'*Unheimliches* (31) che ci è sempre

---

(27) Uso non a caso questo termine. Penso infatti a quanto — sviluppando, ma anche correggendo, un giudizio di Deleuze — rileva Esposito, *Pensiero vivente*, cit., p. 16 a proposito della « estroversione » e « deterritorializzazione » come « il tratto più originalmente vivente del pensiero italiano ».

(28) 'Liquida', sarei tentato di scrivere attingendo alla formula, sin troppo fortunata, di Zygmunt Bauman (« liquid Modernity »), se un grande Maestro non ci avesse posto in guardia dagli abusi di simili metafore, che nel nostro campo di ricerca « diventano più fonti di equivoci che di comprensione storiografica »: P. Grossi, *Tra fatto e diritto*, in « Quaderni fiorentini », 38 (2009), p. 1903. Di una « 'liquidità' in cui naviga a vista il mondo contemporaneo » parla comunque lo stesso De Sanctis, *Diritto, libertà, sicurezza*, cit., p. 240. Quanto alla 'fretta', viene da pensare — per la lunghissima consuetudine che con lui ha avuto il nostro studioso — alle pagine che ad essa, come « modo di vivere il tempo in democrazia », dedicava Tocqueville: cfr. De Sanctis, *Tempo di democrazia*, cit., p. 342 e ss., part. 343.

(29) Nel senso di F. Hartog, *Regimi di storicità. Presentismo e esperienze del tempo*, trad. it. Palermo, Sellerio, 2007, part. p. 58 e ss. (da leggere con gli ulteriori rilievi di Vernant, in Le Goff, Vernant, *Dialogo sulla storia*, cit., pp. 59-60). Ho cercato di porne in luce alcune ripercussioni sulla formazione del giurista — e non solo sulle sfide poste agli insegnamenti storico-giuridici — in E. Stolfi, *Salvaguardare la cultura del giurista*, in *La formazione del giurista. Contributi ad una riflessione*, a cura di B. Pasciuta e L. Loschiavo, Roma, Roma TrE-Press, 2018, p. 169 e ss.

(30) Le parole, davvero efficaci, si leggono in F.M. De Sanctis, *Laudatio. Il Giurista*, in *Laurea magistrale honoris causa in Giurisprudenza a Paolo Grossi. Napoli 20 dicembre* 2007, Napoli, Università degli Studî Suor Orsola Benincasa, 2008, p. 14.

(31) Il termine è già ricordato da De Sanctis, *Origini del diritto*, cit., p. 15 nel ripercorrere alcune traduzioni tedesche dell'aggettivo *deinós*, ricorrente nell'*Antigone*

a un tempo prossimo e distante, padre e perciò necessario oggetto di un « inaugurale » parricidio, o almeno fratello e perciò nemico (al quale cioè, hobbesianamente, non è dato né obbedire né comandare) — riprendo, pur piegandole sensibilmente, tutte categorie centrali nell'ultimo saggio del libro (32).

2. *Il 'vero' e il 'certo', o delle basi per un comune impegno di filosofia e storiografia del diritto.*

Proprio il costante, intrinseco contrappunto fra antico e moderno è il secondo profilo sul quale vorrei soffermarmi — anche perché costituisce (immagino) una delle poche ragioni per cui a discutere di *Ordinare la vita* è stato chiamato chi, come l'estensore di queste pagine, non sia professionalmente filosofo del diritto. Quel contrappunto — una compresenza di scenari di riferimento, che è assieme integrazione e dialettica — non è certo una sorpresa per chi conosca la produzione di De Sanctis. Direi anzi che, soprattutto negli ultimi due decenni, ne rappresenta un tratto saliente e distintivo, che balza agli occhi già solo scorrendo i titoli di molti contributi (33), ma che scandisce anche altrove

---

(cfr. più avanti, § 2 e nt. 67 e ss.). Sulla complessa portata che assume 'Unheimliches' in certi impieghi — come quello freudiano, usualmente reso con 'perturbante' — si sofferma ad esempio U. Curi, *Straniero*, Milano, Raffaello Cortina, 2010, p. 28 e ss. Cfr. anche G. Guidorizzi, *Lo specchio e la mente: un sistema d'intersezioni*, in *La maschera, il doppio e il ritratto*, a cura di M. Bettini, Roma-Bari, Laterza, 1991, p. 39.

(32) Cfr. F.M. De Sanctis, *Orfananza senza lutto. Il destino della fraternità nella 'ripetizione' moderna del ciclo di emancipazione dall'autorità paterna* (2012), ora in Id., *Ordinare la vita*, cit., p. 435 e ss.: un contributo che riprende e sviluppa un risalente interesse dell'autore per questo tema (cfr. gli studi ricordati alle pp. 435-436 nt. 2) e si pone nella direzione di una « ricerca sulla fraternità come principio di convivenza 'doppio', che tiene insieme amico e nemico, ordine e rivoluzione, pace e guerra, solidarietà e conflitto » (pp. 435-436). La fraternità, insomma, come un 'codice' e un campo di tensioni, da ripercorrere in una molteplicità di scenari storici e contesti disciplinari (antropologici, sociologici e psicanalitici, ancor prima che giuridici: forse solo con un'interpretazione il lettore si attenderebbe un più assiduo confronto, ed è quella di René Girard, anche nella sua rilettura del mito di Edipo). Tale indagine trae dichiaratamente spunto (p. 435) da quanto, in *Ex captivitate salus*, Carl Schmitt scriveva attorno a « mio fratello » — come « l'Altro » e dunque « mio nemico », perché è, assieme a me stesso, l'unico che veramente mi possa « mettere in questione » —, ma poi ne approfondisce e al contempo trascende ampiamente la prospettiva.

(33) Penso in particolare a F.M. De Sanctis, *Tra antico e moderno. Individuo eguaglianza comunità*, Roma, Bulzoni, 2004; Id., *Radici mediche della 'filosofia pratica' nel pensiero antico*, Napoli, Università degli Studî Sur Orsola Benincasa, 2009; Id., *Vita, diritto, proprietà: una contrapposizione tra antico e moderno*, Napoli, Università degli

la trattazione — penso ad esempio al rilievo che, in un contributo del 2015 (34), assumono origine e senso del vocabolo latino *patrimonium* (quali, fra i romanisti, solo Yan Thomas ha saputo valorizzare altrettanto bene) (35), o ai molteplici 'luoghi' della cultura classica ripercorsi già nelle *Lezioni* del 2010 (36).

Una simile impostazione dell'indagine, sul piano del metodo e dei contenuti, richiama quella peculiare significatività dell'antico — nel complesso della sua esperienza: anche giuridica, in senso più o meno stretto — che da alcuni decenni attraversa un cospicuo filone degli studi italiani di filosofia della politica e del diritto (37), sino a costituirne uno dei tratti peculiari, pur se certo non esclusivi (38). Basti ricordare i nomi di Agamben ed Esposito, ma anche di Cacciari e Curi, nonché alcuni

---

Studî Sur Orsola Benincasa, 2009; ID., *Oltre l'ipocrisia egalitaria. Il liberalismo ha radici antiche?*, Napoli, Università degli Studî Sur Orsola Benincasa, 2009.

(34) Si tratta di F.M. DE SANCTIS, *L'ingegnere, la tecnica, il 'patrimonio'*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2015. Le considerazioni su 'patrimonio' (e 'matrimonio') si leggono alle pp. 43-44. Non meno significativa, in questo contributo (p. 21 e ss.), l'insistenza sui passaggi del *Protagora* platonico e dell'*Antigone* sofoclea la cui analisi è poi confluita nelle prime due « scene » di DE SANCTIS, *Origini del diritto*, cit., p. 12 e ss. (qui, a p. 29, si torna anche su 'patri-monio' come « ciò che è *munus* dei *patres* tramandare, difendere e incrementare »).

(35) Cfr. Y. THOMAS, *Res, chose et patrimoine. Note sur le rapport sujet-objet en droit romain*, in « Archives de Philosophie du Droit », 25 (1980), p. 413 e ss. Ho insistito sulla fecondità dei suoi rilievi già in E. STOLFI, *Successioni a causa di morte e tradizione civilistica. Uno scenario pre-moderno*, in « Annali del Dipartimento Jonico », 6 (2018), pp. 615 e 627.

(36) Si veda F.M. DE SANCTIS, *"Luoghi" e "tempi" del pensiero giuridico. Lezioni*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2010.

(37) Riguardo al diritto antico (in particolare, nella sua prospettiva, quello romano) ha segnalato che « mai come in questi anni esso sta diventando oggetto, o canale di transito privilegiato, della ricerca filosofica contemporanea » R. ESPOSITO, *Diritto romano e filosofia*, in O. DILIBERTO, E. STOLFI, L. GAROFALO, R. BODEI, A. SCHIAVONE, R. ESPOSITO, *La macchina della teologia politica e il posto del pensiero*, in « Studia et documenta historiae et iuris », 81 (2015), p. 463. Si veda già R. ESPOSITO, *Editoriale*, in « Filosofia politica », 21 (2007), 3, p. 361, secondo il quale « è proprio l'assoluta discontinuità epocale a scavare un vuoto nella successione storica in cui irrompe, o da cui emerge, l'arcaico, con tutta la sua potenza fantasmatica o spettrale. [...] Nulla, si direbbe, è più attuale di ciò che, dalle nostre spalle, incombe su di noi, del suo ritorno felpato e repentino ». Più in generale, è peraltro vero che il tema « dell'*attualità dell'originario* » caratterizza, da secoli, la cultura filosofica italiana: cfr. lo stesso ESPOSITO, *Pensiero vivente*, cit., part. pp. 24-25 e 224 e ss.

(38) Penso in particolare al filone del 'repubblicanesimo' angloamericano, col peso che vi ha assunto la concezione della libertà in Cicerone (o certe pagine di Livio, soprattutto per come rilette da Machiavelli: pressoché un classico J.G.A. POCOCK, *The*

lavori di Cavalla, Ripepe e Ciaramelli, oltre ovviamente a Gennaro Carillo, così vicino a De Sanctis (39). In quest'ultimo rinveniamo però,

---

Machiavellian Moment: Florentine Political Thought and the Atlantic Republican Tradition, Princeton, Princeton University Press, 1975). Basti qui il rinvio a P. PETTIT, *Republicanism. A Theory of Freedom and Government*, Oxford, Oxford University Press, 1997 e Q. SKINNER, *Liberty before Liberalism*, Cambridge, Cambridge University Press, 1998. Nel ricco dibattito cui hanno dato vita le loro interpretazioni non sono peraltro mancati i rilievi critici, già sul piano storiografico: cfr. ad esempio E. NELSON, *The Greek Tradition in Republican Thought*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004, p. 8 e ss.; C. ANDO, *Law, Language, and Empire in the Roman Tradition*, Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 2011, p. 82 e ss.; V. ARENA, *Libertas and the Practice of Politics in the Late Roman Republic*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, pp. 26 ove bibl. e 79 e ss. Ulteriori indicazioni in R. SAU, *Il paradigma repubblicano. Saggio sul recupero di una tradizione*, Milano, FrancoAngeli, 2004; L. FEZZI, *Il rimpianto di Roma. Res publica, libertà 'neoromane' e Benjamin Constant agli inizi del terzo millennio*, Milano, Mondadori Education, 2012, p. 10 e ss.; E. STOLFI, *Concezioni antiche della libertà. Un primo sondaggio*, in « Bullettino dell'Istituto di diritto romano 'Vittorio Scialoja' », 108 (2014), part. pp. 151-152 e 175-176; P. COSTA, *La repubblica degli antichi: leggere i 'classici' negli anni della 'rivoluzione americana'*, in « Studia et documenta historiae et iuris », 80 (2014), p. 623 e ss.

(39) Ovviamente l'elenco di autori appena proposto è tutt'altro che completo, e solo orientativo. Lo stesso è da dirsi per i contributi che potremmo ricordarne. Mi limiterei a segnalare, come paradigmatiche della linea di lavoro appena evocata — pur se poi, inevitabilmente, via via declinata in forme sensibilmente diverse — G. AGAMBEN, *Homo sacer. Il potere sovrano e la nuda vita*, Torino, Einaudi, 1995 (rist. 2005); M. CACCIARI, *L'arcipelago*, Milano, Adelphi, 1997, part. p. 42 e ss.; U. CURI, *Pólemos. Filosofia come guerra*, Torino, Bollati Boringhieri, 2000; E. RIPEPE, *Ricominciare da Antigone o ricominciare dall'*Antigone*? Ancora una volta sulla più antica lezione di filosofia del diritto*, in *Scritti in onore di A. Cristiani*, Torino, Giappichelli, 2001, p. 677 e ss.; M. CACCIARI, *Geofilosofia dell'Europa*, Milano, Adelphi, 2003[4]; G. AGAMBEN, *Stato di eccezione (Homo sacer II,1)*, Torino, Einaudi, 2003; U. CURI, *Il farmaco della democrazia. Alle radici della politica*, Milano, Marinotti, 2003; G. CARILLO, *Katechein. Uno studio sulla democrazia antica*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2003; R. ESPOSITO, *Bíos. Biopolitica e filosofia*, Torino, Einaudi, 2004; ID., *Communitas. Origine e destino della comunità*, Torino, Einaudi, 2006[2]; G. AGAMBEN, *Il Regno e la Gloria. Per una genealogia teologica dell'economia e del governo (Homo sacer II,2)*, Vicenza, Neri Pozza, 2007; G. CARILLO, *Atteone o della democrazia*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2007; R. ESPOSITO, *Terza persona. Politica della vita e filosofia dell'impersonale*, Torino, Einaudi, 2007; G. AGAMBEN, *Il sacramento del linguaggio. Archeologia del giuramento (Homo sacer II,3)*, Roma-Bari, Laterza, 2008; F. CAVALLA, *All'origine del diritto al tramonto della legge*, Napoli, Jovene, 2011; R. ESPOSITO, *Due. La macchina della teologia politica e il posto del pensiero*, Torino, Einaudi, 2013, part. pp. 7 e ss., 91 e ss.; ID., *Le persone e le cose*, Torino, Einaudi, 2014; U. CURI, *Endiadi. Figure della duplicità*, Milano, Raffaello Cortina, 2015; G. AGAMBEN, *Stasis. La guerra civile come paradigma politico (Homo sacer II,2)*, Torino,

soprattutto rispetto ai primi studiosi che ho appena menzionato, e pur accanto a innegabili analogie, una notevole difformità di fondo, che vorrei cercare di porre in luce.

Notoriamente, il filosofo — o comunque lo sguardo filosofico — che si rivolge alla storia giuridica (anche antica, ma ovviamente non solo a quella) può farlo in forme estremamente diverse. Da quella sorta di chiasmo per cui le varie fasi della filosofia del diritto divengono esse stesse oggetto di ricostruzione storica (40) all'applicazione di certi strumenti dell'analisi linguistica del diritto e/o della teoria dell'argomentazione in riferimento a stagioni più o meno risalenti della tradizione giuridica (41); dall'analisi di questioni e categorie nevralgiche dell'attualità (eguaglianza, libertà, diritti, soggettività, cittadinanza, sovranità) condotta concentrandosi su segmenti temporali anche assai distanti da noi ma particolarmente rivelatori (42), sino all'individuazione

---

Bollati Boringhieri, 2015; F. CIARAMELLI, *Il dilemma di Antigone*, Torino, Giappichelli, 2017; U. CURI, *Il colore dell'inferno. La pena tra vendetta e giustizia*, Torino, Bollati Boringhieri, 2019; M. CACCIARI, N. IRTI, *Elogio del diritto. Con un saggio di Werner Jaeger*, Milano, La nave di Teseo, 2019.

(40) Rimane esemplare, in proposito, l'opera (1970-1972, 1974[3]) di G. FASSÒ, *Storia della filosofia del diritto*, vol. I-III, nuova ediz. a cura di C. Faralli, Roma-Bari, Laterza, 2003-2006. Ricorderei anche G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna. Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna, il Mulino, 1976, pur se in riferimento a un arco cronologico (relativamente) più stretto e guardando a una nozione, come appunto quella di 'cultura giuridica', evidentemente solo in parte sovrapponibile con la filosofia o la teoria generale del diritto — sulla portata di tale espressione cfr., di recente, L. LACCHÈ, *Sulla Comparative legal history e dintorni*, in *Diritto: storia e comparazione*, cit., pp. 257-258 ove bibl.; in senso decisamente critico, vedendovi « una nozione polisemica e ambigua », si esprime ora P. GROSSI, *Oltre le storie nazionali. Il 'Centro di studi per la storia del pensiero giuridico moderno' di Firenze fra passato e presente*, in « Quaderni fiorentini », 50 (2021), p. 748 (mentre altrove egli tendeva a identificare 'cultura giuridica', pensiero e scienza giuridica: è quanto ad esempio emerge dallo scambio di domanda e risposta in *Incontro con Paolo Grossi*, a cura di I. Belloni ed E. Ripepe, Pisa, Plus, 2007, pp. 32-33).

(41) Sul piano del metodo ho percorso un itinerario sostanzialmente opposto — cercando di porre in luce il retroterra storico cui attingono le odierne 'pratiche discorsive' del diritto, così come la messa a punto teorica di molte operazioni logiche e linguistiche — in E. STOLFI, *Gli attrezzi del giurista. Introduzione alle pratiche discorsive del diritto*, Torino, Giappichelli, 2018, su cui si vedano le penetranti osservazioni di F.M. DE SANCTIS, *Interpretare, argomentare, deliberare nella crisi dello Stato contemporaneo*, in « Quaderni fiorentini », 49 (2020), part. p. 727 e ss. (il quale ben vi ha colto, in particolare, l'importanza del momento « della critica storico-concettuale »: p. 729).

(42) Ove naturalmente occorre guardarsi dalla disinvolta proiezione di quei costrutti teorici indietro nel tempo, quasi fossero mere forme logiche applicabili a ogni

di determinati « paradigmi » (43), « dispositivi » (44) o « segnature » (45) la cui semantica è considerata irriducibile all'originario contesto di formulazione, ma neanche percepibile solo nel segno della discontinuità, e si porge piuttosto come chiave teorica per leggere (anche, se non soprattutto) il nostro tempo — dal *nómos* di Schmitt, come pure di Hayek (46), all'*homo sacer* e al *iustitium* (ma anche all'*auctoritas*) di Agamben, sino alla 'persona' di Esposito (47).

---

contesto, ma riesce anche confermato che « noi poniamo all'oggetto dei nostri studi le domande che il presente pone a noi » (così Vernant in LE GOFF, VERNANT, *Dialogo sulla storia*, cit., p. 34).

(43) Nel senso — assai più che di T.S. KUHN, *La struttura delle rivoluzioni scientifiche*, trad. it. Torino, Einaudi, 2009 — di G. AGAMBEN, *Signatura rerum. Sul metodo*, Torino, Bollati Boringhieri, 2008, part. pp. 11 e ss. e 33. Nella sua ottica i 'paradigmi' sono sì rappresentati da fenomeni storici positivi, ma con la funzione di « costituire e rendere intelligibile un intero e più vasto contesto storico-problematico », « una serie di fenomeni la cui parentela era sfuggita o poteva sfuggire allo sguardo dello storico ». Peraltro Agamben esclude anche che in tali figure sia rintracciabile un'origine o un'*arché*, dal momento che (p. 33) ogni immagine è arcaica, e la storicità del 'paradigma' si rivela all'incrocio fra diacronia e sincronia. Mi sembra perciò difficile attribuire al lavoro agambeniano su certe figure giuridiche romane quel particolare « neopandettismo » cui si riferisce L. PEPPE, *Note minime di metodo intorno alla nozione di homo sacer*, in « Studia et documenta historiae et iuris », 73 (2007), p. 435 (seguito da L. GAROFALO, *Giurisprudenza romana e diritto privato europeo*, Padova, Cedam, 2008, pp. 237-238 ove altra bibl.).

(44) Nell'accezione foucaultiana, valorizzata in Italia, nella nostra prospettiva, soprattutto da Roberto Esposito, in particolare riguardo alla nozione di 'persona'. Ho cercato di darne conto in E. STOLFI, *Persona: von der Maske zum Rechtssubjekt*, in « Studi Senesi », 126 (2014), p. 409 e ss. e ID., *Padroni e schiavi: i dispositivi del potere*, in *Diritto e controllo sociale. Persone e status nelle prassi giuridiche*, a cura di L. Solidoro, Torino, Giappichelli, 2019, p. 40 e ss. entrambi con bibl.

(45) Su cui, nella portata che qui interessa, AGAMBEN, *Il Regno e la Gloria*, cit., part. p. 128 (sull'archeologia come, appunto, « una scienza delle segnature ») e ID., *Signatura rerum*, cit., *passim*.

(46) Mi sono più volte soffermato sul rilievo che, pur al netto di non poche forzature storiche, le loro teorie assumono anche per lo studioso dell'esperienza giuridica da cui proviene quella nozione: cfr. in particolare E. STOLFI, *Introduzione allo studio dei diritti greci*, Torino, Giappichelli, 2006, pp. 131 e ss., 232 e s. e ID., *Il diritto, la genealogia, la storia*, cit., p. 124 e ss. entrambi con bibl.

(47) Per una discussione circa la lettura da loro proposta (nei contributi citati sopra, nt. 39) in merito a queste figure, si vedano almeno V. MAROTTA, *Gli dèi governano il mondo. Una nota sul problema della trasmissione del potere imperiale in età tetrarchica*, in *Fides, humanitas, ius. Studii in onore di Luigi Labruna*, vol. V, Napoli, Editoriale Scientifica, 2007, p. 3271 e ss.; L. GAROFALO, *Biopolitica e diritto romano*, Napoli, Jovene,

Rispetto a questa varietà di possibili impostazioni, qui evidentemente ripercorsa in una sintesi estrema, a me sembra che l'approccio di De Sanctis riveli sensibili scarti e difformità, così da risultare pressoché un *unicum*. Lascio a lui la parola, riportando alcune delle righe che chiudono il contributo sul « fondamentalismo giuridico » (48):

> Nell'‘oltre' in cui siamo la discontinuità di superficie della storia ci deve rendere attenti alle continuità più profonde. Esperienze lontane, e non contigue tra loro, tornano inaspettate a costituire l'orizzonte del nostro presente, come se l'onda storica, che ha disgregato la compattezza del moderno, nella sua risacca ci disperdesse in un oltre che non è solo avanti o dopo l'urto, ma neppure solo indietro, né può dirsi semplice 'ripetizione': un oltre che costituisce lo spazio in cui i luoghi e le latenze della storia si smontano e rimontano in nuove figure, come i frammenti che fanno il gioco del caleidoscopio.

È in questa ridda cangiante di immagini, caratteristica dell'attuale 'pluriverso' e che costella molteplici manifestazioni di quel trittico diritto-politica-giustizia su cui gravita il libro intero, che l'autore costantemente ci conduce, muovendo quasi sempre dalle scaturigini di quell'onda storica: ossia dai flutti del Mediterraneo greco e romano. Ciò però non comporta, ovviamente, alcun 'feticcio' dell'origine, quasi il « germoglio metafisico » contro cui già si levava la voce dissacrante di Nietzsche (49), e di cui invece taluni si compiacciono di seguire il

---

2009, pp. 13 e ss., 117 e ss.; STOLFI, *Il diritto, la genealogia, la storia*, cit., pp. 94 e ss., 139 e ss.; L. GAROFALO, *Opinioni recenti in tema di sacertà*, in *Sacertà e repressione criminale in Roma antica*, a cura di L. Garofalo, Napoli, Jovene, 2013, p. 51 e ss.; STOLFI, *Padroni e schiavi*, cit., part. p. 53 e ss., tutti con altra bibl. Cfr. anche più avanti, nt. 78 e ss.

(48) F.M. DE SANCTIS, *Fondamentalismo giuridico?* (2013), ora in ID., *Ordinare la vita*, cit., pp. 347-348. Pagine in cui la consapevolezza dei molti « problemi di fronte a cui il giurista si trova calcando un mondo nuovo, che risulta dallo 'sfondamento' del vecchio che lo abita ancora », si apre alla speranza che comunque il giurista stesso possa « muoversi con un'attrezzatura e un'esperienza plurimillenarie (depositate e sedimentate nella grammatica del diritto), che gli permettono di orientarsi e operare, *di parlarlo*, con non improvvisata avvedutezza ». Come a dire che il 'salvagente' autentico su cui confidare è — assai più che della 'forma', come pur autorevolmente si è sostenuto — quello della tradizione, nel suo carattere dinamico e composito, col *lógos* (nella sua ben nota, duplice accezione) che la abita permea e percorre, ma ne costituisce al contempo anche il lascito più rilevante.

(49) Persuaso dell'assoluta « irrecuperabilità dell'origine, dichiarata costitutivamente inautentica »: R. ESPOSITO, *Da fuori. Una filosofia per l'Europa*, Torino, Einaudi, 2016, p. 33. Ben noto è l'impatto che ciò ha esercitato sulla ricerca archeologica e genealogica di Foucault (su cui sopra, § 1 e nt. 12): qualche indicazione, anche bibliografica, in STOLFI, *Il diritto, la genealogia, la storia*, cit., part. pp. 15-16.

persistere e dispiegarsi, con epidermiche variazioni, nella 'lunga durata', ammaliati dalla plurimillenaria vigenza di lessici e categorie. Al contrario, proprio l'intreccio di continuo e discontinuo scandisce tutta la desanctisiana 'storia delle idee', per farsi particolarmente visibile in merito a uno dei temi cardine del volume, che è al contempo uno dei più tenaci fili di trama nella parabola giuridica dell'Occidente.

Mi riferisco alla compresenza e al confronto, lungo i secoli, di diversi « modelli » di diritto, che il nostro autore, attingendo a una nomenclatura di Pietro Costa, indica come « legicentrico » e « sofocratico », affiancandovi quello giurisprudenziale (ovviamente inteso nell'accezione più recente, di 'judge made law') (50). La percezione del profondo mutamento oggi in atto (51) non sminuisce affatto il rilievo degli scenari storici in cui quelle due (o tre) morfologie più si sono inverate. Al che è forse da aggiungere come anche le esperienze greca e romana, quali tendiamo a ricondurre *sic et simpliciter*, rispettivamente, al primo e al secondo paradigma (quasi la rispettiva 'archeologia'), vi deroghino per alcuni tratti, a testimonianza di quell'inevitabile margine di approssimazione storica esatto da ogni approccio che non rinunci a 'idealtipi', modelli euristici e schemi classificatorii — senza i quali, peraltro, continuo a ritenere che non rimarrebbe altro che la nuda e slegata fattualità degli eventi, consegnata a una storiografia 'atomistica' (52).

---

(50) Si veda — con particolare riguardo al loro delinearsi nell'esperienza più recente (fra Otto e Novecento), e non senza avvertire (p. 7) « l'insufficienza di contrapposizioni dicotomiche », giacché l'esperienza storica ci addita piuttosto forme diverse di una loro coesistenza, o contaminazione — P. Costa, *Pagina introduttiva. Giudici, giuristi (e legislatori): un "castello dei destini incrociati"?*, in « Quaderni fiorentini », 40 (2011), part. p. 4 e ss. (espressamente richiamato, in termini adesivi, da De Sanctis, *L'"invenzione' della giustizia*, cit., pp. 183-184 e Id., *Sul fragile confine*, cit., p. 227 nt. 12).

(51) « Proprio il nostro tempo ci mostra [...] la progressiva relativizzazione, anche gnoseologica, di quei modelli e la loro costante, pratica interazione »: De Sanctis, *L'"invenzione' della giustizia*, cit., p. 184. Peraltro egli non manca di rilevare che il « legicentrismo », anche quando è stato chiamato a « cifrare la modernità 'continentale' » — coi suoi connessi dogmi di certezza, unità e completezza — « ha sempre convissuto con almeno altri due laboratorî normativi », quali 'Juristenrecht' e diritto dei giudici: Id., *Sul fragile confine*, cit., pp. 226-227.

(52) Senza poter qui neppure accennare alle questioni nevralgiche cui tutto ciò si connette — al cuore, veramente, del 'mestiere di storico' (anche) del diritto — mi limito a ricordare come proprio l'accusa di « storicismo atomistico » fosse più volte mossa a Croce da Emilio Betti, a partire almeno da *Le categorie civilistiche dell'interpretazione*, Milano, Giuffrè, 1948, p. 45 e ss. (opera in cui ormai emerge « l'anticrocianesimo di Betti », ad avviso di D. Piccini, *Dalla Scienza nuova all'ermeneutica. Il ruolo di Giambattista Vico nella teoria dell'interpretazione di Emilio Betti*, Napoli, Istituto

In effetti, come già mi è occorso più volte di sottolineare (53), il *nómos* greco risulta, anche quando ormai scritto (54), per molteplici aspetti irriducibile alla nostra legge. Così come a Roma — ove pure si instaurò ben presto quella polarità fra *ius* e *lex* lucidamente delineata da De Sanctis (e poi destinata a riproporsi, in termini alquanto diversi ma non meno incisivi, con Hobbes) (55) — l'*interpretatio prudentium*

Italiano di Studi Filosofici, 2007, p. 23). Ulteriori indicazioni sono ora in E. STOLFI, *Uno Studioso e i suoi 'Auttori'*, in corso di pubblicazione in *Catalogo del 'Fondo Giuliano Crifò'. Presentazione e Atti della 'Giornata di studio'. Trento 22 ottobre 2021*, a cura di F. Cortese e M. Miglietta, § 3.

