

**per la storia
del pensiero
giuridico
moderno**

53

T.I

2024

**QUADERNI
FIORENTINI**

UNIVERSITA' DI FIRENZE
CENTRO DI STUDI
PER LA STORIA DEL PENSIERO
GIURIDICO MODERNO



QUADERNI FIORENTINI

PER LA STORIA DEL PENSIERO
GIURIDICO MODERNO

Fondati nel 1972 da PAOLO GROSSI

Registrato il 29.11.1983 al n. 3176 presso
la Cancelleria del Tribunale Civile e Penale
di Firenze.

Dir. Responsabile: GIOVANNI CAZZETTA

Stampato da Tipografia Galli & C. 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,
MICHELE PIFFERI, GIOVANNI ROSSI, LUCA
MANNORI, BERNARDO SORDI, IRENE
STOLZI, GIOVANNI TARLI BARBIERI,
RAFFAELE VOLANTE – FRANCESCO
VERTOVA (Segretario di Redazione)

Consiglio Scientifico:

ALEJANDRO AGÜERO (Cordoba); CLARA
ÁLVAREZ ALONSO (Madrid); PIO CARONI
(Bern); 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); CARLOS
HERRERA (Paris); TAMAR HERZOG (Harvard);
RICHARD HYLAND (Camden); LUCIEN
JAUME (Paris); LUIGI LACCHÈ (Macerata);
MARTA LORENTE SARIÑENA (Madrid);
MICHELE LUMINATI (Luzern); LAURENT
MAYALI (Berkeley); STEFANO MANNONI
(Firenze); MASSIMO MECCARELLI (Macerata);
JEAN-LOUIS MESTRE (Aix-En-Provence);
DAG MICHALSEN (Oslo); FRANCESCO
PALAZZO (Firenze); CLAES PETERSON
(Stockholm); CARLOS PETIT (Huelva); HEIKKI
PIHLAJAMÄKI (Helsinki); JOACHIM RÜCKERT
(Frankfurt am Main); MICHEL TROPER
(Paris); JOSEPH WEILER (New York); JAMES
WHITMAN (New Haven); LIHONG ZHANG
(Shanghai)

I testi inviati alla redazione sono sottoposti
a referee anonimo da parte di due esperti
selezionati dal Consiglio di Redazione.
Responsabile del processo di valutazione è
il Redattore.

La Sede della Redazione è in FIRENZE
(50129) - piazza Indipendenza, 9
quaderni.fiorentini@centropgm.unifi.it
www.quadernifiorentini.eu

QUADERNI FIORENTINI

per la storia del pensiero giuridico moderno

53

(2024)

TOMO I

ISBN 9788828866954

ISSN 0392-1867

FSC

© Copyright Giuffrè Francis Lefebvre S.p.A. Milano - 2024
Via Monte Rosa, 91 - 20149 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 Tipografia Galli & C. S.r.l. - Varese

GIOVANNI CAZZETTA

PAGINA INTRODUTTIVA

Monismo e pluralismo osservano con sguardi diversi il mondo. Muovono da prospettive opposte, ciascuna in intima tensione con l'altra, alla ricerca di un provvisorio equilibrio, di un ordine nella mutevole relazione fra le parti e il tutto, offrendo così una chiave di lettura privilegiata del fenomeno giuridico, dei modelli e delle forme dell'esperienza che si confrontano con la dimensione giuridica e nella dimensione giuridica. Lo studio del nesso fra pluralità ed unità è, sin dal primo numero, al centro dell'attenzione dei *Quaderni*: si presenta infatti perfettamente in linea con un approccio volto a ricostruire storicamente il fenomeno giuridico collocandolo nel vivo della dimensione sociale e culturale, senza però perderne mai di vista la specificità, la relativa autonomia.

Offrendo da sempre ai *Quaderni* un prezioso schema euristico, la relazione tra unità e pluralità 'li racconta': racconta il progetto culturale della rivista, la sua storia e cronistoria, le preoccupazioni poste a fondamento del dialogo fra storici e giuristi. Non casuale, pertanto, è stata la scelta del pluralismo giuridico come argomento del cinquantesimo volume della rivista (*Pluralismo giuridico: paradigmi ed esperienze*) e del successivo incontro di studi dell'ottobre del 2022 (*Pluralismo giuridico. Itinerari contemporanei*), come tema capace di suscitare sempre nuove letture e indagini, e perciò anche in grado di raccontare la lungo strada percorsa dai *Quaderni*. L'insistenza sul tema dei nessi tra unità e pluralità rappresenta una scelta di metodo, un punto privilegiato di osservazione della storicità del diritto, di ricostruzione-valutazione della storia giuridica che non implica un previo schieramento ideologico; una scelta che trae sostegno dall'aver preso sul serio il tema, 'introiettandolo' come modo di essere della rivista, come concretizzazione anno dopo anno

di un progetto fondato sul confronto critico, il dialogo interdisciplinare, la tensione all'unità e l'attenzione per la pluralità.

Un profilo questo che il *Quaderno* monografico dello scorso anno 'per Paolo Grossi' sul *diritto come forma dell'esperienza* ha — mi pare — messo appieno in rilievo: il dialogo critico con l'amico e il maestro, con le influenze culturali che ne hanno segnato l'itinerario scientifico, ha offerto una sorta di autobiografia collettiva di una comunità scientifica unita sì dalla condivisione di un progetto culturale e di un metodo di ricerca, ma da sempre caratterizzata da una marcata pluralità di sguardi. Non poteva essere diversamente: strettamente connesso al tema delle fonti del diritto e alla necessità di un'effettiva radicazione del diritto nella società, 'il pluralismo' prospettato dal fondatore dei *Quaderni* è stato costante invito — allo storico, al giurista — ad affinare lo sguardo, a cogliere la complessità del reale, a prestare attenzione alla persona e ai mutamenti della società andando oltre la visione del diritto inteso esclusivamente come comando, sanzione, coercizione. Lo sguardo del maestro è rivolto al futuro, non a un 'controrivoluzionario' ritorno al passato.

In questo ricco numero miscelaneo il dialogo con il lascito culturale del giurista fiorentino prosegue, così come prosegue la riflessione su unità e pluralità del diritto, sulla molteplicità dei nessi tra diritto e società: una raffinata analisi dell'argomento è offerta da Francesco Palazzo nel saggio di apertura sulla 'funzione costituente del penale nell'era repubblicana'. Alle tradizionali sezioni che contraddistinguono il *Quaderno*, e ai loro approcci (l'approccio interdisciplinare di *modelli e dimensioni*, quello ordinante della *dimensione giuridica*, quello 'fattuale' delle *figure dell'esperienza*) si aggiunge in questo volume una densa sezione monografica, curata da Luca Mannori, sul '*lungo medioevo del voto cittadino*', sul voto negli ordinamenti comunali e post-comunali italiani tra la fine del medioevo e il primo Ottocento; una riflessione attenta su *pratiche e modelli* di voto dal « carattere marcatamente esotico » che — come scrive Mannori — spingono « immediatamente a interrogarci, per differenza specifica, sui caratteri fondanti del *nostro* modo di intendere il voto e di viverlo nella sua dimensione istituzionale ».

Nessuna indicazione ulteriore al provveduto lettore che saprà sicuramente individuare tra i saggi delle diverse sezioni, tra i profili di giuristi e le discussioni, punti di convergenza, fili di unione. Solo

una segnalazione — più che mai opportuna in un momento in cui torna a riaffacciarsi prepotente la spinta a relegare in un angolo appartato, se non a cancellare del tutto, lo studio delle materie storiche nei percorsi di formazione del giurista — all'accurato messaggio presente nel saggio di Pio Caroni che, esaminando la genesi della crisi dell'insegnamento delle materie storico-giuridiche, torna a rimarcare l'indispensabilità del colloquio tra storici del diritto e vigenzisti, l'indispensabilità di una lettura dei codici alla luce della temporalità del diritto; alla luce dell'evidenza, innegabile, della percepibilità del diritto solo 'nel tempo'.

Modelli e dimensioni

FRANCESCO PALAZZO

LA FUNZIONE COSTITUENTE DEL PENALE NELL'ERA REPUBBLICANA (*)

1. Premessa. — 2. Costituzione e funzione costituente, nel penale. — 3. Brevissima digressione sulla concezione del diritto. — 4. La funzione costituente del penale sul piano giuridico. — 5. La funzione costituente del penale sul piano sociale. — 6. Esemplificazione della funzione costituente: l'ordine pubblico; la disciplina delle attività rischiose. — 7. *Segue*. Le grandi svolte della tutela dell'ambiente e della giustizia riparativa. — 8. Conclusioni.

1. *Premessa.*

L'esordio di questa relazione non può sottrarsi ad una duplice rapidissima premessa. La prima riguarda il tema scelto quale oggetto di questa sessione d'apertura del Convegno, dedicata alla 'funzione costituente del diritto penale': si tratta di un'angolazione prospettica non molto, anzi diremmo assai poco, diffusa nella riflessione penalistica, tradizionalmente propensa a considerare il diritto penale in posizione e funzione per così dire *dipendente* dalla Costituzione, piuttosto che nel suo ruolo *fondante* l'assetto costituzionale. La seconda premessa è più personale, poiché consiste nell'esprimere la mia gioia di trovarmi qui ad affrontare questo tema insieme a Luigi Lacché, storico valorosissimo e a me molto caro, dedito a coltivare da par suo gli studi penalistici e rappresentante di quella scuola di storia del diritto che ha saputo rendere fecondi, e ancor prima rinsaldare, i rapporti tra giuristi storici e giuristi vigentisti alimentando un dialogo per noi molto arricchente.

(*) È, con minime variazioni, la relazione svolta al Convegno *I pilastri della modernità penale dai codici Rocco alle stagioni dell'Italia repubblicana*, organizzato dall'Istituto Emilio Betti di Teoria e Storia del diritto e dal Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Roma Tre nei giorni 11-12 novembre 2022.

Con Luigi Lacché ci siamo chiesti come dividerci il tema assegnatoci e abbiamo prescelto il criterio forse più ovvio ma anche più naturale, quello cioè cronologico: a lui la ‘funzione costituente’ nel periodo pre-repubblicano e segnatamente nel periodo fascista, a me il periodo repubblicano fino naturalmente ai giorni nostri. E a questo proposito non si può non sottolineare subito il fatto che vi è una differenza fondamentale tra i due periodi storici di rispettiva spettanza, per la buona ed evidente ragione che in epoca repubblicana una Costituzione, in senso formale, c’è; e con essa deve fare i conti la funzione costituente del diritto penale.

2. *Costituzione e funzione costituente, nel penale.*

Luigi Lacché ci ha insegnato nei suoi scritti come nel periodo fascista una ‘costituzione del regime’ abbia stentato ad affermarsi. La costituzione del fascismo è piuttosto « un ‘costume’ che il regime si è cucito addosso fase dopo fase ». Ancor più precisamente: « la ‘costituzione’ [e sottolineiamo l’uso delle virgolette] risulta dalla stratificazione e dalla giustapposizione di una serie di leggi, fatti ed atti politici » che determinano faticosamente un risultato costituzionale. Ed è del tutto naturale che, in questo aggrovigliato e confuso processo costituzionale, che viene disordinatamente dal basso, il ‘penale’ possa giocare una *funzione costituente* assolutamente rilevante. Il penale ben può essere un ingrediente costitutivo, essenziale di quel regime; un ingrediente tanto più rilevante in quanto quasi connaturale alle sue premesse fondative culturali in ragione della sostanziale consonanza — per dir così — tra la violenza propria del penale e l’autoritarismo del regime.

Nel periodo repubblicano, invece, la situazione è radicalmente diversa. Fin dall’inizio c’è una carta costituzionale con caratteristiche che paiono tali da tagliare radicalmente le gambe ad una possibile funzione costituente del penale. Da un punto di vista politico-culturale, la Costituzione del 1948 affonda le sue radici nel nuovo patto sociale che, nella sua radicale opposizione al passato, riassume in sé — almeno teoricamente — tutta la spinta per il rinnovamento dell’ordinamento giuridico. Da un punto di vista più estrinseco, i caratteri della tendenziale completezza e della rigidità del testo costituzionale sembrerebbero — almeno potenzialmente e al netto

delle resistenze politiche poi verificatesi — fornire linee direttive totalizzanti e cogenti all'indirizzo politico delle forze di governo. E anche per quanto riguarda specificamente il campo penale, non c'è dubbio che la trama normativa costituzionale ha maglie sufficientemente strette e fortemente impattanti sull'evoluzione futura della legislazione penale, almeno per quanto riguarda l'art. 27 Cost. e in particolare il suo terzo comma.

Dunque, il quadro che parrebbe profilarsi nel periodo repubblicano è quello non tanto di una funzione costituente del penale, quanto piuttosto di una dipendenza del penale dalla Costituzione: una subordinazione rigorosa del penale entro le direttrici fissate dalla Carta. Inconcepibile parrebbe che il penale sia dotato di un proprio indirizzo politico o addirittura di un proprio indirizzo costituzionale diverso da quello tracciato dalla Carta. Se proprio dovessimo parlare di una funzione costituente del diritto penale in epoca repubblicana, questa sarebbe da intendere nel limitato senso del suo contributo alla 'mera attuazione' dell'indirizzo costituzionale fissato dalla Carta: dunque, una funzione costituente *par ricochet* e in sostanza nulla proprio perché priva di capacità innovativa.

Ma è davvero così? Questa nostra sessione dei lavori congressuali, proponendoci di parlare di una funzione costituente del penale, ci pone l'interrogativo se sia davvero impossibile ravvisare una qualche funzione 'fondativa' del diritto penale nonostante la presenza di una Costituzione rigida: anzi, una funzione fondativa che in qualche modo vada *al di là* dello stesso orizzonte valoriale tracciato dalla Costituzione.

3. *Brevissima digressione sulla concezione del diritto.*

Premessa per affrontare quell'interrogativo è un'implicita adesione ad una idea del diritto (in generale) quale dinamismo sociale, ben lontana da qualunque positivismo anche temperato. La Costituzione ha fissato — con la sua testualità — i cardini della modernità penale: certamente, l'evoluzione interpretativa del testo costituzionale in sé e anche alla luce delle norme sovranazionali ha garantito un dinamismo che pure nel penale ha modificato i cardini della modernità rendendoli permeabili alle trasformazioni della postmodernità. Non è questa la sede per descrivere neppure sommaria-

mente questo processo evolutivo o involutivo che dir si voglia. Piuttosto, qui preme sottolineare che parlare di funzione costituente del diritto penale significa andare oltre questo fenomeno di dinamismo costituzionale, accettando l'ipotesi di un diritto penale capace di svolgere un ruolo 'parallelo' ed 'integrativo' rispetto alla Costituzione: un diritto penale inteso nella sua complessiva natura di prodotto legislativo e di prodotto di pratiche applicative esercitate da organi giudiziari nazionali e internazionali.

In sostanza, porci quell'interrogativo significa aderire ad un'idea del diritto partecipe del dinamismo sociale con un'intensità tale da potersi addirittura affiancare, se non finanche talvolta smentendolo in parte, al ruolo fondativo svolto dalla Costituzione, tanto nella sua consistenza testuale quanto nella sua evoluzione interpretativa. Inoltre, questo ruolo può essere riconosciuto al diritto in quanto evidentemente si presupponga che ciò che realmente decide del suo carattere costituente non è tanto, o non solo, il rango formale della fonte da cui scaturisce — la Costituzione, innanzitutto o esclusivamente — quanto piuttosto la effettività sostanziale con cui il prodotto giuridico riesce ad erigere i pilastri della contemporaneità penale.

4. *La funzione costituente del penale sul piano giuridico.*

Una volta entrati in questo ordine d'idee, è forse possibile distinguere due piani sui quali può svolgersi fondamentalmente la funzione costituente del diritto penale: il primo è più propriamente giuridico; il secondo ha carattere essenzialmente sociale, con uno sconfinamento che certamente può lasciare molto perplessi i puristi del diritto, ma che prende atto — come vedremo — di una reale e nient'affatto trascurabile capacità del diritto, che non è solo quella di 'riflettere' bisogni ed esigenze sociali a loro immagine e somiglianza, ma è anche quella — al contrario — di 'plasmare' quel substrato socio-culturale che di quelle esigenze è l'*humus* fecondo.

Sul piano giuridico, di funzione costituente del penale si può parlare quando la produzione giuridico-penale *in action* riesce effettivamente a incidere sui cardini del sistema costituzionale trasformandoli o creandone dei nuovi attraverso la forza della sua effettività, paragonabile a quella della Costituzione formale. Si può, allora,

ipotizzare l'esistenza di un 'vólto costituzionale' del penale che non è più solo quello delineato dalla Costituzione, ma che con quest'ultimo coesiste in rapporti che possono essere di sostanziale omogeneità o di eterogeneità o comunque molto mobili.

Cardini costituzionali come quello del principio di *ultima ratio* del diritto penale o come quello del principio di legalità sono stati se non sfigurati certamente rimodellati dalla *legislatio*: e non si tratta qui semplicemente di constatare la *violazione* dei principi costituzionali, che pure c'è stata rispetto alla loro formulazione statica (quasi *in vitro*, si direbbe); piuttosto si deve sottolineare che il legislatore non solo non ha consapevolezza di agire *contra Constitutionem*, ma tutto al contrario è convinto di muoversi nel legittimo esercizio della sua discrezionalità politica. Così che, in fondo, si potrebbe quasi dire che questa prima forma di funzione costituente del diritto penale segna una sorta di riuscita rivendicazione della politica sulla (giuridicità della) Costituzione; o, detto in altri termini, che anche la Costituzione non vive nella sclerotizzazione del suo testo normativo, ma è parte di quel magma costituzionale in cui anche il diritto penale legislativo e giurisprudenziale svolge la sua parte 'costituente'.

Per esempio, nessuno oggi dubiterebbe più della legittimità costituzionale della delegazione legislativa in materia penale. Eppure vi sono ottime ragioni per dedurre il contrario dalla Costituzione e ancora oggi rispettabilissima ed autorevole dottrina continua una battaglia che è irrimediabilmente perduta non solo perché il legislatore e la Corte costituzionale non ritengono la delegazione in contrasto con la Costituzione, ma perché ormai essa si è accreditata 'nei fatti' come forse l'unica forma di legiferazione possibile per riforme anche penali di un certo respiro. Per contro, la cosiddetta 'riserva di codice', oggi prevista dall'art. 3-*bis* c.p., pur non avendo formalmente rango costituzionale, è stata ragionevolmente intesa come un nuovo contributo ad un più serio inveramento dell'*ultima ratio*: e come tale, dunque, come una norma che s'iscrive tra i cardini fondamentali del diritto penale attuale, e in definitiva dotata di una funzione costituente nel sistema (Donini).

Forse si può osare addurre un altro esempio di funzione costituente del penale, nel quale la trasformazione costituzionale si spinge oltre quei cardini giuridici fissati dalla Costituzione con

specifico riferimento alla nostra materia (artt. 25 e 27 fondamentalmente). Si spinge oltre per arrivare addirittura a coinvolgere l'equilibrio costituzionale degli organi deputati all'amministrazione della giustizia penale. Nonostante il coro delle non infondate lamentazioni al riguardo, è difficile negare che l'esercizio concreto della penalità abbia ormai, forse irreversibilmente, mutato l'assetto dei rapporti tra giurisdizione penale e politica penale legislativa rispetto a quanto tradizionalmente si deduceva dall'art. 101.2 Cost. (« I giudici sono soggetti solo alla legge »). Certamente, potrà essere legittimo pensare che siamo ormai fuori del quadro della Costituzione formale, ma resta il fatto che un ritorno al passato sembra sempre più improbabile sicché la 'funzione costituente' del penale *in action* non può che imporre, piuttosto, l'immane sforzo di salvaguardare le esigenze sottese tutt'oggi all'art. 101.2 Cost. mediante l'invenzione di strumenti nuovi, più adeguati rispetto alla complessità sociale in cui si muove oggi il diritto, compreso quello penale, con riguardo ai due grandi attori della giuridicità: legislazione e giurisdizione.

5. *La funzione costituente del penale sul piano sociale.*

L'altro (e forse più interessante) piano sui cui il diritto penale può esplicare una funzione costituente è quello in cui l'onda lunga del penale sconfinava nel mare della socialità. Detto altrimenti, qui il diritto penale — inteso nel senso largo di 'esperienza giuridica' — si spinge a svolgere un ruolo fondativo, costitutivo e identificativo dell'ordine sociale-valoriale: il che presuppone ovviamente che si possa distinguere un diritto *costituito*, cioè 'derivato' da una volontà o da un consenso sociale preesistenti alla norma, e un diritto *costituente*, cioè che promuove o consolida, con l'efficacia che gli è propria, valori socio-culturali promossi così a cardini fondativi della società. C'è qui, nel diritto *costituente*, il rischio di un qualche autoritarismo, di un ruolo sovrachiant le naturali e spontanee dinamiche sociali? Certo non può essere negato il pericolo di un abuso del diritto. Ma è anche vero che negli ordinamenti democratici il circuito di produzione del diritto, e in particolare del diritto penale, dovrebbe comunque garantire una certa base consensuale al prodotto normativo (sia legislativo che giurisprudenziale), facendo sì che la funzione costituente — partecipe di tale circuito — consista

essenzialmente nella consolidazione e — si direbbe — nella ‘consacrazione’ di certi valori quali cardini fondativi della penalità in un certo periodo storico e anche al di là di quanto fissato espressamente dalla Costituzione.

Questo fenomeno del ruolo costituente del diritto, sebbene scarsamente tematizzato *ex professo*, è tutt’altro che ignoto al diritto penale in particolare. I meno giovani ricordano la discussione di qualche decennio fa, nata non per caso in periodo di forte costituzionalismo penale, quando cioè la Carta sembrava togliere molto spazio alla politica criminale, la discussione, dicevamo, sul ‘ruolo promozionale’ del diritto penale. Ci si chiedeva allora se l’uso politico del penale potesse spingersi oltre la frontiera della tutela di beni giuridici ‘esistenti’ e ‘consolidati’ (e addirittura riflessi nella trama costituzionale) per svolgere una funzione di accreditamento, di promozione appunto, di beni giuridici emergenti e non ancora metabolizzati interamente dal consenso sociale. Allora, in periodo — ripetiamo — di costituzionalismo penale talvolta estremo, naturalmente si tendeva a dare una risposta negativa, ravvisando nell’uso promozionale del diritto penale il rischio di una sua strumentalizzazione ideologica o comunque di un disconoscimento dell’*ultima ratio*.

Non è certo il caso di ripercorrere qui i termini di quella discussione: non c’è dubbio che i tempi sono molto cambiati, che il costituzionalismo ‘forte’ di allora si è attenuato, o meglio ha molto cambiato la sua fisionomia: più che di rigide tavole costituzionali di beni giuridici predeterminati, quasi in un *numerus clausus* vincolante la politica criminale, si parla oggi di ragionevolezza quale parametro per giudizi di costituzionalità certamente non meno penetranti ma più aperti ad un dialogo tra Corte costituzionale e legislatore. Comunque sia, poi, l’uso promozionale del diritto penale è non del tutto raramente praticato dal legislatore e soprattutto preme qui sottolineare che esso è cosa diversa dall’uso simbolico e dall’uso eticizzante. Se l’uso simbolico è quello cui ricorre il legislatore nella consapevolezza della sua mancanza di efficacia, al solo scopo — peraltro illusorio — di tranquillizzare l’allarme sociale e/o conquistare consenso elettorale, l’uso eticizzante è davvero pericoloso perché instrada il diritto penale verso una sua soggettivizzazione che ci riporta addirittura alla premodernità penale. Al contrario, la

funzione costituente del penale non solo non è priva di democraticità quando si mantenga inserita nel circuito di produzione normativa dominato dal consenso sociale, ma può anche andare nel senso di una progressiva evoluzione dei pilastri fondativi del penale in senso democratico e personalistico, in modo del tutto consentaneo allo spirito del patto costituzionale.

Un'ultima notazione generale riguarda la ragione per cui la funzione costituente può essere riferita con particolare appropriatezza proprio al diritto penale. La risposta è quasi intuitiva: la speciale capacità del penale di contribuire al radicamento di pilastri fondativi dell'ordine giuridico-sociale è proporzionale alla sua capacità di influenzare la c.d. coscienza sociale e dunque i valori da essa condivisi. In fondo, lo 'stigma sociale' che il penale imprime con i suoi precetti, in quanto ineluttabilmente coinvolgente la 'persona' dell'autore, è in grado di suscitare un'eco profonda nei componenti della comunità sociale e, dunque, di innescare un largo processo di interiorizzazione e diffusione (e condivisione) di valori.

6. *Esemplificazione della funzione costituente: l'ordine pubblico; la disciplina delle attività rischiose.*

Vogliamo dedicare la parte finale di queste considerazioni ad una esemplificazione, certamente non esauriente ma sufficientemente significativa, della funzione costituente svolta dal diritto penale nel nostro ordinamento. E al riguardo, va ribadito che la funzione costituente può andare tanto in senso consentaneo, omogeneo, espansivo rispetto al quadro costituzionale delineato dalla Costituzione 'formale', quanto in senso opposto, antinomico, divergente, riduttivo rispetto a quel quadro.

Un primo esempio della funzione costituente in senso antinomico è quello dell'ordine pubblico' e della sua tutela penale. Originariamente e *pour cause* non previsto nella Costituzione, l'ordine pubblico è sempre stato supportato dalla legislazione penale attraverso una lunga e costante evoluzione che non solo l'ha poi portato a trovare una menzione espressa in Costituzione (nell'art. 117, con la riforma costituzionale del 2001), ma ne ha anche segnato una sua caratterizzazione in senso marcatamente costitutivo. All'inizio l'ordine pubblico si è prevalentemente manifestato nella sua

accezione per così dire poliziesca, quale condizione di pace sociale e di facilitazione dei controlli di polizia, che caratterizzò quel grappolo di leggi che a metà degli anni Settanta del secolo scorso Franco Bricola raggruppò sotto l'efficace etichetta della 'politica penale dell'ordine pubblico': efficace, proprio perché espressiva di un carattere diventato identificativo della legislazione penale, molto diverso da quelli che soprattutto allora si evincevano dalla Costituzione. Successivamente, si verifica una imponente dilatazione della politica dell'ordine pubblico, attraverso l'esaltazione della sua vocazione preventiva: s'insinua nell'edificio della penalità la massima vincente che 'prevenire è meglio di reprimere', diventando la prevenzione *ante delictum* un pilastro costitutivo della penalità. Il legislatore accredita questo pilastro attraverso lo smisurato potenziamento delle misure di prevenzione, addirittura facendone l'oggetto di un testo unico al quale si conferisce il significativo attributo di 'codice' (antimafia). Dopo tante discussioni e, soprattutto, dopo tanti dubbi espressi in relativa prossimità dell'entrata in vigore della Costituzione, le misure di prevenzione *ante delictum* si assestano prepotentemente nel quadro costituzionale diventando una componente imprescindibile ed identificativa della penalità.

Negli anni a noi più vicini l'ordine pubblico subisce, infine, un'ulteriore metamorfosi, avvicinandosi alla tanto (costituzionalmente) sospetta nozione di ordine pubblico 'ideale'. E a propiziare questo ultimo passaggio è il fenomeno migratorio che, con tutti i suoi enormi problemi e il coinvolgimento anche emotivo prodotto, agevola l'accreditamento di un valore radicalmente estraneo alla Costituzione ma identificativo e orientativo di una politica non solo penale. La repressione dell'immigrazione clandestina trasmoda, infatti, dalla tutela sanzionatoria della regolarità dei flussi migratori verso la tutela della generica sicurezza contro la criminalità specie 'da strada', per arrivare poi a diventare tutela penale dal sapore vagamente bellico dei confini nazionali, fino all'ultima tappa che ne fa uno strumento di tutela di un valore ideologico fortemente pregnante e, appunto, costitutivo qual è quello della identità nazionale messa in pericolo dalle masse di disperati che invadono la nostra 'Nazione'. E qui è difficile non vedere una funzione costituente (ancorché antinomica alla Costituzione) del diritto penale, chiamato ad agevolare l'ingresso di valori ritenuti fondanti ed iden-

titari della nostra comunità. Con il conseguente, e drammatico, quesito della capacità di resistenza della nostra Costituzione a un processo costituente ad essa antinomico e veicolato dal diritto penale.

Proseguendo nella nostra esemplificazione, si potrebbe forse parlare di una funzione costituente del diritto penale con riferimento alla disciplina penale di alcune attività rischiose. In particolare, viene in gioco il rischio prodotto dall'attività d'impresa per la salute dei lavoratori. All'evidenza, si tratta di per sé di un tema costituzionale in quanto coinvolgente il bilanciamento tra due beni costituzionalmente di grandissima rilevanza nell'ordine sociale della moderna complessità. Ebbene, qui il diritto penale, forse nel suo formante giurisprudenziale più che in quello legislativo, sembra aver fatto una scelta che — proprio per la natura dei beni in gioco e per le conseguenze sulla vita economica del nostro Paese — non può non dirsi fondativa. La giurisprudenza, attraverso il 'gioco' della colpa specifica e della colpa generica e attraverso la costruzione dell' 'agente modello', ha sostanzialmente optato per una soluzione di azzeramento (tendenziale) del rischio, di una sua riduzione a zero con evidenti ricadute sui rapporti reciproci tra economia d'impresa e beni personalistici. Una scelta che concretizza in un senso fortemente personalistico un rapporto problematico non interamente definito dalla Costituzione e che, dunque, per ciò solo può dirsi costituente.

7. *Segue. Le grandi svolte della tutela dell'ambiente e della giustizia riparativa.*

In altra direzione va il terzo ed assai significativo esempio che vorremmo addurre: la tutela dell'ambiente. Al qual proposito si può dire che, nonostante l'originario silenzio della Costituzione su questo bene dell'umanità, proprio il diritto penale ha fortemente contribuito alla sua affermazione, favorendo così un'evoluzione costituente che, lungi dal tradire lo spirito costituzionale, sembra andare proprio nel senso di una sua positiva evoluzione progressiva.

Solo oggi, all'inizio di quest'anno, l'ambiente (insieme agli animali) ha fatto ingresso formale nel testo costituzionale con la legge costituzionale 11 febbraio 2022, n. 1, che ha modificato l'art.

9, aggiungendovi un comma (« Tutela l'ambiente, la biodiversità e gli ecosistemi, anche nell'interesse delle future generazioni. La legge dello Stato disciplina i modi e le forme di tutela degli animali »), e l'art. 41, interpolandolo con l'inserimento dell'ambiente tra i limiti all'iniziativa economica privata. Ma sono ormai passati decenni da quando i c.d. 'pretori d'assalto' presero ad utilizzare — forse impropriamente dal punto di vista puramente esegetico — alcune fattispecie penali con il preciso intento di accreditare quei valori ambientali che stentavano a farsi strada nella classe politica e anche nella coscienza sociale. E si può aggiungere che anche la relativamente recente legge di riforma del codice penale, che ha introdotto il titolo dei reati contro l'ambiente (l. 22 maggio 2015, n. 68), abbia per così dire fatto da apripista alla già citata e successiva legge costituzionale n. 1/2022. E non c'è dubbio che il significato fondativo di questo trend penalistico sia di natura propriamente 'costituzionale': in questo caso, ne fa fede non solo la natura intrinseca del valore accreditato mediante l'intervento penale, ma anche e *per tabulas* la riforma costituzionale intervenuta — per così dire — a concludere e consacrare formalmente quel processo di acquisizione ai pilastri dell'ordinamento svoltosi già nella concreta esperienza giuridica.

L'ultimo esempio che ora intendiamo fare è particolarmente significativo di come l'evoluzione della penalità possa incidere sui cardini fondamentali della giuridicità, contribuendo alla trasformazione addirittura delle premesse filosofiche ed antropologiche dell'idea di responsabilità. Alludiamo all'irrompere sulla scena penalistica della 'giustizia riparativa' (nella sua accezione di *Restorative Justice*) dovuta essenzialmente alla svolta impressa di recente dalla c.d. riforma Cartabia. Naturalmente non è questa la sede per poterci soffermare, neppure per sintesi, sulla disciplina introdotta dalla riforma. Il nostro intento è un altro, ma non è possibile prescindere da un paio di considerazioni preliminari.

In primo luogo, è d'uopo ricordare che la giustizia riparativa di cui parliamo ha assai poco in comune con forme sanzionatorie — pur largamente presenti ormai — fondate sulla riparazione in senso pecuniario od economicistico, a carattere ripristinatorio dello *status quo ante* sia in forma specifica sia in forma di equivalente pecuniario. Al contrario, la giustizia riparativa di cui parliamo è in sostanza un

percorso dialogico volontariamente intrapreso tra autore e vittima del reato, eventualmente essendone partecipe anche la comunità e in ogni caso agevolato da un mediatore professionale, diretto al superamento del conflitto interpersonale creato dal reato; un percorso, durante il quale vengono alla luce le emozioni, i bisogni, le componenti più intimamente personalistiche della vicenda criminosa, allo scopo se possibile di ricomporle in un esito finale di conciliazione. È dunque possibile qualificare la giustizia riparativa di cui parliamo come ‘umanistica’ in contrapposizione, anche abbastanza netta, a quella ‘economica’.

In secondo luogo, e qui ci avviciniamo al tema della funzione costituente, la giustizia riparativa (umanistica) ha bensì dei punti di contatto ma è fondamentalmente diversa dalla rieducazione, che è l’unica a trovare una menzione espressa in Costituzione (art. 27.3). In sintesi estrema, si consideri che la rieducazione ha come suo *unico destinatario* il reo, mentre la giustizia riparativa implica il coinvolgimento, come *protagonisti attivi*, di *entrambi* i soggetti del reato, colpevole e vittima. Senza contare, poi, che la rieducazione può, almeno in teoria, essere perseguita anche in assenza del consenso del destinatario, mentre la giustizia riparativa richiede non solo il consenso delle due parti, ma che esse si facciano costruttori autonomi del percorso riparativo. In sostanza, si potrebbe dire che con la giustizia riparativa il modello di giustizia penale cessa di essere bipolare, concentrato nel rapporto autore-Stato, per tornare ad essere quadripolare: autore-vittima-comunità-Stato. Con quest’ultimo, lo Stato, che si pone quasi sullo sfondo.