(53) Cfr. in particolare E. STOLFI, *La legge e i due volti dell'antico*, in *Legge eguaglianza diritto. I casi di fronte alle regole nell'esperienza antica*, a cura di G. Luchetti, Roma, « L'Erma » di Bretschneider, 2018, p. 33 e ss., part. 38 e ss. ove bibl.

(54) Con le molteplici implicazioni, oggetto di eterogenee letture, che questa nuova forma di redazione comportò: non manca di rilevarlo DE SANCTIS, *Fondamentalismo giuridico?*, cit., pp. 309-310 ove bibl. (ulteriori indicazioni, da ultimo, in STOLFI, *La cultura giuridica dell'antica Grecia*, cit., part. pp. 132 e ss., 153 e ss. e ID., *La giustizia in scena. Diritto e potere in Eschilo e Sofocle*, Bologna, il Mulino, 2022, part. p. 231 e ss.). Efficaci D. LANZA, M. VEGETTI, *L'ideologia della città*, in D. LANZA, M. VEGETTI, G. CAIANI, F. SIRCANA, *L'ideologia della città*, Napoli, Liguori, 1977, pp. 15-16, secondo i quali la forma scritta del *nómos* appare un « segno della sua vocazione all'universalità », poiché « dalla scrittura, la legge deriva una cogenza anonima [...] consacra il politico e istituisce nella coscienza comune la *polis* ». Da questo punto di vista è indubbio che anche l'esperienza del *nómos* abbia, a suo modo, partecipato di quel fenomeno di lungo periodo illustrato da F.M. DE SANCTIS, *Dall'eguaglianza fra gli eguali all'eguaglianza degli eguali* (2015), ora in ID., *Ordinare la vita*, cit., p. 111, per cui « nella storia dei molteplici avvicinamenti degli uomini all''uomo' il motore più appariscente, più costantemente attivo e presente è stato la legge [...], nella sua natura prescrittiva, nella sua destinazione universalistica, nella sua potenza formale, nella sua astrazione ».

(55) Come posto in luce da DE SANCTIS, *Dall'eguaglianza fra gli eguali*, cit., p. 133; ID., *L''invenzione' della giustizia*, cit., part. p. 186; ID., *Diritto, libertà, sicurezza*, cit., p. 255 e ss. (con la debita attenzione, in tutte queste circostanze, per l'etimologia che vi veniva proposta, con *lex* ricondotta al passivo *ligari*). Da non trascurare è poi la ricorrenza, nel *Leviatano*, di un altro termine antico, concettualmente fecondo proprio per la sua alterità da quelli latini, ossia *nómos*, quale « divisione fondamentale [...] da cui deriva la sicurezza che rende altresì possibile il calcolo di vita, il futuro » (DE SANCTIS, *Tra antico e moderno*, cit., p. 28). Di particolare interesse, nelle pagine ora dedicate a Hobbes, è anche l'analisi della configurazione che per lui assumeva la giustizia: nel segno di una sua integrale 'politicità', come già era nell'antica Grecia (ove quello della sua realizzazione rappresentava « per eccellenza *il problema politico* »: DE SANCTIS, *Sul fragile confine*, cit., pp. 219-220), ma declinata adesso in termini affatto nuovi, giacché essa non si dà « prima della costituzione del sovrano [...] è una prestazione di sovranità, prestazione di *lex posita* non di *ius* » (DE SANCTIS, *L''invenzione' della giustizia*, cit., p. 181).

dovette misurarsi, per secoli, con la compresenza di un'attività normativa affidata ad assemblee, magistrati provvisti di *iurisdictio* e più tardi imperatori. Non trascurerei poi un'altra rilevantissima tradizione, che dal mondo antico s'incunea ben dentro il nostro presente (56), con la singolarità che caratterizza il caso ebraico. Dove registriamo sì il dominio della Legge, ma in modo tale che proprio la sua diretta provenienza da Jahvé inibisce ogni attività legislativa del potere politico; e la stessa immodificabile fissità della lettera divina, sin nei suoi minimi dettagli grafici, non preclude ma anzi sollecita l'inventiva sapienziale e la polifonica creatività dell'interpretazione rabbinica (57).

Dunque, ricerca di dispositivi di lunga durata, caratteri identitari del giuridico, percorsi mai univoci né lineari di una tradizione (sino all'immane spartiacque della Rivoluzione francese) e « origini del diritto » — questo il titolo del primo saggio, per cui inizialmente l'autore pensava proprio a « ordinare la vita » (58). Davvero non è casuale lo stringente dialogo che in più occasioni, nel nostro libro, viene intrattenuto con *Ius* di Schiavone, in molte parti votato a un impegno genealogico non troppo dissimile (59). Eppure colpisce, sin dal primo saggio, come delle quattro scene in cui esso è scandito solo la quarta (anch'essa denominata *ius*) pertenga a Roma, preceduta da tre di ambientazione

---

(56) Dal momento che il diritto ebraico, in virtù del suo radicamento nella *Torah* e del peso che questa ha mantenuto nei millenni, non rimane chiuso entro l'orizzonte cronologico degli altri diritti antichi. Piuttosto, esso si presenta come il solo ancora vivente, e direttamente vigente. Il suo studio costituisce dunque anche un luogo privilegiato per riflettere « sulla dimensione diacronica, quando non metatemporale, del diritto »: se, per riprendere una formulazione nota, « non c'è un prima e un dopo nella Torah », quello ebraico si porge ai nostri occhi come « un diritto tendenzialmente 'atemporale' ». Così F. Lucrezi, *613. Appunti di diritto ebraico*, Torino, Giappichelli, 2015, pp. 25-26.

(57) Ho cercato di porre in luce quest'aspetto in E. Stolfi, *Appunti su Appunti. A proposito del "diritto ebraico" di Francesco Lucrezi*, in « Studia et documenta historiae et iuris », 83 (2017), p. 625 e ss., part. 627 e ss. e Id., *La cultura giuridica dell'antica Grecia*, cit., p. 74 e ss. entrambi con bibl.

(58) Lo apprendiamo dalla *Premessa* di De Sanctis, *Ordinare la vita*, cit., p. 9.

(59) Mi riferisco ad A. Schiavone, *Ius. L'invenzione del diritto in Occidente*, Torino, Einaudi, 2005 e 2017^2. Il nostro autore vi ha dedicato penetranti riflessioni — ripercorrendone con finezza i referenti culturali e illustrando vari snodi della ricostruzione, lì proposta, di « una vicenda genealogicamente intricata » — in F. Amarelli, F.M. De Sanctis, F. D'Ippolito, D. Mantovani, *Ius. Quattro esercizi di lettura*, in « Studia et documenta historiae et iuris », 73 (2007), p. 320 e ss. Circa il tratto di fondo che, di quel libro, si è richiamato nel testo cfr. anche Stolfi, *Il diritto, la genealogia, la storia*, cit., p. 14 e ss., part. 18 e ss. ove altra bibl.

greca, ove i testi di riferimento sono il *Protagora* platonico, l'*Antigone* sofoclea e la *Politica* di Aristotele (60).

Il registro del contrappunto, così, si scinde a sua volta. E tale si mantiene in quanto leggiamo anche oltre: nel senso che le dinamiche di trasmissioni e alterità non interessano solo il confronto fra antico e moderno (o attuale), ma già, nell'ambito del primo, quello fra la cultura politico-giuridica di Grecia e Roma. Una rara padronanza dei dati linguistici e filologici (61) e l'acribia dell'analisi, esercitata lungo entrambi i vettori di questa lettura integrata e sinottica (62), consentono di valorizzare le specificità di ciascuno scenario, ponendoci in guardia da sommarie sovrapposizioni fra i rispettivi lemmi, concetti e valori. Ciò accade, ad esempio, in merito a *eleuthería* e *libertas* (63), *homónoia* e

---

(60) Queste quattro « scene » sono affrontate, rispettivamente, in DE SANCTIS, *Origini del diritto*, cit., pp. 12 e ss., 15 e ss., 20 e ss., 29 e ss.

(61) Ormai tutt'altro che scontata, ahimè, anche fra i giusantichisti: un esempio (davvero avvilente) è ricordato da M. MIGLIETTA, *'Osservatorio critico' della letteratura (IX)*, in « Legal Roots », 10 (2021), p. 558 nt. 1.

(62) Sarebbe forse riduttivo parlare di comparazione, anche se poi essa rientra ampiamente — purché condotta in modo sorvegliato e prudente, guardandosi da sommarie assimilazioni fra le realtà in gioco — fra i compiti di chi lavori sulle esperienze giuridiche antiche. Presuppongo, al riguardo, STOLFI, *Problemi e forme della comparazione*, cit., part. p. 563 e ss. e ID., *Appunti per una storia comparata dei diritti dell'antichità (con un ricordo di Remo Martini)*, in « Studi Senesi », 132 (2020), p. 189 e ss., part. 194 e ss. ove altra bibl.

(63) Cfr. soprattutto F.M. DE SANCTIS, *Securitas* (2015), ora in ID., *Ordinare la vita*, cit., p. 66 e ID., *Diritto, libertà, sicurezza*, cit., pp. 243-244. Assai felice, in questo secondo saggio (p. 239), anche un rilievo che potremmo ora considerare di comparazione diacronica, secondo cui « la libertà ha una struttura relazionale profondissima che il lemma ha apparentemente rimosso nella lunga fase dell'individualismo moderno » (giacché è solo in quest'età che l'uomo viene concepito « nella sua individualità astratta, senza necessariamente pensarlo come membro di un ordine »: *Dall'eguaglianza fra gli eguali*, cit., pp. 122-123). Persuasivo, nel precedente contributo (*Securitas*, cit., p. 66 e ss.), è poi il nesso instaurato, per l'esperienza romana, non solo fra *libertas* e *auctoritas* — « una sorta di collegamento antropologico », già illustrato da Wirszubski —, ma anche fra la prima e l'obbedienza, di cui anzi costituirebbe « una modalità ». Semantica che rinvia a quella derivazione di *libertas* da *liber* di cui De Sanctis sottolinea le molte implicazioni (come non trascura di segnalarne per l'origine di 'magistratura' da *magis*: p. 65) — e che porrei in relazione col valore archetipico di ogni idea romana del potere, quale, nella *patria potestas*, nessuno ha colto meglio di Y. THOMAS, *La Mort du père. Sur le crime de parricide à Rome*, Paris, Albin, 2017. Ho cercato a mia volta di mettere in luce i tratti differenzianti *eleuthería* e *libertas*, e non solo quelli fra « libertà degli antichi e dei moderni » (scorti già prima che Constant rendesse canonico quel contrappunto): si veda STOLFI, *Concezioni antiche della libertà*, cit., p. 139 e ss., part. 158 e ss. ove bibl., col

concordia (64), *ídion* (contrapposto a *koinón*) e *privatum*, il cui contrario, evidentemente è *publicum* e non *commune* (65). Come nei transiti fra diverse età le persistenze dei significanti non devono oscurare gli scarti tra i significati che essi esprimono — quando addirittura antico è solo l'etimo ma non il conio del termine (66) —, così anche fra le culture classiche vengono snidati i 'falsi amici' e segnalate, piuttosto, affinità o convergenze fra nozioni, per altri aspetti, sensibilmente lontane.

Il caso più indicativo, a quest'ultimo riguardo, è probabilmente quello, su un lato, di *deinótes* (ed *eudaimonía*) e sull'altro di *dignitas* (dei

---

giudizio sin troppo benevolo che a quest'articolo ha riservato DE SANCTIS, *Securitas*, cit., p. 66 nt. 41.

(64) La prima intesa come « conservazione armonizzante »; la seconda, soprattutto nei riferimenti di Cicerone, quale motore in grado di innescare estensioni di privilegi fra gli ordini: così — sulla scorta di Momigliano — DE SANCTIS, *Securitas*, cit., p. 100 nt. 91.

(65) Un dato spesso trascurato — lo sfiorava, ad esempio, ma senza valorizzarlo particolarmente, ESPOSITO, *Communitas*, cit., p. X e ss. — e ben posto in luce da DE SANCTIS, *Securitas*, cit., p. 83. Qualche spunto è ora anche in A. SCHIAVONE, *Eguaglianza. Una nuova visione sul filo della storia*, Torino, Einaudi, 2019, pp. 38-39. Stupisce un poco, invece, non trovare tematizzata da De Sanctis, neppure nel saggio dedicato al tema, la diversa concezione dell''eguale' che ci consegnano il vocabolario latino (*aequum*) e quello greco (con *íson* e *hómoion*, connotati a loro volta da una difforme semantica, cui il nostro studioso ha dedicato rilievi puntuali, soprattutto in *Tra antico e moderno*, cit., p. 9, ora riproposti in *Dall'eguaglianza fra gli eguali*, cit., p. 113).

(66) Felicissimo — ancor più di altri che si potrebbero richiamare (come quello di 'nostalgia', vocabolo visibilmente composto da termini greci ma non attestato prima della fine del XIII secolo: BETTINI, *Le orecchie di Hermes*, cit., p. 230) — l'esempio di 'biologia'. Essa appare, nella nostra accezione, solo agli inizi del XIX secolo, laddove « la parola *biológos* definiva presso i Greci il mimo, colui che imita la vita in quanto vita caratteristica di un singolo »: K. KERÉNYI, *Dioniso. Archetipo della vita indistruttibile*, trad. it. Milano, Adelphi 1998^3, p. 19. Oltre a citarne questi rilievi, F.M. DE SANCTIS, *Tra felicità e dignità: diritti e compiti fondamentali* (2011), ora in ID., *Ordinare la vita*, cit., pp. 278-279 (come già ID., *Vita, diritto, proprietà*, cit., p. 15 e ss.) ne condivide senz'altro la complessiva lettura circa la differenza fra *bíos* e *zoé* — una questione tuttora ampiamente discussa, ineludibile soprattutto per chi si muova in una prospettiva 'biopolitica'. Questione non sempre risolta nei medesimi termini, in particolare da parte di Agamben ed Esposito: qualche indicazione in STOLFI, *Il diritto, la genealogia, la storia*, cit., pp. 102-103. Da Kerényi — qui accostato ad alcune pagine, ancora vivissime, di Orestano su *ius* e *fas* — De Sanctis mutua anche perspicue considerazioni sul diverso statuto della religiosità greca e romana (*Securitas*, cit., pp. 102-103): un punto che anch'io trovo decisivo per comprendere i posteriori sviluppi, simmetrici nella difformità, del rispettivo 'pensiero razionale', come ho cercato di mostrare in *La cultura giuridica dell'antica Grecia*, cit., p. 63 e ss., part. 68 e ss. ove bibl.

latini e invero ancor più dei moderni) (67). Nozioni fra cui nel nostro libro non sono affatto misconosciute le sfasature di senso — giacché la *deinótes* è « dubitativa » e « concreta », « suscita meraviglia e timore »; mentre la dignità è « assolutoria », « astratta da ogni possibile [...] condizionamento », volta a esprimere « un 'dover essere' » —, ma per suggerire nondimeno che « l'elemento differenziale peculiare dell'uomo, quello che gli conferisce un posto particolare tra i viventi: ciò che per i moderni sarà la dignità, per i Greci è la *deinotes* di cui l'uomo è titolare » (68). Ed è appunto *deinótes* — soprattutto in merito alla sua notissima ricorrenza nel primo stasimo dell'*Antigone* (69), che ha affaticato generazioni di interpreti e traduttori, da Hölderlin a Heidegger (e Vattimo) a Ricoeur (70) — a trovarsi al centro di una lettura estrema-

(67) A partire almeno da Pico della Mirandola, nella cui *Oratio de hominis dignitate* (ma il titolo, come noto, è solo posteriore) DE SANCTIS, *Tra felicità e dignità*, cit., pp. 294-295 nt. 7 vede giustamente « una soglia importante per la nozione occidentale di dignità ». Circa il valore esemplare di quel testo, nel quale viene tematizzata (in termini per molti aspetti nuovi) la « *dignitas hominis* come valore immanente all'uomo in sé, di cui ciascuno è portatore per il solo fatto di esistere », cfr. anche U. VINCENTI, *Diritti e dignità umana*, Roma-Bari, Laterza, 2009, p. 22 e ss. ove altra bibl. Sull'esigenza di non guardarvi solo « attraverso la lente di quello che poi sarebbe stato il moderno individualismo europeo e americano, dal tardo Settecento in poi », di recente, SCHIAVONE, *Eguaglianza*, cit., p. 87 e ss.

(68) A sua volta, configurata alla stregua di « un trascendentale estetico », « la dignità, come l'*eudaimonia* degli antichi, diventa 'còmpito': espone un sovrappiù di doverosità (*munus*) di quanto non facciano [...] i singoli diritti ». Così DE SANCTIS, *Tra felicità e dignità*, cit., p. 303 (il confronto tra dignità e *deinótes*, appena ricordato nel testo, è sviluppato alle pp. 290-291; circa la nozione di *eudaimonía* e la sua profonda differenza dalla nostra 'felicità' cfr. poi la p. 277 e ss.).

(69) Ma non solo qui. Suggestiva e condivisibile è, in particolare, l'analisi di DE SANCTIS, *Origini del diritto*, cit., p. 23 e ss. circa la distinzione, tracciata da Aristotele, fra *deinótes* (« pur se addomesticata rispetto a quella sofoclea »: p. 25) e *phrónesis*, ove « la prima è la *dynamis* che permette di conseguire il fine (buono o cattivo) e la seconda ciò che orienta al bene ». Essa, tuttavia, « pur essendo diversa dalla *deinotes* non si dà senza il suo necessario supporto. L'agire, dunque, si fonda essenzialmente sulla *deinotes*, essa stessa indeterminata tra il bene e il male, tra *eupraxia* e *panourgia* ». Si tratta di uno snodo teorico nient'affatto secondario, che è merito di De Sanctis (qui e più avanti: *Tra felicità e dignità*, cit., pp. 288-289) avere approfondito — anche rispetto a una tradizione di studi che si è solitamente concentrata solo sul significato che, in vari luoghi aristotelici, assume la *phrónesis*: dell'avveduto uomo politico (come Pericle), normativa (*nomothetiké*) o giudiziaria (*dikastiké*). Qualche indicazione in STOLFI, *La legge e i due volti dell'antico*, cit., p. 53 nt. 65 e ID., *La cultura giuridica dell'antica Grecia*, cit., p. 114 nt. 74.

(70) Cfr. G. STEINER, *Le Antigoni*, trad. it. Milano, Garzanti, 2003^2, p. 100 e ss. (il quale segnala peraltro come Hölderlin avesse inclinato per 'gewaltig', prima di

mente raffinata (71). Lo sforzo di non smarrire la densità semantica (72) del vocabolo greco conduce De Sanctis non solo a proporne una resa linguistica originale e complessa (73) — cui si aggiunge, tra il serio e il faceto, la 'chicca' di un richiamo al napoletanissimo 'squietare' (74) —, ma anche (e proprio in virtù di ciò) a trarne corpose implicazioni sul piano sostanziale. La *deinótes* assurge infatti, nella sua analisi, a segno chiave per evocare la « dis-locazione » propria dell'uomo — l'« imprevedibile a se stesso », posto « continuamente oltre ogni aspettativa », che « spossa e travaglia », « irretisce, domina e soggioga » qualsiasi ordine, produce lo spazio del pensiero-linguaggio (*lógos*) e dell'abitare —, come pure per parametrare su di sé la specificità di altre nozioni, quale *phrónesis* (75) ma persino *ius* (76).

---

preferirgli il termine ricordato da De Sanctis, *Origini del diritto*, cit., p. 15, ossia 'Ungeheuer', poi adottato anche da Brecht) nonché ora Stolfi, *La giustizia in scena*, cit., part. p. 33 ove altra bibl. Usano invece 'Unheimlich' Reinhardt e soprattutto Heidegger (nell'edizione curata da Vattimo il vocabolo tedesco è opportunamente conservato, accanto alla sua restituzione come 'inquietante': M. Heidegger, *Introduzione alla metafisica*, trad. it. Milano, Mursia, 1972^2, p. 156 e ss., part. 157). Ulteriori rilievi sul « senso ambiguo del termine » *deinón* in P. Ricoeur, *Sé come un altro*, trad. it. Milano, Jaca Book, 2005, pp. 350-351.

(71) Cfr. De Sanctis, *Origini del diritto*, cit., p. 15 e ss., ma anche Id., *Tra felicità e dignità*, cit., p. 288 e ss.

(72) In apparenza quasi contraddittoria, come accade spesso di constatare, in genere, a chi si addentra entro quella realtà antica: a livello di parole, atteggiamenti mentali che vi presiedono e costrutti teorici che ne sono veicolati. In effetti — rileva giustamente De Sanctis, *Tra felicità e dignità*, cit., p. 278 — « la caratteristica più affascinante del pensiero greco [...] è tenere insieme la dualità ». E nessuna espressione letteraria lo documenta meglio di quella cui afferisce l'*Antigone*.

(73) In modo da mantenerne l'oscillazione « tra il meraviglioso e il terrificante », le sue sfumature di 'straordinario', 'portentoso' e 'inquietante': e dunque vedere nell'uomo dei versi sofoclei « il più inaspettatamente meravigliante di tutti gli enti » (De Sanctis, *Origini del diritto*, cit., pp. 15-16). Non meno efficace una precedente restituzione del nostro autore (in *Radici mediche*, cit., p. 39 nt. 19): « terribile, meravigliosa e spaesante essenza dell'uomo ».

(74) Cfr., a proposito di 'Unheimlich' (su cui sopra, nt. 70), De Sanctis, *Origini del diritto*, cit., p. 15. Le comuni origini mi inducono ad aggiungere che anche la difficoltà di restituire adeguatamente il significato di un altro nevralgico termine greco, quale *mêtis* — difficoltà con cui si sono misurati soprattutto M. Détienne, J.-P. Vernant, *Le astuzie dell'intelligenza nell'antica Grecia*, trad. it. Roma-Bari, Laterza, 2005^4 — risulta agevolmente superabile solo in una lingua moderna, ossia appunto il napoletano.

(75) Si veda sopra, nt. 69.

(76) Che, nel suo svilupparsi « sempre a ridosso della vita », « come *katechon*, [...] prende sul serio la *deinotes* umana più di quanto non faccia la politica: addomesti-

Proprio questo gusto (mai gratuito) per precisazioni semantiche, ricostruzioni etimologiche e contestualizzazioni lessicali, coi risultati che ne sono desunti a livello di 'Begriffsgeschichte', mi sembra marcare la peculiarità dell'approccio che il nostro libro propone nell'interrogare il passato e in particolare l'antico. Ecco qui l'ineludibile compito di « accertamento del vero » e « avveramento del certo » per cui tutt'oggi, in qualsiasi proposito di integrare speculazione filosofica e ricerca storica, 'non possiamo non dirci' vichiani (77). Ed è qui che emerge anche una provvida differenza di De Sanctis rispetto ad alcuni degli autori che poc'anzi ricordavo. In lui non è la sovrainterpretazione del dato storico (quando non addirittura la sua aperta, quasi ostentata forzatura), né la sua attualizzazione — o almeno la lettura infrastorica a cui va incontro — che fondano o agevolano la persistente fecondità teorica di una nozione greca o romana. Nulla di simile alla schmittiana manipolazione di un verso dell'*Odissea* pur di rinvenire già in Omero — dunque all'*arché* (in ogni senso) della cultura occidentale — la più antica attestazione di *nómos*, o alla convinzione di poter identificare « il primo grande pensatore della sovranità » (che è invece per il Nostro, giustamente, il perno del moderno (78), e solo di questo) nel Pindaro

---

care ciò che la politica dà per già fatto togliendolo nella *polis*; *ius* ha a che fare con la *deinotes* che continuamente si ripropone, come alone dell'umano, fuori dai grandi scenarii di snaturamento degli esseri. [...] Come disciplinamento, *ius* è simile a una tela che, senza una finalità olistica precostituita, si tesse lungo i percorsi dell'umana *deinotes* » Così De Sanctis, *Origini del diritto*, cit., p. 30; ma cfr. già le sue osservazioni in Amarelli, De Sanctis, D'Ippolito, Mantovani, *Ius. Quattro esercizi di lettura*, cit., p. 325.

(77) Riecheggio quanto scriveva, riguardo alla straordinaria attitudine ermeneutica del pensatore napoletano, tesa a una « dimostrazione della razionalità [...] della storia » tramite la quale realizzare appunto « 'l'accertamento' del 'vero' e l''avveramento' del 'certo' », Fassò, *Vico e Grozio*, cit., p. 60. Cfr. anche Id., *Storia della filosofia del diritto*, vol. II, cit., p. 218 e ss. e poi, fra i molti, N. Badaloni, *Laici credenti all'alba del moderno. La linea Herbert-Vico*, Firenze, Mondadori Education, 2005, part. p. 161 e ss.; R. Caporali, *La tenerezza e la barbarie. Studi su Vico*, Napoli, Liguori, 2006, part. p. 88 e ss.; F. Lomonaco, *A partire da Giambattista Vico. Filosofia, diritto e letteratura nella Napoli del secondo Settecento*, Roma, Storia e Letteratura, 2010, part. pp. 260-261; L. Solidoro, *Il giudice e il 'fatto'. Nuove suggestioni del pensiero vichiano*, estr. da « Teoria e Storia del Diritto Privato », 6 (2013), p. 4 e ss.

(78) Allorché « assicura due monopolî: la politica come sua pertinenza [...] e il diritto come sua produzione » (De Sanctis, *Origini del diritto*, cit., p. 32). La consapevolezza del suo storico definirsi nella modernità e del suo concentrarsi, allora, nello Stato — con la crisi che di quest'ultimo, ormai da tempo, viene immancabilmente celebrata — non conduce affatto il nostro studioso ad appiattirsi su trite e indistinte formule di dissoluzione. Piuttosto, riguardo allo Stato stesso (con la sua funzione stimata « ancora irrinunciabile »), egli rileva che « troppo frettolosamente si è considerato un istituto in

cantore del *nómos basiléus* (79), e neppure all'ambigua commistione fra la portata antica e quella moderna di 'persona' (di cui solo la seconda contraddistinta dalla saldatura con la soggettività giuridica, e quindi dalla necessaria titolarità di diritti) (80).

---

via di consunzione per la fine del mondo moderno di cui resta la cifra politica per eccellenza » (*Diritto, libertà, sicurezza*, cit., p. 270). La questione cruciale diviene semmai quella della sua configurabilità o meno — nell'attuale orizzonte, appunto, di « crepuscolo della sovranità » (anche quale « bagliore diffuso », alla G. MARRAMAO, *Passaggio a Occidente. Filosofia e globalizzazione*, Torino, Bollati Boringhieri, 2021^2) — in una veste diversa da quella assunta nell'età della sua autentica genesi, e poi del suo (relativamente) breve apogeo. È in quest'orizzonte che leggerei le riflessioni di DE SANCTIS, *Dall'eguaglianza fra gli eguali*, cit., p. 175 sullo Stato che, « diventando un utente del diritto e non più il monopolista della sua 'creazione', può acquisire una dimensione e una funzione diverse: non più sovrano in relazione tendenzialmente anomica con gli altri Stati [...], ma corpo intermedio 'pubblico' [...] e meglio strutturato nell'uso polivalente del diritto ». Ovviamente è qui impensabile addentrarsi nel labirinto di interpretazioni cui ha dato vita — secondo una formula ricorrente — l'odierna crisi del « volto sovrano » degli Stati, con le specificità che in questo panorama assume l'approccio di De Sanctis. Mi limito a ricordare la relativizzazione che, anche in merito alla sovranità, ha suggerito di compiere B. DE GIOVANNI, *Discutere la sovranità*, in *Politica della vita. Sovranità, biopotere, diritti*, a cura di L. Bazzicalupo e R. Esposito, Roma-Bari, Laterza, 2003, p. 12 e ss., persuaso che « in presenza della crisi dello Stato, è il principio di sovranità che deve liberarsi dalla dimensione statuale entro la quale esso è nato come principio moderno ».

(79) Come accade in AGAMBEN, *Homo sacer*, cit., p. 36 e ss., convinto che, nelle parole del poeta tebano, « il *nómos sovrano è il principio che, congiungendo diritto e violenza, li rischia nell'indistinzione* », tanto da vedervi contenuto « il paradigma nascosto che orienta ogni successiva definizione della sovranità: il sovrano è [...] la soglia in cui la violenza trapassa in diritto e il diritto in violenza » (pp. 37-38). Mi sono soffermato criticamente su tale lettura in STOLFI, *Il diritto, la genealogia, la storia*, cit., part. p. 135 e ss., con la sostanziale adesione di G. CARILLO, *Semnotes. La 'legge' tra venerabilità e caducità (in margine a un libro di Emanuele Stolfi)*, in « Studia et documenta historiae et iuris », 80 (2014), pp. 342-343. Circa i versi di Pindaro, una ricostruzione ormai classica è quella di M. GIGANTE, *Nomos Basileus* (1956), rist. an. (con un'appendice) Napoli, Bibliopolis, 1993. Ulteriori indicazioni, da ultimo, in STOLFI, *La cultura giuridica dell'antica Grecia*, cit., p. 81 e ss. Interessante osservare come — spostandosi avanti di quasi due millenni, il che contribuisce a renderne meno ardita la tesi anche sul piano storiografico — ESPOSITO, *Pensiero vivente*, cit., p. 142 veda in un altro poeta, ossia in Dante, l'autore nel quale « comincia a profilarsi quel segmento teologico-politico destinato a costituire il nucleo archeologico del paradigma sovrano moderno ».