Sulla base di quanto osservato, è dunque facile comprendere che — come si dice usualmente — la giustizia riparativa costituisce un ‘paradigma’ di giustizia radicalmente ‘alternativo’ a quello tradizionale della giustizia punitiva: alternativo in senso culturale e antropologico, non solo e non tanto in senso operativo. E allora è ineludibile la conclusione che il cammino della giustizia riparativa, approdato ora alla svolta radicale della riforma Cartabia, ha modificato il quadro costituzionale della penalità, non solo introducendo un nuovo pilastro portante di quell’edificio, ma anche svolgendo una funzione costituente nell’intero ordinamento giuridico e nelle premesse culturali della responsabilità. La giustizia riparativa ha segnato un significativo momento del passaggio dalla modernità alla

postmodernità giuridica, forse ancora più marcato di quello che a suo tempo rappresentò la scelta costituzionale per la funzione rieducativa della pena. In effetti, mentre la modernità giuridica s'impenna sull'idea illuministica di un uomo considerato nella sua astrattezza di essere libero ed eguale ed egualmente capace di autodeterminazione, la postmodernità lascia entrare la concretezza dell'individuo storico ed irripetibile con il bagaglio del suo vissuto, delle sue emozioni e delle sue passioni. È, insomma, un nuovo 'umanesimo' quello che viene costitutivamente fondato dal paradigma della giustizia riparativa: un umanesimo che riflette uno generale spirito dei tempi assai diverso, nel bene e nel male, da quello della modernità. E, allora, non si può non concludere che la giustizia riparativa contribuisce alla fondazione costituzionale di una nuova e diversa idea non solo della penalità ma anche della società e, in fondo, dell'uomo e delle sue esigenze.

8. *Conclusioni.*

È l'ora ormai di concludere. Il costituzionalismo penale è lungi dall'aver esaurito il suo ruolo, non foss'altro perché abbiamo ancora un codice che reca l'impronta del regime fascista, e perché non mancano pericolose cadute e involuzioni anche della legislazione repubblicana (che potenzia sempre più le controverse misure di prevenzione, che non cessa di derogare con disinvoltura alla finalità rieducativa della pena, che indulge in risposte sanzionatorie in flagrante contraddizione col principio di proporzione). La Corte costituzionale non lesina certo il suo controllo e anzi lo intensifica facendo uso di parametri molto incisivi come quello della ragionevolezza. Ma il suo intervento è sempre per così dire puntiforme, circoscritto e necessariamente condizionato dalla sensibilità dei giudici comuni.

Il costituzionalismo penale non è dunque tramontato: la Costituzione ha ancora da dire molto nel campo penale. Ma c'è anche un costituzionalismo che non è appannaggio della Costituzione e che non cala dall'alto sul penale per involgerlo in una rete di contenimento. C'è anche un costituzionalismo di cui è artefice lo stesso diritto penale, che è maggiormente contaminato con la politica e con le forze che producono un movimento per così dire non più dall'alto

della Costituzione verso il basso della legislazione, ma che si diffonde dalla penalità verso i cardini dell'ordinamento giuridico-sociale in concorrenza, positiva o negativa, con la Costituzione. Una funzione costituente, appunto, del penale in quanto dotato di una speciale capacità di persuasione sociale, si potrebbe dire. I rischi di abuso ci sono, e non sono pochi. Le contaminazioni con la politica possono essere pericolose, ma non possono farci chiudere gli occhi sul fatto che la vita dell'ordinamento mostra flessibilità, pervasività, agilità che vanno oltre la « rigidità » della Costituzione e della sua interpretazione pur evolutiva. Non dobbiamo per ciò essere timorosi, ma sorvegliare che la 'funzione costituente' del diritto penale sia realmente tale e non vada invece verso la deriva di una degenerazione ed involuzione del quadro costituzionale delineato dal Patto del 1948. Dinanzi ad una realtà che si fa sempre più complessa e di cui dobbiamo assumere piena consapevolezza, siamo, insomma, chiamati ad un esercizio di responsabilità. Senza timore di inquinare il nostro compito dal più intenso contatto con le forze che recitano un ruolo incontestabilmente principale nel complesso gioco dell'esperienza giuridica.

TOMMASO GAZZOLO

SPINOZA E LA LIBERAZIONE DALLA SCHIAVITÙ DELLA LEGGE

1. Introduzione. — 2. Il problema fondamentale. — 3. Degradazione della legge « in senso assoluto ». — 4. La legge « comunemente » intesa. — 5. Il « vero fine » della legge. — 6. La legge come verità eterna. — 7. *Venenum esse mortiferum*. — 8. Conseguenze per una teoria del diritto.

1. *Introduzione.*

La riflessione sul significato della parola ‘legge’ (*lex*), con cui si apre il capitolo IV del *Trattato teologico-politico* ⁽¹⁾, costituisce uno dei passaggi più difficili da decifrare della riflessione filosofico-politico spinoziana. Essa, infatti, sembra costituire una radicale messa in discussione del carattere ‘normativo’ che sarebbe proprio della legge ⁽²⁾, nonché della possibilità stessa di considerare la *lex* propriamente giuridica — ossia, come si tende a dire, ‘prescrittiva’ — qualcosa di *realmente* diverso dalla legge intesa nella sua concezione esplicativo-causale, espressione cioè dell’essere necessariamente determinato delle cose. Spinoza realizzerebbe, in tal senso,

⁽¹⁾ SPINOZA, *Trattato teologico-politico*; trad. it. di E. Giancotti Boscherini, Torino, Einaudi, 1972 [di seguito abbreviato in TTP]. Per il testo latino, si è qui utilizzata l’edizione del *Trattato teologico-politico* a cura di Pina Totaro, Napoli, Bibliopolis, 2007. Si è, inoltre, tenuto conto anche della traduzione di Alessandro Dini in SPINOZA, *Tutte le opere*, a cura di A. Sangiacomo, Milano, Bompiani, 2010/2011, pp. 629-1139. Desiderio ringraziare Giacomo Petrarca, ai cui studi devo personalmente moltissimo, per aver discusso con me alcune ipotesi di lettura.

⁽²⁾ O. PFERSMANN, *Spinoza’s Naturalism and Law’s Normativity*, in « Cardozo Law Review », 25 (2003), pp. 643-656.

una vera e propria ‘dissoluzione’ del concetto normativo di legge ⁽³⁾, attraverso una sua graduale decostruzione che avrebbe, quale risultato finale, la dimostrazione dell’inadeguatezza di ogni conoscenza della legge come prescrizione, come dover-essere.

La difficoltà di trovare nelle pagine di Spinoza un modo di articolare in esse una sua filosofia del diritto, una teoria della legge in quanto *dover-essere* (*Sollen*), ha fatto sì che la letteratura giuridologica abbia finito per interessarsi più alla concezione del *diritto naturale*, dello *ius*, presente nei suoi testi ⁽⁴⁾, che non al concetto di *lex* — sul quale, invece, hanno più insistito altri tipi di letture. Ciò ha determinato, da una parte, una tendenza a identificare la teoria della legge con la riflessione che Spinoza dedica alla *legge divina* — e dunque con la critica alla religione e lo sviluppo della sua ermeneutica biblica ⁽⁵⁾ —; dall’altra, lo scarso interesse che essa incontra negli studi, più specificamente giuridici, dedicati al ‘giusnaturalismo’ spinoziano.

⁽³⁾ Riprendo l’espressione dal saggio di P. TOTARO, *Law and Dissolution of Law in Spinoza*, in *A Companion to Spinoza*, a cura di Y.Y. Melamed, Hoboken, John Wiley, 2021, pp. 384-393.

⁽⁴⁾ Sulla letteratura dedicata al concetto di *ius* in Spinoza, mi limito a citare, qui, alcuni dei lavori più significativi maturati all’interno della filosofia del diritto: R. CICCARELLI, *Potenza e beatitudine. Il diritto nel pensiero di Baruch Spinoza*, Roma, Carocci, 2003; A.M. CAMPANALE, *Diritto e politica tra necessità e libertà nel pensiero di Spinoza*, Pisa, ETS, 1993; F.S. NISIO, *Spinoza con Villey. Il diritto sub specie aeterni*, in «Quaderni fiorentini», 37 (2008), pp. 103-146; M. WALTHER, *Die Transformation des Naturrechts in der Rechtsphilosophie Spinozas*, in «Studia Spinozana», 1 (1985), pp. 73-104; Id., *Spinoza und der Rechtspositivismus*, in *Spinoza nel 350° anniversario della nascita*, a cura di E. Giancotti, Napoli, Bibliopolis, 1985, pp. 401-418; A. MATHERON, *Spinoza et la problématique juridique de Grotius*, in «Philosophie», 4 (1984), pp. 69-89; G. COURTOIS, *Le « jus sive potentia » spinoziste*, in «Archives de Philosophie du Droit», 18 (1973), pp. 341-364.

⁽⁵⁾ Ciò non significa, va da sé, negare la stretta correlazione esistente tra la riflessione spinoziana sulla *lex* e la critica della religione che, attraverso essa, è condotta. Cfr., unitamente ai testi che richiameremo nel corso del lavoro, G. COURTOIS, *La loi chez Spinoza et Saint Thomas d’Aquin*, in «Archives de Philosophie du droit», 25 (1980), pp. 159-189; S. BRETON, *Les fondements théologique du droit chez Spinoza*, in «Archives de Philosophie du Droit», 18 (1973), pp. 93-105. Più in generale, sulla relazione tra teologia, politica e diritto in Spinoza, si vedano A. TOSEL, *Spinoza ou la crépuscule de la servitude*, Paris, Aubier Montaigne, 1984; E. BALIBAR, *Spinoza et la politique*, Paris, PUF, 1985, nonché l’ormai classico di S. ZAC, *Spinoza et l’interprétation de l’Écriture*, Paris, PUF, 1965.

Ciò che, qui di seguito, ci si propone, è pertanto di recuperare il senso propriamente *giuridico* della riflessione di Spinoza sulla legge — di mostrare, cioè, come la critica del carattere ‘prescrittivo’ della legge implichi non la negazione di ogni idea di normatività ma, al contrario, l’acquisizione di un concetto adeguato di essa ⁽⁶⁾. Che tale riflessione sia condotta da Spinoza con riferimento soprattutto a quella che egli chiama *lex divina* (e che non va confusa, come vedremo, con una legge di cui Dio sarebbe l’autore), non ne toglie, di per sé, l’importanza che essa riveste per il diritto — quantomeno se per diritto, come qui faremo, si intenda non ciò che le leggi positive prescrivono (*quid iuris*), ma ciò che rende una legge ciò che essa è (*quid ius*).

La necessità, pertanto, di mantenere l’attenzione, rispetto al testo spinoziano, su ciò che esso permette di pensare relativamente alla questione della normatività della legge, impone un determinato svolgimento del lavoro. Per prima cosa, infatti, ho scelto di presentare quello che, credo, è il problema fondamentale che, dalla prospettiva di una filosofia del diritto, si incontra fin dalle primissime righe del capitolo IV, e le ‘soluzioni’ che, solitamente, si tendono a proporre per ovviarlo. Dal momento che, qui, suggeriamo una nuova ipotesi di lettura, essa verrà esposta, nelle sue linee essenziali, da principio, affinché il lettore possa aver da subito chiara la tesi principale di questo lavoro. Nei paragrafi successivi, si tratterà di dimostrarne la fondatezza, attraverso una lettura analitica del capitolo del TTP che è qui in considerazione. Infine, tenteremo di chiarire quali conseguenze implichi per una teoria del diritto la riflessione spinoziana sulla legge, nell’interpretazione che ne è stata qui proposta.

(6) Con concetto ‘adeguato’ della legge intendiamo, qui, riferirci — come risulterà chiaro nel seguito della trattazione — al significato che il concetto di ‘legge’ avrebbe laddove potessimo conoscerla in ciò che Spinoza chiama il suo *sensu assoluto*, e che corrisponde, come proveremo a mostrare, ad un grado di conoscenza adeguato all’‘essenza’ della cosa. Ciò implica, naturalmente, spostarsi rispetto a quelle letture che hanno, diversamente, inteso valorizzare la relazione tra immaginazione e storicità della legge.

2. *Il problema fondamentale.*

La parola ‘legge’, scrive Spinoza, se intesa in senso assoluto, *absolute*, indica « ciò secondo cui ciascun individuo o tutti o alcuni di una medesima specie agiscono in una sola, certa e determinata maniera (*eademque certa ac determinata ratione agunt*) » (7). Ciò *per cui*, cioè, si agisce sempre nello stesso determinato modo. Il che, aggiunge Spinoza, può *dipendere* o dalla necessità naturale, *a necessitate naturae*, o dalla decisione dell’uomo, *ab hominum placito*. Si darebbe pertanto, accanto alla legge come ciò che è determinato ad accadere per necessità della natura, la legge intesa come *prescrizione*, la legge che « gli uomini prescrivono (*praescribunt*) a sé o agli altri », in vista di una serie di fini (« rendere la vita più sicura o più comoda, o per altri motivi »). In questo significato, la legge è ciò « che si chiama più propriamente » ‘diritto’, *ius*. Spinoza sembra pertanto distinguere, immediatamente, una concezione esplicativo-causale della legge — come ciò che descrive quel che *necessariamente* accade — da una ‘normativa’ — in cui la legge è intesa come ciò che prescrive quanto *deve* accadere. A ben vedere, però, non è questo che, propriamente, si dice — e la distinzione tra un dovere come *müssen* ed uno come *Sollen* rischia, per molti versi, di sviare.

Per capire il punto, occorre tener conto dei numerosi problemi che la definizione e la ripartizione della legge fornita da Spinoza pongono. Se si analizza, infatti, con attenzione il testo, Spinoza definisce la legge che dipende dalla decisione (*placitum*) attraverso due proposizioni che appaiono, evidentemente, contraddittorie:

a) da una parte, anche la legge che dipende dalla decisione è definita come *ciò per cui* qualcosa è determinato necessariamente a realizzarsi, una certa azione ad essere (e non: a *dover* essere) compiuta (8). Anch’essa, cioè, esprimerebbe la stessa *necessità* pro-

(7) TTP, p. 103.

(8) L’espressione *eademque certa ac determinata ratione*, si ritrova, non a caso, nell’*Etica*, per definire una cosa in quanto « necessaria »: *necessaria autem, vel potius coacta, quæ ab alio determinatur ad existendum, & operandum certa, ac determinata ratione* — SPINOZA, *Etica*, edizione critica e traduzione italiana a cura di P. Cristofolini, Pisa, ETS, 2014², I, Def. VII, p. 27: « Sarà detta libera quella cosa che esiste per la sola necessità della sua natura e che da sé sola si determina ad agire; necessaria, invece, o meglio costretta, quella che è determinata da altro ad esistere e ad operare per una certa

pria della legge che deriva dalla natura delle cose: il fatto, cioè, che qualcosa sempre accade, che un individuo sempre agisce (e non: *deve* agire) in una certa e determinata maniera. La legge esprimerebbe, cioè, sempre e soltanto un *müssen*, e mai un *Sollen*;

b) dall'altra, però, tale legge è anche intesa da Spinoza come *prescrizione*, la quale, pertanto, dovrebbe riguardare non ciò che necessariamente *accade*, ma ciò che *deve* accadere. Un *Sollen*, dunque, e non un *müssen*

Come tenere insieme queste due affermazioni antinomiche? Credo si diano almeno due possibilità — che vanno, tuttavia, rifiutate entrambe, in quanto danno luogo a risultati del tutto insoddisfacenti:

(i) la prima possibilità, che tenta di 'salvare' il carattere normativo della legge, potrebbe essere quella di definire la legge che dipende dalla decisione nei termini di una prescrizione che viene sempre *osservata e adempiuta* — come, cioè, se si trattasse di pensare la legge come un dover-essere che sempre è osservato. 'Legge', in altri termini, sarebbe non semplicemente la prescrizione che pone il dovere di pagare le tasse, bensì quel dovere che mi determina a pagarle, che è 'causa' (transitiva) del fatto che gli individui le pagano regolarmente (anzi, a rigore: necessariamente). Il problema è che una simile interpretazione non 'salva' affatto la normatività giuridica, in quanto finisce nuovamente per fare del *Sollen* un *müssen*, per riconvertire il dovere di tenere una certa condotta nel fatto che, proprio a causa di esso, tale condotta è necessariamente tenuta. L'idea, del resto, di una prescrizione che abbia la forza di causare (in senso transitivo) la condotta su cui verte, di farla esistere, è l'idea di una legge assolutamente 'inviolabile', in quanto rende necessario l'accadere conforme ad essa. In questo modo, la normatività è semplicemente tolta, e negata;

(ii) la seconda possibilità, tenta invece di fare della legge che 'dipende' dalla decisione una sorta di concezione 'degradata' — ma adatta ai 'più' — della vera definizione di legge, che sarebbe quella

e determinata ragione». Sul significato della «necessità» in Spinoza, rimando, da ultimo, alle pagine di M. CACCIARI, *L'idea di sostanza di Spinoza e le sue aporie nella filosofia del Novecento*, in *Lettere di Spinoza per il nuovo millennio*, a cura di P. Totaro e G. Licata, Roma, Sapienza Università Editrice, 2023, pp. 31-42.

che deriva necessariamente dalla natura della cosa. Questa strada è più promettente — ed in parte in linea con la logica spinoziana. Pure, c'è da chiedersi se davvero Spinoza intenda ridurre la normatività ad una semplice rappresentazione immaginaria, ad una forma 'illusoria' di conoscenza, rispetto ad una realtà, ad una verità in cui non vi sarebbe altro che *müssen*, che l'accadere necessario delle cose.