(80) Mi sembra non sia del tutto sfuggito a tale fraintendimento — pur se, a suo modo, teoricamente fecondo — Roberto Esposito, come ho più volte cercato di porre in luce (cfr., di recente, STOLFI, *Per una genealogia della soggettività giuridica*, cit., p. 80 e

Al contrario, a caratterizzare questo volume, e tutta l'opera di De Sanctis, è proprio lo scavo paziente nelle fonti (di qualsiasi epoca), la padronanza e il rispetto dei rispettivi codici linguistici e teorici, la premura nell'evitare traduzioni sbrigative, semplicistiche sovrapposizioni concettuali, anacronismi o attualizzazioni (81), e neppure illusorie premonizioni. Da queste ultime, in particolare, veniamo più volte espressamente posti in guardia. Ad esempio, in merito a certi passaggi ciceroniani che suscitano la tentazione di leggervi « 'anticipazioni' di futuri discorsi sulla rappresentanza e sulla 'libertà negativa' di popoli beati perché esentati dalla cura [...] per la cosa pubblica » (82). Ma persino ove le fonti ne offrirebbero spunti più ravvicinati e stringenti: come col Tocqueville che 'profetizzava', per l'avvenire della democrazia, un « potere immenso e tutelare » su folle di eguali, potere « assoluto, minuzioso, sistematico, previdente e mite » (83). Il lettore ben percepisce lo sforzo, costante, di ricostruire quel che possono aver detto gli autori del passato (84) e non quello che noi, per amor di tesi,

---

ss. ove altra bibl.). Rilievi critici circa la sua impostazione — vista come una sorta di « sineddoche » interpretativa, con cui quello di 'persona' viene « trasformato [...] in un concetto [...] metastorico », o addirittura « astorico » — sono anche in G. CIANFEROTTI, *Note sulla figura della persona nella filosofia italiana e sul dualismo tra soggetto e persona nella civilistica del secondo Novecento*, in « Studi Senesi », 126 (2014), p. 226 e ss.

(81) Come quelle con cui alcuni miei colleghi di disciplina ancora s'illudono di conservare, o recuperare, qualche interlocutore (vi tornerò fra breve). Ne ho discusso più ampiamente in varie occasioni: cfr., da ultimo, E. STOLFI, *A proposito di una Introduzione brasiliana al Digesto giustinianeo*, in « Interpretatio prudentium », 5 (2020), 2, p. 109 e ss. part. §§ 1-2 ove bibl.

(82) Tentazione forte ma anche « fuorviante »: DE SANCTIS, *Securitas*, cit., pp. 60-61.

(83) Così in una pagina assai nota della seconda *Democrazia* su cui più volte si torna nel nostro libro (cfr. almeno *Dall'eguaglianza fra gli eguali*, cit., pp. 154-155; *Diritto, libertà, sicurezza*, cit., p. 268 e ss.; *Orfananza senza lutto*, cit., pp. 473-474), come già vi si allude nella gustosissima « lettera » inviata da « un lettore » allo stesso Tocqueville (1990), ora in F.M. DE SANCTIS, *Tocqueville. Sulla condizione moderna*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2005, p. 138 e ss. (ma sono qui importanti, in merito al nostro tema, anche la p. 249 e ss.).

(84) Il che — è quasi superfluo osservarlo — non comporta in alcun modo nuove versioni di una storiografia positivistica, alla cui stregua ricostruire « cosa veramente accadde » (in questo caso, sul piano delle enunciazioni teoriche più che dei fatti materiali). Sul contesto in cui venne messa a punto quella formula (uno scritto di Leopold von Ranke del 1824) e la profonda insoddisfazione che essa suscita in noi, dopo le svolte di metodo intervenute negli ultimi due secoli in ogni ambito storiografico (incluso quello giuridico), da ultimo, P. COSTA, *'Dire la verità': una missione impossibile per la storiografia?*, in « Quaderni fiorentini », 49 (2020), p. 9 e ss., part. 16 e ss.

vorremmo che avessero detto. Ed è esattamente tutto ciò che rende la loro voce — nella sua portata autentica, e spesso proprio in grazia della sua alterità da noi — ancora meritevole di essere ascoltata, fecondissima di spunti critici per chi oggi tenti un inquadramento, *sub specie iuris*, di ciò che Roberto Calasso chiama « l'innominabile attuale » (85).

Anche per questo, da studioso della cultura giuridica greca e romana che nel suo stesso terreno di ricerca ha da De Sanctis sempre imparato moltissimo, considero *Ordinare la vita* un libro prezioso e pressoché esemplare. Un modello di come possa (e perciò debba) integrarsi l'impegno del filosofo e dello storico del diritto — senza alcuna distinzione, secondo la mia sensibilità (che pure so senz'altro minoritaria), imposta dall'arco cronologico di pertinenza. Siamo consapevoli da decenni e ripetiamo spesso che, per tutti noi, questo non è più tempo di solitudini e autoreferenzialità. Ma alla consapevolezza e alle enunciazioni non sempre segue la coerenza degli atteggiamenti scientifici (non parliamo poi dei contegni accademici). Da sempre Paolo Grossi ha stigmatizzato — ed effettivamente contribuito, come pochi altri, a superare — quella sindrome del « cantuccio » che incombe sullo storico del diritto medievale e moderno (86), ne complica o addirittura inibisce il dialogo, da giurista, con gli altri giuristi (87). Una disposizione mentale che è oggi più che mai deleteria, eppure non risulta affatto

---

(85) Il riferimento è appunto a R. Calasso, *L'innominabile attuale*, Milano, Adelphi, 2020², di cui si vedano soprattutto — anche per certe affinità con l'irtiano « nichilismo giuridico » — le osservazioni (p. 40 e ss.) in merito al vuoto di contenuti delle democrazie odierne (per cui « essenziale è la regola, prima ancora di ciò che la regola prescrive ») e al sempre più netto predominio di procedure e forme. Senza assumere toni altrettanto apocalittici, parla di un attuale « multiverso irriducibile a unità » — il quale fa sì che « la politica non può più decidere in vista di un 'universo politico' » — De Sanctis, *Dall'eguaglianza fra gli eguali*, cit., p. 171.

(86) Vi si torna, con lucidità e insistenza, in vari saggi, ora raccolti in P. Grossi, *Società, diritto, Stato. Un recupero per il diritto*, Milano, Giuffrè, 2006, part. pp. 3 e ss., 21 e ss., 28 e ss. Il « cantuccio comodo dell'erudizione » è anche, dichiaratamente, ciò che la costituzione del « Centro di studi per la storia del pensiero giuridico moderno » e i connessi « Quaderni » miravano a far abbandonare: P. Grossi, *Uno storico del diritto alla ricerca di se stesso*, Bologna, il Mulino, 2008, p. 71.

(87) Come noto, infatti, Grossi ha sempre preferito parlare di un « dialogo tra giuristi », anziché « con i giuristi » (come faceva invece Francesco Calasso, da lui più volte criticato al riguardo: ad esempio in *Il punto e la linea (L'impatto degli studi storici nella formazione del giurista)*, ora in Grossi, *Società, diritto, Stato*, cit., p. 4). Circa la differenza di queste due formulazioni, per tutti, A. Cernigliaro, *La sfida di un perdurante dialogo tra giuristi alla ricerca d'identità*, in *Storia e diritto. Esperienze a confronto. Firenze, 18-19 ottobre 2012*, a cura di B. Sordi, Milano, Giuffrè, 2013, p. 293 e ss., part. 295-296 e P. Costa, *Storia del diritto e identità disciplinari: dai primi anni settanta a oggi*,

dissolta: tanto che lo spettro della « solitudine » torna ad aleggiare, con sembianze vecchie e nuove a un tempo (88). Il pericolo è non meno esiziale per chi si occupi delle esperienze giuridiche antiche: in tal caso, anzi, si prospetta come persino più concreto e radicale, aggravato dalla dilagante convinzione che la cultura classica, nella sua integrità, non 'serva' più ad alcunché (89).

Studiosi come De Sanctis, al pari dei non pochi cultori del diritto vigente che abbiano fame di autentica storia giuridica — provvidenzialmente immuni dalla disarmante retorica che contrappone materie 'professionalizzanti' e 'culturali', ma anche in cerca di qualcosa di ben più serio che un'estenuata neopandettistica, ora in veste 'euro-attualizzante' — ci convocano a un comune, e ricchissimo, tavolo di lavoro. Speriamo che il loro invito, espresso *per facta concludentia*, non sia accolto solo a parole.

---

in *Storia del diritto e identità disciplinari: tradizioni e prospettive*, a cura di I. Birocchi e M. Brutti, Torino, Giappichelli, 2016, p. 150.

(88) Riecheggio evidentemente il titolo, ma anche l'ansia di fondo che vi è espressa (e che trovo condivisibile da molteplici punti di vista), di P. CARONI, *La solitudine dello storico del diritto. Appunti sull'inerenza di una disciplina altra*, Milano, Giuffrè, 2009.

(89) Circa la deprimente angustia di simili atteggiamenti, basti qui il rinvio alle perspicue notazioni di M. BETTINI, *A che servono i Greci e i Romani? L'Italia e la cultura umanistica*, Torino, Einaudi, 2017, p. 5 e ss. Con specifico riguardo alle loro ripercussioni sulla formazione giuridica, cfr. STOLFI, *Salvaguardare la cultura del giurista*, cit., part. p. 174 e ss.

IRENE STOLZI

DIRITTO E NUOVE TECNOLOGIE: CRONACHE DA UN ETERNO PRESENTE? (A proposito di recenti studi su intelligenza artificiale e società algoritmica (1))

Il legame tra diritto e innovazioni non è un fatto nuovo nella storia (« *new technologies have always challenged, if not disrupted, the social, economic, legal and to an extent ideological status quo* » (2)); quel che probabilmente connota e distingue la fase che stiamo vivendo è il carattere pervasivo di tecnologie che ormai permeano ogni aspetto delle nostre esistenze (« *ubiquitous, omnipresent* » (3)) e che quindi sollecitano a tutto campo la stessa riflessione giuridica. Non vi è lato del giure che non sia toccato dal tema: dalla teoria generale alla filosofia del diritto, dal diritto privato al costituzionale, dal lavoro al penale fino alle discipline processualistiche, nessun ambito sembra potersi sottrarre alla questione del rapporto tra diritto e nuove tecnologie.

E se il dinamismo si presenta da tempo come una delle caratteristiche distintive della contemporaneità (ci accorgemmo — così Francesco Ferrara nel 1940 — che il diritto non era più « un ordinamento

---

(1) S. Mannoni, G. Stazi, *Sovranità.com — potere pubblico e privato ai tempi del cyberspazio*, Napoli, Editoriale scientifica, 2021 (da ora in poi citato come Mannoni, Stazi); A. Cardone, *Decisione algoritmica vs. decisione politica? — A.I. Legge Democrazia*, Napoli, Editoriale scientifica, 2021 (da ora in poi citato come Cardone); N. Abriani, G. Schneider, *Diritto delle imprese e intelligenza artificiale*, Bologna, il Mulino, 2021 (da ora in poi citato come Abriani, Schneider); *Constitutional Challenges in the Algorithmic Society*, ed. by H.-W. Micklitz, O. Pollicino, A. Reichman, A. Simoncini, G. Sartor, G. De Gregorio, Cambridge, Cambridge University Press, 2022 (da ora in poi citato come *Constitutional Challenges*).

(2) *Introduction*, in *Constitutional Challenges* (da ora in poi citato come *Introduction*), p. 1.

(3) A. Simoncini, E. Longo, *Fundamental Rights and the Rule of Law in the Algorithmic Society*, in *Constitutional Challenges* (da ora in poi citato come Simoncini, Longo), p. 28.

di riposo, a lunga scadenza » (4)) adesso sembra aver assunto caratteri parossistici: si è infatti di fronte a una realtà che marcia a ritmi vorticosi e nella quale ogni cosa sembra condannata a un invecchiamento istantaneo, repentino. Di modo che, a esserci restituita, è soprattutto una spaesante ipertrofia del presente, nel segno di un 'qui e ora' che tende a occupare l'intero spazio visivo e concettuale e che sembra obliterare — a un tempo e non contraddittoriamente — tanto il senso del passato quanto quello del futuro. Viste da qui, le nuove tecnologie si presentano come uno degli osservatori capaci di metterci in contatto con una « sindrome inquietante » del nostro tempo, rappresentata, appunto, dalla « scomparsa del futuro » (5), dalla crescente difficoltà a immaginare il futuro e, ancor prima, a percepire il futuro come orizzonte che può essere immaginato e progettato. Che siano stati anche (forse: soprattutto) gli storici ad aver segnalato questa « rimozione del futuro, cancellato quanto più avremmo bisogno di pensarvi » (6), sorprende solo in parte, se si considera che l'altro lato della medesima sindrome è costituito — lo si diceva ora — dalla perdita del « senso della storia »: « la storia s'è dileguata dal nostro sentire quotidiano, scandito ormai solo dalla simultaneità e dall'obsolescenza continua delle tecnologie e degli oggetti »: « di colpo, ci siamo ritrovati in un mondo dove l'idea della rete e delle connettività immediata e sincronica ha sostituito [...] quella dello sviluppo dialettico e storico » (7).

Ne sarebbe prova il fatto che la storia è spesso costretta, nel discorso pubblico, a fare un mestiere che non è il suo: indurre a « cercare qualche facile rassomiglianza con le cronache contemporanee (quasi sempre fittizia) » (8); sostenere « qualche rassicurazione identitaria (la fuorviante metafora delle radici) » (9). In tal modo, « il presente rimane indistintamente solo, fermo in se stesso, avvolto dall'ombra, prigioniero di un doppio scacco cognitivo: verso il suo prima e verso il suo dopo »: « e una mancanza determina l'altra [...] perduto il passato, si smarrisce anche la prospettiva del rapporto tra presente e futuro » (10).

---

(4) F. Ferrara, *Rinnovamento del diritto civile secondo i postulati fascisti* (1940), in Id., *Scritti giuridici*, Milano, Giuffrè, 1954, vol. I, p. 124.

(5) A. Prosperi, *Un tempo senza storia — la distruzione del passato*, Torino, Einaudi, 2021, p. 24.

(6) A. Schiavone, *Storia e destino*, Torino, Einaudi, 2007, p. 5.

(7) Ivi, p. 7.

(8) Ivi, p. 8.

(9) *Ibidem*.

(10) *Ibidem*; « e non perché la conoscenza del passato — prosegue l'autore — aiuti direttamente a capire il presente (e tanto meno a prevedere il futuro: accade esattamente il contrario). Ma perché, se noi rinunciamo al compito di spiegare il passato

Se si è indugiato nella citazione, è perché sembra che essa abbia riflessi particolarmente rilevanti sul mondo giuridico; il futuro, infatti, è dimensione connaturata alla stessa idea di diritto: la *regula iuris*, quale sia la fonte da cui deriva, ha nel futuro il suo terreno di esplicazione, la si pensa, cioè, come realtà esistente dal momento della sua nascita (più o meno formalizzata) in poi, come realtà chiamata, appunto, a regolare situazioni avvenire. Mentre proprio questa necessaria proiezione in avanti rischia di essere impedita o compromessa dalla velocità e dalle caratteristiche di un'evoluzione che stenta a lasciarsi prevedere o guidare.

Eppure tutti i lavori presi in esame in queste pagine concordano su un punto: ovvero sulla necessità, per gli ordinamenti nazionali e sovranazionali, « di elaborare pronte risposte regolative » (ABRIANI, SCHNEIDER, p. 16). Per forza, si dirà, sono libri scritti da giuristi; tuttavia, dalle loro pagine traspare qualcosa di diverso e ulteriore rispetto alla tutela, più o meno interessata, del proprio orto disciplinare; o almeno: se anche questo fosse stato lo scopo, esso — come si cercherà di mettere in luce — sembra potersi conseguire solo pescando nel profondo, solo riaffermando quel nesso necessario, costitutivo, che lega la dimensione giuridica al complesso di sollecitazioni (queste invece non solo giuridiche) sprigionate dalla potenza di fuoco delle nuove tecnologie. Una sorta di colossale *stress test* che non risparmia nulla e che tutto costringe a ri-definire: i connotati della soggettività; del potere (pubblico e privato); del mercato; della rappresentanza e, chiaramente, della democrazia, come riferimento ideale e istituzionale che si era ritenuto capace di contenere queste differenti dimensioni e soprattutto di fissare le modalità della loro relazione. Andiamo per ordine.

Il soggetto, anzitutto, se è vero « difendersi oggi dalla tentacolare oligarchia » delle *big tech* « è ben più complicato di quanto fosse negli anni Cinquanta sfuggire alle maglie dell'FBI di Edgar Hoover » (11). Coerentemente, a emergere dai volumi presi in esame è il volto di un uomo profilato, considerato soprattutto (solamente?) nella veste di utente/consumatore e perciò variamente assistito, controllato, insidiato dalla pervasività di algoritmi che, con sollecitazioni più o meno morbide (in gergo: « *nudged* »), mirano a captarne inclinazioni e gusti (politici, commerciali ecc.) e a orientarne i comportamenti. Così, quello che a prima vista può sembrare un « ossimoro » (ABRIANI, SCHNEIDER, p. 16) —

---

e di fare i conti con lui, e ci limitiamo semplicemente ad azzerarlo e dimenticarlo, non siamo in grado nemmeno di comprendere e di criticare noi stessi, bensì solo di accettarci passivamente come un risultato indiscutibile, circondato dal buio » (ivi, pp. 8-9).

(11) La frase di Rana Foroohar è citata in MANNONI, STAZI, p. 26.

la « comunicazione personale di massa » (12) — è diventato un obiettivo centrato dalle nuove tecnologie che riescono a elaborare una quantità enorme di dati e al tempo stesso a « personalizza[re] » i messaggi inviati al singolo soggetto (*ibidem*). Il « capitalismo di sorveglianza », teorizzato da Shoshana Zuboff e ugualmente richiamato da tutti gli autori, appare, da un simile osservatorio, una condizione attuale e attuata: rispetto a essa, il « *nothing to hide* » (SIMONCINI, LONGO, p. 38), il 'non aver niente da nascondere', rappresenta, per il cittadino, una falsa rassicurazione. Così come non pare sufficiente, per 'disorientare' l'algoritmo, il gioco delle appartenenze multiple, il fatto, cioè, che ognuno navighi in differenti spazi virtuali collegati ai diversi ambiti della vita (lavoro, preferenze politiche, di consumo, interessi ecc.). Non basta, per almeno due ragioni: una prima che chiama in causa gli obiettivi della profilazione; una seconda che attiene al modo in cui si struttura la stessa relazione tra soggetto e dati.

La profilazione: essa non è mai fine a se stessa, mira invece a realizzare profitti condizionando i comportamenti del soggetto nelle più varie espressioni della sua esistenza: « il capitalismo dei dati non si accontenta [... dei] corpi: pretende invece di carpire per i suoi scopi l'intera vita umana, catturata in relazioni [...] che passano necessariamente per le maglie strette della datificazione » (MANNONI, STAZI, p. 37). Si parla, coerentemente, di « tecnologia persuasiva » (ivi, p. 39), di « *emotional A.I.* » (SIMONCINI, LONGO, p. 35) per descrivere il modo con cui « l'algoritmo [...] ci blandisce, ci indirizza, ci gratifica »: e se « lo Stato può farci sentire sicuri, Facebook — e non solo — ci fa sentire amati » (13).

Emblematica, in proposito, è proprio la comunicazione che avviene sui *social networks* e alla quale, di nuovo, fanno riferimento i diversi lavori qui esaminati: spazi comunicativi solo apparentemente liberi e aperti, in essi, in realtà, gli algoritmi lavorano alacremente per calare i singoli utenti in una sorta di gioco di specchi dal quale le loro convinzioni escono rafforzate e perciò pronte a essere contrapposte, possibilmente in maniera rissosa, alle opinioni differenti eventualmente intercettate in rete. In maniera solo apparentemente contraddittoria si registrano due fenomeni concomitanti: per un verso, una « frammentazione della sfera pubblica » derivante dal fatto che « gli utenti vengono esposti sempre meno al confronto con opinioni conflittuali » (CARDONE, p. 69); per l'altro verso, e quale conseguenza di questa selezione algoritmica, si fa strada una « poderosa spinta al conformismo individuale e collettivo » che tuttavia si definisce e consuma all'interno di « ristrette cerchie tendenzialmente autoreferenziali » (ivi, p. 72). Dunque, « una sorta di effetto eco amplificato e artificiosamente di-

(12) L'espressione di Stefano Quintarelli è tratta da ABRIANI, SCHNEIDER, p. 16.
(13) La frase di Adam Alter è citata in MANNONI, STAZI, p. 40.

storto, al fine di confermare i nostri pregiudizi e le nostre opinioni latenti già raccolte ed elaborate grazie ai *big data* » (14); col risultato di trasformare la persona in una sorta di « miniera a cielo aperto » dalla quale non solo si può « attingere qualsiasi informazione », ma che è possibile « *costruir[e]* in forme coerenti ai bisogni di una società della sorveglianza, della selezione sociale, del calcolo economico » (15).

A ciò si aggiunge, come noto, la pratica della « diffusione volontaria di notizie false » (CARDONE, p. 77) ulteriormente amplificata dalla posizione degli *haters* o dei *lovers*, di coloro, cioè, che per lavoro sono tenuti a contrapporsi ovvero a sostenere una determinata posizione; con la conseguenza che « dalla disintermediazione » (ABRIANI, SCHNEIDER, p. 45) — *rectius*: dalla nuova « intermediazione algoritmica » (CARDONE, p. 60) — « alla disinformazione il passo è breve » (ABRIANI, SCHNEIDER, p. 45). Né migliora di molto il quadro (anzi, forse lo rende più inquietante) il potere di moderazione (censura?) che le differenti piattaforme esercitano, per lo più a macchia di leopardo, sui contenuti, ritenuti non ricevibili, pubblicati dai singoli utenti. Se dunque « nella blogosfera distinguere tra vero e falso è diventato arduo se non impossibile » (MANNONI, STAZI, p. 24), il sospetto, legittimo, è che questa confusione disorientante si estenda (si *debba* estendere?) anche oltre le frontiere del mondo virtuale per abbracciare nel suo complesso una realtà che appare crescentemente polarizzata tra professioni di irriducibile diffidenza e di altrettanto irriducibile affidamento cieco. Moti contrari ma in fondo affini, germogliati dalla stessa terra.

Proiettata sul piano politico e istituzionale, una simile ricognizione pone di fronte a un quadro complesso, e per molti versi allarmante (« a tinte fosche »: CARDONE, p. 167). Sebbene infatti, nell'ambito della decisione politica, e di quella legislativa in specie, i dispositivi di AI non vengano ancora utilizzati come strumenti capaci di « condensar[e] » i risultati dell'elaborazione algoritmica « in proposizioni normative » (ivi, p. 35); se, insomma, appare ancora lontano il ricorso ai c.d. sistemi di AGI (*Artificial Generalized Intelligence*) « in grado di sviluppare un funzionamento cognitivo basato sul c.d. *whole brain emulation* » (*ibidem*), è tuttavia innegabile il ruolo (distorsivo?) che tali dispositivi, anche nella loro veste di strumenti 'sussidiari', possono esercitare nel definire la relazione tra società, rappresentanti e istituzioni (o almeno: nel definirla ricorrendo alle coordinate abituali).

Per quanto, infatti, l'utilizzazione di strumenti di AI sia per il momento volta a favorire l'informazione e/o la partecipazione dei

(14) L'osservazione di Remo Bodei è citata in ABRIANI, SCHNEIDER, pp. 79-80.

(15) L'osservazione di Stefano Rodotà è citata ivi, p. 81.

cittadini ai processi di elaborazione di testi normativi (16), non è facile estrapolare queste dinamiche dal contesto in cui si svolgono. A rilevare è, in primo luogo, la « ineguale distribuzione dell'accesso a internet tra la popolazione e [...] il conseguente *digital divide* che affligge soprattutto certe fasce della medesima » (CARDONE, p. 33) che in tal modo si trovano tagliate fuori da simili opportunità partecipative. Ma non meno rilevante appare ciò che avviene a monte di questi processi per effetto della tempesta di sollecitazioni cui i cittadini sono esposti. La presenza di piattaforme, direttamente o indirettamente riferibili alle diverse forze politiche, e operanti sul 'mercato della partecipazione democratica' con gli stessi metodi di profilazione e indirizzo utilizzati per finalità commerciali (« la commercializzazione del messaggio politico »: ivi, p. 75), non può infatti rimanere senza esito nel condizionare tanto la dimensione ascendente della rappresentanza quanto quella discendente.

In proposito, è del tutto condivisibile la proposta di considerare (e far marciare) insieme queste declinazioni della democrazia: non solo perché costituiscono lati ugualmente rilevanti dei processi democratici ma anche perché la loro considerazione congiunta può rappresentare una delle strade che consente, da un lato, di valorizzare il contributo positivo ricavabile dall'utilizzazione di dispositivi di AI e, dall'altro, di limitare, almeno in parte, i rischi derivanti dal ricorso ai medesimi dispositivi. I benefici: « sia in ordine alla pubblicità del procedimento legislativo che al metodo democratico interno, le risorse della rete possono [...] giocare un ruolo fondamentale per l'ampliamento delle sedi, delle forme e dell'efficacia della partecipazione popolare », possono, cioè, « sorreggere la democrazia rappresentativa sul versante degli input » contribuendo a « integrare i fattori di legittimazione in ingresso del processo di produzione del diritto politico » (CARDONE, p. 134). Mentre, sul « versante degli *output* », della così detta « democrazia della responsabilità », i cittadini riacquisterebbero una loro consistenza nella possibilità di formulare un giudizio di « responsabilità politica » nei confronti dei loro rappresentanti (ivi, p. 142). Insomma, in un contesto di conclamata crisi della mediazione operata dai partiti (ormai « poco più che comitati elettorali »: *ibidem*), il nuovo assetto tecnologico « tende a rendere più visibile e permanente (al di fuori delle elezioni) la pressione del corpo elettorale e in una certa misura la istituzionalizza, se non altro dal punto di vista comunicativo (si pensi alle immediate reazioni del 'popolo della rete' alle decisioni di governo » (ivi, pp. 143-144).

---

(16) Per le differenti utilizzazioni degli strumenti di AI nel procedimento legislativo, v. CARDONE, pp. 25-26 (raccolta ed elaborazione dati); pp. 28-45 (esperienze di c.d. *crowdsourcing policymaking*); pp. 45-47 (utilizzazioni a fini di ostruzionismo); pp. 48-54 (utilizzazioni nell'Unione europea come strumento di consultazione ovvero di presentazione di iniziative legislative).

Un'ipotesi di relazione che può aprire la strada a un bilanciamento ma che non consente di dichiarare chiusa la partita: perché i fattori che possono inquinare la dimensione ascendente della rappresentanza e della partecipazione (governo e manipolazione del consenso e delle idee, *microtargeting* politico, strutturale dipendenza dei rappresentati dagli umori tanto volatili quanto violenti della rete ecc.) possono giocare un ruolo rilevante nel condizionare la posizione dell'elettorato nella formulazione dello stesso giudizio di responsabilità. Anche in questo caso, infatti, le risposte della rete possono essere indirizzate o manipolate con identiche tecniche ed essere sospinte verso un giudizio positivo o negativo, nel quadro di una logica, del pari drastica, che sembra non lasciare alternative tra la condanna integrale (ormai si dice: gogna) e l'assoluzione piena.

Il soggetto e i dati. « Se tiene l'attuale andamento, i dati degli americani varranno 197,7 miliardi di dollari nel 2022 — più del valore totale dell'agricoltura statunitense. [...] Se i dati sono il nuovo petrolio, allora gli Stati Uniti sono l'Arabia Saudita dell'era digitale » (17). Che la quantità e la qualità dei dati raccolti rappresenti un elemento essenziale per definire confini e contenuti di qualsiasi decisione (politica, normativa, economica, ecc.) non è un fatto tipico di oggi. Anche nel pieno dell'ottimismo positivistico secondo-ottocentesco quando si pensava che statistica e inchieste rappresentassero un'accoppiata imbattibile per restituire in maniera integrale e obiettiva l'effettivo stato delle cose, spettò a qualche voce dissonante far notare che si sarebbero raggiunti risultati sensibilmente diversi a seconda di cosa si fosse scelto di vedere e censire. Erano gli anni, in Italia, dell'inchiesta agraria ed essa, evidentemente, avrebbe restituito un'immagine differente del 'paese reale' a seconda che si fosse deciso di entrare fin dentro i « tuguri » dei contadini per valutare le condizioni di vita delle calassi agricole, o che si fosse limitato lo spettro dell'inchiesta a una più riposante ricognizione sui metodi di coltura (18).

Ciò che invece appare tipico degli scenari aperti dalle nuove tecnologie è la impressionante quantità di dati che vengono acquisiti; il modo con cui vengono acquisiti; il fatto che siano acquisiti processati da macchine; che siano detenuti e maneggiati da pochi, e potentissimi, soggetti privati che si muovono — è il loro mestiere, nessuno scandalo

(17) La frase di Rana Foroohar è citata in MANNONI, STAZI, p. 74.