Ciò che proveremo, qui di seguito, a sostenere, sarà una terza via rispetto alle ipotesi sopra indicate, la quale dovrà essere in grado di tener ferma, da un lato, la normatività propria della legge — in quanto autonoma e distinta rispetto al carattere esplicativo delle 'leggi' della natura — e la possibilità che si dia un concetto di legge non 'immaginario', ma legato alla sua 'essenza' e, dall'altro, il carattere *necessario* della relazione che, secondo Spinoza, anche le leggi che dipendono dalla decisione esprimerebbero ⁽⁹⁾. Per farlo, occorrerà, ovviamente, ripercorrere il testo del capitolo IV del *Trattato teologico-politico*, per individuare le diverse operazioni che, in esso, Spinoza compie, le distinzioni che egli introduce tra diversi

⁽⁹⁾ Diversi autori, tra cui — di recente — Donald Rutheford, tendono a presentare la definizione che Spinoza fornisce della legge in 'senso assoluto', ed in particolare la distinzione tra legge in senso naturale e legge che dipende dalla decisione, come se in essa Spinoza separasse un 'tipo I' di leggi — identificate come quelle che derivano dalla natura, e che avrebbero pertanto carattere esplicativo e descrittivo di ciò che necessariamente accade —, da un 'tipo II' di leggi, quelle che dipendono dalla decisione (*ab hominum placito*), e che avrebbero carattere propriamente prescrittivo, in quanto non soltanto non seguirebbero dalla natura delle cose, ma costituirebbero regole di condotta che indicherebbero come gli uomini dovrebbero (*should*) agire. Ma Rutheford, a mio parere, 'salta' un passaggio, in modo tale da non vedere il vero problema: la legge che 'dipende' dalla decisione, infatti, non viene affatto presentata da Spinoza, almeno nel primo dei significati che si leggono, come legge che prescrive come l'individuo *deve* agire, ma, diversamente, sembra equiparata e sullo stesso livello — anche per ciò che riguarda il proprio carattere — alla legge che descrive come l'individuo *agisce*. Ed è esattamente questo che fa problema, e rispetto cui occorre interrogare la logica spinoziana. Cfr., sul punto, D. RUTHEFORD, *Spinoza's conception of law: metaphysics and ethics*, in *Spinoza's Theological - Political Treatise. A Critical Guide*, a cura di Y.Y. Melamed, M.A. Rosenthal, Cambridge, Cambridge University Press, 2010, pp. 143-167. Non mi pare veda il problema neppure M. CHAUI, *La déconstruction de l'idée de loi divine dans le chapitre IV du Traité théologico-politique*, in « *Historia philosophica* », 4 (2006), p. 38, che identifica parimenti la definizione della legge — che dipende dalla decisione — come *ratio agendi* con la definizione di essa come prescrizione.

tipi di legge e modi di intendere tale concetto, le conclusioni cui esso consente di giungere. Mi limito qui, per ragioni di chiarezza espositiva, ad anticipare, però, il senso che, credo, debba darsi alla legge, *intesa in senso assoluto*.

Non credo che si possa dubitare del fatto che, in questa accezione, Spinoza intenda la legge, la ‘prescrizione’, come ciò che, se potessimo conoscerla per ciò che realmente, veramente è, esprimerebbe anch’essa una necessità; un *dover-essere*, cioè, che *necessariamente* è, *accade*; un dover-essere, diremmo, che è *causa* del suo stesso essere. Ma ciò non può voler dire, credo, intendere la legge come un dover-essere in grado di ‘causare’ (transitivamente) un’azione ad esso corrispondente, come ciò che ‘causa’ la sua osservanza, ossia l’*esistenza* di una certa condotta che lo realizza. È evidente, infatti, che, sotto il profilo della causalità *efficiente*, il comportamento, la condotta, è causata dalla ‘decisione’ di chi agisce, dall’agente che lo pone in essere. Se, del resto, così non fosse, se davvero Spinoza pensasse che la decisione è ‘causa’ della condotta nel senso ora indicato, allora il dover-essere non sarebbe che un *müssen*, identico a quello delle leggi che dipendono dalla ‘natura’. Il dover-essere non è, pertanto, causa dell’*esistenza* del suo essere.

Se, tuttavia, si considera che, in Spinoza, la ‘causa’ non va intesa in senso transitivo, ma come *causa immanente*, diviene possibile un’altra soluzione, un’altra lettura della tesi. La ‘prescrizione’, la norma, il dover-essere è certamente — perché questo viene affermato esplicitamente da Spinoza — causa dell’azione, ma causa *immanente*, causa, cioè, dell’*essenza*, e non dell’esistenza dell’azione⁽¹⁰⁾. Cosa significa, però, che la legge è causa dell’essenza di ciò su cui verte?

Significa che *il dover-essere della cosa è ciò che la rende la cosa che essa è*. O, se si vuole: che il dovere di compiere una certa azione non è altro che il dovere che la rende l’azione che è, cioè *per cui essa è l’azione che è*. Possiamo spiegarlo con una serie di esempi. Cominciamo da quelli più classici. Se, diremmo in termini spino-

(10) Riprendo, qui, la tesi di Y.Y. MELAMED, *La metafisica di Spinoza: sostanza e pensiero*, trad. it. a cura di E. Costa, Milano, Mimesis, 2020, secondo cui in Spinoza la *biforcazione della causalità* in efficiente ed immanente corrisponderebbe alla *biforcazione della concezione* (o spiegazione) dell’esistenza e dell’essenza di una cosa.

ziani, potessimo conoscere la norma che ‘prescrive’ che l’alfiere degli scacchi si deve muovere in diagonale per ciò che essa è realmente, vedremmo che non si tratta affatto di una prescrizione, di un *dovere* di muovere l’alfiere in diagonale (che come tale potrebbe essere osservato o meno). Si tratta, diversamente, di una proposizione che esprime come il dover-essere mosso in diagonale è ciò che fa sì che l’alfiere sia ciò che esso è (ossia quel pezzo che deve essere mosso in diagonale). Cerchiamo, però, un esempio che cominci ad avvicinarci di più a Spinoza. Una legge che dicesse « se mangerai di questo cibo, ne morirai », la intenderemmo facilmente come una prescrizione: come se essa, cioè, ponesse il dovere di non mangiare un certo cibo, di non compiere una certa azione (dovere come tale *distinto* dal compierla o meno). Ma se potessimo realmente conoscerla come tale, essa, in realtà, non porrebbe alcun dovere, così inteso. Essa esprimerebbe, diversamente, la *verità* della cosa. Se bene intesa, infatti, quella legge esprime la verità che il *dover* morire è ciò che rende l’azione del mangiare l’azione che essa, in tal caso, *realmente* è: non un ‘mangiare’ qualcosa, ma un procurarsi la morte. Vedremo come questo esempio abbia un riscontro nei testi di Spinoza, ed è per questo che lo abbiamo anticipato.

La definizione di ‘legge’, da parte di Spinoza, come una relazione necessaria, non implica allora la riduzione del normativo al constativo, all’esplicativo, del dover-essere all’essere. Implica, però, una certa concezione del dover-essere, distinta da quella cui abitualmente pensiamo. Il dover-essere, infatti, non è il dovere in quanto *distinto* e separato da ciò che lo fa essere, dalla condotta che lo *può* attuare o no: non è, cioè, dovere di *fare* qualcosa — in tal caso, lo ripetiamo, la definizione che Spinoza fornisce della legge costringerebbe al contempo a dover concludere che dalla prescrizione di compiere l’azione *x* segua necessariamente il compimento di tale azione; che la prescrizione, cioè, sia in grado di ‘causare’ la condotta corrispondente (con la ricaduta del *Sollen* in un *müssen*).

Dover-essere dice, diversamente, che la cosa non è che ciò che deve-essere. Dice che, se si potesse conoscere l’azione per ciò che essa ‘realmente’ è, essa non apparirebbe come l’azione che devo fare, ma come ciò che è quel che essa deve-essere. Per questo l’azione, per come è, esiste, accade, è identica all’azione per come deve-essere. Non perché il dovere ne è la ‘causa’ — perché la fa accadere;

diversamente, perché essa non è l'azione che è se non in quanto la sua essenza, la proprietà che la rende tale, è un dover-essere. Per riprendere l'esempio visto: il dovere non è ciò che rende l'azione del mangiare quel cibo vietata, un'azione che non devo *fare*; diversamente, è ciò che rende quell'azione ciò che essa realmente, in verità, è, ossia non il semplice fatto di mangiare, ma un procurarsi la morte.

In tal modo, la legge — se potesse apparire nel suo senso 'assoluto' — conserva la propria *normatività*, in quanto essa esprime un *dover-essere* che, come tale, non è un *müssen* (non è l'accadere necessario che deriva dalla prescrizione), senza per questo però risolversi in una contraddittoria prescrizione in grado di 'determinare' direttamente la condotta. Resta, ora, da fornire la dimostrazione di come il testo spinoziano giunga a rendere possibile questa definizione.

3. *Degradazione della legge « in senso assoluto ».*

Se si legge con attenzione il capitolo IV, si vede come la prima operazione che Spinoza compie sia quella di individuare i passaggi concettuali che, dalla definizione di legge 'in senso assoluto', spiegano il perché noi, in realtà, siamo abituati a pensare la legge altrimenti, ossia come un comandamento (*mandatum*), una prescrizione nel suo senso più 'comune' — ossia come dovere di fare o non fare qualcosa (in quanto tale distinto dal suo essere o meno osservato).

Questa 'degradazione' progressiva del significato di legge, tuttavia, è raggiunta attraverso diverse tappe che — sebbene in pochissime righe di testo — Spinoza individua con estrema precisione. Dobbiamo, pertanto, tentare di ripercorrerle, nel modo più analitico possibile. Il primo passaggio che si nota, è che Spinoza introduce da subito, in un modo che passa perlopiù inosservato, uno spostamento del senso della 'decisione umana'. Si confrontino, infatti, le due affermazioni:

a) La parola legge, dice inizialmente Spinoza, « indica ciò secondo cui ciascun individuo o tutti o alcuni di una medesima specie agiscono in una sola, certa, determinata maniera ». Come si è ricordato, l'espressione *eademque certa ac determinata ratione*, è esattamente quella che indica ed esprime *l'accadere necessario* di

un'azione. Dopodiché, Spinoza aggiunge: « e *questa* maniera dipende o dalla necessità naturale o *dalla* decisione dell'uomo (*ea vero vel a necessitate naturæ, vel ab hominum placito dependet*) ». Ciò significa che la decisione è considerata *ciò per cui* una certa azione necessariamente accade (e non, si noti: *ciò per cui* una certa azione *deve* accadere). Ma cosa significa?

b) Spinoza sceglie, ora, uno dei possibili significati: identificando la decisione con la prescrizione, fa cominciare, infatti, un percorso che porterà ad una definizione di legge diversa da quella con cui si è cominciato. Si veda l'esempio: « che gli uomini cedano o siano costretti a cedere una parte del proprio diritto naturale [...], questo dipende dalla loro decisione ». Spinoza sembra dire che dalla decisione *dipende* non ciò che deve accadere, ma ciò che accade; sembra dire, in altri termini, che la decisione è *ciò per cui* ci si determina a cedere una parte del proprio diritto. Essa sembra essere, dunque, 'causa' (transitiva), del comportamento.

È qui che inizia un nuovo lavoro di spostamento, di slittamento. Egli, infatti, precisa immediatamente come *in realtà* « tutte le cose sono determinate all'esistenza e all'azione (*determinari ad existendum, et operandum*) secondo una certa e determinata ragione dalle leggi universali della natura ». Affermare, pertanto, che la decisione sia *causa* di un certo comportamento è, perlomeno, improprio: causa del comportamento è sempre e soltanto una concatenazione di cause che lo determinano, lo necessitano. E queste cause hanno la necessità del *müssen*, diremo, e non del *Sollen*. Non è, cioè, *perché* qualcosa è *voluta*, comandato, deciso, che viene compiuto. Dunque: gli uomini cedono il loro proprio diritto *perché* così decidono, o perché non potrebbero fare altrimenti? In realtà, Spinoza fa salva la prima ipotesi — o, meglio, spiega in che termini essa può essere vera, come ora vedremo;

c) Qui si attua il primo passaggio ⁽¹¹⁾. Per spiegare il perché — nonostante la legge sia, a rigore, ciò che esprime una relazione di

(11) TTP, p. 103: « [...] dico tuttavia che queste leggi dipendono dalla decisione dell'uomo. I) Perché l'uomo, in quanto è parte della natura, costituisce una parte della potenza di questa: onde le cose che procedono dalla necessità della umana natura, e cioè della natura stessa in quanto la concepiamo determinata attraverso la natura umana, procedono tuttavia, se pure necessariamente, dall'umana potenza ».

necessità — sia comunque possibile parlare di leggi che dipendono, che *seguono* dalla decisione, dal *placitum*, di un'autorità, Spinoza osserva come, dal momento che la necessità della natura comprende anche le cose che « procedono dalla necessità della umana natura », allora affermare che un certo comportamento è stato 'causato' da una decisione umana costituisce una proposizione vera — poiché essa fa parte delle 'cause' attraverso cui in natura ogni cosa viene determinata. Anche in tal caso, se si può parlare di una 'legge', è perché essa esprimerebbe la *relazione necessaria* tra la natura propria dell'individuo e le conseguenze che derivano da essa. Dal momento però che, tra tali conseguenze — e cioè: nella concatenazione delle cause che conducono al fatto che gli uomini cedano il loro diritto naturale — vi è anche la *decisione*, allora sarà ammissibile rappresentare come segue la serie causale che, da *a*, conduce *necessariamente a d*: $a \rightarrow b \rightarrow c$ (decisione) $\rightarrow d$. Poiché la decisione è parte delle cause naturali che determinano la condotta *d*, allora ha senso affermare che *d* dipende, 'segue' dalla decisione *c*. E ciò, soprattutto, se si ignorano o si decidono di ignorare le cause *a* e *b* che determinano, a loro volta, la decisione stessa. A questo punto, la decisione apparirà come la *causa* della condotta, ciò *per cui*, *secundum quod*, essa è tenuta.

Se, tuttavia, ora posso affermare che una certa decisione è *causa* di una certa condotta, che *c* è causa di *d*, il senso della decisione diventa, immediatamente, ambiguo. Perché, ora, quando affermo che l'azione 'dipende' dalla decisione, posso intendere: (i) sia che dalla decisione dipende la *necessità* che ad essa, a *c* segua *d*; (ii) sia che della decisione dipende l'accadere *necessario* di *d*. In altri termini, la proposizione « *c* è *causa* di *d* » — cui si è giunti — rende possibile due diverse interpretazioni della 'necessità' che esprime. Una prima — che conserva il senso precedente che aveva la decisione — e dice che è necessario che, se *c*, allora segua *d*. L'altra — che rappresenta la premessa per l'ulteriore 'passaggio' — intende invece che *c* determini la necessità, l'accadere necessario di *d*. In fondo, si tratta di uno slittamento dalla necessità della conseguenza alla necessità del conseguente. L'affermazione secondo cui « la decisione è causa della condotta », cioè, non è più intesa come se dicesse « è necessario che, se *c*, allora segua *d* », ma « se *c*, allora è necessario *d* ». Così intesa, essa dà luogo ad una nuova 'trasformazione':

d) « onde si può benissimo dire che la sanzione di queste leggi dipende dalla decisione dell'uomo » (*quare sanctionem istarum legum ex hominum placito pendere optime dici potest*). Affermare che è *per* la decisione che qualcosa necessariamente accade, viene ora inteso come se dalla decisione dipendesse la 'sanzione' stessa della legge, ossia il fatto che qualcosa sia sancito, e valga come legge. Il che però, ora, significa: a rendere qualcosa una legge, non è più il fatto che essa esprime una necessità, la *verità* di una connessione necessaria, ma, diversamente, il fatto che così è deciso, il fatto che sia deciso che un dato comportamento debba essere necessariamente tenuto. Non è cioè per la loro verità che le 'leggi' poste dalla decisione valgono, ma per il solo fatto di essere, appunto, decise (12). A questo punto, però, diventa inevitabile un ultimo passaggio, che chiude il percorso che porta dal significato della legge intesa in senso 'assoluto' ad una concezione 'comune' di essa:

e) Per concedere che la decisione possa essere intesa come ciò che *causa* la condotta, abbiamo visto, è necessario *isolarla* rispetto alla concatenazione delle cause che, a loro volta, determinano l'accadere della decisione stessa. In questo modo, però, la decisione cessa di apparire come una 'causa' *necessitata*: apparirà, piuttosto, come causa *libera*. Il che implica, però, la convinzione che sia allora *per essa* che le cose *possano* essere o non essere. Nel momento, infatti, in cui gli uomini non vedono più la connessione necessaria tra le cose, l'ordine ed il concatenamento delle cause, essi non possono che concludere che la decisione — anziché essere una causa tra le cause — sia ciò per cui le cose vengono ad esistenza (13).