(18) Il riferimento ai tuguri fu sollevato alla Camera dei deputati da una voce irrituale, quella di Salvatore Morelli; sulla stessa linea anche un'altra voce eterodossa che partecipò direttamente ai lavori dell'inchiesta agraria, quella di Agostino Bertani. Sul punto mi permetto di rinviare a I. STOLZI, *Le inchieste parlamentari — un profilo storico-giuridico (Italia 1861-1900)*, Milano, Giuffrè, 2015, p. 102 e ss.

— secondo la logica della massimizzazione del profitto e (nella migliore delle ipotesi) della marginalizzazione di possibili concorrenti (detto in maniera più incisiva: « i giganti tecnologi amano sì le *startup*, ma nello stesso modo in cui i leoni amano banchettare sulle carcasse senza vita delle gazzelle ») (19).

Quando poi a servirsi di tali dispositivi sono i pubblici poteri o comunque soggetti la cui azione è direttamente collegata al funzionamento delle sedi rappresentative, emerge un ulteriore elemento problematico, incarnano, anche in questo caso, dalla prevalenza di logiche di tipo privato-imprenditoriale inevitabilmente (e legittimamente) distanti dai sentieri lungo i quali dovrebbe definirsi e attuarsi l'interesse pubblico. Vale per i « partiti e gruppi » politici: « non dispon[endo] direttamente degli strumenti di intelligenza artificiale in grado di interpretare il consenso dell'opinione pubblica rispetto ad una determinata deliberazione parlamentare, [...] si affidano a società che, professionalmente e a scopo di lucro, perfezionano continuamente algoritmi utili allo scopo e li mettono a disposizione delle forze politiche in grado di affrontare i costi dei relativi servizi o che si impegnano a dare loro in cambio misure di favore » (CARDONE, p. 67): « mancando qualsiasi regolamentazione specifica di concorrenzialità e trasparenza [...] sono concrete le premesse perché l'indirizzo politico si formi non solo al di fuori dei partiti, ma anche in luoghi (fisici e virtuali) oscuri e inaccessibili ai più, che privano di ogni effettività il diritto dei cittadini di concorrere alla determinazione della politica nazionale secondo lo schema dell'art. 49 Cost. » (ivi, pp. 67-68).

Né il quadro cambia molto nel caso in cui a essere erogato, tramite l'azione di algoritmi, sia un servizio da parte dei poteri pubblici: anche in tali ipotesi, infatti, l'« *outsourcing* tecnologico » (ABRIANI, SCHNEIDER, p. 58) finisce per invertire (o quanto meno: rischia di invertire) la relazione di strumentalità che dovrebbe correre tra mezzo privato e finalità pubblica: « se è vero che chi controlla l'algoritmo, e le informazioni sulle quali l'algoritmo è stato sviluppato e si evolve, controlla anche le sue decisioni, si può comprendere come [...] le imprese private che controllano gli algoritmi usati a supporto del decisore pubblico potrebbero finire per controllare e dirigere l'azione pubblica medesima » (ivi, p. 59).

Ma anche quando si opera nel campo delle relazioni tra privati, l'impatto non è meno forte. Per almeno due ragioni. Per la formidabile asimmetria di potere che corre tra il cittadino il quale vede affidate valutazioni rilevanti per la sua vita (tipicamente: accesso a un servizio creditizio o assicurativo) alle (spesso imperscrutabili) indicazioni di un

(19) La frase di J. Tepper è riportata in MANNONI, STAZI, p. 63; sulle c.d. *killer acquisitions*, cioè sulle acquisizioni motivate dal bisogno di eliminare concorrenti, v. ABRIANI, SCHNEIDER, p. 78.

algoritmo e il soggetto (una banca, una compagnia di assicurazioni ecc.) che gli sta di fronte. Non che prima la relazione fosse paritaria. Ma il fatto che sia una macchina — lo si accennava sopra — a formulare una valutazione costituisce un elemento di sicuro rilievo. Dove a essere chiamate in causa mi sembra non siano solamente le diverse possibilità di interazione — anche il potere umano ha sovente le sembianze del luogo gelido e irraggiungibile — ma pericolosi esiti deresponsabilizzanti, resi appunto più pervii dall'attribuzione di certi compiti a un essere inanimato che assiste il lavoro umano o addirittura si sostituisce ad esso.

Da un simile osservatorio, quello delle nuove tecnologie appare un territorio che ricorre a un apparato lessicale di estremo interesse: perché ha coniato neologismi o nuove espressioni (algoretica, oligoalgocrazia, moligopolio, ecc.) per significare fenomeni difficili da inquadrare utilizzando il vocabolario noto; perché segnala l'impellenza e l'importanza degli interrogativi aperti anche attraverso la ricorrenza di alcuni termini (sfida, frontiera, soglia, rischi, opportunità, bilanciamento ecc.); perché, infine, utilizza in nuovi contesti parole note. In particolare, si serve di « una terminologia evocativa di comportamenti o azioni umane (come allenare, imparare, o ricompensa) » (ABRIANI, SCHNEIDER, p. 30) per descrivere attività riferibili al funzionamento dei dispositivi di AI. Ancor prima, direi, è rilevante il fatto che si siano scelti i termini come « intelligenza » e « intelligente » per qualificare il funzionamento delle nuove tecnologie. Si è detto: « un utilizzo improprio di termini a misura d'uomo applicati a tecnologie non coscienti, [...] una analogia che ci semplifica la vita [ma] che va presa con tutti i limiti delle analogie » ([20]). Coniata nel 1956 dal matematico statunitense John Mc Carthy per segnalare la capacità, che le macchine di nuova generazione avrebbero avuto, di mimare operazioni fino a quel momento ritenute tipiche della sola intelligenza umana (ivi, p. 22), l'espressione 'intelligenza artificiale' rischia di prestare il fianco a una serie di successivi (non importa quanto consapevoli) salti di piano.

Se infatti intelligenza e autonomia sono, da sempre, concetti strettamente correlati, un primo orizzonte che può stagliarsi mi pare sia quello di una sostanziale 'de-macchinificazione' di tali congegni: chiamarli intelligenti, cioè, potrebbe anche essere il modo per offuscarne la funzione strumentale, il fatto, cioè, di essere macchine create dall'uomo e rispetto alle quali l'uomo non può abdicare ai suoi doveri di governo, per esempio delegando a esse valutazioni o addirittura decisioni complesse o delicate (anche le *selflearning machines* sono progettate dall'uomo per funzionare in un certo modo, per alimentare, cioè, meccanismi di autoapprendimento che sfuggono al controllo dell'uomo stesso).

([20]) La citazione di Stefano Quintarelli si legge in ABRIANI, SCHNEIDER, p. 30.

Al contempo, e non contraddittoriamente, questo rischio di non-governo (o di governo insufficiente) sembra essere aggravato da un riferimento di segno opposto, che non calca la mano sulla 'intelligenza' delle macchine, ma sul fatto che si tratta di macchine, ovvero di dispositivi sottratti al complesso fascio di pulsioni e contraddizioni proprie dell'intelligenza umana. Insomma: se sono macchine, il loro *modus operandi* tenderà a essere presentato come neutrale, avalutativo, espressione del disinteressato operare di meccanismi non intenzionali. In una parola: un *modus operandi* affidabile, tanto affidabile da potere sostenere il peso di valutazioni particolarmente impattanti (viene citata, in proposito, la vicenda COMPAS che ha mostrato un margine di errore dell'algoritmo incredibilmente alto, intorno al 30%) (21).

E ancora: se si ventila l'ipotesi che la società algoritmica possa determinare un cambio di paradigma conoscitivo nel quale l'approccio 'galileiano', fondato sul nesso di causalità, sarebbe sostituito da un approccio di tipo statistico incentrato sulla acquisizione dei dati e sulla loro correlazione (22), il pericolo di aprire stabilmente le porte a esiti discriminatori risulta elevato. Non si tratterebbe infatti di riprodurre inconvenienti (valutazioni discriminatorie o altrimenti censurabili) ai quali cui non sfugge la stessa intelligenza umana, ma di incorporare fin dall'inizio, per dir così, questi possibili esiti nelle modalità di funzionamento di un''intelligenza' che procede per aggregazioni e connessioni quantitative (23).

Quando — di nuovo in modo unanime — gli autori dei differenti lavori sottolineano che l'intelligenza artificiale non è neutrale riman-

---

(21) Il caso è tristemente noto: Compas era il nome di un *software* incaricato di calcolare la « probabilità di recidiva, sulla base di vari parametri, quali precedenti giudiziari, un questionario compilato dallo stesso imputato e altre variabili non conosciute perché coperte dal segreto commerciale del produttore. Nella fattispecie l'algoritmo aveva indicato un'elevata probabilità di recidiva dell'imputato, al quale era stata inflitta dunque una pena particolarmente severa. La richiesta della difesa di accedere al codice sorgente dell'algoritmo, al fine di poter comprendere i criteri di valutazione del rischio di recidiva prefigurato, è stata respinta » sia dalle corti territoriali sia (sic!) dalla Corte suprema degli Stati Uniti, corti che hanno ritenuto prevalente il diritto di privativa esistente sul *software* rispetto al diritto del condannato a « conoscere le ragioni poste a fondamento della sentenza di condanna » (ivi, p. 52). Nella vicenda, appare di assoluto rilievo il fatto che il ruolo di contropotere non sia stato svolto da una istituzione pubblica (nella fattispecie: le corti), ma da un soggetto privato no profit che ha « acquistato il software sul mercato » ed esaminando un campione significativo di casi ha evidenziato i margini di errore del calcolo algoritmico (ivi, pp. 52-53).

(22) Ivi, p. 37; sul punto v. anche MANNONI, STAZI, pp. 49-50.

(23) Come noto, in più di un caso si è andati in questa direzione: ogni volta, a esempio, che l'algoritmo, avendo registrato la minor solvibilità degli appartenenti a un certo gruppo etnico, ha formulato una valutazione negativa rispetto a una richiesta di

dano a questi due aspetti che si è tentato di evidenziare: al fatto che « i dati [...] utilizzati per addestrare un sistema portano con sé, ben nascoste, tutte le sfumature e i pregiudizi delle società che descrivono: come rileva Quintarelli 'i pregiudizi sono tutt'attorno a noi e fanno parte dei modelli perché fanno parte dei dati' » (ABRIANI, SCHNEIDER, p. 40); e al fatto che — lo si diceva sopra — la profilazione non ha un volto solo trascrittivo ma conformativo: non si limita, cioè, a registrare movimenti e preferenze del soggetto, ma intende orientarli e modellarli (« il vero salto di qualità è avvenuto nel momento in cui le macchine non si sono accontentate più di sapere tutto su di noi, ma si sono spinte oltre le colonne d'Ercole pretendendo di modellare il nostro comportamento »: MANNONI, STAZI, p. 42). E se non ha senso spendersi in inattuali professioni di neoluddismo, in nome di un'avversione pregiudiziale alle nuove tecnologie, il *caveat* che emerge dai lavori presi in esame è ugualmente chiaro: il miraggio della efficienza, della velocità, della economicità non può offuscare o mettere a repentaglio una certa idea del soggetto e, più in generale, una certa idea dello spazio giuspolitico che è stata considerata essenziale a fondare e preservare la fibra democratica degli ordinamenti. Per questo — così almeno mi pare, ma ci si tornerà tra un attimo — il governo delle nuove tecnologie impone un discorso a largo raggio che non si limiti a toccare i soli diritti di ultima generazione (su tutti: la *privacy*) o un lato solo del cielo regolativo (per esempio: la concorrenza). Si tratta, certo, di fronti nevralgici che tuttavia non esimono da una riconsiderazione delle coordinate lungo le quali si incardina nel suo insieme la convivenza.

Tornando al soggetto: poiché a prendere forma è una realtà nella quale « carbonio e silicio, analogico e digitale, *online* e *offline* convivono senza soluzione di continuità » (CARDONE, p. 99) a essere necessario è un discorso a tutto campo che puntelli, e al tempo stesso ripensi, i confini della libertà, dell'integrità, della dignità (« siamo persone non algoritmi », è stato, non a caso, lo slogan di un recente sciopero dei dipendenti di un colosso dell'*e-commerce*). Lo stesso spettro di una « *digital slavery* » (SIMONCINI, LONGO, p. 29) assume, nel campo delle nuove tecnologie, fattezze particolarmente complesse. La relazione di sudditanza appare infatti chiara (o più chiara) quando non è possibile, per il soggetto, sottrarsi alle indicazioni e, soprattutto, alle valutazioni dell'algoritmo (si pensi a tutto l'universo del lavoro su piattaforma).

Da una diversa prospettiva, può nascere la percezione di una (frustrante) superiorità della macchina ove si consideri la capacità, che solo essa ha, di elaborare quantità smisurate di dati (si pensi al campo della diagnostica medica) o di eseguire operazioni di estrema precisione (di nuovo: la robotica medica, e non solo). Tanto che si è parlato —

---

credito o di altro tipo avanzata da un membro della comunità identificata come non affidabile.

guardando a Freud — di una « quarta potenziale ferita narcisistica »: dinanzi a « macchine, se non più intelligenti, per molti aspetti più performanti rispetto alla capacità dell'uomo », verrebbe « intacca[ta] nuovamente — dopo l'umiliazione cosmologica dell'eliocentrismo, l'umiliazione biologica del darwinismo e l'umiliazione psicologica della psicoanalisi — la convinzione dell'umanità di essere la specie eletta tra tutte le altre » (ABRIANI, SCHNEIDER, p. 14).

Ma su altri fronti, ad apparire è il volto (diabolico) di congegni che inducono i soggetti a una sudditanza volontaria e appagata: l'uomo nuovo è un « *homo ludens*, che si presta allo sfruttamento con fare gioioso » (MANNONI, STAZI, p. 48); un marcusiano « *one dimension man* » che sembra divenuto realtà nel nome di una « *comfortable, smooth, reasonable, democratic unfreedom* » resa appunto possibile dal « *technical progress* » (SIMONCINI, LONGO, p. 28). Si assiste a un preoccupante « denudamento volontario del soggetto » che offre tutto se stesso, tramite i dati, al nuovo « *Panopticon* [...] digitale » (MANNONI, STAZI, p. 48). E se la « democrazia rappresentativa [...] inventata dai rivoluzionari americani e francesi » era stata pensata « non per solleticare i nostri istinti [...] ma per trascenderli » (ivi, p. 36), i nuovi colossi della rete corteggiano il soggetto, lo avvincono procurandogli « scariche di dopamina » (*ibidem*) capaci di innescare forme di « dipendenza comportamentale » in tutto e per tutto simili alla « dipendenza da sostanze » (24). Che dunque i « padroni della tecnologia » siano spesso, nella loro vita privata, « dei tecnofobi impenitenti » non sorprende: in fondo seguono la « regola cardinale dei trafficanti di droga: mai sballarsi con la propria merce » (ivi, p. 41).

E così, anche « il tema della resistenza [...] viene [...] subdolamente esorcizzato: a chi dovrei opporre resistenza? A me stesso? Questo è il capolavoro del neoliberalismo: avere eliminato la condizione di pensabilità dell'alterità, poiché qui è il soggetto che si incatena con entusiasmo da solo. Il *Panopticon* di Bentham/Foucault viene scavalcato in efficacia e in immaginazione »: venendo « a mancare lo sguardo repressivo, nasce un illusorio sentimento di libertà » con la conseguenza che « il Grande Fratello digitale esternalizza, per così dire, il suo lavoro ai detenuti » stessi (MANNONI, STAZI, p. 47).

Poteri, mercato, regolazione. Per descrivere questi fenomeni si è parlato di un « *Global private power* » (25) o di un « imperialismo post-moderno » (MANNONI, STAZI, p. 37) governato da pochissimi pa-

(24) L'assimilazione delle due dipendenze è di Adam Alter, citato in MANNONI, STAZI, p. 40.

(25) O. POLLICINO, G. DE GREGORIO, *Constitutional Law in the Algorithmic Society*, in *Constitutional Challenges*, p. 24.

droni del vapore, potenti anche senza avere « eserciti » e « territori » (ma « quando si raggiunge e si influenza un terzo della popolazione del pianeta non c'è necessità di ostentare una forza che si possiede già. Il vero potere non è forse quello che non si vede? »: ivi, pp. 32-33). L'altro lato della « *digital slavery* » è dunque rappresentato dall'avvenuta colonizzazione (ivi, p. 37) — di nuovo: termini noti prestati ai nuovi contesti — dello spazio digitale, processo che si è potuto realizzare anche grazie alla potenza di una narrazione globalista che prometteva una moltiplicazione indefinita degli spazi di libertà a patto, però, di limitare al minimo l'intervento dei poteri pubblici, il più delle volte dipinti alla stregua di ingombranti freni burocratici (ivi, p. 34), espressione di un mondo irrimediabilmente passato e irrimediabilmente avverso al progresso. Non si trascurano, beninteso, le opportunità aperte dalla rete: ne è prova l'intervento censorio dei governi autoritari (è stata una delle prime manovre dello stesso governo russo all'indomani dell'inizio della guerra contro l'Ucraina).

Si sottolinea però una nuova dislocazione dei rapporti di potere che costringe a rivedere più di una convinzione. Se infatti il costituzionalismo ci aveva insegnato a temperare soprattutto il *Mehrwert* del sovrano (*Introduction,* p. 1), adesso si tratta di fronteggiare autentiche forme di « sovranità privata » munite, come tali, di « potere normativo, performativo, pratico » (MANNONI, STAZI, p. 35). Servono dunque argini, o, se si vuole usare una terminologia *d'antan* (ma ritornata attuale), contropoteri..

Con alcune rilevanti implicazioni; la prima: la sovranità, in questo scacchiere, tende ad apparire (almeno in prima battuta, come si vedrà) soprattutto nella inusuale veste di contropotere; la seconda: non va per questo considerata un « relitto dell'hegelismo ottocentesco » o appannaggio esclusivo della « inelegante demagogia populista » (MANNONI, STAZI, p. 18); la terza: le nuove tecnologie ripropongono l'attualità di un tema, per dir così fondativo, lasciato progressivamente (dolosamente?) per strada dall'onda neoliberista: il tema è quello che vede nella sovranità un baluardo o addirittura « il principale baluardo del principio democratico » (ivi, pp. 18-19); e infine: la « consapevolezza che la produzione del diritto è un aspetto qualificante del circuito politico-democratico » (ivi, p. 83). Un modo, insomma, per ricordare che le democrazie non sono terreni di coltura di asfissianti statalismi, ma neppure orizzonti a Stato minimo.

Semplificando un po': le democrazie del secondo dopoguerra si definiscono anche attraverso il tentativo di mettere in tensione, rendendole complementari, alcune dimensioni per molto tempo pensate in un rapporto di tendenziale contrapposizione. In particolare: libertà e uguaglianza; garanzia e indirizzo; diritti e doveri; autonomia ed eteronomia; mercato e regolazione non sono state considerate le espressioni di un 'gioco degli opposti', ma sono stati immaginati come concetti correlativi, ugualmente necessari a definire e presidiare il campo demo-

cratico. Se così è, non si tratta solo di rammentare il nesso che deve (dovrebbe) correre tra democrazia politica e democrazia economica e sociale (« un uomo che ha fame non è un uomo libero », lo diceva di Beveridge, non un pericoloso estremista); si tratta, anche e soprattutto, di registrare il pericolo di un deperimento complessivo degli assetti democratici, testimoniato, fra le altre cose, proprio dalla sorte toccata alle coppie concettuali appena menzionate, nelle quali, di solito, un polo si è irrobustito a scapito dell'altro (la libertà sull'uguaglianza; i diritti sui doveri; l'autonomia sull'eteronomia; il mercato sulla regolazione ecc.) (26). Rotta la tensione vitale tra queste grandezze, il rischio che il potere pubblico assuma soprattutto le sembianze del pachiderma inefficiente dal marcato volto assistenzialista, è concreto; come è concreto il volto di un mercato sbrigliato, onnivoro, che diventa, in sostanza, il contrario di se stesso. Che è poi il modo per ricordare come la regolazione non rappresenti la via per mettere la « museruola al capitale » (MANNONI, STAZI, p. 83) ma per rendere riconoscibile lo stesso mercato come spazio aperto e autenticamente competitivo.

E così si torna da dove siamo partiti. Alla regolazione. Additata da tutti gli autori come la risposta sulla quale investire, a essa si affida il compito, decisivo, di bilanciare « *opportunities and threats* » (*Introduction*, p. 3), « *risk and innovation* » (27). Il compito, in sostanza, di trattenere e potenziare le implicazioni positive legate allo sviluppo tecnologico (tanto che ci si è chiesti se possa configurarsi addirittura un dovere di adozione di tali tecnologie in certi ambiti) (ABRIANI, SCHNEIDER, p. 120) e di allontanare la prospettiva di una « deriva algocratica » (ivi, p. 15). Sotto un simile profilo, l'espressione « *governance* dell'IA » si rivela per quello che è: un « genitivo soggettivo, con riferimento al ruolo sempre più incisivo dell'intelligenza artificiale quale strumento di governo di impresa ed elemento costitutivo degli assetti imprenditoriali » (ivi, p. 291) e non solo di essi. In proposito, non risulta quindi inappropriato o inattuale parlare di « *cybernetic power* » — « *which perhaps sounds like an old-fashioned expression* » — perché nella radice di questo termine è contenuta l'idea di governo, di un potere capace di governare e imporsi (SIMONCINI, LONGO, p. 33). Al contempo, « *governance* dell'IA » è anche (deve essere, vien voglia di dire) un « genitivo oggettivo » che ricorda la necessità di attivare strumenti regolativi adeguati, capaci di conferire un volto « *trustworthy » a tali dispositivi* (ABRIANI, SCHNEIDER, p. 291).

Quali le proposte? Non entro nel merito delle singole indicazioni, anche per l'alto tasso di specialismo che inevitabilmente esprimono.

---

(26) Per un'analisi di questi aspetti si rinvia a M. FIORAVANTI, *Art. 2*, Roma, Carocci, 2017, *passim*, ma specialmente p. 87 e ss.

(27) POLLICINO, DE GREGORIO, *Constitutional Law in the Algorithmic Society*, cit., p. 23.

Solo qualche osservazione conclusiva. A emergere dai lavori presi in esame, che pur toccano profili differenti, mi pare sia — spero di non sbagliare — una sorta di chiamata a raccolta di tutti gli strumenti regolativi attivabili: un fenomeno tanto complesso e tanto pervasivo — sembrano dire gli autori — non può essere avvicinato con sguardi parziali o unilaterali. Servono anzitutto principi, regole ad ampio raggio, come risulta dal richiamo alle Costituzioni o ai testi, in senso lato costituzionali, cui spetta di fissare i confini e indicare la rotta. Si tratta di ancoraggi necessari, e fino in fondo normativi, dinanzi alle caratteristiche di innovazioni che — lo si diceva all'inizio — sembrano bruciare il tempo, rendendo tutto, diritto compreso, rapidamente obsoleto. Il rischio è che il diritto, almeno nella sua abituale veste legislativa, stenti a star dietro al cambiamento e per questo tenda ad assumere un carattere prevalentemente limitativo, sanzionatorio. Intervenga, cioè, prevalentemente *ex post*, a limitare/reprimere fenomeni che hanno già preso corpo nella realtà e che vengono appunto ritenuti lesivi di beni e interessi protetti dall'ordinamento. Per questo serve anche il lavoro della giurisprudenza che dialoga in maniera più diretta, mettendo in connessione i due piani, sia con 'l'alto', i principi, che col 'basso', la realtà, di cui riesce a intercettare i movimenti in presa quasi diretta e che quindi può contribuire a regolare. Non traspare, peraltro, alcuna avversione pregiudiziale a forme di autoregolazione (codici e comitati etici ecc.) provenienti dai principali attori del nuovo mondo digitale. Si è tuttavia d'accordo nel ritenere che non possa venire prevalentemente da tali fonti una risposta soddisfacente: la regolazione, per funzionare e almeno in questo campo, deve avere un elevato tasso di eteronomia (e affidarsi, possibilmente, ad autorità indipendenti). Con l'Europa che si conferma, anche un secolo dopo, terra di terze vie (ABRIANI, SCHNEIDER, p. 17), si conferma, cioè, come contesto che ha elaborato ed elabora regole che tentano di comporre, almeno su questo fronte, mercato e regolazione, dimostrando che standard severi non sono necessariamente negletti, anzi possono mostrare una (insperata?) forza di espansione anche in contesti tendenzialmente più refrattari a questo tipo di sollecitazioni [28].

Su tutto si stende la questione dell'effettività, dell'effettiva capacità delle regole esistenti o progettate di governare territori tanto stimolanti quanto insidiosi; mai come in questo campo l'urgenza di proteggere determinati beni rende infatti necessaria una valutazione dell'impatto prodotto dai diversi assetti normativi che spesso restitui-

---

[28] Il riferimento va soprattutto all'impatto del Regolamento europeo per la protezione dei dati personali, assurto a *golden standard* anche oltre i confini europei; v. ABRIANI, SCHNEIDER, pp. 18-20 e MANNONI, STAZI, pp. 85-87.

scono la difficoltà pratica a dar seguito ad alcuni pur commendevoli principi o il volto bifronte di certi *standards* (29).

Ma i tempi di trasformazione, nei quali entrano in crisi molti dei riferimenti abituali, sono anche i momenti nei quali il giurista si confronta con territori in buona parte non descritti dalla « cartografia ufficiale » (ABRIANI, SCHNEIDER, p. 18), riacquistando, per questa via, una pienezza, anche vertiginosa, di sguardo che lo spinge (e lo costringe) a misurarsi con un insieme, ugualmente vertiginoso, di sollecitazioni. È tenuto, avrebbe detto Capograssi, ad accollarsi il privilegio e la responsabilità di un abbraccio complessivo rivolto all'esperienza nel suo complesso (30), abbraccio a partire dal quale cercare e inventare (anche nuove) regole. Per far questo — lo si diceva all'inizio — non può non pescare nel profondo, non può prescindere da una lettura della realtà che lo porta inevitabilmente fuori dai confini del giuridico; ed è sempre per questo che i ricorrenti riferimenti, nei libri esaminati, a riflessioni di tipo economico, sociologico, filosofico o addirittura psichiatrico, così come i richiami a Dante, Calvino, Freud, Omero, Marcuse, non appaiono come altrettante scorribande *extra moenia*, al più utili a condire in salsa colta i diversi lavori. Appaiono piuttosto come riferimenti necessari a conoscere un territorio nuovo che attende, in buona parte, di essere regolato e che quindi deve essere conosciuto nelle sue molteplici rifrazioni. Uno dei varchi, dunque, che consente di capire quali parti del tessuto di norme e principi esistenti possano essere conservate e quali richiedano di essere più o meno radicalmente rinnovate. I tempi crisi sono infatti anche tempi di bilanci, consuntivi e preventivi a un tempo, che permettono al giurista, sbalzato fuori dalla *comfort zone* del diritto positivo, di riappropriarsi (o di rivendicare) una funzione che tante volte è riaffiorata storicamente, quella, cioè, di solcare e mediare la relazione tra le dimensioni della temporalità (passato, presente e futuro); funzione necessaria tanto per distinguere « i rami secchi [da]

(29) In questo senso le osservazioni di ABRIANI, SCHNEIDER sulla difficoltà a dar seguito al principio di non esclusività previsto dal Regolamento europeo sulla protezione dei dati personali: non solo perché è difficile da provare l'apporto umano, ma anche perché non è facile discostarsi psicologicamente dalle indicazioni fornite dal dispositivo di AI (p. 50 e ss.); sono gli stessi autori a notare come la previsione di *standard* particolarmente severi possa scoraggiare l'ingresso nel mercato di realtà imprenditoriali più piccole che non « possiedono *dataset* sufficientemente ricchi e strumenti di intelligenza artificiale sufficientemente sofisticati per immettere sul mercato servizi in grado di competere con quelli delle grandi piattaforme digitali » (p. 68 e anche p. 101).

(30) Il riferimento è a G. CAPOGRASSI, *Il problema della scienza del diritto* (1937), Milano, Giuffrè, 1962 (ristampa).

quelli che invece fioriscono o rifioriscono » (31) quanto per porre sul tappeto alcune specifiche richieste.

Prima tra tutte — lo si è detto molte volte — la richiesta rivolta al potere pubblico, nazionale o sovranazionale, perché si faccia carico di quelli che appaiono veri e propri doveri di regolazione (« *duties of the State to regulate the cybernetic complex* »: *Introduction*, p. 1). I giuristi sanno bene che le scelte di non-regolazione e di de-regolazione non sono mai neutrali o prive di conseguenze (sono appunto *scelte* e qui davvero la storia insegna, o dovrebbe insegnare qualcosa); in particolare, tali atteggiamenti non preludono mai a un eden autoregolativo capace di comporre armonicamente la posizione tra i diversi soggetti in campo. Soprattutto quando è alto il dislivello di forza contrattuale ed economica, la non-regolazione tende a dividere il campo tra attori e pedine, tra chi il gioco lo conduce e chi, invece lo subisce; tende, in sostanza, ad avallare i rapporti di forza esistenti nella realtà. In un contesto simile non mancano le regole; semplicemente le scrivono i più forti.

Già la disciplina della *privacy* ha mostrato come le stesse libertà di prima generazione, le 'libertà da' intrusioni indebite nella sfera individuale, non possano essere più garantite, come insegnava il vecchio costituzionalismo, con comportamenti meramente astensivi del potere pubblico o degli altri consociati, ma richiedano un'attivazione complessa e costante di strumenti dinanzi alla pervasività delle nuove tecnologie. A maggior ragione, appare necessario evitare ogni tentazione neo-naturalista, in nome di un presunto tecnodeterminismo che rischia di sortire esiti davvero distopici. Un campanello d'allarme — di assoluto rilievo perché tocca uno degli snodi nevralgici del progetto democratico — è rappresentato dall'impressionante aumento delle diseguaglianze; il fatto che il dato venga spesso comunicato « in modo assolutamente decontestualizzato, come se si trattasse dell'ennesima calamità naturale le cui origini sono sconosciute e su cui non si può fare assolutamente nulla » (32) testimonia la radicazione profonda di « una narrazione dominante [...] basata sul culto della TINA ('*there is no alternative*') » (33), sulla convinzione, cioè, che il sentiero del futuro sia già tracciato senza che su di esso si possa intervenire. Con un'aggravante specifica: gli scenari aperti dalle nuove tecnologie rischiano di rendere la disuguaglianza non solo un fatto sociale, culturale e politico, riconducibile a determinate visioni del mondo e a determinate scelte

(31) W. Cesarini Sforza, *Corporativismo e scienza del diritto* (1932), in Id., *Il corporativismo come esperienza giuridica*, Milano, Giuffrè, 1942, p. 155.

(32) A.M. Banti, *La democrazia dei followers — neoliberismo e cultura di massa*, Roma-Bari, Laterza, 2020, p. 46.

(33) L'espressione di M. Fisher è citata ivi, p. 45.

regolative, ma un fatto obiettivo, incontrovertibile, capace di dividere in autentiche « caste biologiche » i ricchi dai poveri (34).

Le stesse, diverse, forme di reddito di base, adottate in vari paesi, al di là della loro immediata utilità nel rimediare a situazioni di sofferenza economica, potrebbero essere viste anche come l'esito di un processo di sperequazione nel quale il potere pubblico compare solo al termine, nelle vesti del soccorritore « in una logica da legge sui poveri dell'Inghilterra dell'aurora industriale » (MANNONI, STAZI, p. 95). Da un lato — ma anche qui la storia dovrebbe insegnare — si massimizzano i profitti e dall'altro si socializzano le perdite, si socializza cioè quel « processo di depauperamento del lavoro » che evidentemente viene ritenuto « ineluttabil[e] » (*ibidem*).

Invocare a più riprese, come fanno gli autori dei libri qui considerati, il pluralismo; vedere in esso una cifra essenziale per qualificare una convivenza democratica; ricordare che non può essere ridotto alla garanzia della mera coesistenza, dovendo invece aprire spazi effettivamente comuni di cittadinanza e di fruizione di determinati beni e opportunità, può rappresentare uno dei modi per chiarire, anche da questa prospettiva, la necessità di contrastare la potenza di quella forza centrifuga che nelle società attuali sembra lasciare poche alternative tra concentrazione (di ricchezza, di poteri) e frammentazione (di identità comuni, di orizzonti esistenziali ecc.). Un modo, in fondo, per non lasciare campo libero ai populismi di vario segno (MANNONI, STAZI, p. 55) che nascono su questo terreno, cavalcando l'onda del « modello sfiduciario » (35) che trova proprio nel diritto, nelle fattezze sanzionatorie e/o conniventi che sempre più di frequente esso assume, uno dei principali imputati.

L'invito alla regolazione diventa allora anche una delle strade per richiamare il decisore pubblico alle sue responsabilità; in direzione del

---

(34) Y.N. HARARI, *21 lezioni per il XXI secolo* (2018), edizioni La Repubblica, ristampa 2020, p. 113; estesamente: « i progressi della tecnologia potrebbero far sì che la disuguaglianza economica si traduca disuguaglianza biologica. I super-ricchi alla fine avranno qualcosa che valga la pena fare con la loro enorme ricchezza. Mentre fino a oggi non hanno potuto fare altro che comprare qualche *status symbol*, presto potrebbero essere in grado di comprare la vita stessa. Se i nuovi trattamenti per allungare la vita o per migliorare le capacità fisiche e cognitive saranno costosi, l'umanità potrebbe dividersi in caste biologiche. Durante tutto il corso della storia i ricchi e l'aristocrazia hanno sempre immaginato di avere doti superiori rispetto a chiunque altro, ragione per cui detenevano il potere. Non era vero. Un duca qualunque non aveva maggiore talento di qualsiasi contadino — doveva la sua superiorità solo all'ingiusta discriminazione sociale ed economica. Ma nel 2100 i ricchi potrebbero davvero avere più talento, essere più creativi e più intelligenti dei sottoproletari ».

(35) T. GRECO, *La legge della fiducia. Alle radici del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2021 specialmente p. 14 e ss.

passato: per ribadire « il ruolo giocato dal potere pubblico nell'imporre dottrine liberiste e astensioniste, tutt'altro che spontanee, ma anzi bisognose del pugno di ferro della legge » (36). Ma anche in direzione del futuro: per evitare che la rapidità del progresso tecnologico possa rappresentare un alibi per rinunciare a un intervento capace di toccare i molti e diversi profili coinvolti dalle innovazioni. Per non ripetere — in un mutato contesto — « la leggenda dell'apprendista stregone, della macchina creata dagli uomini che tuttavia sfugge al loro controllo » (37). E se Jemolo aveva alle spalle venti anni di fascismo e pensava allo Stato, a un ente, appunto, creato dagli uomini e diventato ingovernabile, a dover essere fronteggiata oggi — anche attraverso il contributo necessario dei poteri pubblici — è il volto assunto da una « società dei consumi » che — dalla voce di un suo lontano, precoce e lucido interprete — sembra « aver profondamente trasformato » gli uomini, « li ha toccati nell'intimo, ha dato loro altri sentimenti, altri modi di pensare, di vivere, altri modelli culturali » (38). Con la speranza che, alla fine, a salvarci sarà proprio « l'imprevedibile ambiguità e imperfezione dell'uomo » (39), l'insondabilità creativa della ragione umana, il suo essere difficilmente sostituibile di fronte a scelte complesse e controverse (40).

---

(36) MANNONI, STAZI, p. 24; v. anche, per una diretta correlazione tra ordine giuridico e 'turbocapitalismo' (la legge « è stata messa saldamente al servizio del capitale ») il volume di K. PISTOR, significativamente tradotto in Italia dalle edizioni della Luiss, *Il codice del capitale — come il diritto crea ricchezza e disuguaglianza*, Roma, Luiss University Press, 2021.

(37) A.C. JEMOLO, *Lo scetticismo del nostro tempo nei riguardi del diritto* (1949), in ID., *Pagine sparse di diritto e storiografia*, Milano, Giuffrè, 1957, p. 251.

(38) P.P. PASOLINI, intervista a cura di Massimo Fini, pubblicata su « L'Europeo » del 26 dicembre 1974, ora in ID., *Il fascismo degli antifascisti*, Milano, Garzanti, 2018, p. 73.

(39) L'osservazione di Bodei è citata in ABRIANI, SCHNEIDER, p. 301.

(40) In questo senso il riferimento alle decisioni ispirate al principio di precauzione, che dovrebbero sempre rendere possibile il dominio dell'uomo sui rischi tecnologici; le decisioni su temi eticamente controversi e le decisioni di bilancio (cfr. CARDONE, pp. 167-177).

MASSIMILIANO TRAVERSINO DI CRISTO

SOVRANITÀ, POTENZA, SECOLARIZZAZIONE

(A proposito di alcuni recenti studi sul tema della teologia politica) (1)

1. La teologia politica in quanto problema storico-giuridico. — 2. La teologia politica *prima* della teologia politica: Schelling e Kierkegaard. — 3. L'idea di potenza quale fondamento teologico-politico della civiltà occidentale. — 4. Il concetto di secolarizzazione quale elemento rappresentativo della civiltà occidentale — 5. Qualche considerazione ulteriore.

1. *La teologia politica in quanto problema storico-giuridico.*

Nelle pagine introduttive dell'*Odore dell'India*, nel quale racconta di un viaggio fatto nel paese asiatico nel 1961, Pasolini ricorda le sensazioni provate nel vedere, a un ricevimento dell'ambasciata cubana di Nuova Delhi, « due prelati cattolici ». Per Pasolini, i due religiosi rappresentano « emblemi, cocenti emblemi » del suo mondo di provenienza, quello occidentale, eppure la loro visione — a pochi giorni dal suo arrivo — diviene per lui una sorta di 'scoperta' una volta a contatto con la realtà indiana: « Per la prima volta », afferma Pasolini, « [...] ho avuto l'impressione che il cattolicesimo non coincida col mondo: ma la separazione delle due entità è stata così inaspettata e violenta, da costituire una specie di trauma » (2). Le affermazioni di Pasolini ci consentono di evocare, in termini generali, la stretta parentela che

---

(1) S.B. Das, *The Political Theology of Kierkegaard*, Edinburgh, Edinburgh University Press (serie « New Perspectives in Ontology »), 2020, rist. 2022; Id., *The Political Theology of Schelling*, pref. G. Bensussan, Edinburgh, Edinburgh University Press (serie « New Perspectives in Ontology »), 2016, rist. 2018; E. Castrucci, *On the Idea of Potency: Juridical and Theological Roots of the Western Cultural Tradition*, Edinburgh, Edinburgh University Press (serie « Encounters in Law and Philosophy »), 2016, rist. 2018; M. Diamantides, A. Schütz, *Political Theology: Demystifying the Universal*, Edinburgh, Edinburgh University Press (serie « Encounters in Law and Philosophy »), 2017, rist. 2018. La traduzione dei passi citati da queste e altre opere in lingua non italiana sarà a cura di chi scrive.

(2) P.P. Pasolini, *L'odore dell'India*, Milano, Longanesi, 1974, p. 17.

caratterizza storicamente il rapporto della società occidentale con il cristianesimo. Muovendo un passo ulteriore verso l'oggetto del presente saggio, rappresentato dal tema della teologia politica nelle sue ricadute storico-giuridiche alla luce di alcune recenti pubblicazioni, due ulteriori spunti di riflessione si rivelano di particolare utilità: il primo è offerto da alcune considerazioni di Francesco Calasso sulla tradizione di diritto comune dell'Europa medioevale; il secondo da una definizione di Giambattista Vico, originariamente rivolta al rapporto tra filosofia e filologia.

Prendendo a prestito, nel primo caso, un'espressione da Calasso in realtà riferita alla penetrazione del diritto romano in Germania, potremmo definire la relazione tra il cristianesimo e l'Occidente come un « fatto di civiltà », ovvero come un elemento dell'identità più profonda della tradizione giuridica occidentale, importante al punto da risultare irrinunciabile per un'adeguata ricostruzione della sua storia (3). Ma in che modo simili osservazioni sono di aiuto a comprendere il significato della teologia politica in quanto problema storico-giuridico? Già una rapida e sommaria osservazione dell'espressione 'teologia politica' suggerisce in realtà che essa consiste in un rapporto di tipo comparativo tra gli ambiti disciplinari evocati nei due termini che la compongono. Ed è qui che — venendo al secondo spunto — la definizione proposta da Vico, secondo la quale filosofia e filologia sarebbero due discipline « venute al mondo gemelle », sembra attagliarsi alla perfezione a descrivere l'altrettanto stretta parentela originaria tra l'ambito della teologia e della religione e quello del diritto e della politica, parentela sulla quale si fonda in ultima istanza la teologia politica (4).

In virtù di una tale eterogenea costituzione, non è difficile intuire come la valenza della teologia politica non possa essere limitatamente giuridica e *stricto sensu* obbligatoria, ma debba essere più latamente normativa ovvero morale (5). Di conseguenza, qualsiasi analisi delle ricadute

---

(3) F. Calasso, *L'unità giuridica dell'Europa*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 1985, p. 118.

(4) La citazione è tratta dalla recente edizione, col solo testo latino, di G. Vico, *Diritto universale* (« Opere di Giambattista Vico », 5), a cura di M. Veneziani, Roma, Edizioni di Storia e Letteratura, 2019, p. 255: « geminae in terris ortae ».

(5) Sul concetto di normatività, inteso relativamente alla tradizione giuridica occidentale e in rapporto alla connessa questione dell'autonomia o dipendenza dell'età moderna e contemporanea da quelle medioevale, v. A. Schütz, M. Traversino, *Foreword*, in *The Theology of* potentia Dei *and the History of European Normativity/Alle origini dell'idea di normativismo. Il problema della* potentia Dei *tra teologia e diritto pubblico europeo*, a cura di A. Schütz, M. Traversino, 2 voll. (=« Divus Thomas », 115 (2012), 2 e 116 (2013), 3), I, pp. 13-32.

storico-giuridiche della teologia politica dovrà prendere in considerazione l'evoluzione storica del rapporto tra i due citati ambiti che ne sono alla base e quale ne sia l'esito per la società occidentale a noi contemporanea. In altri termini, la teologia politica pone in gioco due prospettive di lettura, tra loro complementari e inscindibili, di un unico processo storico: la prima consiste nella questione dell'eredità dell'evoluzione bimillenaria del cristianesimo occidentale e nel suo trasformarsi da fenomeno di rilevanza pubblica a questione privata nelle società secolarizzate contemporanee, a fronte di profondi ed epocali cambiamenti storici; la seconda nel graduale sostituirsi, a partire dalla prima età moderna, dello Stato alla religione nella sfera pubblica, con la relegazione della religione stessa a fenomeno di coscienza individuale. Soffermandoci sulla seconda prospettiva, è opportuno notare che essa — data la sua storicità e in forte contrasto con l'interpretazione giuspositivistica del diritto impostasi negli ultimi due secoli e tuttora familiare alla storiografia contemporanea — non può fare a meno di considerare le matrici premoderne delle principali categorie dottrinarie ancora imperanti nel dibattito giuridico e politico, recuperandole in campi di studio come la filosofia e la teologia morale, che — a dispetto della loro stretta parentela col diritto tra Medioevo centrale e prima modernità, quando la tradizione giuridica occidentale ha iniziato a formarsi — sono oggi avvertiti tanto distanti e a tratti alternativi all'ambito della riflessione giuspubblicistica propriamente intesa.

La teologia politica e la connessa questione dell'autonomia o alterità dell'età moderna e contemporanea rispetto al passato, lungamente dibattute nel corso del Novecento, sono a tutt'oggi di grande attualità, come cercheremo di mostrare ricorrendo ad alcune pubblicazioni apparse in due collane curate dalla Edinburgh University Press. Il loro minimo comune denominatore è rappresentato proprio dalla scelta della teologia politica come prospettiva di analisi. Queste pubblicazioni, oltre che testimoniare della fortuna sul piano editoriale scientifico della teologia politica, divenuta oggi ormai una sorta di 'sindrome' (6), danno un'idea dell'estrema varietà di ambiti disciplinari e tematici che si intersecano con essa e dell'altrettanto estrema dilatazione dei suoi limiti cronologici, quasi si ignorasse che la sua precisa individuazione come « concetto [...] è una creazione del Novecento », sebbene tale concetto — come affermato da Merio Scattola, tra gli autori più significativi degli ultimi decenni sul tema della teologia politica — abbia « trovato i suoi

(6) Nel definire la teologia politica come 'sindrome', ho in mente l'analoga definizione presente in H. Blumenberg, *Teologia politica III*, in H. Blumenberg, C. Schmitt, *L'enigma della modernità: epistolario 1971-1978 e altri scritti*, a cura di A. Schmitz, M. Lepper, trad. M. Di Serio, Ottavia Nicolini, Roma-Bari, Laterza, 2012 (ed. or. ted.: *Briefwechsel 1971-1978 und weiter Materialen*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 2007), pp. 113-119, p. 113.

predecessori [già] nell'Ottocento » (7). Di quanto questo secondo aspetto possa dare luogo a rischi interpretativi se sottovalutato sono prova in particolare, tra i testi qui discussi, i due volumi che per primi considereremo, intitolati *The Political Theology of Schelling* e *The Political Theology of Kierkegaard*, entrambi scritti da Saitya Brata Das.

2. *La teologia politica* prima *della teologia politica: Schelling e Kierkegaard.*

In un testo recente di José Luis Villacañas Berlanga, rivolto proprio al contributo di Scattola sul tema della teologia politica, si afferma: « Un concetto di teologia politica che non possiede un uso storico preciso è chiaramente una disfunzione » (8). L'affermazione, pur non riferita direttamente a Das, illustra molto efficacemente una carenza strutturale della sua analisi. Nell'adottare la teologia politica come prospettiva di studio fin dal titolo, i due volumi di Das sembrano infatti, da un lato, ignorare l'esatto quadro storico di riferimento del concetto nella misura in cui non giustificano, neppure brevemente, il perché del suo impiego in relazione ad autori che a tale quadro sono evidentemente estranei e, dall'altro, dare per chiaro e condiviso il significato del concetto di teologia politica, che è e resta invece un'« espressione lessicale ambigua » (9). L'unico accenno all'origine storica del concetto è presente in un passaggio del secondo volume pubblicato in ordine di tempo, quello su Kierkegaard (10). Nel passaggio in questione, dopo aver ricordato come nel fondamentale *Politische Theologie* pubblicato nel 1922 da Carl Schmitt — l'autore a cui è maggiormente legata la fortuna del concetto nella storiografia contemporanea, tanto da esserne stato definito il « padrino » (*godfather*) (11) — la formula 'teologia politica' fosse legata alla discussione della questione della sovranità, Das

---

(7) M. Scattola, *Teologia politica*, Bologna, il Mulino, 2007, p. 26.

(8) J.L. Villacañas Berlanga, *Sul senso epocale della teologia politica. Omaggio a Merio Scattola*, in *Dottrine politiche, concetti, comunità di discorso. In dialogo con Merio Scattola*, a cura di M. Basso, M. Piccinini (=« Quaderni di Scienza & Politica », 10 (2020)), pp. 21-37, p. 23, qui consultato online il 15 febbraio 2022, http://amsacta.unibo.it/6421/1/Quad%2010%20ScattolaDEF-1-1.pdf.

(9) Castrucci, *On the Idea of Potency*, cit., p. 43: « ambiguous lexical expression ».

(10) Das, *The Political Theology of Kierkegaard*, cit., p. 6. La derivazione della formula 'teologia politica' da Bakunin è proposta, più recentemente, anche in S. Newman, *Political Theology: A Critical Introduction*, Medford, MA, Polity Press, 2019, p. 21.

(11) M. Hollerich, *Carl Schmitt*, in *The Blackwell Companion to Political Theology*, a cura di P. Scott, W.T. Cavanaugh, Malden, MA, Blackwell, 2004, pp. 107-122, p. 107.

riprende un'opinione di Heinrich Meier e afferma — del tutto incidentalmente — la derivazione della formula stessa da un'opera di Mikhail Bakunin diretta contro Giuseppe Mazzini (12). Lo spunto, che pure è in linea col tenore dell'affermazione di Scattola riportata poco sopra, non è ulteriormente sviluppato e l'analisi passa immediatamente al tema dello 'stato di eccezione' nell'opera di Schmitt, senza tentare in alcun modo di spiegare il perché della scelta del concetto di teologia politica per la spiegazione della filosofia di Schelling e Kierkegaard e lasciando al lettore il compito di colmare la lacuna. È peraltro singolare che Scattola non sia mai citato da Das, neppure marginalmente, a dispetto dell'utilità che l'inquadramento di lungo periodo offerto dal primo al tema della teologia politica avrebbe potuto avere per un'analisi come quella di Das, focalizzata com'è — per riprendere nuovamente Scattola — su due importanti « predecessori » di quel concetto.

Entrando nel vivo dei due volumi, al di là della diversità dell'autore intorno al quale sono articolati, occorre dire che essi condividono in realtà diversi aspetti comuni. La parziale eguaglianza dei titoli rispettivi e la ripetizione di molti argomenti e del modo in cui sono espressi lasciano anzi intuire un doppio rapporto di derivazione e dipendenza del volume su Kierkegaard da quello su Schelling e danno di conseguenza luogo a criticità analoghe. In entrambi i lavori, Das pone in relazione il filosofo studiato con due questioni tra loro connesse, il tema dei fondamenti teologici del concetto di sovranità e il recente dibattito sulla 'post-secolarizzazione' e sul ruolo della religione nelle società moderne, e tuttavia nessuno dei due volumi offre una vera e propria definizione generale di tali questioni. Esse restano quindi sullo sfondo della trattazione a dispetto dell'utilità che ne avrebbe tratto la comprensione delle diverse altre problematiche affrontate dall'autore, prima fra tutte quella da noi già evocata dell'autonomia o indipendenza dell'età moderna dal passato. La lettura di Schelling e Kierkegaard proposta da Das si caratterizza poi per una forte 'passionalità' e 'partigianeria' nei loro confronti, in parte dovuta al fine delle due monografie, volte a mostrare l'influenza dei due filosofi sul pensiero successivo (qui sembra risiedere il motivo ultimo dell'uso da parte di Das di un concetto tanto fortunato quanto quello di teologia politica), ricorrendo in particolare all'ambito della filosofia francese e tedesca del Novecento (su tali questioni, oltreché sull'Idealismo tedesco, si concentrano principalmente le ricerche di Das). L'adozione di una simile

(12) Per l'opera di Bakunin, citata in maniera imprecisa da Das, v. M. BAKUNIN, *La théologie politique de Mazzini et l'Internationale*, Neuchâtel, Commission de propagande socialiste, 1871; per la sua edizione italiana, v. ID., *La teologia politica di Mazzini e l'Internazionale (1871)* (« Scritti editi e inediti di Michele Bakunin », 1), a cura di P.C. Masini, Bergamo, Novecento grafico, 1960.

prospettiva presenta aspetti insieme positivi e negativi. Da un lato, essa ha il non trascurabile merito di consentire una valutazione del rapporto tra il pensiero politico e religioso di Schelling e Kierkegaard e quello di diverse voci significative della discussione novecentesca a tema normativo. Dall'altro, un tale punto di vista nasconde tuttavia un rischio di appiattimento o di riduzione delle idee dei due filosofi a quegli elementi che più siano — o sembrino essere — in linea con i dibattiti a loro successivi.

Per illustrare quest'ultimo punto, è utile partire dal volume dedicato a Schelling. Il primo elemento a saltare all'occhio è l'assenza di una trattazione delle diverse fasi della speculazione del filosofo tedesco, mentre, al contrario, molti sono i riferimenti alla fase matura del suo pensiero. Ciò è forse dovuto alla struttura e allo sviluppo delle varie parti del volume nella misura in cui a quattro dei sei capitoli in cui esso è diviso è riservato uno spazio minore di quello occupato dall'introduzione, suggerendo in questo modo l'impressione di un mancato approfondimento di importanti questioni del libro. Di Schelling, Das pone in luce soprattutto due aspetti: il primo è la contrapposizione con Hegel, l'altro grande esponente dell'Idealismo insieme a lui e a Fichte; il secondo l'influenza successiva di cui si è poco sopra accennato. Su questo secondo aspetto, già la prefazione al volume, scritta da Gérard Bensussan — uno studioso della filosofia classica tedesca e del pensiero ebraico — cita, partendo dai contenuti dell'analisi proposta da Das, « una particolare linea di eredi, da Kierkegaard a Heidegger, passando significativamente attraverso Bloch, Rosenzweig e persino Benjamin » (13). Fatta questa affermazione, ancora Bensussan così sintetizza il tema portante del libro: « questo lavoro si concentra in modo marcato su quel che, nell'opera di Schelling, viene identificato come una fondamentale, vivente *tensione escatologica*. Una tale escatologia politica [...] conduce [...] a un'opera di rinuncia, distruzione o decostruzione, nelle parole dell'autore [Das], di qualsiasi teologia politica fondata sulla sovranità » (14). Accanto ai nomi già evocati di Kierkegaard, Heidegger, Bloch, Rosenzweig e Benjamin, tra gli altri autori accostati a Schelling compaiono nel libro quelli di Marx, Lévinas, Derrida e Schmitt. A ulteriore sottolineatura del legame tra i due lavori di Das, tutti questi autori figurano anche nel testo su Kierkegaard. Analogo discorso vale

(13) G. BENSUSSAN, *Preface: The Exit and the Event*, in DAS, *The Political Theology of Schelling*, cit., pp. VII-IX, p. VII: « a particular line of heirs, from Kierkegaard to Heidegger, passing notably through Bloch, Rosenzweig and even Benjamin ».

(14) BENSUSSAN, *Preface*, cit., p. VII: « this work focuses in a pronounced manner on what is identified in Schelling's work as a fundamental, living *eschatological tension*. This political eschatology [...] leads [...] to a work of defection, destruction or deconstruction, according to the author's word, of any political theology founded on sovereignty ».

per i collegamenti istituiti tra questi autori, segnatamente per quelli ruotanti intorno ai concetti di 'stato di eccezione', 'decisione' e 'decostruzione', che richiamano — implicitamente o esplicitamente — proprio le teorie di Schmitt e Derrida fondate su di essi. Significativamente, attraverso il primo dei tre concetti, quello di stato di eccezione, peraltro direttamente richiamato, per contrasto, dal titolo del capitolo quinto (« The Non-Sovereign Exception ») del volume su Schelling, Das sembra leggere nel filosofo idealista una risposta *ante litteram* a Schmitt: « Contro la totalizzazione schmittiana del politico (che è una teologia politica dell'eccezione sovrana), la teologia politica radicale di Schelling teorizza un'eccezione a una decisione il cui significato è soltanto 'religioso' » (15).

Al di là della condivisibilità o meno delle posizioni sostenute da Das in entrambi i libri, a illustrare al meglio i meriti e i limiti del suo approccio è un'altra affermazione, questa volta contenuta nel volume su Kierkegaard e riferita al secondo dei concetti menzionati, quello di decisione, in cui esso è rapportato ai temi dell'autorità e della sovranità. Nelle considerazioni che svolge in proposito, Das stabilisce il principale punto d'incontro tra la teologia politica propria di Kierkegaard e quella di Schmitt nella difesa da parte di entrambi di una visione escatologica della storia:

> Il regno della realtà è colmo di potenziali svolte escatologiche: una simile visione escatologica della storia fa di Kierkegaard e Schmitt dei teorici della trascendenza che si sono rivoltati contro tutte quelle illusioni di immanenza divenute 'normative' nell'odierna età dell'assenza delle passioni e dell'intensità. In quanto teorici della trascendenza, essi sono entrambi teologi politici dell''autorità' (16).

Eppure, proprio nel punto di maggiore convergenza tra le due forme di teologia politica emergerebbe — a detta di Das — una differenza fondamentale tra Kierkegaard e Schmitt:

> mentre la teologia politica di Schmitt, in modo contro-rivoluzionario, cerca di legittimare l'immagine della sovranità come la vera immagine dell'*aucto-*

---

(15) DAS, *The Political Theology of Schelling*, cit., p. 93: « Against the Schmittean totalisation of the political (which is a political theology of sovereign exception), Schelling's radical political theology thinks an exception and a decision that has only 'religious' meaning ».

(16) DAS, *The Political Theology of Kierkegaard*, cit., p. 93: « The realm of actuality is pregnant with potential eschatological breakthrough: this eschatological vision of history makes both Kierkegaard and Schmitt thinkers of transcendence who have turned against all illusions of immanence that has become 'normative' in the contemporary age of passionlessness and intensity. As thinkers of transcendence, they are both political theologians of 'authority' ».

> *ritus* [*sic*] (facendo così appello a una fondazione teologica — 'cattolica' — per la sua legittimazione), Kierkegaard cerca la delegittimazione di qualsiasi immagine dell'*auctoritus* [*sic*] sul piano terreno del *nomos* nel nome dell'*auctoritus* [*sic*] divina che governa, non per *potestas* ma per *agape*, nella misura in cui i veri eredi del regime escatologico sono non i sovrani dello Stato e della Chiesa, ma i martiri e gli apostoli (17).

In questa radicale diversità, Das sembra in qualche modo ravvisare da parte di Kierkegaard — similmente a quanto visto di Schelling in relazione al concetto di stato di eccezione e anche qui in ovvio anticipo sui tempi — una risposta a Schmitt, nella misura in cui il primo, muovendosi su basi esclusivamente religiose e non allo scopo di fornire una spiegazione teologica del concetto di sovranità, 'smaschererebbe' la finta trascendenza della teologia politica del secondo: « In tale senso profondo, secondo la visione escatologica kierkegaardiana della teologica politica, la trascendenza di Schmitt dovrà considerarsi ancora come immanenza se non, nell'ipotesi peggiore, come falsa trascendenza » (18).

Entrambi i due accostamenti con l'opera di Schmitt ora incontrati chiariscono il rischio di riduzione o appiattimento dell'opera di Schelling e Kierkegaard a quegli elementi dei dibattiti novecenteschi studiati nei due volumi di Das. Ciò emergerà in maniera evidente laddove si consideri, relativamente al primo dei due aspetti caratterizzanti il volume su Schelling, ovvero il rapporto della sua filosofia con quella di Hegel, un riferimento operato da Das al terzo concetto citato più sopra, quello di decostruzione: « Lungi dal vedere lo Stato come un'immagine dello spirito al pari di Hegel, Schelling offre [...] una decostruzione escatologica della politica, su base storica e terrena, incarnata nello Stato. Lo Stato è pensato in quanto precario e mortale, fragile e transitorio, non in quanto luogo ove la scaltrezza della Ragione si realizza per via di opposizione » (19). Allo stesso tipo di considerazioni

---

(17) Ivi, pp. 93-94: « while Schmitt's political theology, in a counter-revolutionary manner, seeks to legitimate the figure of sovereignty as the true figure of *auctoritus* [*sic*] (thereby appealing to the theological — 'Catholic' — foundation for its legitimation), Kierkegaard seeks delegitimation of all figures of *auctoritus* [*sic*] on the worldly order of *nomos* in the name of divine *auctoritus* [*sic*] that rules, not by *potestas* but by *agape*, the true heirs of this eschatological regime being not the sovereigns of the state and the Church but the martyrs and the apostles ».