È a questo punto, però, che si rende possibile lo spostamento definitivo: se 'libera' è la decisione dell'autorità che prescrive una certa condotta, allora 'libera' deve, necessariamente, essere anche la

(12) Cfr. L. LEVY, *Ab placito humanum and the Normativity of Human Laws in the Theological-Political Treatise*, in « Journal of Spinoza Studies », 1 (2022), p. 75.

(13) TTP, p. 104: « II) Perché, trattandosi per noi di definire e spiegare le cose mediante le loro cause prossime, quell'universale considerazione della fatale concatenazione delle cause non serve minimamente al nostro scopo, che è di formare e di coordinare le nostre idee circa le cose particolari. Si aggiunga il fatto che noi ignoriamo del tutto quel coordinamento e quella concatenazione delle cose, e cioè come in realtà le cose siano ordinate e concatenate; sicché, per la prassi della vita, è meglio, anzi necessario per noi di considerare le cose come possibili ».

decisione di colui al quale tale condotta è prescritta. La decisione, cioè, non è davvero *causa* della condotta: è, piuttosto, causa del *dover essere* tenuta della condotta — dal momento che la decisione se tenerla o meno, sarà sempre quella di chi agisce o deve agire. L'azione stessa, che la decisione prescrive, è sempre e solo un'azione possibile, in quanto il suo realizzarsi dipenderà dalla volontà di chi la deve compiere ⁽¹⁴⁾.

Per questo la definizione che, ora, viene data della legge, non è identica a quella da cui eravamo partiti. Se tutto ciò che è stato detto riguarda, osserva Spinoza, la legge in senso assoluto (*hæc de lege absolute considerata*), in realtà, nello sviluppare la definizione, si sono già preparate le condizioni per compiere il passaggio alla sua considerazione 'comune', al modo del tutto comune di intenderla. Ora, infatti, la legge non apparirà più come ciò *per cui* si agisce sempre nella stessa maniera, in quanto così stabilito da una decisione, bensì come *mandatum*, « comandamento che gli uomini possono osservare o trascurare (*mandatum, quod homines et perficere, et negligere possunt*) » — e sarà questa, infatti, la definizione propria della legge 'comunemente' intesa, con la conseguenza che la parola 'legge', a quel punto, si applicherà « alle cose naturali soltanto in senso traslato », *per translationem*.

(14) Occorre, qui, una precisazione. Come Yitzhak Melamed ha osservato, nel *Trattato Teologico-politico* Spinoza individua il difetto proprio del modo in cui i più conoscono le cose non tanto nel fatto che essi non cercherebbero di risalire alle cause di esse, ma nel fatto che non si spingano abbastanza avanti nella spiegazione: a impedire, cioè, la vera conoscenza, è il fatto che i più ritengono spiegato un certo fenomeno non appena si possa giungere ad una 'causa' in grado di spiegarlo, laddove, in realtà, la conoscenza implica proprio il mettere in questione ciò che sembra più ovvio e familiare — Cfr. Y.Y. MELAMED, *The Metaphysics of the Theological-Political Treatise*, in *Spinoza's Theological - Political Treatise. A Critical Guide*, cit., pp. 130-131. In questo senso, certamente le leggi umane — come nota CHAUI, *La déconstruction de l'idée de loi divine dans le chapitre IV du Traité théologico-politique*, cit., p. 39 — appaiono come tali distinte da quelle « naturali » solo per un difetto della nostra conoscenza, per la nostra ignoranza delle cause necessarie dell'esistenza di una cosa, e pertanto esse hanno una propria rilevanza unicamente nel « campo dell'immaginazione ». E tuttavia, è essenziale, credo, non perdere di vista il fatto che Spinoza introduca una 'degradazione' progressiva del concetto di legge 'umana', e dunque un suo essere più o meno adeguata alla conoscenza del concetto di legge a seconda di quanto ci si allontani rispetto alla definizione di legge 'in senso assoluto'.

Tale è il percorso ‘trasformativo’ (il movimento di *degradazione*) che porta dalla legge in senso assoluto alla legge per come *communiter* intesa. Ridotto nei suoi termini essenziali, il ragionamento di Spinoza può essere così riassunto: una volta che la decisione venga pensata come causa *transitiva* della condotta, la ‘necessità’ propria della legge si degrada, progressivamente, a *prescrittività*, intesa come il *comando* che l’azione sia compiuta (comando che implica, però, che essa non necessariamente sarà compiuta). Nel momento, infatti, in cui la ‘legge’ è pensata come causa (transitiva) della condotta, essa finisce, in realtà, per rivelarsi una mera prescrizione, un semplice *volere* che le cose accadano, anziché un determinarne l’accadere. È, questa, l’aporia propria di ogni concezione del dover-essere inteso come comando, *mandatum*, come dovere che mira, che tende all’essere, dal quale è in quanto tale distinto. Così pensato, infatti:

— da una parte, esso postula di dover restare *distinto* dal proprio essere, dal suo essere osservato ed applicato: se il dovere di restituire il deposito ricevuto implicasse di per sé stesso il fatto che il deposito verrà restituito, esso si negherebbe, si *toglierebbe* come dovere. Non avremmo più una prescrizione (intesa come ‘comando’), ma una *descrizione* di ciò che necessariamente accade;

— dall’altra parte, però, il dover-essere, così inteso, deve al contempo poter determinare, in qualche modo, l’essere: in caso contrario, infatti, esso resterebbe un mero ‘ideale’, privo come tale di ogni realtà, effettività, mero *flatus vocis*. Un comando, in questo senso, deve poter ‘guidare’ la condotta, deve, cioè, *essere* osservato ed applicato, per poter avere una qualche realtà, per poter realmente comandare (altrimenti, più che un comando, sarebbe una preghiera).

È entro tale aporeticità che la definizione ‘comune’ di legge, che abbiamo raggiunto, si muove, come ora vedremo.

4. La legge « comunemente » intesa.

Nel momento in cui la legge passa ad essere intesa nel più classico senso prescrittivo, Spinoza introduce, però, una nuova distinzione al suo interno, a partire da una precisazione della nozione che ha appena fornito. Legge, *communiter* intesa, dice infatti, propriamente, « un modo di vivere che l’uomo *prescrive* a sé o agli altri in vista di un fine (*ob aliquem finem*) ».

Fin dalla definizione della legge nel suo ‘senso assoluto’ Spinoza aveva, in realtà, introdotto il riferimento ad uno scopo, ad un *fine*. Dovremo tuttavia procedere con attenzione, e circospezione, qui, se non altro perché è quantomeno sospetto che un autore come Spinoza, che rifiuta l’idea della causa finale, pensi poi la legge a partire da ciò in vista di cui essa sarebbe data, come necessità *condizionata*. Per il momento, però, occorre seguire lo sviluppo dell’argomentazione. Il riferimento al fine, permette infatti a Spinoza, come si è detto, di ritornare sul significato della legge come comando, *mandatum*. Infatti, « poiché il vero fine della legge suole essere manifesto soltanto a pochi », spiega Spinoza, in realtà — qui dobbiamo parafrasare, per meglio spiegare — la legge non appare mai come in vista di quel fine che *deriva necessariamente* dalla sua natura, bensì come ciò che minaccia e promette, come ciò il cui fine è premiare chi la rispetta e punire chi la trasgredisce.

Qui Spinoza fa due affermazioni fondamentali. La prima è che — se fosse possibile conoscerla per ciò che è — la legge intesa nel suo senso ‘comune’ apparirebbe sì come una ‘prescrizione’, ma come una prescrizione che comanda un determinato comportamento in vista di un *fine* che deriva, scrive Spinoza, dalla *natura stessa dalla legge*. La legge, se rettamente intesa, non ha, cioè, un fine ad essa *esterno*, al di fuori di sé, ma ha uno scopo che le è immanente. Per ciò che, per ora, interessa, ciò significa che la legge, nel suo senso di ‘prescrizione’ (e non, si ricordi, nel suo senso ‘assoluto’), se potesse essere adeguatamente conosciuta si rivelerebbe non essere, in realtà, un imperativo di tipo ‘categorico’, ma un imperativo *ipotetico*, in quanto essa è sì comando, ma comando in vista di un fine, in funzione di uno scopo, che, peraltro, *necessariamente* lo determina. La legge, in questo senso, sarebbe una proposizione ipotetica del tipo « Se *a*, allora *deve essere b* », in cui, pertanto, il ‘dovere’ di *b* non è propriamente ciò che si *vuole* — ciò che il legislatore vuole che sia fatto —, bensì ciò che necessariamente segue se *a* è dato come fine (ed è dato come ‘sottratto’ alla semplice volontà del legislatore).

Consideriamo ora, la seconda affermazione: in quanto viene incontro, tuttavia, all’ignoranza dei più, che non possono conoscerne il « vero fine », la legge è posta — scrive Spinoza — con un « fine assai diverso da quello che necessariamente deriva » dalla sua natura. Ma quale fine? A ben vedere, la legge, per come tradizionalmente la pen-

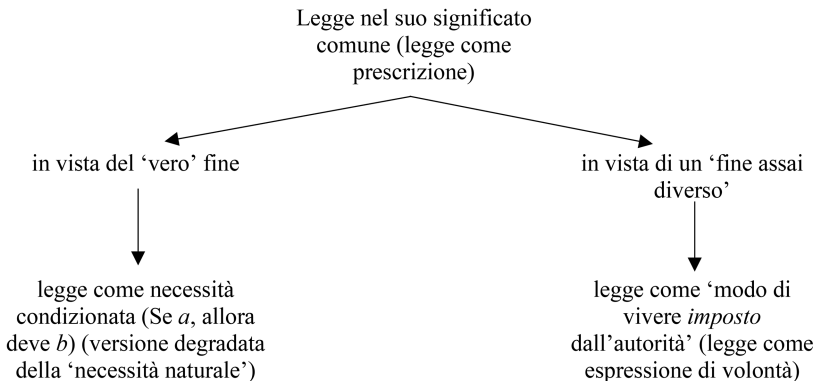
siamo, si presenta come ciò che non ha altro scopo se non quello di punire chi non la rispetta e di premiare chi la osserva. Il che significa: la legge non avanza che la pretesa di essere osservata per il solo *fatto* che esiste, che prescrive tale osservanza. Essa, cioè, fa della sua stessa esistenza il proprio scopo. Se si intende, allora, la legge come ciò che non richiede altro che il *fatto* di essere obbedita — in quanto essa, come scrive Spinoza, ‘obbliga’ semplicemente minacciando chi la viola e premiando chi la osserva — allora non diviene altro che « un modo di vivere imposto agli uomini *dall'autorità* di altri (*quae hominibus ex aliorum imperio praescribitur*) ». Non è allora alla legge che si obbedisce, in questo modo, ma all'autorità di chi la pone, alla volontà altrui. Per questo di « coloro che obbediscono alle leggi si dic[e] che vivono sotto le leggi e appai[o]no come schiavi di esse (*sub lege vivere dicantur, et servire videant*) ». Chi compie il giusto perché altri lo vuole, *per* la decisione altrui, non può in alcun modo, sottolinea Spinoza, essere detto giusto. Ed aggiunge: qui ciascuno agisce non secondo la propria, ma secondo l'altrui decisione. La volontà è dell'altro. Osservare la legge, qui, è rendersi *schiavi* della volontà dell'altro, e non rendersi liberi attraverso essa ⁽¹⁵⁾.

Il riferimento al ‘fine’ che deriverebbe dalla natura stessa della legge consente, pertanto, a Spinoza di separare una conoscenza adeguata da una inadeguata del carattere prescrittivo che comunemente si attribuisce alla legge. I ‘più’, infatti, non possono vedere il comando (*mandatum*) altrimenti che come volontà, e la necessità che da esso segue come *costrizione* loro imposta dall'autorità. Quanti, invece, conoscono il ‘vero fine’ della legge, vedono come essa non ‘costringa’, ma esprima un nesso tra il fine e ciò che devo fare affinché esso sia realizzato. Il riferimento al ‘fine’, cioè, consente — anche se in modo inadeguato, come vedremo — di non identificare la legge con il semplice comando, con l'obbedire alla *volontà* altrui. Non è *perché* altri lo vuole che si deve obbedire alla legge, ma è perché, attraverso essa, diviene possibile raggiungere quei ‘veri’ fini, quegli scopi, in vista dei quali essa viene promulgata.

(15) TTP, pp. 104-105. Qui comincia il confronto serrato di Spinoza con Paolo, per il quale rinvio al lavoro — con cui il mio testo è costantemente in dialogo — di G. PETRARCA, *Confermare la legge. Paolo e Spinoza*, in ID., *La legge per la legge. Paolo, Spinoza, Rosenzweig*, Livorno, Salomone Belforte, 2018, pp. 95-127.

Proviamo però, a fare un passo avanti. Come si è detto, il ricorso alla nozione di fine è, in Spinoza, un modo per fornire una definizione della legge più vicina possibile al significato che essa avrebbe se si potesse conoscerla in modo adeguato, ossia nel suo senso *absolutum*. Quando, infatti, egli definisce il « vero fine » come quello « che necessariamente deriva dalla natura delle leggi », non sta che fornendo al lettore comune una spiegazione — adatta al suo livello di conoscenza — di quanto egli aveva definito *necessità naturale*, intesa come quella che « deriva necessariamente dalla stessa natura, ossia dalla definizione della cosa ». È quanto, nel prossimo paragrafo, tenteremo di dimostrare. Ne forniamo prima, però, la spiegazione. Per chi guarda alla legge come ad una prescrizione, ad un comando, è evidente che l'unico modo di conoscere ciò che esso dispone non come l'espressione di una volontà, ma come una *necessità*, sia quello di pensare in senso *ipotetico* l'imperativo, attraverso il riferimento, appunto, ad un fine rispetto cui esso indicherebbe la condotta necessaria per raggiungerlo. Ma se si potesse, lo si ripete, conoscere la legge per ciò che essa realmente è, si vedrebbe che la necessità che essa esprime non è, in realtà, una necessità *condizionata* — ossia dipendente da un fine (*ex suppositione finis*, secondo la logica scolastica) —, ma una necessità che deriva direttamente dalla natura stessa della cosa, la necessità assoluta propria di quelle che Spinoza chiama verità eterne.

La distinzione si presenta, pertanto, secondo lo schema seguente:



È a questo punto che Spinoza introduce il concetto di *lex divina*: « non essendo dunque altro la legge se non un modo di vivere che gli uomini prescrivono a sé o agli altri in vista di un fine, essa sembra doversi distinguere in umana e divina (*lex distinguenda videtur in humanam, & divinam*): intendendosi per legge umana quella regola di vita che serve soltanto alla tutela della vita e della cosa pubblica, e per legge divina quella che concerne unicamente il sommo bene *quæ solum summum bonum*), e cioè la vera conoscenza e l'amore di Dio ».

La legge in senso 'comune', pertanto, si divide al suo interno in *lex humana* e *lex divina*, e tale distinzione riguarda gli scopi, i fini in vista di quali essa viene seguita, e non la 'fonte' da cui deriva (la volontà dell'uomo o la volontà di Dio). Questo è un punto essenziale, che non va mai trascurato: si dice 'divina', la legge, perché e quando il suo scopo è il « sommo bene »; si dice 'umana', perché ed in quanto essa ha quale fine la tutela della vita e della cosa pubblica. La legge divina non proviene, pertanto, dalla volontà di Dio — Dio non è 'legislatore', per Spinoza, se non per una conoscenza fondata sulla mera immaginazione.

5. *Il « vero fine » della legge.*

Nel capitolo IV, la meditazione sulla legge si trova così a prendere la strada della riflessione sulla legge divina, mentre viene — per il momento — del tutto trascurata la trattazione della legge umana ⁽¹⁶⁾. Ma 'divina', lo ripetiamo, non dice affatto: la legge voluta, e rivelata, da Dio. Dice, diversamente, la legge in quanto e nella misura in cui essa 'concerne', 'tende a' (*spectat*) la conoscenza vera e l'amore per essa.

Perché ciò che Spinoza dimostra, è che conoscere Dio è conoscere le cose, nella loro singolarità, non è cioè altro che conoscere le cose per ciò che esse realmente sono. Come Alexandre Matheron ha osservato ⁽¹⁷⁾, Spinoza, qui, presenta però la propria tesi in una forma

⁽¹⁶⁾ Cfr. RUTHEFORD, *Spinoza's conception of law*, cit., p. 146.