(18) Ivi, p. 94: « In this profound sense, in the Kierkegaardian eschatological vision of political theology, Schmitt's transcendence will still be considered as immanence; or, at worst, it is a false transcendence ».

(19) DAS, *The Political Theology of Schelling*, cit., p. 23: « Far from seeing the state as a figure of the spirit as Hegel did, Schelling offers [...] an eschatological deconstruction of the world-historical politics embodied in the state. The state is thought

risponde l'esame delle posizioni di Schelling in relazione alla questione della metafisica e al suo posto nell'Idealismo. Il carattere 'appassionato' della lettura offerta da Das sembra qui avere la meglio sulla scientificità dell'analisi: « Schelling [...] è anche il teorizzatore dell'insufficienza e della dissoluzione — è nel suo pensiero che duemila anni di metafisica occidentale si fanno *epocali*. In questo senso ristretto, Schelling non fu mai un idealista tedesco puro e semplice » (20). Il venire meno della scientificità dell'analisi è anzi tale da portare Das ad affermare allo stesso tempo l'appartenenza e il superamento da parte di Schelling delle istanze della metafisica e dell'Idealismo:

> È Schelling che, mentre appartiene all'Idealismo tedesco e alla metafisica occidentale, *sempre già* in qualche modo ne sfugge e in qualche modo li ha già superati. [...] Eppure, nel creare questa metafisica occidentale chiamata 'Idealismo tedesco', Schelling ha, allo stesso tempo, scatenato le forze della dissoluzione e dell'insufficienza in termini più che mai incerti, costantemente cambiando terreno, incessantemente *disfacendo* quel che è appena stato creato (21).

Una definizione generale delle due grandi questioni del volume, quelle della sovranità e della post-secolarizzazione, avrebbe senz'altro giovato al tentativo dell'autore di collegare Schelling e Kierkegaard al dibattito novecentesco su tali temi. Alla luce delle criticità evidenziate, è lecito domandarsi se una tale assenza possa dipendere, oltre che da una mancata o ridotta conoscenza delle due questioni nei loro contenuti giuridici di base, anche da un problema più a monte. In che modo, ponendo a confronto due epoche diverse a partire da una prospettiva, quella della teologia politica, *stricto sensu* valida solo per una di esse, è possibile evitare il rischio, sovrapponendole, di dare vita a una dilatazione dei rispettivi confini temporali snaturandone o confondendone i relativi orizzonti concettuali e storico-culturali? Senza che ciò equivalga a una risposta certa, va a merito di Das l'aver tentato di riconoscere alle teorie di Schelling e Kierkegaard — e soprattutto a quelle del primo, in

---

as precarious and mortal, fragile and transient, not as the site where the cunning of Reason realises itself via its opposite ».

(20) Ivi, p. 19: « Schelling [...] is also the thinker of destitution and dissolution — it is in his thought that two thousand years of Occidental metaphysics becomes *epochal*. In this strict sense, Schelling was never a German Idealist pure and simple ».

(21) *Ibidem*: « It is Schelling who, while belonging to German Idealism and to Occidental metaphysics, *always already* somehow escapes it and has already somehow exceeded it. [...] And yet, by instituting this speculative metaphysics called 'German Idealism', Schelling has, at the same time, unleashed the forces of dissolution or destitution in such uncertain terms, by constantly changing terrains, by incessantly *unworking* that which has just come to be instituted ».

virtù di quanto si è detto sul rapporto di dipendenza del volume dedicato al secondo — un valore 'orientativo' ad una migliore comprensione dei dibattiti novecenteschi. Questo aspetto positivo è tuttavia controbilanciato dalla carenza di scientificità dell'analisi offerta da Das e dalla mancanza in essa di una forte sensibilità storica in grado di mostrare all'autore, in maniera più netta di quanto non avvenga nei due volumi, la distanza tra le due epoche da lui considerate.

3. *L'idea di potenza quale fondamento teologico-politico della civiltà occidentale.*

Spostando la nostra attenzione al terzo volume qui discusso, scritto dal filosofo del diritto e studioso del pensiero giuridico e politico Emanuele Castrucci e intitolato *On the Idea of Potency: Juridical and Theological Roots of the Western Cultural Tradition*, ne emerge immediatamente una ben diversa coscienza da parte dell'autore degli aspetti giuridico-politici della questione da lui toccata. Come per i due temi studiati da Das, anche quello della potenza affrontato da Castrucci in questo volume è un concetto fondamentale per la comprensione della tradizione giuridica occidentale. Che l'analisi del concetto sia volta a privilegiarne le ricadute in chiave giuridico-politica è precisato dall'autore stesso già in un passaggio importante delle prime pagine dell'opera: « La base di ogni problema teologico-politico è [...] il concetto filosofico-teologico di potenza (*potentia*), nella sua analogia strutturale e funzionale con il concetto giuridico-politico di potere (*potestas*) » (22). Altrettanto importante è l'indicazione, contenuta nella prefazione, della derivazione duplice del concetto di potenza: dalla filosofia greca di epoca classica e dall'esegesi ebraica dei testi sacri. Nell'individuare nel cristianesimo il punto di unione tra le due genealogie, apparentemente « due universi tra loro del tutto estranei » (23), l'autore fornisce alcune considerazioni importanti su quella che sarà la sua direzione d'analisi: « su di un piano storico è in effetti esistito un legame tra queste diverse aree, ed esso ha segnato il destino dell'Occidente. [...] Il cristianesimo ha costituito per millenni [...] una congiunzione tra due mondi tra loro finora estranei: la filosofia greca e la rivelazione biblica. E ha dato forma [...] a un'intera civiltà: la nostra, che volge ora al tramonto » (24). A

(22) CASTRUCCI, *On the Idea of Potency*, cit., p. 8: « The basis of every theological-political problem is [...] the philosophical-theological concept of potency (*potentia*), in its structural and functional analogy with the juridical-political concept of power (*potestas*) ».

(23) Ivi, p. IX: « [t]wo completely unrelated universes ».

(24) *Ibidem*: « on a historical plane there indeed existed a link between these disparate areas, and it marked the destiny of the West. [...] Christianity has constituted

delimitare lo scopo di questo libro, ovvero a indicarne il punto di arrivo, è soprattutto quest'ultima frase, in cui sono richiamate esplicitamente l'idea di civiltà — da intendersi come 'civiltà occidentale' — e la convinzione che la sua storia stia oggi attraversando la sua fase conclusiva. « I modi in cui questo concetto », aggiunge Castrucci, riferendosi ancora al concetto di potenza, « con le sue varie questioni teoretiche, è riflesso nel mondo a noi contemporaneo — e precisamente nel presente in cui viviamo [...] prelude alla fine dell'Occidente, inteso come orizzonte in cui abbiamo vissuto fino ad adesso » (25). Tra gli autori evocati in queste dense pagine iniziali e che assumono una particolare rilevanza nell'economia dell'intero volume, rinveniamo nuovamente Schmitt — sul quale verte una gran parte delle pubblicazioni di Castrucci e che contribuisce a dare a questo volume una forte connotazione politico-ideologica —, insieme a pensatori del calibro di Duns Scoto, Tommaso d'Aquino, Ockham, Leibniz e Spinoza.

Per comprendere quanto una simile pleiade di autori sia centrale per i temi affrontati da Castrucci, basti considerare le considerazioni da lui svolte nel capitolo terzo, relativo alla distinzione tra *potentia Dei absoluta* e *potentia Dei ordinata*, che assume valore decisivo ai fini del libro. Tra le questioni più rappresentative e durature nella storia delle idee medioevali e della prima età moderna, tale distinzione assume nel corso del tempo una notevole diversità di significati: se, in origine, essa è parte dell'indagine teologica sugli attributi divini e coincide perlopiù con il problema dell'onnipotenza divina, il suo processo di elaborazione concettuale ne determina in seguito l'adozione anche nell'ambito del diritto (26). Applicata a tale ambito, essa diviene uno dei modelli

---

for millennia [...] a juncture between two hitherto unrelated worlds: Greek philosophy and biblical revelation. And it has formed [...] an entire civilisation: ours, which is now ending ».

(25) Ivi, p. XI: « The ways in which this concept [potency], with its various theoretical issues, is reflected in our contemporary world — and precisely in our present historical period [...] preludes the end of the West, understood as a [*sic*] horizon we have inhabited until now ».

(26) Con riferimento al valore giuridico della distinzione tra *potentia Dei absoluta* e *potentia Dei ordinata*, v. in part. i due volumi *The Theology of* potentia Dei *and the History of European Normativity*, cit.; Sit pro ratione voluntas. *L'âge moderne de la norme et la métaphysique de la volonté*, a cura di M. Traversino Di Cristo, Paris, Cerf, 2019. Per un esame più approfondito della distinzione e per ulteriori riferimenti bibliografici alla prolifica letteratura che si è cimentata sull'argomento, rinvio a due miei studi, dal titolo *Diritto e teologia alle soglie dell'età moderna. Il problema della* potentia Dei absoluta *in Giordano Bruno*, pref. D. Quaglioni, Napoli, Editoriale Scientifica, 2015 e *Against the Backdrop of Sovereignty and Absolutism: The Theology of God's Power and Its Bearing on the Western Legal Tradition, 1100-1600*, Leida, Brill, 2022.

principali — se non il modello principale — per la discussione giuridico-politica intorno alla nozione di potere e ai suoi limiti, discussione alla quale appartiene anche il moderno concetto di sovranità. In termini assai generali, molti dei pensatori — e non solo i teologi — che ricorrono alla distinzione, lo fanno per enfatizzare due aspetti: da un lato, su di un piano 'ordinario', la natura riflette la libertà di scelta di Dio al momento della creazione dell'ordine contingente; dall'altro, sul piano dell'assolutezza divina e della salvezza ultraterrena, Dio è da ritenersi tuttora libero nella sua azione, per definizione inscrutabile ed estranea al piano della moralità umana. L'esordio del capitolo, pur non citando ancora espressamente la distinzione tra *potentia Dei absoluta* e *potentia Dei ordinata*, dà un'idea di quanto questi elementi siano determinanti per il libro: « 'La scelta di Dio' [...] corrisponde a ciò che sul piano filosofico è la costituzione dell'Essere in quanto contingenza da parte della sola sostanza necessaria. [...] Soltanto questa personificazione di Dio quale *forza costitutiva* originaria rende possibile [...] uno sviluppo politico-teologico » (27). Un tale sviluppo è inteso « in forma di un'analogia [...] che assoggetta alla stessa legge insieme i movimenti della potenza divina e le umane potenze » e « produce l'effetto di annullare l'incommensurabilità della potenza divina, riducendola alla limitata commensurabilità delle azioni che traggono origine da *un'entità*, non differente nella sua essenza (sebbene qualificata come 'suprema') da altre entità » (28). Castrucci sta qui affermando, in altri termini, come dall'indagine scolastica sugli attributi divini consegua, per via di un'analogia politico-teologica, che l'azione umana possa essere spiegata secondo le medesime regole individuate per quella divina. L'autore non si limita a questo, ma inverte la direzione dell'analogia: « Ciò ha l'ulteriore risultato di autorizzare l'applicazione a Dio di distinzioni metafisiche fondamentali che caratterizzano la natura comune delle entità, come quelle tra volontà e intelletto, essenza ed esistenza, etc. » (29).

---

(27) CASTRUCCI, *On the Idea of Potency*, cit., p. 25: « 'God's choice' [...] corresponds to what on the philosophical plane is the constitution of Being as contingency on the part of the only necessary substance. [...] Only this personification of God as original *constitutive force* makes possible [...] a political-theological development ».

(28) *Ibidem*: « as an analogy of Being and yoking together under the same law the motions of divine potency and human potencies »; « the effect is produced of nullifying the incommensurability of divine potency, lowering it to the modest commensurability of actions originating from *an entity*, no different in its essence (although qualified as 'supreme') by [*sic*] other entities ».

(29) *Ibidem*: « This has the further result of authorising the application to God of fundamental metaphysical distinctions that characterise the common nature of entities, such as those between will and intellect, essence and existence, etc. ».

Al di là di ogni possibile considerazione sulla visione politico-ideologica sottesa a questo volume — si veda, a titolo di esempio il *Corollary III*, intitolato *Rhetoric of Ethical Universalism: Jürgen Habermas and the Dissolution of Political Realism* — e dell'interesse suscitato dalla sua lettura, stupisce che, in relazione alle questioni esaminate o più in generale in relazione al quadro teologico-politico che il libro si propone di offrire, Castrucci sembri ignorare o perlomeno non citi alcuni autori che hanno significativamente contribuito a chiarire temi e ambiti da lui trattati o ad essi strettamente affini, tra i quali — solo per citarne alcuni — Amos Funkenstein, Luca Parisoli, Miguel Ángel Granada e Diego Quaglioni ([30]). Un analogo discorso vale per le fonti primarie, laddove si consideri la totale assenza di riferimenti a pensatori tanto importanti quanto i giuristi della tradizione di diritto comune dell'Europa medioevale o Jean Bodin, il padre del concetto moderno di sovranità. Sebbene ciò sia in parte comprensibile in ragione dell'estraneità di alcuni di questi autori all'ambito di interessi di Castrucci, un esame di tale letteratura — similmente a quanto visto per i due volumi di Das, sebbene in maniera meno consistente — avrebbe certamente giovato al volume.

4. *Il concetto di secolarizzazione quale elemento rappresentativo della civiltà occidentale.*

Spostando la nostra attenzione all'ultimo volume qui affrontato, il libro *Political Theology: Demystifying the Universal* di Marinos Diamantides e Anton Schütz, è opportuno tornare brevemente su quanto affermato nelle battute iniziali. Nella sua valenza normativa più che strettamente giuridica, la teologia politica pone in gioco la questione dell'eredità che l'evoluzione storica del cristianesimo in Occidente, da fenomeno pubblico a privato, ha lasciato alle società secolarizzate d'età contemporanea, ovvero di quale sia l'esito conclusivo dei cambiamenti nel ruolo

---

([30]) A titolo di esempio, v. A. FUNKENSTEIN, *Theology and the Scientific Imagination from the Middle Ages to the Seventeenth Century*, Princeton, NJ, Princeton University Press, 1986, in part. pp. 124-152; L. PARISOLI, *La philosophie normative de Jean Duns Scot*, Roma, Istituto Storico dei Cappuccini, 2001; M.Á. GRANADA, *Il rifiuto della distinzione tra* potentia absoluta *e* potentia ordinata *di Dio e l'affermazione dell'universo infinito in Giordano Bruno*, in « Rivista di storia della filosofia », 49 (1994), pp. 495-532; Potentia Dei. *L'onnipotenza divina nel pensiero dei secoli XVI e XVII*, a cura di G. Canziani, M.Á. Granada, Y.C. Zarka, Milano, FrancoAngeli, 2000; D. QUAGLIONI, *I miracoli tra teologia e diritto*, in « Rivista di storia e letteratura religiosa », 43 (2007), 3, pp. 495-505; ID., *La prova del miracolo. Spunti della dottrina di diritto comune*, in *Notai, miracoli e culto dei santi. Pubblicità e autenticazione del sacro tra XII e XIV secolo. Atti del seminario internazionale (Roma, 5-7 dicembre 2002)*, a cura di R. Michetti, Milano, Giuffrè, 2004, pp. 97-114.

rivestito dalla religione oggi. Ciò diviene centrale in questo libro più che nei precedenti nella misura in cui la questione della secolarizzazione, pur già ampiamente presente nei volumi di Das e di Castrucci, sembra fuoriuscire con Diamantides e Schütz dall'ambito prettamente occidentale. A venire in emersione nell'analisi dei due autori — entrambi giuristi dalla forte vocazione pluridisciplinare — è non tanto la capacità da parte del concetto di secolarizzazione di rappresentare la civiltà occidentale moderna quanto, piuttosto, la tensione universalizzante che lo caratterizza e che condiziona l'approccio della civiltà occidentale stessa alle altre forme di civiltà. Quel che più appare determinante per la trattazione di Diamantides e Schütz è l'incontro tra elementi di teoria e storia della normatività nelle viarie connotazioni che abbiamo visto essere sottese al concetto di teologia politica. Il volume è strutturato in otto capitoli: al primo, che ha scopo introduttivo e presenta le premesse argomentative dell'intera trattazione, seguono i successivi, distribuiti in due parti significativamente intitolate « Religions R Us » e « Historicised Political Theology ». Alla prima parte corrisponde un esame centrato maggiormente sull'orizzonte culturale occidentale, sebbene quello orientale, più sviluppato nella seconda parte, non vi sia trascurato del tutto e appaia fin da subito come elemento ineliminabile di confronto alla luce della storia medioevale e del ruolo in essa dei dibattiti dottrinari del cristianesimo. Queste considerazioni segnalano immediatamente la particolare — ma non esclusiva — attenzione prestata nel libro alla religione cristiana, soprattutto nella sua caratterizzazione quale modello teologico-politico delle società occidentali.

La direzione di ricerca seguita da Diamantides e Schütz, chiaramente identificata nel titolo del libro, è bene illustrata già nelle sue prime dense pagine, nelle quali ai concetti di secolarizzazione, modernità e civiltà — da intendersi in questo caso nuovamente nel senso di 'civiltà occidentale' — vengono associate le idee di 'progresso' e di 'emancipazione': « qualsiasi tentativo di fornire un moderno modello occidentale per un tipo convincentemente non-imperiale di civilizzazione globale è stato fin qui fallimentare, esattamente allo stesso modo in cui i molti frutti della modernità che esso ha incoraggiato si sono diffusi, o sono almeno conosciuti, ovunque » (31). Tra questi frutti vi sono evidentemente i diritti e le libertà cui l'Occidente è pervenuto nel corso di un'evoluzione storica via via più complessa del proprio modello di civiltà, ma questa evoluzione « ha anche promosso », nelle parole dei due autori, « il mito di una Volontà sovrana che impone un

(31) DIAMANTIDES, SCHÜTZ, *Political Theology*, cit., p. 1: « all attempts to provide a modern Western model for a convincingly non-imperial type of global civilisation have so far failed, just as the many fruits of the modernity it has fostered have spread, or at least are known, everywhere ».

dovere morale universale di lavorare per il 'progresso' » che è divenuto « spesso occasione di danni collaterali seriali il cui esito consiste, come perlopiù avviene, nella perdita di un'altra e poi un'altra ancora diversa forma di vita » (32). Quest'ultima affermazione e soprattutto il riferimento al 'danno collaterale' consistente nella perdita — o nel sacrificio — di un piano di valori 'differente' o 'alternativo' rispetto a quello occidentale lasciano intuire come dietro alle idee di emancipazione e progresso portate avanti dall'Occidente siano in realtà all'opera la rivendicazione di una distinzione dagli altri orizzonti culturali e la pretesa di essere a loro superiore:

> l''Occidente' continua a distinguere se stesso 'dal resto', non più in quanto padrone coloniale, ma pur sempre come *primus inter pares*, a causa della sua cieca fiducia nella nozione ideologica di progresso cumulativo e della sua concomitante indifferenza nei confronti del danno collaterale prodotto, spesso in modo non intenzionale, nel corso delle molte iniziative da lui promosse per cercare di guidare il mondo al 'progresso' (33).

Tra i molti spunti di analisi che il libro offre, di particolare significato sono le considerazioni del capitolo quinto relative al superamento della prospettiva teologico-politica più influente nel Novecento — la già incontrata prospettiva schmittiana — e le osservazioni del capitolo settimo riguardanti il recente dibattito sulla post-secolarizzazione. Altrettanto se non maggiormente significative sono le riflessioni del capitolo secondo sul tema della sovranità per rapporto al concetto di 'negeschatology' — termine coniato in questo libro — e quelle del capitolo sesto, nelle quali viene tentato uno « studio archeologico » (34) dei danni collaterali che il cristianesimo occidentale avrebbe prodotto nel suo rapporto con altri modelli teologico-politici. In relazione alla 'negeschatology', la creazione e utilizzo di tale termine tendono evidentemente a mostrarne la totale alterità rispetto all'escatologia, « l'orizzonte delle ultime cose ancora a venire » (35), e non appare secondario che la sua discussione sia legata a quella del concetto

---

(32) *Ibidem*: « it has also promoted the myth of a sovereign Will imposing a universal moral duty of working for 'progress' »; « often the site of serial collateral damage, ending up, as most frequently it does, with the waste of yet another specific form of life ».

(33) *Ibidem*: « the 'West' continues to distinguish itself 'from the rest', no longer as colonial master, but still as *primus inter pares*, on account of its blind trust in the ideological notion of cumulative progress and its concomitant indifference to the collateral damage produced, often unintentionally, in the course of its many initiatives that seek to lead the world to 'progress' ».

(34) Ivi, p. 127: « archaeological survey ».

(35) Ivi, p. 25: « the horizon of the last things to come ».

di 'oikonomia', ovvero di governo umano, « comprensivo a un tempo di volontà e gestione sovrana » (36), che il libro considera alla luce delle posizioni espresse sul tema da Giorgio Agamben (37). Già in relazione a queste tematiche emergono alcuni elementi utili a comprendere in quale rapporto il modello teologico-politico costituito dal cristianesimo occidentale si ponga con altri modelli confliggenti, sebbene sia altrove che ciò appare più evidente, come in un'affermazione del capitolo sesto in cui la discussione è nuovamente riferita alla modernità: « Abbiamo insistito sulla peculiarità cristiana/post-cristiana tra le grandi religioni, in special modo nella sua versione occidentale, al fine di descrivere lo stato corrente della modernità e le specifiche rimanenze o rovine teologiche che essa deve continuamente lasciarsi dietro per assicurare la riproduzione della sua esistenza processuale » (38).

5. *Qualche considerazione ulteriore.*

Su queste ultime considerazioni sembra agire qualcosa di simile, sebbene con esiti meno pessimistici e in un quadro politico-ideologico ben diverso, a quanto sostenuto da Castrucci in merito alla crisi dei valori « dell'Occidente, inteso come orizzonte in cui abbiamo vissuto fino ad adesso » (39). Rispetto al testo di Castrucci, come pure rispetto a quelli di Das, il carattere comparativo dell'analisi di Diamantides e Schütz conferisce tuttavia al loro volume una maggiore efficacia rappresentativa del rapporto tra la teologia politica in quanto problema storico-giuridico e la questione della modernità. L'idea di un'« esistenza processuale » evocata da Diamantides e Schütz relativamente alla seconda sembra denotare — a dispetto dell'esiguità di riferimenti espliciti — una certa affinità delle loro tesi con quelle, ormai classiche, di Harold J. Berman in favore di una continuità della tradizione giuridica occidentale e, più nello specifico, con l'idea che tale continuità, fondantesi su un lungo processo di formazione inaugurato dal pontificato di Gregorio VII, ricomprenda al proprio interno la serie di 'grandi

---

(36) Ivi, p. 10: « comprising both sovereign will and management ».

(37) G. AGAMBEN, *Il regno e la gloria: per una genealogia teologica dell'economia e del governo*, Vicenza, Neri Pozza (serie « Homo sacer », II, 2), 2007.

(38) DIAMANTIDES, SCHÜTZ, *Political Theology*, cit., p. 163: « We insisted on the Christian/post-Christian peculiarity among the great religions, especially in its occidental version, in order to describe the current state of modernity and the specific theological remainders or ruins that it must continuously leave behind in order to assure the reproduction of its processual existence ».

(39) CASTRUCCI, *On the Idea of Potency*, cit., p. XI.

rivoluzioni' sorte in Occidente nel millennio successivo a tale pontificato (40).

Ad ogni buon conto, al di là delle diverse sensibilità sul tema della teologia politica emergenti nei quattro volumi esaminati e dei limiti evidenziati, l'ambito pluridisciplinare in cui essi si muovono attraverso la prospettiva offerta dalla teologia politica ha un duplice merito: da un lato, esso mostra le potenzialità intrinseche a un approccio non esclusivamente 'settoriale' e 'specialistico' all'ambito della storia del diritto, ovvero non limitato ai soli giuristi e ai soli elementi giuridici strettamente intesi; dall'altro, così facendo, va nella direzione di un recupero della tradizione giuridica occidentale secondo una prospettiva più fedele al processo plurisecolare della sua formazione e allo spirito più latamente normativo in cui essa si formò, nel quadro politico e culturale premoderno, quadro ben distante, per spirito e vocazione, da quello giuspositivistico a cui l'età contemporanea ci ha abituato.

Ciò sembra confermare quanto affermato relativamente ai tre spunti di riflessione incontrati all'inizio di questo saggio: la stretta parentela di tipo 'vichiano' tra l'ambito della teologia e della religione e quello del diritto e della politica; all'interno di tale parentela, la caratterizzazione del rapporto tra Occidente e cristianesimo quale « fatto di civiltà » (Calasso), al punto che la loro separazione è leggibile come una sorta di « trauma » (Pasolini). Concentrandoci, a fronte di quanto analizzato, sulle ricadute storico-giuridiche della prospettiva teologico-politica adoperata nei quattro volumi discussi, non si avrà difficoltà a riconoscere l'origine pluridisciplinare del concetto moderno

---

(40) H.J. Berman, *Law and Revolution: The Formation of the Western Legal Tradition*, Cambridge, MA, Harvard University Press, 1983 (ed. it.: *Diritto e rivoluzione: le origini della tradizione giuridica occidentale*, trad. E. Vianello, Bologna, il Mulino, 1998) e Id., *Law and Revolution*, *II: The Impact of the Protestant Reformations on the Western Legal Tradition*, Cambridge, MA, Harvard University Press, 2004 (ed. it.: *Diritto e rivoluzione, II: L'impatto delle riforme protestanti sulla tradizione giuridica occidentale*, a cura di D. Quaglioni, Bologna, il Mulino, 2010). Per quanto da me affermato in merito alle tesi sostenute in questi due volumi, ho in mente soprattutto l'introduzione al secondo, pp. 1-28, p. 14: « Each of the Great Revolutions transformed the Western legal tradition but ultimately remained within it » (l'affermazione è ripetuta, quasi negli stessi termini ivi, p. 28). Sulla definizione di tradizione giuridica occidentale di Berman, il suo concetto di comparazione e la loro rilevanza per la letteratura scientifica corrente, v. T. Duve, *Law and Revolution — Revisited*, in « Zeitschrift des Max-Planck-Instituts für europäische Rechtsgeschichte »/« Journal of the Max Planck Institute for European Legal History », 21 (2013), pp. 156-159 e Id., *Legal Traditions: A Dialogue between Comparative Law and Comparative Legal History*, in « Comparative Legal History », 6 (2018), 1, pp. 15-33. I riferimenti a Berman contenuti in Diamantides, Schütz, *Political Theology*, cit., sono alle pp. 70 e 98 e p. 43, nota 237.

di sovranità e di quello di potenza così come la loro stretta connessione con il concetto di secolarizzazione. I mutamenti politico-istituzionali che caratterizzano il progressivo e graduale formarsi dello Stato moderno e la sua altrettanto progressiva e graduale avocazione di spazi nella sfera pubblica prima detenuti dalla religione determinano il ricorso, e la modifica, di idee già presenti nella tradizione di pensiero dei secoli precedenti. Lungi dal costituire delle novità assolute e pur emancipatesi dall'originario quadro di riferimento, le dottrine giuridiche della piena modernità giuridica, ereditate e ulteriormente sviluppate nell'attuale società secolarizzata occidentale, ci si presentano pertanto come il frutto di un lungo percorso evolutivo comune, nella sua fase iniziale, all'ambito della teologia. Di ciò soprattutto la distinzione tra *potentia Dei absoluta* e *potentia Dei ordinata* incontrata nel testo di Castrucci è sintesi perfetta nella misura in cui essa mostra appieno, al di là di ogni successiva separazione, la forte affinità alla base del rapporto tra sfere del sacro e del temporale.

Testimonianze

ANDREA SIMONCINI

VILLA RUSPOLI, SPAZIO PRIVILEGIATO PER LA FORMAZIONE DEI GIURISTI DEL FUTURO

Oggi ci troviamo assieme per aprire nuovamente al pubblico la storica sede di Villa Ruspoli, dopo un lungo periodo di chiusura che si è reso necessario per consentire importanti lavori di ristrutturazione: nuova climatizzazione e riqualificazione delle sale, nuovo arredamento e dotazione delle attrezzature multimediali completamente rinnovata, infine ristrutturazione completa dei servizi igienici; il recupero si completerà con i prossimi lavori di manutenzione della facciata esterna. Ai lavori di Villa Ruspoli andranno, poi, aggiunti quelli avviati nel Campus delle Scienze Sociali a Novoli e che prevedono il restyling complessivo dell'ingresso al piano terra e la ristrutturazione di due aule al primo piano (che verranno trasformate, l'una in *court-room* — una sala che riproduce un'aula di tribunale — e l'altra in un'aula per le mediazioni). L'ambizione è quella di poter destinare una sede « fisicamente » dedicata alla didattica innovativa del diritto, pilastro centrale del progetto di eccellenza del Dipartimento giuridico fiorentino.