⁽¹⁷⁾ Rinvio, qui, a A. MATHERON, *La déduction de la loi divine et les stratégies discursives de Spinoza*, in *Nature, croyance, raison. Mélanges offerts à Sylvain Zac*, Fontenay-aux-Roses, ENS, 1992, pp. 53-80.

esoterica, a partire dalla necessità di renderla familiare ed accettabile dal proprio pubblico — a cominciare dai filosofi appartenenti alla tradizione neoaristotelica e neoscolastica ⁽¹⁸⁾. Per spiegare il punto, si confronti il testo di Spinoza con un passaggio della *Summa contra gentiles*, in cui Tommaso dimostra come la conoscenza di Dio costituisca *il fine* di tutte le sostanze intellettive:

Essendo l'intelletto la parte migliore di noi, è certo che, se noi vogliamo cercare davvero il nostro interesse, dobbiamo sforzarci soprattutto di perfezionarlo quanto più è possibile; perché nella perfezione di esse deve consistere il nostro sommo bene. Ora, poiché ogni nostra conoscenza e la certezza che esclude realmente ogni dubbio, dipendono soltanto dalla conoscenza di Dio, sia perché senza Dio nulla può né essere né essere concepito, sia anche perché di tutto è possibile dubitare finché non abbiamo una conoscenza chiara e distinta di Dio, ne segue che il nostro sommo bene, e la nostra perfezione, dipendono dalla nostra conoscenza di Dio, ecc.

[...] Perciò è necessario che la conoscenza intellettuale di Dio sia il fine delle creature intellettive. Infatti [...] la conoscenza intellettuale è l'operazione propria delle sostanze intellettive. Dunque essa è il loro fine. Quindi l'atto più perfetto in questa forma di attività è il loro fine. [...] Perciò la conoscenza dell'intelligibile perfettissimo, che è Dio, è la più perfetta delle operazioni intellettive. [...] Come gli esseri privi d'intelletto tendono a Dio quale loro fine mediante la somiglianza, così le sostanze intellettive tendono a lui mediante la conoscenza [...]. Perciò l'intelletto, per quanto poco possa conoscere di Dio, questo poco costituisce per esso l'ultimo fine, più che la conoscenza perfette degli intelligibili di grado inferiore.

Cerchiamo allora di capire il senso di tale lavoro di 'adattamento' da parte di Spinoza, e, insieme, il modo in cui egli de-costruisce la logica stessa che decide di utilizzare, per evidenti ragioni strategiche. Il passo inizia con l'affermazione secondo la quale l'intelletto è *la parte migliore di noi*. Dopodiché, Spinoza immediatamente ne deduce che, pertanto, *nella perfezione di esso deve consistere il nostro sommo bene*. Spinoza non dice altro, ma *lascia* al lettore di considerare ovvio ciò che, nella *sua* logica, consentirebbe di chiudere il ragionamento: tale per-

(18) Per il 'pubblico' cui il *Trattato teologico-politico* si rivolge ed il tipo di lettore esso è destinato, cfr. S. NADLER, *Un libro forgiato all'inferno. Lo scandaloso Trattato di Spinoza e la nascita della secolarizzazione*, trad. it. Torino, Einaudi, 2013, pp. 20-34; CHAUI, *La déconstruction de l'idée de loi divine dans le chapitre IV du Traité théologico-politique*, cit., pp. 34-37. Un riferimento essenziale resta, poi, l'ormai classico lavoro di L. STRAUSS, *Come studiare il « Trattato teologico-politico » di Spinoza*, in *Id., Scrittura e persecuzione*, trad. it. Venezia, Marsilio, 1990, pp. 137-197.

fezione è il *fine* cui l'intelletto tende, e vi tende in quanto essa consiste nel sommo bene.

Il lettore è, cioè, indotto, sulla base delle proprie assunzioni preliminari, a interpretare il testo *come se* in esso si dicesse che, poiché il *fine* dell'intelletto è conoscere Dio, allora esso *deve* tendere al proprio perfezionamento. Spinoza non fa nulla per smentirlo, ed anzi lo suggerisce (con quel *debet*, 'deve', che sembra indicare, appunto, un compito, uno scopo, un fine). Se il lettore del *Trattato teologico-politico* avesse, però, potuto conoscere l'*Etica* — che verrà pubblicata solo postuma —, sarebbe stato costretto a ricostruire il senso del brano in una chiave diversa. Per Spinoza, infatti, la conoscenza non è tale in vista di un fine: *intelligere* è, infatti, ciò a cui la ragione tende in forza del fatto che essa persevera nella propria esistenza, che essa fa, cioè, quanto *deriva necessariamente* dalla sua natura, per come è data (*Etica* IV, XXVI). Il che significa, anche, che la perfezione cui l'intelletto tende non è affatto un *dovere* — qualcosa che ad esso è prescritto dal fine che gli è connaturato —; è, diversamente, ciò a cui « tendiamo secondo ragione ».

La legge divina, in altri termini, non è, a ben vedere, una legge che *prescrive* di perfezionare la conoscenza in vista di un fine. Essa è una 'legge' che non prescrive alcunché, né che si riferisce ad un qualche scopo, dal momento che non esprime altro se non ciò che necessariamente deriva dalla natura stessa della conoscenza, dell'*intelligere*. Quanto, poi, a ciò in cui tale conoscenza consiste, Spinoza, anche in tal caso, cerca di occultare il più possibile quella che è la propria tesi.

Dapprima, infatti, si legge che la vera conoscenza è quella di Dio, e che essa si identifica con il sommo bene, e dunque con il fine che dobbiamo raggiungere (per legge divina si considera « quella che concerne unicamente il sommo bene, e cioè la vera conoscenza e l'amore di Dio »). Poi, poco più avanti, egli afferma che la conoscenza di Dio è ciò *da cui dipende*, è la *condizione*, di ogni nostra conoscenza, e dunque la stessa possibilità di conseguire il sommo bene, il perfezionamento dell'intelletto (« il nostro sommo bene, e la nostra perfezione, dipendono dalla conoscenza di Dio »). In questo modo, però, la conoscenza di Dio sembra essere definita come la *condizione* per raggiungere quella perfezione dell'intelletto il cui *fine* è... la conoscenza di Dio. Ma l'argomento di Spinoza, in realtà, è un

altro: ed è che la conoscenza di Dio non è il *fine* a cui tende la conoscenza delle cose, ma è quella stessa conoscenza, non è cioè altro che la conoscenza delle cose naturali ⁽¹⁹⁾. È ciò che Melamed chiama la *priorità dell'infinito sul finito*, e per la quale la conoscenza di Dio non è il termine (ed il fine) del processo in cui la conoscenza delle cose consiste, ma è, diversamente, ciò con cui tale conoscenza comincia e, in ultima istanza, si identifica. Oltre ad essere chiaramente indicato nell'*Etica* ⁽²⁰⁾, ciò viene espresso nello stesso capitolo IV del *Trattato*, quando Spinoza osserva:

« [...] quanto meglio conosciamo le cose naturali, tanto maggiore e più perfetta conoscenza di Dio acquistiamo; ovvero (poiché la conoscenza dell'effetto attraverso la causa non è altro che la conoscenza di qualche proprietà della causa) quanto più noi conosciamo le cose naturali, tanto più perfettamente conosciamo l'essenza di Dio ». E per questo precisa: « perciò tutta la nostra conoscenza [...] non soltanto dipende dalla conoscenza di Dio, ma in essa del tutto consiste (*non tantum a Dei cognitione dependet, sed in eadem omnino consistit*) ».

Se, pertanto, Spinoza non smette di spiegare la legge divina ricorrendo ad una logica del fine, della relazione tra mezzo e scopo — e ad una strategia, pertanto, che consenta di presentare la propria dottrina il più possibile in continuità con la tradizione scolastica —, in realtà ne fornisce, al contempo, una definizione del tutto diversa: la legge divina non ha altro oggetto che la conoscenza stessa delle cose, nella loro *verità* — ed è per questo che essa coincide con la conoscenza stessa di Dio. Per questo credo vi siano buone ragioni per considerare come la riflessione sulla legge divina non sia in realtà

⁽¹⁹⁾ Cfr. A. MATHERON, *La déduction de la loi divine et les stratégies discursives de Spinoza*, cit., p. 62.

⁽²⁰⁾ Cfr. SPINOZA, *Etica*, cit., II, p. 10s, p. 93: « Credo che la causa di ciò consista nel fatto che essi non si sono attenuti a un ordine del filosofare. Hanno infatti creduto che la natura divina, di cui si sarebbero dovuti occupare in primo luogo, poiché è la prima sia in termini di conoscenza che in termini di natura, fosse l'ultima nell'ordine della conoscenza, e che prima fra tutte fossero le cose che vengono chiamate oggetti dei sensi; la conseguenza ne è stata che, mentre si occupavano delle cose naturali, a nulla meno pensassero che alla natura divina, e quando poi hanno rivolto l'attenzione alla natura divina, non sono riusciti a pensare a nulla meno che alle loro primitive raffigurazioni, sulle quali si erano costruiti una conoscenza delle cose naturali ».

altro che la riflessione sul concetto di legge in generale, su ciò che la legge, propriamente, è, e su quale rapporto essa abbia con la conoscenza e la verità.

Spinoza, come detto, mantiene, per ragioni essenzialmente prudenziali, il costante riferimento al ‘fine’ — il quale determina, pertanto, il modo in cui egli presenta e formula la propria concezione della *lex divina*. Essa esprime, in questo senso, ciò attraverso cui — si legge — diviene possibile raggiungere il fine di tutte le azioni umane (dove questo ‘fine’ è la conoscenza intellettuale di Dio — la quale, tuttavia, non è altra dalla conoscenza delle cose singolari nella loro vera realtà). Seguiamo ancora, però, il testo. Spinoza, ora, precisa che, dal momento che « il fine ultimo e lo scopo di tutte le azioni » è l’amore di Dio, allora da ciò segue che *osserva* la legge divina soltanto colui che ha cura di amare Dio: soltanto colui, cioè, che la osserva non per timore o castigo, ma « per il solo fatto che conosce Dio », ossia « soltanto perché sa che la conoscenza e l’amore di Dio sono il sommo bene ». La legge, cioè, non prescrive se non l’amare Dio, ed è *per questo* che deve essere seguita e osservata.

Propriamente, pertanto, osserva la legge solo chi conosce il *fine* per il quale essa prescrive qualcosa, fine che, tuttavia, non è *altro* da ciò che essa prescrive: la legge, infatti, sembra — da quanto Spinoza afferma — *prescrivere* di conoscere Dio in quanto il suo *fine* è la conoscenza di Dio. Così infatti Spinoza conclude il breve ragionamento: « l’idea di Dio *prescrive* (*dictat*) che Dio è il nostro sommo bene e *ciò* (*sive*) che la sua conoscenza e il suo amore sono il fine ultimo al quale vanno dirette tutte le nostre azioni (*finem esse ultimum, ad quem omnes actiones nostræ sunt dirigendæ*) ».

A questo punto, però, occorre interpretare correttamente il senso di ciò che Spinoza intende dire. Poco più avanti, egli scrive che « il maggior premio della legge divina è la legge stessa, cioè conoscere Dio e amarlo con vera libertà, con animo integro e perseverante ». Il fine della legge è la legge stessa, cioè. Ma che cosa può significare che la legge si realizza *attraverso* ciò che essa stessa *prescrive*?

Proviamo a riconsiderare il ragionamento. La legge prescrive la propria osservanza. Ma questa osservanza è tale, per Spinoza, se e solo se attraverso essa io giungo a conoscere la legge per ciò che essa

è realmente (dal momento — è questo il punto essenziale — che per Spinoza parlare del suo ‘vero’ fine vuol dire, in realtà, parlare della sua *vera natura*). Osserva la legge, infatti, solo colui che *sa* che il suo fine è la conoscenza della legge stessa (così credo che si possa parafrasare l’affermazione: « soltanto perché sa che la conoscenza e l’amore di Dio sono il sommo bene », sono cioè il fine di una legge che prescrive la conoscenza di Dio). In questo senso, il ‘fine’ della legge non è altro che quello di rendere possibile il suo stesso realizzarsi, ossia il suo poter apparire per come essa ‘veramente’ è.

Quando Spinoza osserva che il premio che la legge concede a chi la osserva è la legge stessa, sta dicendo esattamente questo: che osservare la legge, propriamente, non significa obbedire ad essa — nel senso di: *fare* ciò che essa prescrive —, ma conoscerla per ciò che propriamente essa è. Ossia, come subito vedremo: non come *prescrizione*.

6. *La legge come verità eterna.*

Dopo aver identificato la legge divina come ciò che *prescrive* la conoscenza delle cose per come esse sono (=conoscenza di Dio) in vista di quella stessa conoscenza, Spinoza sembra giungere a identificare tale legge con quella che egli ora chiama la legge divina naturale (*lex divina naturalis*), la quale a sua volta — secondo alcuni interpreti — non sarebbe altro che la stessa *lex naturae*, relazione di necessità che deriva dalla natura delle cose ⁽²¹⁾. Dovremo vedere come ciò avvenga, e con quali implicazioni. Ma certo è che stiamo risalendo, finalmente, verso la concezione ‘adeguata’ della legge, a partire, ora, da quello che è il modo comune di intenderla.

La prima mossa di Spinoza implica un radicale ripensamento, finalmente, della separazione tra la legge intesa come ciò attraverso cui è possibile la *conoscenza* delle cose, e la legge intesa invece come espressione della *volontà*, come ciò attraverso cui viene prescritto ciò che si *deve* fare. Nel momento in cui Spinoza si era servito della logica mezzo/fine per poter dimostrare come, dall’idea di Dio che è in noi, *seguisse* necessariamente che il fine della nostra conoscenza

(21) Cfr. G. LICATA, *Lex naturalis e religio naturalis nel Trattato teologico-politico di Spinoza*, in *Lecture di Spinoza per il nuovo millennio*, cit., p. 233.

dovesse essere la conoscenza di Dio stesso, aveva ammesso che, in un certo senso, la legge divina potesse essere intesa come *proveniente* da Dio: se, infatti, il fine è pensato come ciò che *esige* un mezzo, allora non sarebbe del tutto improprio affermare che è Dio, in quanto fine, che *prescrive*, come *comandamenti*, determinate azioni. Tale ammissione, dettata dalle strategie di adattamento che abbiamo richiamato, viene ora, però, smentita e confutata. Dio non può essere pensato come *legislatore*, per Spinoza, e la legge come espressione della sua volontà, e ciò perché, in Dio, volontà e intelletto, ciò che vuole e ciò che conosce, non sono che una sola e identica cosa ⁽²²⁾: Dio non vuole se non ciò che necessariamente è, ed una cosa non è se non come Dio dispone che sia. Per questo, osserva Spinoza, quando Dio afferma qualcosa, ne afferma sempre la necessità, intesa come la *verità eterna* che quella cosa è.

È a questo punto che Spinoza introduce un esempio — che tornerà, con qualche variante, nel suo epistolario, e che occorre analizzare. Quando Dio proibì ad Adamo di mangiare il frutto dell'albero della scienza del bene e del male, osserva Spinoza, sarebbe stata « una contraddizione (*contradictionem implicaret*) il fatto che Adamo potesse mangiarne ». Come potrebbe Dio, infatti, proibire una certa azione e, al tempo stesso, permettere che essa venga compiuta? Come Spinoza chiarirà nella lettera XIX a Blyenberg, pensare che Adamo abbia potuto mangiare nonostante la volontà contraria di Dio, significherebbe ammettere che — dal momento che essa non si differenzia dal suo intelletto — l'azione di Adamo sarebbe tale non solo da poter rendere impotente la volontà Dio, ma di natura tale da ripugnare « anche al suo intelletto, come

(22) TTP, p. 109: « Così, ad esempio, se noi consideriamo attentamente soltanto il fatto che la natura del triangolo è contenuta 'ab eterno' nella natura divina come un'eterna verità, diciamo che Dio ha l'idea del triangolo; ma quando passiamo a considerare che la natura del triangolo è così contenuta nella natura divina per la sola necessità di questa natura divina, e non per la necessità dell'essenza e delle proprietà del triangolo, anzi, che la necessità dell'essenza e delle proprietà del triangolo, in quanto anche si concepiscono come verità eterne, dipende dalla sola necessità della natura e dell'intelletto divino, e non dalla natura del triangolo, allora quello stesso che abbiamo chiamato intelletto di Dio lo chiamiamo volontà o decreto di Dio. Sicché rispetto a Dio affermiamo una sola e identica cosa quando diciamo che Dio ha 'ab eterno' decretato e voluto che i tre angoli del triangolo fossero uguali a due retti, o che Dio ha ciò inteso ».

il cerchio quadrato » (23). Ciò che Spinoza dimostra, qui, è che è impossibile che la legge sia un dover-essere in quanto tale *distinto* dal suo *essere*, perché intesa in tal modo essa si costituisce già « come legge che può essere disattesa » (24), come legge *trasgredibile* e, pertanto, del tutto inadeguata rispetto a quanto si è detto, alla necessaria coincidenza, nella legge divina, di dover-essere ed essere, di volontà e conoscenza.