L'evoluzione dell'insegnamento delle scienze giuridiche vede un ruolo sempre più significativo e cruciale della didattica cosiddetta *esperienziale*, quella didattica, cioè, che alla parte di inquadramento teorico, fondamentale ed irrinunciabile nella formazione del giurista, affianca in maniera coordinata ed altrettanto imprescindibile, l'« *imparare facendo* » e, quindi, la concreta sperimentazione pratica ed applicativa delle nozioni studiate.

Questa preziosa innovazione della nostra offerta didattica ormai rappresenta un carattere distintivo per lo studio della giurisprudenza a Firenze e presuppone, in primo luogo, docenti aggiornati e capaci di utilizzare queste nuove forme comunicative.

Ma la continua innovazione della didattica passa anche per i luoghi, per gli spazi e per gli ambienti in cui si studia e si insegna.

Mai come in questi mesi di distanziamento a causa della pandemia abbiamo avuto modo di riflettere sul ruolo insostituibile per la nostra università (e direi per l'università in quanto tale) svolto dalla *didattica tra presenti*, intesa come azione comunicativa, come relazione umana, dunque, fenomeno inevitabilmente sociale.

Proprio per questo, la ricerca e la didattica del futuro chiedono sempre più, non solo docenti e ricercatori all'altezza dei compiti, ma anche spazi, luoghi ed infrastrutture adeguate.

È per questa ragione che il recupero strutturale e funzionale di Villa Ruspoli ha per il nostro Dipartimento un significato affatto particolare.

Non si tratta di un evento da ricordare soltanto perché la Villa torna così a restituire una risorsa preziosa e prestigiosa al patrimonio dell'Ateneo, ma, innanzitutto, perché essa ha per la nostra Facoltà, ed oggi il nostro Dipartimento, un valore del tutto peculiare.

La storia di questa Villa, della Sala Rossa in cui ora ci troviamo, della sua biblioteca, degli spazi e degli incontri che qui si sono svolti, è legata inscindibilmente ad una dimensione dello studio e dell'insegnamento del diritto che è proprio della nostra università, ad uno « stile fiorentino » nella ricerca e nella educazione giuridica, che ne rappresenta un carattere identitario e qualificante.

Mi riferisco, ovviamente, alla dimensione *storica* dello « studio » del diritto, utilizzando qui il verbo « *studiare* » in tutta la sua valenza, tanto di analisi e ricerca, quanto di insegnamento ed apprendimento. Dimensione storica che deve al prof. Paolo Grossi il contributo magisteriale e fondativo insostituibile, così come ai tanti ed autorevoli colleghi dell'area storico-giuridica, la prosecuzione straordinariamente feconda di questa sua prima radice. Villa Ruspoli rappresenta — direi simbolicamente — per tutti quelli che hanno studiato a Firenze nell'ultimo mezzo secolo, questa radice e questo stile fiorentino.

Sono, dunque, felicissimo che oggi a riaprire Villa Ruspoli sia con noi proprio Paolo Grossi che, come avremo modo di ascoltare, è stato in qualche modo all'origine delle circostanze assai particolari che hanno consentito l'acquisizione di questa bellissima Villa al

mondo dell'università, tanto in senso materiale, quanto in senso culturale e scientifico.

Ma voglio anche ricordare che il contributo del prof. Grossi non è stato decisivo soltanto nel far si che, a suo tempo, Villa Ruspoli diventasse una sede universitaria; in realtà, non è mancato il suo apporto e lo stimolo fattivo anche rispetto ai ben più recenti lavori di ristrutturazione.

Posso, infatti, assicurare — ma molti di noi mi sono testimoni — di come, da parte di Paolo Grossi non sia mai mancata né la spinta ideale né l'esortazione, direi pressante, a sostituire l'arredamento della Sala Rossa.

Chi di noi potrà mai dimenticare le famosissime seggiole verdi della sala, così di frequente ritenute dal nostro caro professore emerito, degne di un « cinema parrocchiale di seconda categoria »?

Dunque, nell'inaugurare la nuova veste di Villa Ruspoli, voglio rivolgere ancora un vivo ringraziamento a chi, vivendola ed animandola, ha contribuito a volerla e mantenerla uno spazio privilegiato per la formazione dei giuristi del futuro.

PAOLO CAPPELLINI

VILLA RUSPOLI. UNA MEMORIA PER IL FUTURO

Parlare oggi tra queste mura di Villa Ruspoli, restituita a nuova vita dal restauro reso possibile dai fondi di eccellenza del nostro DSG, vuol dire celebrare anche la vita nova delle istituzioni che lo innervano ed *in primis* del Centro di Studi per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno voluto da chi rese possibile l'acquisizione di questa bellissima villa all'Ateneo fiorentino; colui che è stato al contempo il fondatore di questa seminale iniziativa scientifica: una duplice lungimiranza di visione. E permettetemi quindi di salutare con affetto e riconoscenza a nome di tutti i presenti Paolo Grossi che è qui con noi.

Questa Villa Ruspoli che per molti di coloro che oggi partecipano a questo incontro è carica di ricordi. Ricordi della nostra giovinezza di studenti, visto che allora, quando la nostra era ancora la Facoltà di Giurisprudenza, era anche la sede del Dipartimento di Teoria e Storia del Diritto, nella quale talvolta assistevamo a lezioni e seminari e svolgevamo gli esami. Ma ricordi anche dei nostri primi passi di studiosi e allievi di Paolo Grossi, che non solo vi aveva collocato agli inizi degli anni Settanta dell'ormai secolo scorso la sede dell'appena costituito Centro di Studi, ma l'aveva resa punto di incontro di ricercatori provenienti da tutte le parti del mondo e di organizzazione e riferimento per una serie di convegni e incontri tematici di grande rilievo. Tra tutti vorrei ricordare, dopo il primo, dedicato a *La Seconda Scolastica nella formazione del diritto privato moderno* (Firenze, Palazzo dei Congressi, 17-19 Ottobre 1972), l'altro del 27 e 28 ottobre 1980, al quale mi ricordo di aver partecipato, ricevendone un'impressione decisiva anche nella pro-

spettiva di scelta delle tematiche di ricerca future, da appena laureato, quello *Su Federico Carlo di Savigny*.

E il ricordo va a tanti Maestri che vi intervennero, ci hanno purtroppo lasciato, ma che in realtà sono sempre presenti al nostro cuore e alla nostra mente, come Riccardo Orestano, Franz Wieacker, Giuliano Marini, Michael Stolleis, per non nominarne che alcuni.

Un progetto, quello che ha portato alla fondazione del Centro, e che ci vede qui riuniti per parlare del più recente frutto delle linee di ricerca allora individuate, appunto il volume di Paolo Grossi *Il diritto civile in Italia fra moderno e posmoderno*, che non è possibile circoscrivere in pochi tratti.

Cerco perciò di evidenziarne solo due, che mi paiono tuttavia significativi.

Le parole che possono sintetizzarli sono 'solitudine del giurista' e fiorentinità.

Per la prima darei allora la parola direttamente a Paolo Grossi, che nel 2006 così ricordava l'ispirazione degli inizi: « ho sempre creduto che il nemico culturale fosse la solitudine: del civilista che lavora nella sua stanza, dello storico in un'altra, che tra loro si ignorano e così via. Bisogna creare invece un tessuto connettivo comune nel rispetto delle competenze specifiche (perché quelle debbono restare come garanzia di approfondimento degli specifici terreni) ». Tale convinzione è infatti alla origine della immediata chiamata in causa (e alla collaborazione) della comunità scientifica, che fu anticipatamente realizzata attraverso la diffusione preliminare della prima versione della Pagina introduttiva al « Quaderno » del 1972, come una sorta di 'manifesto-sondaggio', per verificare la tenuta del progetto e le reazioni della comunità dei giuristi.

Perché il tema, sempre ribadito con convinzione e posto al centro della riflessione, è quello dell'unità della figura del giurista: unità nella sua formazione e nella dimensione della sua attività.

Da qui l'identificazione del terreno del dialogo (altra parola chiave) da sviluppare « tra » giuristi, la ribadita identità giuridica della storia del diritto, e, appunto, il pensiero giuridico come punto di riferimento imprescindibile del banco comune di lavoro da istituire.

Come comprese lucidamente Mario Sbriccoli, il compianto allievo maceratese di Paolo, quel dialogo chiamava i giuristi (storici

e positivi) a sedersi insieme realmente al banco di lavoro comune dell'« officina delle cose », e non a occasionali, e magari cortesi, scambi di idee:

> Io credo che il dialogo tra giuristi di cui Lei parla, se inteso e fatto sul serio, possa rappresentare uno dei primi passi per uscire dal problema. Lo stesso fatto di essere costretti — in un'esperienza come quella dei Quaderni — ad uscire dagli esoterismi di categoria, a mutare parzialmente il linguaggio ed a dimettere ricercatezze filologiche ed arzigogolo tecnicistico, sarà per i giuristi di grande aiuto sulla strada che porta fuori dall'isolamento della cultura giuridica. E in questa prospettiva è giusto sottolineare — come Lei fa — che i Quaderni non vogliono essere il luogo fortuito di un dialogo sul pianerottolo tra colleghi cortesi che poi rientreranno ognuno nel proprio appartamento. Bisognerà che il lavoro sia fatto 'seduti assieme'.

Ancora recentissimamente, nel volume L (2021) dei *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, impreziosito da una pagina introduttiva di Giovanni Cazzetta, che ripercorre tutta la vicenda dei cinquant'anni della rivista, organo chiave attorno alla quale si svolge tuttora l'attività di ricerca del Centro, Paolo Grossi è ritornato sulle ragioni della scelta, dopo quella del 'moderno', del richiamo decisivo al 'pensiero giuridico':

> 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. Innanzi tutto, perché la storia del pensiero, assai più che la storia delle istituzioni, offriva un più sicuro tràmite 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'. 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 [...] 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 spazii sconfinati, in un momento — gli anni Settanta — in cui cominciavano a serpeggiare insofferenze verso troppe anguste statualità, nonché tensioni a costruire edificii 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, 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 rilevantissima 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.

Eppoi la 'fiorentinità': una scelta che non ha nulla a che fare con un mero riferimento alla contingente collocazione 'geografica', pur significativa, ma invece un valore altamente simbolico.

Una scelta che all'inizio trovò anche incomprensioni. Basterebbe ricordare che nella fase iniziale di ricerca di un editore — fase difficoltosa anche per la richiesta, essenziale per l'intrapresa intellettuale, che voleva essere fin dal principio internazionale, di poter stampare contributi nelle principali lingue europee, difficoltà poi felicemente superata per la disponibilità della Casa Editrice Giuffrè — e precisamente nel settembre del 1971, un editore fiorentino, e non certo dei minori, mostrò appunto una singolare incomprensione per la denominazione prescelta:

> Anche se non è per ora il caso di entrare nei dettagli, vorrei esprimerLe alcune osservazioni in merito al titolo di questa prevista serie: la parola 'quaderno' è forse un po' limitativa in merito all'importanza e al peso scientifico delle pubblicazioni stesse. Dato che immagino che sulla testata dei volumi apparirà il nome del Suo Istituto, mi sembrerebbe pleonastico aggiungere l'aggettivo 'fiorentino' l'eliminazione del quale consentirebbe di abbreviare il titolo stesso.

Non solo con il senno di poi si potrà salutare la circostanza di come invece felicemente, nonostante tale contrarietà miopemente 'praticista', quella scelta sia stata tenuta fermissima. Scelta felice e

convinta perché legata lucidamente non ad una mera esigenza di radicamento identitario, ma piuttosto al significato profondo della impostazione complessiva 'novatrice', e al valore simbolico di essa.

È ancora Paolo Grossi a ricordarci come quelli fossero gli anni in cui nella Facoltà fiorentina era collega di Giorgio La Pira, e di come la scelta di quell'aggettivo si ponesse in ideale continuità con la visione lapiriana di Firenze « città sul monte », luogo di incontro vocato intimamente ad un dialogo di fedi, visioni del mondo, percorsi e radici comuni e universali.

> *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, basàndola 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 vólto e la voce di Firenze, separandola dalla contingenza delle vicende storiche e marcàndola 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 — incardinàtosi 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, immedesimàndosi 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 spaziante, 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 Fi-

> renze 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.

Molto si potrebbe raccontare ancora, presi dall'onda dei ricordi; e molto, se le mura di Villa Ruspoli che ci ospita, potessero parlare, ancora risalirebbe dalle regioni fondative della nostra memoria alla piena coscienza. Ma il ricordo poi vale perché costituisce base del presente ed invito al futuro. Ed è al futuro di una intrapresa lungimirante che vogliamo in conclusione del nostro discorso guardare. Moltissimo lavoro è stato portato a termine. Ma ancora tanto ci attende, ancora terre incognite da esplorare, dialoghi nuovi da avviare in questa epoca così convulsa, a tratti tragica, nella quale proprio « orizzonti amplissimi » ci stanno dinnanzi Ed è per noi motivo di gioia che proprio qui, dove il lavoro è iniziato, ne stiamo parlando insieme a Paolo.

Allora vale forse una volta di più ricordare e riproporre un auspicio che un caro amico del Centro di Paolo, Mario Galizia, ci rivolgeva anni fa, ma che non ha perso nulla della felicità (e non solo di espressione) con la quale fu formulato allora: « Con tanti vivi ringraziamenti, e *auguri per i rossi pensierosi Quaderni color fiamma* ».

Ed è una fiamma che continua ad ardere e ad illuminare.

PAOLO GROSSI

SU 'VILLA RUSPOLI' PATRIMONIO DELL'ATENEO FIORENTINO

Il mio cómpito è di farVi comprendere come e quando l'edificio di Villa Ruspoli, nel quale oggi ci troviamo, sia parte del patrimonio edilizio dell'Università di Firenze; e lo debbo fare io, che fui intieramente coinvolto nella vicenda.

Sono insediato come 'Ordinario' nell'Ateneo fiorentino dal 1° novembre 1966, provenendo dalla Università di Macerata dove rivestivo la carica di Preside. Segnalo un evento singolare carico di futuro: organizzai in quell'appartato Ateneo marchigiano una iniziativa vòlta a puntualizzare quello che in dieci anni aveva fatto (o non aveva fatto, o avrebbe dovuto fare) la neo-nata Corte costituzionale, di cui nel 1966 correva il primo decennio di vita. E invitammo sulla felice collina maceratese i più prestigiosi giuristi italiani: l'internazionalista Balladore Pallieri, il penalista Bettiol, il costituzionalista Lavagna, l'ecclesiasticista Jemolo, il giuslavorista Prosperetti, e altri ancora che non ricordo. Da lì ebbe origine un volume delle pubblicazioni della Facoltà di Giurisprudenza, che raccoglieva i diversi interventi (libro oggi introvabile per il fallimento della Casa Editrice napoletana).

A Firenze aumentava, negli anni immediatamente successivi, la fibrillazione della sempre più aperta e insidiosa contestazione studentesca già fiammeggiante in California, a Parigi, a Francoforte. Da noi regnava soprattutto una grossa confusione sul da farsi, con dialoghi accesi — nell'àmbito dei professori ordinarii — fra oppositori netti e mediatori). Un guaio enorme fu per me che, nel 1972, al termine del triennio presidenziale di Paolo Frezza, malgrado che io fossi il novizio tra gli 'ordinarii', mi fu unanimemente chiesto il sacrificio di accettare il *munus* della Presidenza.

Lo feci e mi caricai sulle spalle il fardello pesante dei difficili rapporti con i cosiddetti *collettivi* dei contestatori attivissimi nella limitrofa Facoltà di Scienze Politiche. Di ciò non vi parlo, perché non ha connessione con l'odierno nostro tema. Vi parlerò, invece, del mio zelo di rendermi conto sino in fondo della complessa situazione della Facoltà; e volli penetrare, con qualche imbarazzo, nel regno appartato e a me ignoto della organizzazione amministrativa, rimanendo colpito dalla insistenza dei funzionarii di utilizzare quanto prima un vecchio 'credito per l'edilizia' fornito dal Ministero per l'Istruzione e riguardante la sola Facoltà giuridica. Il mio predecessore nella Presidenza, Paolo Frezza, prestigioso romanista e uomo di scienza dai molti talenti (fra l'altro, nel lungo soggiorno accademico pisano, era tra quei pochi che avevano tentato di valorizzare il 'Centro di studi corporativi' fondato a Pisa dal Ministro Bottai), era personaggio di grande spessore culturale ma totalmente incapace di calarsi a livello di scelte operative e di applicazioni concrete. Egli aveva, infatti, incautamente ignorato quel prezioso credito per l'edilizia suscitando le inquietudini dei funzionarii.

Io non persi un brìciolo di ulteriore tempo e chiesi (e ottenni) dal Rettore di allora, il matematico Giorgio Sestini, di potermi muovere secondo linee tracciate dal Rettore stesso; il quale, in sostanza, mi dette un solo limite spaziale da non varcare: libero nelle scelte, dovevo, però, mantenermi entro una moderata distanza da piazza San Marco, sede del Rettorato e di parecchi istituti scientifici. Mi mossi con zelo e circospezione, balzàndomi subito agli occhi che una situazione edilizia particolarmente giovevole all'Ateneo si era realizzata con la morte dell'ultimo erede scapolo dell'illustre lignaggio romano/fiorentino dei principi Ruspoli. Trasmigrati in diverse nazioni europee, i Ruspoli avevano voluto consolidare la loro presenza economico/edilizia con due costruzioni fiorentine, una in città, una villa costruita entro la vecchia cinta muraria in un'ampia piazza che, subito dopo la fine del Granducato, venne intitolata all'indipendenza nazionale italiana; l'altra, sull'ameno poggio di Montughi, ideale come quieta residenza campestre.

Gli eredi dell'ultimo Ruspoli fiorentino, gli spagnoli duchi de la Sueca, avevano messo in vendita la villa cittadina, anche perché colpita in tutta la parte seminterrata dal margine estremo della alluvione fiorentina del novembre 1966. Entrai, così, in diretto

contatto con un gentiluomo spagnolo, che mi dimostrò subito concretamente il significato di una autentica *gentilhommerie*. Infatti, quando seppe che l'acquirente era una istituzione universitaria, essendogli gradito che si collocassero in un edificio dei suoi avi alcuni centri di ricerca scientifica, diminuì di parecchio la pretesa iniziale fino ad arrivare al per noi ragionevolissimo approdo dei 450 milioni di lire. Ottimo! Il credito ministeriale avrebbe quasi interamente coperto la somma, né ci sarebbe stato troppo difficile reperire localmente il resto. Capivo di aver procurato un ottimo affare alla nostra Università, così recente (nata solo nel 1924) e così patrimonialmente povera. La villa era abbastanza modesta nella sua veste dimessa di costruzione abbastanza anonima dell'età della restaurazione, ma era protetta da un cospicuo parco, aveva ulteriori edificii pertinenti all'immobile centrale, e — quel che più conta — era a poche centinaia di metri dalla Prefettura e dalla sede del Governo regionale.

Quando — a cose fatte — ripresi i contatti con il Ragioniere Capo per passare alla definizione contrattuale, fui accolto da dei volti immersi in una pesante tetraggine. Era successo quello che i funzionarii fiorentini avevano sempre temuto: constatata la nostra inedia, il Ministero aveva revocato il credito per l'edilizia, dirottàndolo altrove. Era successo che il giovane Ateneo anconitano fosse stato proprio allora massacrato da una terribile scossa sismica e avesse chiesto pronti ausilii al Ministero; né aveva fatto male il Ministro di allora a effettuare la revoca e a creare una nuova operabilità.

Potete comprendere il mio stato d'animo: dall'orgoglio per la vittoria, per il giovane Preside, si era passati a una clamorosa sconfitta. Non ebbi esitazione nell'evitare il rintanamento nello sconforto e nel rimpianto. Occorreva reagire immediatamente, e non certo con le mie povere forze di uno dei tanti giovani professori ordinarii. Puntai su ben altro: ricordai che l'allora Ministro per la Pubblica Istruzione era molto amico di Giovanni Galloni, il più preparato cultore del 'diritto agrario' in Italia, a sua volta mio buon amico, per cui avevo lottato ottenendo il suo inserimento in Facoltà accanto a Emilio Romagnoli. Lo contattai e gli proposi un colloquio diretto a Roma con il Ministro. Galloni, allora prestigioso uomo politico, non solo non si rifiutò, ma ottenne addirittura che il

Ministro ricevesse sia me che lui. Il giovane Preside, lacrimoso per la revoca del credito edilizio, tinteggiò in modo cupo il suo ritorno a Firenze a mani vuote; Galloni, a sua volta, insisté sul fatto che l'acquisto era sostanzialmente già operativo.

Non facciàmola lunga. Il Ministro revocò la revoca a favore di Ancona e nei giorni successivi si passò a Firenze al rogito definitivo. Villa Ruspoli entrava a far parte del patrimonio edilizio universitario fiorentino.

Firenze, 3 dicembre 2021

Abstracts

BERNARDO SORDI, *The paths of comparative law between public and private: a look at the origins*

Comparative law is a product of the last decades of the nineteenth century. The congress organized by Raymond Saleilles at the end of July 1900, in Paris, is a first testament to the international importance of scientific comparison. In particular, the civil law field represents the most fertile ground for « une sorte de droit commun de l'humanité civilisée ». In the public law field, which is also experiencing a growing interest in scientific comparison, unitary designs are not possible yet due to the profound diversity of the individual national histories. In any case, in both fields, scientific comparison is still confined to narrow circles which never cross the border of « civilized nations ». The comparison is not even equal or mutual because it draws upon precise political and cultural hegemonies. Despite its early limitations, scientific comparison kickstarted a process of diffusion of law and legal transplants destined to produce new institutional results in various jurisdictions, in Europe as well as in the US.

TOMMASO GRECO, *Solidarity in law. On the theoretical foundations of institutionalism*

There is an invisible but deep relation between legal thought and the structure of institutions. This link emerges especially in times of crisis. The institutionalist movement arises from the crisis of the modern State and it is based on the awareness of the social roots of the institutions. In this context, Léon Duguit's reasoning takes a special place: his insistence on solidarity as a legal principle represents a particular conception in the context of antiformalist theories and can constitute an interesting point of reference also for contemporary legal science, called to rediscover its not merely descriptive role.

MATTIA VOLPI, *Tocqueville's economic thought and the social critique of capitalism*

This work aims to highlight the anti-capitalistic orientation of Tocqueville's socio-economic and economic-legal thought. In the first section, after having reconstructed the author's economic background, a comparison is drawn with Jean-Baptiste Say and Alban de Villeneuve Bargemon's thought about the themes of capitalism and industrialism, and their limits. In the second section, Tocqueville's positions about two legal and social problems of his period are explored: the phenomenon of pauperism and the debate on the employment rights. Finally, in the last section, starting from the *Démocratie en Amérique*, Tocqueville's sensibility in the conditions of the workmen, as well as the risks for an alienating production model, are brought to light. The result of this research suggests bringing Tocqueville nearer to the critics of the capitalist system, in particular to Marx.

MARIA SOLE TESTUZZA, Ius sensuum *in the theoretical architectures of some legal* dissertationes *of the late seventeenth century*

The aim of this article is to introduce the reading of Samuel Stryk's Treatise *De iure sensuum*. This late 17th-century source is an exemplary historical text for studying the relationship between law and 'human sensitivity' in a context that still makes use of the great experience of the *ius commune* but also measures itself against new inflexible situations and the erosion of the ancient unitary of legal instruction. The study focuses on the advance of modern episteme, which makes the empirical data and the *orbis sensualium* the privileged subject of knowledge and which also calls for new ways of approaching the problem of the scientific nature of jurisprudence.

FRANCESCO SERPICO, « Vitium et crimen valde differunt ». *Secularisation and criminal justice in Christian Thomasius'* De origine processus inquisitorii

Traditional historical writings have often emphasized the fundamental role that Christian Thomasius had in the secularization process of criminal law. His distinction between the juridical field and that of social and individual morality, his criticism of torture and the positions

taken in regards to the persecution of crimes such as heresy and witchcraft have credited his figure as that of a true forerunner of the European penal reformism of the Enlightenment. Without denying the undoubted value of the reforms of the Thomasian project, this paper provides a different perspective by viewing him in a contemporary light, which is aimed at grasping some fundamental traits of his work in close connection with the problems of the context in which it was written, with a specific focus on the dissertation *De origine processus inquisitorii* discussed at Halle in 1711. From this perspective, the analytical enquiry of the origin and the logic of evidence of the inquisitorial trial conducted by Thomasius represented a piece of a broader strategy aimed at establishing some fundamental guidelines on the political role of religion in the institutional set-up of the Prussian principality, where he had been welcomed after the conflicts within the political and academic circles of Leipzig. With the intent of avoiding the inherent risks in an *avant-la-lettre* reading, the aim of this paper is to return the Thomasius' figure to its own time and to contribute to creating a portrait of a philosopher that represented a fundamental point of reference for the juridical culture of the Eighteenth Century.

DOLORES FREDA, *The last taboo: the canonical roots of English administrative law*

The essay, after examining the most recent scholarship on the relationship between administrative law and canon law on one hand, common law and roman-canon law on the other, investigates the possible canonical roots of English administrative law. Re-examining the idea, handed down to us by the European legal tradition, of the absence of an « administrative law » in England at least until the 19th century, it traces the origins of the administrative norms in the country dwelling upon the development of the administrative powers assigned since the 15th century to the justice of the peace. Focusing on the characters of the many and great administrative functions of such a magistrate, which made him a fundamental ganglion of the English local administration, guaranteeing an almost complete monopoly of the administrative activity until the beginning of the 19th century, the article suggests a possible role played by the Church administrative techniques, models and rationality on their origins, modes and development through the centuries.

GIOVANNI CAZZETTA, *Labour in the Constitution: Social pluralism and the unity of the legal system in the thought of Costantino Mortati*

The essay follows the scientific path of Costantino Mortati from the 1930s to the 1970s, from corporatism to the republican Constitution, considering the role attributed to labour in affirming a « substantial » union between society and state, between pluralism and unity. Mortati's entire scientific activity is marked by the problem of the modern state crisis, by the need to overcome the individualistic fragmentation of the liberal state to achieve a legal order capable of effectively uniting an increasingly articulated and complex society. In Mortati's thought, by recognizing social pluralism the republican Constitution 'founded on labour' made the need for social homogeneity more pressing and required to identify legal instruments of integration capable of holding together consistently social pluralism and the unity of the legal system.

RAFFAELE VOLANTE, Ubi feuda, ibi demania. *Towards a study of the fief as a legal system*

The Italian Court of Cassation still affirms a principle: the subjection of a territory to a feudal dominion proves the existence on it of an ancient demesne, the collective property of the residents, open to their essential uses, such as grazing or gathering wood. The essay analyses the principle to show how it is useless to criticise it with the methodology used by historians to study the feud as a medieval institution. *Ubi feuda, ibi demania* is not some artificial vision of the fief, which the judge uses casually for his purposes of the moment: it is a conflict between two legal systems, separated not by space but by time. Faced with determining which rights originating in the feudal system he should terminate following the laws he has to execute, the judge must identify the rights to the land that can be transformed into private property and distinguish them from others. For this purpose, he needs to identify the criteria to base a reference to the ancient law, which is the same operation as he would refer to the law in force in another State, e.g. to assess the validity of a deed. The principle *ubi feuda, ibi demania* thus reveals a dimension of the fief that the methodology of institutional history cannot grasp: that of the fief as a legal system that, in conflict with other systems, produces new institutions.

ADRIAN J. CABRERA BIBILONIA, *Beyond the state of rights. The mestizo state by Alessandro Baratta*

Alessandro Baratta, penal philosopher, considered one of the representatives of the critical criminology movement of neo-Marxist descent, would have built, through his texts published in the 1990s, a whole political theory that sought to find an alternative to both the modern state model and postmodern political philosophy. He decided to call this alternative the Mestizo State. In this essay we will analyze, first, Baratta's critique of the modern State and the postmodern proposal; second, the avatars of his mestizo State, elaborated through a specific interpretation of the discourses of Marx and Freud and a worldly theory of Alliance, as a subversion of the social contract. Alliance that would be the central axis of an inversion of modern paradigms that would be summarized in speaking of the victims and not of the parties of the social contract, in speaking of ourselves as foreigners to ourselves and in speaking of the polycentrism of nature and not of man as the nature's dominator.

KATALIN EGRESI, *The « Little Constitution » in the history of Hungarian constitutionalism*

The Hungarian Constitution of 1946, known as the Little Constitution, is a key point in the Hungarian constitutional history. It transformed the monarchical constitutional framework into a modern republican one. The process of constitution-making and the provisions of the « Little Constitution » were an integral part of the post-World War II constitutional and democratization wave. Despite its transitional character, both the fundamental rights and the status of the President of Republic have been appropriate for the birth of a democratic political system. Although the idea of the republic had its antecedents in Hungarian political thought, it could not prevail over the monarchical system based on the historical constitution and the doctrine of the Holy Crown. The Constitution put an end to centuries of historical constitutionalism. Law 1 of 1946 explicitly declared the invalidity of all of the constitutional provisions related to the earlier monarchical system.