Da ciò non si può però concludere che, allora, Dio sia la *causa* del male di Adamo, del suo peccato, che egli, cioè, gli abbia comandato di non mangiare sapendo e volendo che, in realtà, egli ne mangiasse (25). Spinoza prende un'altra strada. Dio — egli afferma — ha in realtà rivelato ad Adamo « soltanto il male che necessariamente sarebbe seguito (*quod eum necessario sequeretur*), qualora egli avesse mangiato quel frutto, ma non la necessità della conseguenza di quel male (*at non necessitatem consecutionis illius mali*) » (26).

Spinoza sta ripercorrendo all'indietro quanto abbiamo già visto (27). Dio rivela ad Adamo, infatti, la legge come se essa

(23) SPINOZA, Lettera XIX, in Id., *Epistolario*, trad. it. a cura di A. Droetto, Torino, Einaudi, 1951, p. 110. Per il testo latino, si è utilizzato il testo dell'Epistolario pubblicato in SPINOZA, *Tutte le opere*, cit., pp. 1898-1907. Sul modo in cui tale argomentazione esclude la possibilità di considerare l'errore o il male come privazione, cfr. F. MIGNINI, *Spinoza e la necessità dell'errare*, in « Rivista di storia della filosofia », 4 (2016), p. 703 e, dello stesso autore, *Spinoza e Blijenberg. L'impossibilità di una « filosofia cristiana »*, in *La fortuna di Spinoza in età moderna e contemporanea*, a cura di C. Altini, Pisa, Edizioni della Normale, 2020, I, pp. 23-38.

(24) PETRARCA, *Confermare la legge. Paolo e Spinoza*, cit., p. 113.

(25) È la conclusione che Blijenberg pretende debba necessariamente trarsi dalle affermazioni di Spinoza, e che egli aveva espresso nella lettera XVIII: « [...] se l'anima di Adamo vuol mangiare del frutto proibito, ciò significa, in base a quanto si è detto, non soltanto che la volontà di Adamo vuole per influsso di Dio, ma anche, come subito si dimostrerà, che vuole in quel tal modo; sicché quell'atto vietato di Adamo, in quanto Dio non solo muoveva la sua volontà, ma la muoveva in tal modo, o non è in sé male o Dio stesso sembra operare ciò che chiamiamo male » (SPINOZA, *Epistolario*, cit., pp. 105-106).

(26) TTP, p. 109.

(27) Occorre, tuttavia, evidenziare come, nelle diverse riprese — in diversi testi — dell'esempio di Adamo, Spinoza compia spesso operazioni differenti, fornisca interpretazioni non del tutto identiche, in funzione delle 'poste in gioco' che di volta in volta si presentano. Per questo rimando al saggio di M.L. De BASTIANI, *Spinoza e le sei storie di Adamo: teoria della narrazione e polisemia dei testi*, in « Rivista di storia della filosofia », 4 (2022), pp. 684-699.

esprimesse la *necessità del conseguente*, necessità, cioè, *de re*, necessità dell'*accadere* della punizione, del male. Ma quella 'prescrizione', sembra dire Spinoza, in realtà, se fosse stata formulata nella sua completezza, avrebbe rivelato ad Adamo la *necessità della conseguenza* di quel male. La legge non significa, cioè: « subirai necessariamente il male »; ma « necessariamente, se mangerai dell'albero, subirai il male ». La legge non esprime la *necessità dell'accadere* di un certo evento (qui, la punizione), ma la « verità eterna e necessaria » *della relazione* tra una causa e la sua conseguenza ⁽²⁸⁾. Come Spinoza precisa:

[...] onde avvenne che Adamo percepì quella rivelazione non come una verità eterna e necessaria, ma come una legge, ossia come una disposizione (*institutum*) alla quale tiene dietro un vantaggio o un danno, non per la necessità o la natura dell'azione compiuta, ma per il solo beneplacito e per l'autorità assoluta di un principe (*non ex necessitate et natura actionis patratae, sed ex solo libitu et absoluto imperio alicujus Principis*) ⁽²⁹⁾.

Ciò che Spinoza, qui, dice, rispetto a quanto appena visto, è che la legge, se intesa rettammente come ciò che esprime la necessità di una conseguenza — la necessità che, ad *a*, segua *b* —, si rivelerebbe essere allora nient'altro che una verità eterna, verità di *ciò che segue necessariamente*, osserva Spinoza, *dalla natura dell'azione compiuta*. Torneremo sul senso proprio di tale espressione. Per ora, limitiamoci a questo: Adamo ha, « unicamente per un

⁽²⁸⁾ Correttamente PETRARCA, *Confermare la legge. Paolo e Spinoza*, cit., p. 113, sottolinea un'ambiguità di fondo, però, nell'affermazione di Spinoza: perché Dio, infatti, ha scelto di rivelare ad Adamo la *legge in questo modo*, se da essa sarebbe derivato, necessariamente, il modo — improprio — di intenderla, da parte di Adamo stesso? Sembra, cioè, che « al sorgere del carattere esteriore-impositivo della legge, segue anche la sua prima 'corruzione'. Corruzione, nella misura in cui l'impossibilità da parte di Adamo di comprendere la 'necessaria consequenzialità' del nesso proibizione-trasgressione-punizione, è dovuta certo alla manchevolezza del proprio intelletto (incapace di comprendere il decreto divino come verità eterna), ma non meno alla forma stessa della rivelazione divina ». Il punto è che, secondo Spinoza, la legge è già da sempre inadeguata — proprio perché non dovrebbe a rigore avere la *forma* della legge. In tal senso, essa non può che essere rivelata, *in quanto legge, in modo inadeguato*.

⁽²⁹⁾ TTP, p. 109.

difetto della sua conoscenza », inteso invece la legge come una prescrizione. Più in generale, dovremmo dire che le verità necessaria sono rivelate da Dio nella *forma* di leggi per la loro necessità di adattarsi al « linguaggio umano », il quale non è in grado di comprendere il reale significato di ciò che la ‘legge’ in realtà esprime.

7. *Venenum esse mortiferum.*

L’esito della riflessione spinoziana sembra, allora, quello di risolvere la *legge naturale* nella legge di natura (*lex naturae*): non un comandamento, pertanto, non una prescrizione, ma una relazione di necessità che deriva direttamente dalla natura delle cose, dalla definizione della cosa. Resta, però, da risolvere quello che, a questo punto, diviene il problema essenziale: conoscere la legge in ciò che essa propriamente è, ossia espressione non di un comando, di una volontà, ma di una *verità eterna*, non toglie forse ad essa lo stesso carattere di ‘legge’? Non fa del dover-essere una semplice necessità, un *müssen*?

Il testo spinoziano non consente di rispondere immediatamente. Certo la liberazione dalla « schiavitù della legge », è in realtà conferma della legge stessa — così Spinoza, nel suo serrato dialogo con Paolo, a proposito di Cristo: « così li liberò dalla schiavitù della legge, confermando e consolidando (*confirmavit et stabilivit*) tuttavia maggiormente la legge stessa, in quanto la iscrisse profondamente nei loro cuori »⁽³⁰⁾. Ma Spinoza non dice se questa legge, che ora è al di là della schiavitù della legge stessa, e che è verità eterna, che implica sempre una necessità, sia o meno identica alla semplice *lex naturae*, e come, eventualmente, ciò vada inteso per quanto riguarda la natura e il carattere di tale ‘necessità’. Anche la *Adnotatio XXXIV* al *Trattato* non consente di chiarire il punto, per quanto in essa venga nuovamente ripetuto che, attraverso la conoscenza delle cause, la legge cessa di *apparire* come prescrizione, ma non — a rigore — di *essere* legge (ed anzi, al contrario, è solo ora che di essa si può fare esperienza per ciò che veramente è):

⁽³⁰⁾ TTP, p. 111. Sul punto, rinvio ancora a PETRARCA, *Confermare la legge. Paolo e Spinoza*, cit., in particolare p. 117 e ss.

Quod autem ad legem divinam naturalem attinet, cujus summum praeceptum esse diximus Deum amare, eo sensu legem adpellavi, quo philosophi communes naturae regulas, secundum quas omnia fiunt, leges vocant. Amor enim Dei non obedientia, sed virtus est, quae homini, qui Deum recte novit, necessario inest. At obedientia voluntatem imperantis, non rei necessitatem respicit et veritatem. [...]. Adde, quia jura divina nobis ut jura seu instituta videri ostenderimus, quamdiu eorum causam ignoramus; hac autem cognita illico jura esse desinunt, atque eadem ut aeternas veritates, non ut jura amplectimur, hoc est, obedientia illico in amorem transit, qui ex vera cognitione tam necessario oritur ut ex sole lumen.

Per ciò che riguarda la legge divina naturale il cui comando fondamentale, come si è detto, è quello di amare Dio, la chiamo ‘legge’ nel senso in cui i filosofi hanno chiamato ‘leggi’ le regole comuni della natura, secondo cui ciascuna cosa accade. L’amore di Dio, infatti, non è qualcosa che dipenda dall’obbedienza, ma è una virtù, la quale appartiene necessariamente all’uomo che giunge a conoscere correttamente Dio. L’obbedienza, in questo senso, si rivolge alla volontà di qualcuno che comanda, e non certo alla verità ed alla necessità della cosa. [...] Si aggiunga anche che le regole di diritto divino ci appaiono come norme giuridiche, norme poste — lo si è visto — fintanto che ne ignoriamo la causa. Ma una volta che la si conosce, esse cessano immediatamente di apparire come tali, per essere invece abbracciate come verità eterne; il che significa che l’obbedienza si converte immediatamente nell’amore che nasce dalla vera conoscenza, con la stessa necessità per cui la luce nasce dal sole.

La conoscenza della legge, in ciò che la rende tale, che la fa essere ciò che è, coincide con la liberazione dalla legge stessa, intesa come prescrizione, come comando, e dunque come dovere-di-fare, dovere, cioè, *separato* dall’essere. Ma ciò — è quel che occorre, finalmente, mostrare — non significa in alcun modo che la legge venga così ridotta a *müssen*, o, se si vuole, alla ‘legge di natura’, intesa come ciò che è necessariamente determinato da una certa necessità naturale. Al contrario: la liberazione dalla schiavitù della legge — ossia: dalla legge intesa come prescrizione, come dovere-di-fare — è ciò che lascia apparire la legge come verità eterna (ed in cui essa si rivela, come si è già accennato, come quel *dover-essere* in cui consiste l’*essere* delle cose) ⁽³¹⁾.

⁽³¹⁾ Non possiamo, qui, permetterci di affrontare la questione, più volte discussa, circa il rapporto tra Spinoza e la ‘tradizione ebraica’ — su cui rimando, in particolare, a M. CHAMLA, *Spinoza e il concetto della “tradizione ebraica”*, Milano, Franco Angeli, 1996; M. BELTRAN, *The Influence of Abraham Cohen de Herrera’s Kabbalah on Spinoza’s Metaphysics*, Leiden-Boston, Brill, 2016; *Jewish Themes in Spinoza’s Philoso-*

Riprendiamo, allora, l'esempio di Adamo, su cui Spinoza torna sia nel *Trattato* che nel suo *Epistolario*. Come si è visto, Dio non solo non *prescrive* affatto ad Adamo di non mangiare del frutto — non c'è alcun dovere di Adamo, in questo senso, obbligo di fare o non fare qualcosa —, ma, va precisato, la verità eterna che costituisce quella legge non esprime la necessità della consecuzione di quel male, *non necessitatem consecutionis illius mali*. Spinoza separa, infatti, qui, la *necessitas consecutionis* da ciò che necessariamente segue al compimento dell'atto, *quod eum necessario sequeretur*. Al di là di una certa ambiguità — dal momento che la *necessitas consecutionis* sembrerebbe esprimere proprio la necessità della conseguenza, e non del conseguente — sembra però chiaro che Spinoza, qui, intenda affermare soltanto, come abbiamo visto, che Dio abbia rivelato ad Adamo il nesso necessario tra il mangiare ed il morire o — meglio ancora — come mangiare di quel frutto « significasse » o « avrebbe portato » la morte, *così come* rivela a noi con l'intelletto naturale che « il veleno è mortifero »: *edere ex illa arbore mortem*

phy, a cura di H.M Ravven, L.E. Goodman, Albany, State University of New York Press, 2002; *Spinoza and Medieval Jewish Philosophy*, a cura di S. Nadler, Cambridge, Cambridge University Press, 2014. Credo però siano innegabili, qui, una serie di corrispondenze tra l'idea spinoziana che, se potessimo conoscere la legge per ciò che veramente essa è, ci libereremmo dalla sua 'schiavitù', in quanto essa cesserebbe di apparire come *prescrizione*, ed una certa idea 'cabbalistica' di come si presenterà la Torah nell'età messianica, ossia dopo che l'uomo sarà reintegrato nel suo stato originario. Alcune idee di Mosé Cordovero, in questo senso, presentano strettissime affinità con il discorso di Spinoza. Cito un passo riportato da Scholem, tratto da Abraham Azulai, che riprende a sua volta Cordovero: « La natura di Adamo diventava materiale, quando egli indossava quella pelle di serpente, e quindi diventava anche necessaria una Torah che *impartisse ordini materiali*. Ne conseguiva una lettura a sua volta nuova delle leggi, che *davano questo senso di un imperativo*. E lo stesso avvenne, in maniera corrispondente, per tutti gli altri comandamenti, che si basano sulla natura corporea e materiale dell'uomo [...] Ma un giorno gli uomini deporranno questo loro corpo materiale, saranno trasfigurati e riceveranno il corpo mistico che Adamo aveva prima del peccato originale. Allora comprenderanno il mistero della Torah, poiché i suoi aspetti nascosti diverranno manifesti ». Anche Luria aveva osservato come il senso dei comandamenti in paradiso era diverso da quello che essi hanno ora (G. SCHOLEM, *Il significato della Torah nel misticismo ebraico*, in ID., *La Kabbalah e il suo simbolismo*, trad. it. di A. Solmi, Torino, Einaudi, 1980, pp. 92-93).

operari, quemadmodum et nobis per naturalem intellectum revelat, venenum esse mortiferum ⁽³²⁾.

Occorre pertanto distinguere. Certamente dalla natura di Adamo, dalla sua essenza, deriva il fatto che egli, necessariamente, avrà mangiato del frutto. Ma non è questo il contenuto, ciò che è espresso dalla legge, dalla verità eterna che Dio gli rivela — e che egli intende come prescrizione. La legge non dice altro se non la *relazione necessaria* tra l'azione e la conseguenza che ne deriva, non esprime se non la verità per la quale mangiare di quel frutto implica il morire. Ciò che è, per noi, decisivo, è allora interrogare il senso di tale 'relazione necessaria'. Che si tratti di una relazione *causale*, non è in discussione, se teniamo presente la logica spinoziana. Ma è proprio questa 'causalità' che va, ora, compresa a fondo, per evitare di fare del *Sollen* un *müssen*, di 'trasformare', nel passaggio dalla prescrizione alla verità, il dover-essere in una mera necessità 'naturale'.

Abbiamo già visto come la legge — in quanto verità — non esprima la necessità dell'evento, ma della relazione: necessario, cioè, non è che Adamo muoia; necessario, diversamente, è che al suo mangiare del frutto segua la morte. Dalla *natura dell'azione*, precisa Spinoza, segue dunque necessariamente la conseguenza della morte. Ma ciò ha lo stesso significato, si noti, che affermare che l'azione del mangiare del frutto è mortifera: ha lo stesso significato, cioè, che attribuire un predicato — o, meglio, nei termini spinoziani, che esprimere una *proprietà* della cosa (in tal caso, dell'azione). Ciò dipende da uno degli assunti fondamentali della metafisica spinoziana, che egli esplicita nello stesso capitolo IV del *Trattato*, secondo il quale la cognizione dell'effetto per mezzo della causa, *cognitio effectus per causam*, non è altro, dice lo stesso, che la cognizione di una qualche proprietà della causa stessa ⁽³³⁾. Conoscere l'effetto di una causa, cioè, è conoscere una proprietà della causa stessa: conoscere ciò che segue, causalmente, dal mangiare del frutto, non è altro che conoscere una proprietà essenziale del mangiare stesso. Per questo, per Spinoza, affermare che necessariamente Adamo morirà, se mangerà del frutto, non è altro che esprimere la proprietà del frutto di *essere* mortifero.

⁽³²⁾ SPINOZA, Lettera XIX, in ID., *Tutte le opere*, cit., p. 1904.

⁽³³⁾ TTP, p. 106.

A questo punto, però, la nostra interpretazione subisce una radicale correzione di rotta. *Edere ex illa arbore mortem operari*, infatti, non significa che il mangiare del frutto sia la causa ‘transitiva’ di un evento al di fuori di essa, ossia del fatto che Adamo morirà, dell’*accadere* della morte di Adamo; significa, diversamente, che esso è la causa ‘immanente’ dell’essere la morte una proprietà del cibarsi di quel frutto.