Ragguagli fiorentini

ATTIVITÀ DEL CENTRO DI STUDI PER LA STORIA DEL PENSIERO GIURIDICO MODERNO NELL'ANNO ACCADEMICO 2020-2021

A causa della pandemia di Covid-19 e dei conseguenti provvedimenti presi dall'Ateneo fiorentino per il suo contenimento, l'attività consueta del Centro di studi per la storia del pensiero giuridico moderno di accoglienza e ospitalità nei confronti dei Colleghi italiani e stranieri per soggiorni di studio e ricerca ha subito una notevole contrazione. Tuttavia nel corso dei mesi finali del 2020 il Centro ha comunque potuto avere la grande soddisfazione di finalmente accogliere due amici di lunga data e collaboratori del Centro e della sua Rivista, il prof. Arno Dal Ri Júnior dell'Università Federale di Santa Catarina e il prof. Carlos Petit dell'Università di Huelva, che avevano dovuto rinviare l'anno precedente il loro soggiorno fiorentino, anche in qualità di Visiting presso il Dipartimento di eccellenza di Scienze Giuridiche.

È stato pubblicato il volume L (2021) dei « Quaderni fiorentini », numero monografico (*Il pluralismo giuridico: paradigmi ed esperienze*) con una pagina introduttiva di Giovanni Cazzetta dedicata anche ai Cinquant'anni dei Quaderni, e inoltre con saggi di Pietro Costa, Francesco D'Urso, Andrea Salvatore, Luigi Nuzzo, Martin Loughlin, Carlos Miguel Herrera, Carlos Petit, Adriaan Bedner, Baldassare Pastore sui *Paradigmi pluralistici otto-novecenteschi*; di Marco Meriggi, Luca Mannori, Eliana Augusti, Bartolomé Clavero, Gianluca Bascherini, Florence Renucci, Jesús Delgado Echeverría, Tamar Herzog, sul tema *Esercizio della sovranità ed esperienze di pluralismo*.

Sono altresì presenti due significative *Testimonianze*. La prima di Paolo Grossi che, in occasione dei cinquant'anni dei QF traccia un bilancio degli anni di attività del Centro di Studi (*Oltre le storie nazionali: il 'Centro di studi per la storia del pensiero giuridico moderno' di Firenze fra passato e presente*); e la seconda di Bernardo Sordi, che commemora uno dei più importanti storici del diritto europei, un caro amico e collaboratore del Centro, che aveva seguito sin quasi dai primi passi, e purtroppo prematuramente scomparso (*Ricordo di Michael Stolleis*).

Nella 'Biblioteca' del Centro sono stati pubblicati i volumi 125, Paolo Grossi, *Il diritto civile in Italia fra moderno e posmoderno. Dal monismo legalistico al pluralismo giuridico*; 125, Francesco Migliorino, *Letture corsare di Tullio Ascarelli. Penalisti e criminologi da Weimar al*

Terzo Reich; 126, Floriana Colao, *Un diritto per l'agricoltura. Itinerari giuridici-economici nella Toscana dell'Ottocento*; 127, Franco Gaetano Scoca, *Risorgimento e Costituzione*; 128, Gustav Radbruch, *Filosofia del diritto*; 129, Gianluca Russo, *Governare castigando. Le origini dello Stato territoriale fiorentino nelle trasformazioni del penale (1378-1478)*.

Il Centro ha finanziato il rinnovo di un assegno di ricerca su *Costruzione dello Stato e trasformazioni del penale nella Firenze tra Repubblica e Principato (XV-XVI sec.)*, anche mediante ulteriori finanziamenti esterni su bandi competitivi.

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 argomenti di tesi di dottorato (suddivisi per cicli):

— XXXV ciclo (*Statuto giuridico dei militari: diritti sociali, disciplina amministrativa e ruolo sociale delle Forze Armate (1870-1942)*);

— XXXVI ciclo (*Le figure del pluralismo nel Novecento europeo: tra multiculturalismo e interculturalità*);

— XXXVII ciclo (*Tra umanitarismo e utilitarismo. Le ideologie penalistiche dell'Illuminismo giuridico italiano e le loro influenze sulla legislazione degli Stati pre-unitari*).

In occasione della riapertura dopo i lavori di ristrutturazione, resi possibili dai fondi del Dipartimento DSG di eccellenza, di Villa Ruspoli, sede storica dell'Università di Firenze e del Centro di Studi per la storia del pensiero giuridico moderno, si è tenuto venerdì 3 dicembre 2021 un incontro, organizzato dal Dipartimento e dal Centro al quale sono intervenuti portando i loro indirizzi di saluto la rettrice Alessandra Petrucci, la presidente della Commissione cultura del Consiglio regionale della Toscana Cristina Giachi, il direttore del Dipartimento di Scienze giuridiche Andrea Simoncini, la presidente della Scuola di Giurisprudenza Paola Lucarelli e il direttore del Centro di studi per la storia del pensiero giuridico moderno Paolo Cappellini.

Paolo Grossi, professore emerito dell'Ateneo in Storia del diritto medievale e moderno e presidente emerito della Corte Costituzionale, ha poi pronunciato un intervento dal titolo *Su « Villa Ruspoli », patrimonio dell'Ateneo fiorentino*.

A seguire ha avuto luogo l'incontro di presentazione del libro di Paolo Grossi *Il diritto civile in Italia fra moderno e posmoderno*, con gli interventi di Carmelita Camardi (Università Ca' Foscari, Venezia), Giovanni D'Amico (Università Mediterranea, Reggio Calabria), Francesco Macario (Università Roma Tre), Giuseppe Vettori (Università di Firenze), presieduto da Natalino Irti, professore emerito dell'Università La Sapienza di Roma.

Indice

Paolo Grossi (Firenze 1933-2022) v

Giovanni Cazzetta, *Pagina introduttiva. Unità del diritto e identità culturale del giurista* 1

MODELLI E DIMENSIONI

Bernardo Sordi, *Le strade della comparazione tra pubblico e privato: uno sguardo alle origini* 11

Tommaso Greco, *La solidarietà nel diritto. Sui fondamenti teorici dell'istituzialismo* 31

Mattia Volpi, *Il pensiero economico di Tocqueville e la critica sociale del capitalismo* 57

LA DIMENSIONE GIURIDICA

Maria Sole Testuzza, *Lo* ius sensuum *nelle architetture teoriche di alcune* Dissertationes *giuridiche di fine Seicento* 89

Francesco Serpico, « Vitium et crimen valde differunt ». *Secolarizzazione e giustizia penale nel* De origine processus inquisitorii *di Christian Thomasius* 131

Dolores Freda, *L'ultimo tabù: le radici canonistiche del diritto amministrativo inglese*. 169

Giovanni Cazzetta, *Il lavoro nella Costituzione: pluralismo sociale e unità dell'ordinamento in Costantino Mortati* 237

FIGURE DELL'ESPERIENZA

Raffaele Volante, Ubi feuda, ibi demania. *Per uno studio del feudo come ordinamento giuridico* 273

Adrian J. Cabrera Bibilonia, *Más allá del estado de los derechos. El estado mestizo de Alessandro Baratta* 327

Katalin Egresi, *La « piccola costituzione » nella storia del costituzionalismo ungherese* 347

LETTURE

Enzo Cannizzaro, *La sovranità oltre lo Stato,* Bologna, 2021 (Stefano Mannoni). 381

Comparing Transitions to Democracy. Law and Justice in South America, Cristiano Paixão, Massimo Meccarelli (editors), Cham, 2021 (Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira) 384

Fabrizio Di Marzio, *Giudici divoratori di doni. Esiodo, alle origini del diritto*, Milano, 2021 (Stefano Mannoni) 393

Gustavo Gozzi, *Eredità coloniale e costruzione dell'Europa. Una questione irrisolta: il 'rimosso' della coscienza europea*, Bologna, 2021 (Pietro Costa) . 395

Ron Harris, *Going the Distance. Eurasian Trade and the Rise of the Business Corporation, 1400-1700*, Princeton and Oxford, 2020 (Stefania Gialdroni) 403

Le vie della cittadinanza sociale in Europa (1848-1948), a cura di Carmelo Calabrò, Roma, 2020 (Lorenzo Pacinotti) 408

Pier Luigi Portaluri, *La cambiale di Forsthoff. Creazionismo giurisprudenziale e diritto al giudice amministrativo*, Napoli, 2021 (Bernardo Sordi) 414

Storia costituzionale del Regno Unito attraverso i Primi Ministri, a cura di Alessandro Torre, Milano, 2020 (Lorenzo Pacinotti) 416

Tiempos de la Historia, tiempos del Derecho, Javier Fernández Sebastián, Javier Tajadura Tejada (dirs.), Madrid, 2021 (César Hornero Méndez) 422

DISCUSSIONI

Su Paolo Grossi, *Il diritto civile in Italia fra Moderno e postmoderno (dal monismo legalistico al pluralismo giuridico).* 435

Interventi di:

Natalino Irti, *Lettera a Paolo Grossi* 435

Carmelita Camardi, *La scienza del diritto civile nell'ottica del pluralismo. Note brevi* 436

Francesco Macario, *Il diritto civile come storia del pensiero e la formazione dei giuristi* 447

Giuseppe Vettori, *Dovere di verità e pluralismo nel diritto civile* 466

Paolo Grossi, *Replica* 475

A PROPOSITO DI...

Umberto Breccia, *Note di lettura* (A proposito di T. Greco, *La legge della fiducia. Alle radici del diritto,* Bari-Roma, 2021) 479

Laura Buffoni, *Nelle pieghe della* Monarchia: *'de iure factum'* (A proposito di *Monarchia* di Dante Alighieri, a cura di Diego Quaglioni, Milano, 2021). 487

Bartolomé Clavero, *Colonial genocide and the historiography of international law: A paradigm shift?* (Apropos of Dirk Moses' *Problems of Genocide* and beyond) 517

Loredana Garlati, *Una scomoda eredità. La Scuola positiva al giudizio della Storia* (A proposito di *The Limits of Criminological Positivism. The Movement for Criminal Law Reform in the West, 1870-1940,* Michele Pifferi (ed.), London and New York, 2022) 559

Claude Giboin, *L'éthique condamne-t-elle le droit?* (À propos du non-droit de Jean Carbonnier) 575

Ángel M. López y López, *La interpretación de los* statutes *en la experiencia jurídica de los Estados Unidos* (A propósito de *A Matter of Interpretation* de A. Scalia y otros) 593

Filippo Murino, *Storie di ebrei, di cambiali e di inadempimenti nella Francia e nell'Olanda di metà Seicento* (a proposito di una dimenticata « fiaba da balie » sulle « farfalle » e di due illustri insolvenze con qualche « *mysterium concursus* ») 627

Gianluca Russo, *Medioevo delle libertà. Miti di ieri, racconti di oggi* (A proposito di due volumi su Sismondi e la libertà) 661

Emanuele Stolfi, De elegantia philosophi iuris (A proposito di Francesco M. De Sanctis, *Ordinare la vita*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2020) 687

Irene Stolzi, *Diritto e nuove tecnologie: cronache da un eterno presente?* (A proposito di recenti studi su intelligenza artificiale e società algoritmica). 715

Massimiliano Traversino Di Cristo, *Sovranità, potenza, secolarizzazione* (A proposito di alcuni recenti studi sul tema della teologia politica) 735

TESTIMONIANZE

Andrea Simoncini, *Villa Ruspoli, spazio privilegiato per la formazione dei giuristi del futuro* 755

Paolo Cappellini, *Villa Ruspoli. Una memoria per il futuro* 759

Paolo Grossi, *Su 'Villa Ruspoli', patrimonio dell'Ateneo fiorentino* 765

ABSTRACTS

Bernardo Sordi, *The paths of comparative law between public and private: a look at the origins* 771

Tommaso Greco, *Solidarity in law. On the theoretical foundations of institutionalism* 771

Mattia Volpi, *Tocqueville's economic thought and the social critique of capitalism* 772

Maria Sole Testuzza, Ius sensuum *in the theoretical architectures of some legal* dissertationes *of the late seventeenth century* 772

Francesco Serpico, « Vitium et crimen valde differunt ». *Secularisation and criminal justice in Christian Thomasius'* De origine processus inquisitorii. 772

Dolores Freda, *The last taboo: the canonical roots of English administrative law*. 773

Giovanni Cazzetta, *Labour in the Constitution: Social pluralism and the unity of the legal system in the thought of Costantino Mortati* 774

Raffaele Volante, Ubi feuda, ibi demania. *Towards a study of the fief as a legal system* 774

Adrian J. Cabrera Bibilonia, *Beyond the state of rights. The mestizo state by Alessandro Baratta* 775

Katalin Egresi, *The « Little Constitution » in the history of Hungarian constitutionalism* 775

RAGGUAGLI FIORENTINI

Attività del Centro di studi per la storia del pensiero giuridico moderno nell'anno accademico 2020-2021 779

I collaboratori del « Quaderno » 51

Umberto BRECCIA
Prof. Emerito di Diritto civile — Università di Pisa

Laura BUFFONI
Prof. Associato di Diritto costituzionale — Università di Sassari

Adrian J. CABRERA BIBILONIA
Profesor Adjunto de Historia del Derecho — Universidad de La Habana

Carmelita CAMARDI
Prof. Ordinario di Diritto privato — Università Ca' Foscari di Venezia

Paolo CAPPELLINI
Prof. Ordinario di Storia del diritto medievale e moderno — Università di Firenze

Marcelo Andrade CATTONI DE OLIVEIRA
Professor Titular de Direito Constitucional — Universidade Federal de Minas Gerais

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

Pietro COSTA
Prof. Emerito di Storia del diritto medievale e moderno — Università di Firenze

Katalin EGRESI
Prof. Associato di Teoria del diritto — Università István Széchenyi di Győr

Dolores FREDA
Prof. Ordinario di Storia del diritto medievale e moderno — Università « Federico II » di Napoli

Loredana GARLATI
Prof. Ordinario di Storia del diritto medievale e moderno — Università di Milano-Bicocca

Stefania GIALDRONI
Prof. Ordinario di Storia del diritto medievale e moderno — Università di Padova

Claude GIBOIN
Professeur de Philosophie — *Lycée Lapérouse de Nouméa*, Nouvelle-Calédonie

Tommaso GRECO
Prof. Ordinario di Filosofia del diritto — Università di Pisa

PAOLO GROSSI
Prof. Emerito di Storia del diritto medievale e moderno — Università di Firenze; *Presidente emerito della Corte costituzionale*

CÉSAR HORNERO MÉNDEZ
Profesor Contratado Doctor — Derecho civil — Universidad Pablo de Olavide (Sevilla — España)

NATALINO IRTI
Prof. Emerito di Istituzioni di diritto privato — Università « La Sapienza » di Roma

ÁNGEL M. LÓPEZ Y LÓPEZ
Prof. Emérito de Derecho civil — Universidad de Sevilla

FRANCESCO MACARIO
Prof. Ordinario di Diritto privato comparato — Università di Roma Tre

STEFANO MANNONI
Prof. Ordinario di Storia del diritto medievale e moderno — Università di Firenze

FILIPPO MURINO
Prof. Associato di Diritto commerciale — Università di Salerno

LORENZO PACINOTTI
Dottore di ricerca di Teoria e Storia dei Diritti Umani — Università di Firenze

GIANLUCA RUSSO
Assegnista di ricerca in Storia del diritto medievale e moderno — Università di Firenze

FRANCESCO SERPICO
Prof. Associato di Storia del diritto medievale e moderno — Università del Molise

ANDREA SIMONCINI
Prof. Ordinario di Diritto costituzionale — Università di Firenze

BERNARDO SORDI
Prof. Ordinario di Storia del diritto medievale e moderno — Università di Firenze

EMANUELE STOLFI
Prof. Ordinario di Diritto romano e diritti dell'antichità — Università di Siena

IRENE STOLZI
Prof. Ordinario di Storia del diritto medievale e moderno — Università di Firenze

MARIA SOLE TESTUZZA
Prof. Associato di Storia del diritto medievale e moderno — Università di Catania

MASSIMILIANO TRAVERSINO DI CRISTO
Assegnista di ricerca in Storia del diritto medievale e moderno — Università di Trento

GIUSEPPE VETTORI
Prof. Emerito di Diritto privato — Università di Firenze

RAFFAELE VOLANTE
Prof. Ordinario di Storia del diritto medievale e moderno — Università di Padova

MATTIA VOLPI
Ricercatore assegnista di Filosofia del Diritto — Università di Genova

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

Vol. 51 (2022), 8°, p. 788

BIBLIOTECA

« Per la storia del pensiero giuridico moderno »

1 LA SECONDA SCOLASTICA NELLA FORMAZIONE DEL DIRITTO PRIVATO MODERNO
Incontro di studio - Firenze, 17-19 ottobre 1972
Atti, a cura di Paolo Grossi
(1973), 8°, p. 484

2 Mario Sbriccoli, CRIMEN LAESAE MAIESTATIS
Il problema del reato politico alle soglie della scienza penalistica moderna
(1974), 8°, p. 399

3 Pietro Costa, IL PROGETTO GIURIDICO
Ricerche sulla giurisprudenza del liberalismo classico
Vol. I: Da Hobbes a Bentham
(1974), 8°, p. XIII-414

4 Mario Sbriccoli, ELEMENTI PER UNA BIBLIOGRAFIA DEL SOCIALISMO GIURIDICO ITALIANO
(1976), 8°, p. 169

5 Paolo Grossi, « UN ALTRO MODO DI POSSEDERE »
L'emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica post-unitaria
(1977), 8°, p. 392

6/7 Franz Wieacker, STORIA DEL DIRITTO PRIVATO MODERNO
con particolare riguardo alla Germania
Trad. di Umberto Santarelli e di Sandro A. Fusco
Vol. I (1980), 8°, p. 560
Vol. II (1980), 8°, p. 429

8 Maurizio Fioravanti, GIURISTI E COSTITUZIONE POLITICA NELL'OTTOCENTO TEDESCO
(1979), 8°, p. 432

9 Peter Stein-John Shand, I VALORI GIURIDICI DELLA CIVILTÀ OCCIDENTALE
Trad. di Alessandra Maccioni
(1981), 8°, p. 465

10 Gioele Solari, SOCIALISMO E DIRITTO PRIVATO
Influenza delle odierne dottrine socialistiche sul diritto privato (1906)
Edizione postuma a cura di Paolo Ungari
(1980), 8°, p. 259

11/12 CRISTIANESIMO, SECOLARIZZAZIONE E DIRITTO MODERNO
A cura di Luigi Lombardi Vallauri e Gerhard Dilcher
(1981), 8°, p. 1527

13 LA « CULTURA » DELLE RIVISTE GIURIDICHE ITALIANE
Atti del Primo Incontro di studio - Firenze, 15-16 aprile 1983
A cura di Paolo Grossi
(1984), 8°, p. VI-198

14 Franco Todescan, LE RADICI TEOLOGICHE DEL GIUSNATURALISMO LAICO
I. Il problema della secolarizzazione nel pensiero giuridico di Ugo Grozio
(1983), 8°, p. VIII-124

15 Emanuele Castrucci, TRA ORGANICISMO E « RECHTSIDEE »
Il pensiero giuridico di Erich Kaufmann
(1984), 8°, p. XIV-202

16 Pietro Barcellona, I SOGGETTI E LE NORME
(1984), 8°, p. IV-204

17 Paolo Cappellini, SYSTEMA IURIS
I. Genesi del sistema e nascita della « scienza » delle Pandette
(1984), 8°, p. XII-638

18 Luca Mannori, UNO STATO PER ROMAGNOSI
I. Il progetto costituzionale
(1984), 8°, p. XII-656

19 Paolo Cappellini, SYSTEMA IURIS
II. Dal sistema alla teoria generale
(1985), 8°, p. XII-416

20 Bernardo Sordi, GIUSTIZIA E AMMINISTRAZIONE NELL'ITALIA LIBERALE
La formazione della nozione di interesse legittimo
(1985), 8°, p. 483

21 Pietro Costa, LO STATO IMMAGINARIO
Metafore e paradigmi nella cultura giuridica fra Ottocento e Novecento
(1986), 8°, p. IV-476

22 STORIA SOCIALE E DIMENSIONE GIURIDICA - STRUMENTI D'INDAGINE E IPOTESI DI LAVORO
Atti dell'Incontro di studio - Firenze, 26-27 aprile 1985
A cura di Paolo Grossi
(1986), 8°, p. VIII-466

23 Paolo Grossi, STILE FIORENTINO
Gli studi giuridici nella Firenze italiana - 1859-1950
(1986), 8°, p. XV-230

24 Luca Mannori, UNO STATO PER ROMAGNOSI
II. La scoperta del diritto amministrativo
(1987), 8°, p. VIII-254

25 Bernardo Sordi, TRA WEIMAR E VIENNA
Amministrazione pubblica e teoria giuridica nel primo dopoguerra
(1987), 8°, p. 378

26 Franco Todescan, LE RADICI TEOLOGICHE DEL GIUSNATURALISMO LAICO
II. Il problema della secolarizzazione nel pensiero giuridico di Jean Domat
(1987), 8°, p. VIII-88

27 Paolo Grossi, « LA SCIENZA DEL DIRITTO PRIVATO »
Una rivista-progetto nella Firenze di fine secolo - 1893-1896
(1988), 8°, p. IX-206

28 LA STORIOGRAFIA GIURIDICA SCANDINAVA
Atti dell'Incontro di studio - Firenze, 22-23 maggio 1987
A cura di Paolo Grossi
(1988), 8°, p. VI-87

29 LA CULTURE DES REVUES JURIDIQUES FRANÇAISES
A cura di André-Jean Arnaud
(1988), 8°, p. IV-144

30 Adam Smith, LEZIONI DI GLASGOW
Introduzione a cura di Enzo Pesciarelli
Traduzione di Vittoria Zompanti Oriani
(1989), 8°, p. CXXVIII-766

31 Thilo Ramm, PER UNA STORIA DELLA COSTITUZIONE DEL LAVORO TEDESCA
A cura di Lorenzo Gaeta e Gaetano Vardaro
(1989), 8°, p. 195

32 PIERO CALAMANDREI - Ventidue saggi su un grande maestro
A cura di Paolo Barile
(1990), 8°, p. 556

33 IL PENSIERO GIURIDICO DI COSTANTINO MORTATI
A cura di Mario Galizia e Paolo Grossi
(1990), 8°, p. 644

34/35 HISPANIA - ENTRE DERECHOS PROPIOS Y DERECHOS NACIONALES
Atti dell'incontro di studio - Firenze/Lucca 25, 26, 27 maggio 1989
A cura di B. Clavero, P. Grossi, F. Tomas y Valiente
Tomo I (1990), 8°, p. VI-530
Tomo II (1990), 8°, p. IV-531-1036

36 Osvaldo Cavallar, FRANCESCO GUICCIARDINI GIURISTA
I ricordi degli onorari
(1991), 8°, p. XXII-396

37 Bernardo Sordi, L'AMMINISTRAZIONE ILLUMINATA
Riforma delle Comunità e progetti di Costituzione nella Toscana leopoldina
(1991), 8°, p. 424

38 Franco Cipriani, STORIE DI PROCESSUALISTI E DI OLIGARCHI
La Procedura civile nel Regno d'Italia (1866-1936)
(1991), 8°, p. X-536

39 Bartolomé Clavero, ANTIDORA
Antropología católica de la economía moderna
(1991), 8°, p. VI-259

40 Giovanni Cazzetta, RESPONSABILITÀ AQUILIANA E FRAMMENTAZIONE DEL DIRITTO COMUNE CIVILISTICO (1865-1914)
(1991), 8°, p. IV-564

41 Paolo Grossi, IL DOMINIO E LE COSE
Percezioni medievali e moderne dei diritti reali
(1992), 8°, p. 755

42 L'INSEGNAMENTO DELLA STORIA DEL DIRITTO MEDIEVALE E MODERNO
Strumenti, destinatari, prospettive
Atti dell'Incontro di studio - Firenze, 6-7 novembre 1992
A cura di Paolo Grossi
(1993), 8°, p. VIII-440

43 PERIODICI GIURIDICI ITALIANI (1850-1900) - Repertorio
A cura di Carlo Mansuino
(1994), 8°, p. XIV-368

44 Stefano Mannoni, UNE ET INDIVISIBLE
Storia dell'accentramento amministrativo in Francia - I
(1994), 8°, p. XXII-603

45 Luca Mannori, IL SOVRANO TUTORE
Pluralismo istituzionale e accentramento amministrativo nel Principato dei Medici (Secc. XVI-XVIII)
(1994), 8°, p. VIII-486

46 Stefano Mannoni, UNE ET INDIVISIBLE
Storia dell'accentramento amministrativo in Francia - II
(1996), 8°, p. XVI-448

47 Bartolomé Clavero, TOMÁS Y VALIENTE
Una biografía intelectual
(1996), 8°, p. XXXVI-374

48 Costantino Mortati, L'ORDINAMENTO DEL GOVERNO NEL NUOVO DIRITTO PUBBLICO ITALIANO
Ristampa inalterata, con una prefazione di Enzo Cheli
(2000), 8°, p. X-234

49 Costantino Mortati, LA COSTITUZIONE IN SENSO MATERIALE
Ristampa inalterata, con una premessa di Gustavo Zagrebelsky
(1998), 8°, p. XXXVIII-212

50 GIURISTI E LEGISLATORI
Pensiero giuridico e innovazione legislativa nel processo di produzione del diritto
Atti dell'Incontro di studio - Firenze, 26-28 settembre 1996
A cura di Paolo Grossi
(1997), 8°, p. VIII-530

51 Pio Caroni, SAGGI SULLA STORIA DELLA CODIFICAZIONE
(1998), 8°, p. XX-270

52 Paolo Grossi, ASSOLUTISMO GIURIDICO E DIRITTO PRIVATO
(1998), 8°, p. X-474

53 Giovanni Cazzetta, PRÆSUMITUR SEDUCTA
Onestà e consenso femminile nella cultura giuridica moderna
(1999), 8°, p. IV-426

54 Stefano Mannoni, POTENZA E RAGIONE
La scienza del diritto internazionale nella crisi dell'equilibrio europeo (1870-1914)
(1999), 8°, p. IV-276

55/56 Sergio Caruso, LA MIGLIOR LEGGE DEL REGNO
Consuetudine, diritto naturale e contratto nel pensiero e nell'epoca di John Selden (1584-1654)
Tomo I (2001), 8°, p. IV-432
Tomo II (2001), 8°, p. IV-433-1024

57 Franco Todescan, LE RADICI TEOLOGICHE DEL GIUSNATURALISMO LAICO
III. Il problema della secolarizzazione nel pensiero giuridico di Samuel Pufendorf
(2001), 8°, p. VIII-106

58/59 Maurizio Fioravanti, LA SCIENZA DEL DIRITTO PUBBLICO
Dottrine dello Stato e della Costituzione tra Otto e Novecento
Tomo I (2001), 8°, p. XXII-572
Tomo II (2001), 8°, p. IV-573-918

60 Raffaele Volante, IL SISTEMA CONTRATTUALE DEL DIRITTO COMUNE CLASSICO
Struttura dei patti e individuazione del tipo. Glossatori e ultramontani
(2001), 8°, p. IV-502

61 CODICI
Una riflessione di fine millennio
Atti dell'incontro di studio - Firenze, 26-28 ottobre 2000
A cura di Paolo Cappellini e Bernardo Sordi
(2002), 8°, p. VIII-604

62 Pietro Costa, IURISDICTIO
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 *SEGN0* DEI TEMPI
Marchi persone e cose dalla corporazione medievale all'impresa globale
(2005), 8°, p. 530

66 Michele Pifferi, *GENERALIA DELICT0RUM*
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 constitucíon 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 VOLGARE
Glossario dei testi notarili bilingui tra Due e Trecento
(2018), 8°, p. IV-370

117 Valerio Torreggiani, STATO E CULTURE CORPORATIVE NEL REGNO UNITO
Progetti per una rappresentanza degli interessi economici nella riflessione inglese della prima metà del XX secolo
(2018), 8°, p. IV-282

118 Maurizio Fioravanti, LA COSTITUZIONE DEMOCRATICA
Modelli e itinerari del diritto pubblico del ventesimo secolo
(2018), 8°, p. VIII-494

119 Francesco Saverio Nisio, LUCIEN LÉVY-BRUHL
Filosofia, scienze sociali, giustizia
(2019), 8°, p. VIII-796

120 Costantino Mortati, LA COSTITUZIONE DI WEIMAR
Con un saggio introduttivo di Maurizio Fioravanti
(2019), 8°, p. XXII-110

121 SINDACATI E DIRITTO DEL LAVORO TRA DITTATURE E DEMOCRAZIE NELL'EUROPA MEDITERRANEA E LATINA DEL XX SECOLO
a cura di Irene Stolzi
(2019), 8°, p. VI-312

122 Paolo Passaniti, IL DIRITTO CANGIANTE
Il lungo Novecento giuridico del paesaggio italiano
(2019), 8°, p. XVI-246

123 Philipp Lotmar, LA GIUSTIZIA E ALTRI SCRITTI
a cura di Iole Fargnoli 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

129 Gianluca Russo, GOVERNARE CASTIGANDO
Le origini dello Stato territoriale fiorentino nelle trasformazioni del penale (1378-1478)
(2021), 8°, p. XXXII-362

130 WHAT IS EUROPEAN IN EUROPEAN PRIVATE LAW?
CHE COSA C'È DI EUROPEO NEL DIRITTO PRIVATO EUROPEO?
a cura di Hans-Wolfgang Micklitz e Giuseppe Vettori
(2022), 8°, p. XXXIV-368

ISBN 978-88-28-84422-8

€ 80,00
024217130

Des. A. Pontecorboli