Abbiamo già anticipato come la distinzione tra causalità transitiva ed immanente implichi la biforcazione tra la spiegazione dell’esistenza e quella dell’essenza. In questo senso, la legge divina non ci fa conoscere il fatto che Adamo morirà, se mangerà il frutto, quanto, piuttosto, il fatto che quel frutto ha la proprietà di essere mortifero (*mortiferum*). Ciò che la rivelazione espressa dalla legge ci fa conoscere, cioè, non è un effetto in quanto accadimento che si produrrà a seguito della causa, ma è un effetto in quanto *proprietà* della causa. La legge, cioè, esprime una relazione concettuale tra *l’azione e la sua essenza*, e non tra l’azione e la sua causa esterna ⁽³⁴⁾.

Possiamo, a questo punto, tentare di chiarire in che senso la legge — se potesse essere conosciuta per ciò che essa realmente è — esprimerebbe non tanto la relazione necessaria tra un antecedente ed un conseguente, tra una causa ed un *evento*, ma la relazione tra la cosa e la sua essenza, le proprietà che la costituiscono come la cosa che essa è. È per questo che la legge, intesa come *verità eterna*, resta legge, ed anzi si realizza autenticamente come legge. Essa non esprime affatto un *müssen*, infatti: non esprime, cioè, che ad una certa causa *segue* l’*accadere* necessario di una certa conseguenza. Esprime, diversamente, quel *dover-essere* che rende la cosa ciò che essa è.

8. *Conseguenze per una teoria del diritto.*

Abbiamo in tal modo giustificato la concezione della legge da cui avevamo preso, all’inizio, le mosse. Una legge è *tale* — sembra dire Spinoza —, è propriamente ciò che è, solo in quanto essa sia una *verità eterna*, la quale esprime l’essenza di ciò su cui verte, le

⁽³⁴⁾ Seguo qui, ancora, la chiave di lettura fornita da MALAMED, *La metafisica di Spinoza*, cit., pp. 173-181.

proprietà che rendono una cosa ciò che essa è e che, nel caso della legge, consistono nel dover-essere della cosa. La legge che *prescrive* di restituire il deposito che si è ricevuto, cioè, è tale, è realmente una *legge*, cioè, se e solo se di essa è possibile fare esperienza, è possibile conoscerla, come una verità eterna: se e solo se, in altri termini, è *vero eternamente* che un deposito non è altro che il suo *dover-essere* restituito. Ciò implica, allora, che se quest'ultima proposizione non è vera — non è esperibile come eternamente vera (possiamo conoscere un deposito che possa, come tale, non dover-essere restituito, senza per questo cessare di essere ciò che esso è?) —, quella legge non è una legge: è una mera prescrizione, un semplice comando.

La legge è realmente tale, cioè, quando esprime la verità eterna della relazione tra una cosa (o un'azione, o un soggetto) e la sua essenza, le sue proprietà essenziali — le proprietà che la rendono la cosa che essa è. E noi parliamo di 'legge' quando queste proprietà consistono in un *dover-essere*, quando cioè l'essere della cosa non consiste in una serie di caratteristiche 'fisiche' o di qualità esistenti, ma *nel* suo dover-essere. Per questo parliamo, a proposito del deposito, di 'legge': perché un deposito è, ha quale unica proprietà *essenziale*, il suo dover-essere restituito (così come l'alfiere non è *altro* che il suo dover-essere mosso in diagonale).

Se possiamo derivare dai testi spinoziani una teoria di questo tipo, allora essa funziona anche come una teoria *critica* della legge, una teoria in grado di dire la separazione tra legge e prescrizione, tra ciò che è realmente una legge e ciò che è dell'ordine del comando, della semplice volontà. Ma — è inevitabile chiedersi — come può ciò che si presenta come 'legge' esprimere una *verità* eterna, se la relazione tra la cosa e la sua essenza (ad esempio: tra il deposito ed il suo dover-essere restituito) sembra essere *istituita*, e dunque dipendere, dalla 'volontà' della 'legge' stessa? Nel momento in cui la legge, infatti, prescrive di restituire il deposito, istituisce al tempo stesso il deposito come ciò che deve-essere restituito (in sua assenza, semplicemente non esisterebbe qualcosa come un 'deposito'). Come può, qui, la *conoscenza delle cose* essere distinta dalla conoscenza delle *prescrizioni*?

È vero che in Dio, e cioè in natura, intelletto e volontà dicono lo stesso. Ma questo non significa, allora, che la *verità* per cui il veleno è mortifero non è distinguibile dalla *volontà* di identificare

come ‘veleno’ solo ciò che causa la morte? O, con un diverso esempio: affermare la verità per cui non c’è promessa che non implichi il suo dover-essere adempiuta non è, in fondo, la stessa cosa che affermare la volontà che una promessa, *per essere tale*, debba obbligare al proprio adempimento? Come distinguere la verità dalla volontà di verità?

La via d’uscita, forse, è tornare alla separazione, che Spinoza pone all’inizio del capitolo IV, tra legge che dipende dalla necessità naturale e legge che dipende dalla decisione umana (*ab homine placito*). Tale distinzione, come abbiamo visto, è *interna* al modo di intendere la legge ‘in senso assoluto’: essa, cioè, presuppone ed assume una definizione della legge come *verità* eterna, come relazione tra la cosa e la sua essenza. Ciò che, però, Spinoza indica, è che tale relazione ‘necessaria’, oltre a poter dipendere dalla stessa definizione della cosa, può anche essere *istituita* dagli uomini ⁽³⁵⁾ — il che non ne toglie la necessità, esattamente come accade per il segno linguistico, la cui convenzionalità non è affatto arbitrarietà.

(35) L’espressione *ab homine placito*, che Spinoza utilizza, implica, nella sua *traduzione*, inevitabilmente una certa ambiguità. *Secundum placitum*, infatti, è l’espressione con cui Boezio traduce la definizione aristotelica del nome: *nomen ergo est vox significativa secundum placitum*, ad indicare ciò che è tale ‘per convenzione’, ossia per *istituzione*. Ma per ciò che riguarda il linguaggio, il suo carattere convenzionale non implica affatto ‘arbitrarietà’ — come Benveniste ha, una volta per tutte, chiarito: tra *significante* e *significato*, infatti, c’è un rapporto, infatti, *necessario*, per quanto convenzionalmente istituito. Il problema è che *placitum*, anche attraverso il suo innesto nel lessico giuridico, giunge presto anche ad indicare ciò che ‘piace’ che sia fatto, e dunque ciò che è *deciso* (come nella formula giuridica: *quia tale est nostrum placitum*). Per questo la locuzione viene intesa per riferirsi a ciò che è deciso (individualmente), che è *posto*, che è voluto a proprio ‘piacere’, ‘arbitrariamente’ (rinvio, su punto, a J. ENGELS, *Origine, sens et survie du terme boécien « secundum placitum »*, in « *Vivarium* », I, 1963, pp. 87-114). Ciò ha fatto sì che, nel tradurre l’espressione cui Spinoza ricorre, *ab homine placito* sia stato inteso come se si riferisse a ciò che dagli uomini è stato *deciso* — intendendo anche: voluto, « *piaciuto* » fare, etc. —, perdendo in parte il senso di *istituito*. Occorre peraltro notare come tale locuzione torni, in Spinoza, proprio in quanto collegata alla natura del segno linguistico: nel *Trattato sull’emendazione dell’intelletto*, egli infatti osserva come, tra i modi di percepire, c’è una « percezione che abbiamo per sentito dire o da qualche altro segno, che viene detto » *placitum*, e che, credo, qui andrebbe tradotto proprio con « *convenzionale* » o « *istituito* », più che con *arbitrario* (*est perceptio, quam ex auditu, aut ex aliquo signo, quod vocante ad placitum, habemus*) (SPINOZA, *Trattato sull’emendazione dell’intelletto*, in *Id.*, *Tutte le opere*, cit., p. 119).

Nel caso delle leggi umane, non si tratta, pertanto, di negare che la relazione che esse esprimono — e dunque la loro verità eterna — sia una relazione *istituita*. Qualcosa come ciò che chiamiamo ‘deposito’, non esiste in natura — ed esiste se e solo se, in un determinato momento storico, esso viene istituito come tale. Ma *se* qualcosa come un ‘deposito’ esiste, è *eternamente* vero (fintanto che esiste) che esso consista nel suo *dover-essere* restituito. Analogamente, è eternamente vero che, se si dà qualcosa nelle società moderne come l’istituzione del ‘cognome’, allora un cognome costante di una sola lettera non è un ‘vero’ cognome (nel senso di ciò che Conte chiama *verità eidologica*: esso, cioè, non è un cognome) ⁽³⁶⁾. È pertanto possibile ammettere il carattere *istituito* di una relazione ‘necessaria’ — ed è proprio tale carattere che fa sì che, rispetto ad essa, l’impiego del termine ‘legge’ sia giustificato in quanto distinto dal significato che esso ha nell’espressione « legge di natura ».

Per quanto, dunque, storicamente istituita, la relazione espressa dalla legge resta ciò che è: quella tra la cosa e la sua *essenza* (o il suo concetto — Spinoza direbbe: la sua *definitio*). In questa accezione, la legge non è prescrizione, ma una ‘verità eterna’ — senza per ciò, tuttavia, divenire espressione di una necessità come *müssen*. Tale è la verità che la legge esprime: quella per la quale la cosa è sempre necessariamente ciò che *deve essere*, è cioè la cosa che è in quanto e nella misura in cui è la cosa che deve essere. La ‘normatività’ della legge, pertanto, viene così separata dalla sua ‘prescrittività’: *prescrittivo* è sempre e soltanto il comando, è cioè la legge conosciuta in modo inadeguato dai ‘più’; *normativa* è, invece, la legge conosciuta in ciò che propriamente e realmente essa è. Non prescrizione, ma espressione dell’*essere delle cose come loro dover-essere*.

Le implicazioni pragmatiche e critiche di questo significato della legge finalmente raggiunto non possono essere trascurate. Perché in tal modo diviene possibile che una norma sia, propriamente, *falsa*, o che un delitto non sia un ‘vero’ delitto, un contratto non un ‘vero’ contratto. Se la legge, infatti, è tale in quanto esprime

⁽³⁶⁾ Riprendo il riferimento — e l’esempio, tratto dalla giurisprudenza americana — da A.G. CONTE, *Adelaster. Il nome del vero*, Milano, Led, 2016, pp. 21-37.

una *verità eterna*, significa che esiste un criterio del vero, un criterio per separare il vero dal falso — ed esiste anche quando, come detto, esso non risiede che nella legge stessa. Prendiamo un esempio classico: « Dalla promessa nasce l'obbligazione di adempiere ad essa ». Ciò significa, nei nostri termini: se c'è qualcosa come una promessa — se, cioè, un certo ordinamento 'istituisce' qualcosa che definisce 'promessa' —, essa necessariamente implica l'obbligazione di adempiere ad essa, dal momento che la promessa non è altro che *il suo dover-essere* adempiuta. Rispetto a teorizzazioni che potrebbero sembrare analoghe, come quelle di Reinach ⁽³⁷⁾, occorre qui considerare:

a) che non stiamo distinguendo, qui, tra proposizioni giuridiche *a priori* — quale sarebbe quella citata — e proposizioni del diritto positivo: quella sulla promessa è sempre e soltanto una proposizione di diritto positivo, una statuizione. Non stiamo, cioè, distinguendo tra proposizioni che esprimerebbero un giudizio del tipo « A è B » da statuizioni che, diversamente, esprimerebbero un giudizio del tipo « A *deve essere* B »;

b) a differenza di Reinach, infatti, per noi la proposizione « Dalla promessa nasce l'obbligazione di adempiere ad essa » è una *statuizione* — esiste, cioè, solo in quanto posta dal diritto positivo. Eppure, ciò non significa che essa si limiti ad esprimere una prescrizione: l'obbligo, il *dovere*, cioè, di adempiere alla promessa che si è fatta. Diversamente, essa esprime quella che Spinoza chiamerebbe una *verità eterna*: esprime, cioè, la relazione necessaria tra la cosa e la sua essenza, tra la promessa e ciò che la rende tale — ossia il suo *dover essere* adempiuta.

La legge, la statuizione, che *pone*, pertanto, il dovere di adempiere alle promesse, in realtà — se potesse essere conosciuta adeguatamente — non prescrive propriamente un dovere, ma istituisce la relazione tra la promessa e ciò che la costituisce come tale

(37) Sul pensiero di Reinach, rimando, per ciò che qui interessa, ai lavori di P. DI LUCIA, *Ontologia normativa. Il paradosso dell'Apriori condizionato in Adolf Reinach*, in *Che cosa è il diritto. Ontologie e concezioni del giuridico*, a cura di G. Bongiovanni, G. Pino e C. Roversi, Torino, Giappichelli, 2016, pp. 185-213; ID., *L'universale della promessa*, Milano, Giuffrè, 1997; ID., *L'interpretazione della promessa in Adolf Reinach*, in *Interpretazione e promessa*, a cura di G. Galli, Pisa, Giardini, 1995, pp. 138-165.

(il suo concetto, la sua essenza): esprime, cioè, la verità per cui una promessa è ciò che deve essere adempiuto.

In tal modo, si noti, il dover-essere della legge non è affatto ‘tolto’. Se esso è negato, lo è in realtà proprio da quelle concezioni della legge come *prescrizione* che pretendono di essere fondate sulla distinzione tra *Sollen* e *müssen*. Per mostrarlo, ricorriamo ad un esempio — che non fa che anticipare quello che è già il compimento tecnologico di una certa concezione del diritto. Assumiamo la statuizione « Dalla promessa nasce l’obbligazione di adempiere » come *prescrizione*; come, cioè, se essa ponesse il *dovere* (l’obbligo) di adempiere l’obbligazione derivante dalla promessa. E immaginiamo, ora, un dispositivo in grado di garantire che, all’atto della promessa, segua automaticamente l’adempimento dell’obbligazione corrispondente — un dispositivo tale per cui mi è impossibile non adempiere, in quanto l’esecuzione, l’atto dell’adempimento *segue necessariamente* dalla mia dichiarazione di promettere. In questo caso, il mio *dovere* di adempiere è certamente realizzato ed attuato — anzi, è attuato in modo perfetto. Ma la promessa, ora, non consiste affatto nel suo dover-essere adempiuta: essa è ora, diversamente, il suo *essere* adempiuta. Qui la legge è realmente *negata*, non esiste propriamente più, perché la relazione che essa esprime tra la cosa e la sua essenza non è più una relazione di *Sollen*, ma esclusivamente di *Sein*: la ‘legge’, cioè, non esprime altro se non il fatto che, data una promessa, essa *sarà* necessariamente adempiuta (e non: dovrà essere). Il dover-essere è interamente negato in un essere, il *Sollen* in un *müssen*.

Se, ora, assumiamo che la legge per cui « Dalla promessa nasce l’obbligazione di adempiere » non sia affatto una prescrizione, ma una ‘verità eterna’, il suo *Sollen*, il suo carattere di legge, la sua normatività, non sarà affatto ‘negata’ dall’esistenza di un dispositivo quale quello che abbiamo ipotizzato. Ciò che, piuttosto, quel dispositivo nega è la stessa *possibilità* di fare promesse. Esso non realizza, non attua, il ‘dover-essere’ che esprime la legge, ma, al contrario, si pone in contrasto con esso, dal momento che impedisce di far esistere la promessa come ciò che *deve-essere* adempiuto. Una ‘promessa’ da cui derivasse, necessariamente, il corrispondente l’adempimento, non sarebbe, allora, una promessa — sarebbe sempre e comunque una ‘falsa promessa’, da cui non dovrebbe conse-

guire alcuna obbligazione. E la legge che consentisse il funzionamento di simili dispositivi, sarebbe a quel punto una *falsa* legge, e dunque un mero comando, una prescrizione pura e semplice, in quanto sarebbe una legge che non esprime la ‘verità eterna’ propria della cosa su cui verte.

Se ci siamo dilungati su tale esempio, è perché esso consente di mostrare come sia la concezione della legge come *prescrizione* — ossia: come identificazione del dover-essere con il dovere (di fare o non fare) — a fare, in ultima istanza, del *Sollen* un *müssen*, della ‘normatività’ nient’altro che ciò che abbiamo chiamato ‘necessità naturale’, una ‘causalità’ fisica (ed è la tecnologia, come si è visto, a dimostrare come tale distinzione, interna alla riduzione della legge a prescrizione, sia dipesa e si sia fondata esclusivamente sulla constatazione *empirica* per la quale la prescrizione non era, di fatto, in grado — sino ad oggi — di causare, in senso deterministico, la condotta). Ciò che non ‘toglie’ il *dover-essere* proprio della legge, invece, è proprio la concezione della legge come ‘verità eterna’ che abbiamo tentato qui di raggiungere.

Certo non s’intende *attribuire* a Spinoza l’aver espresso una simile posizione. E si può certamente ammettere che, in questi ultimi passaggi, ciò che si è tentato è stata una *lettura creativa* del testo spinoziano. Ma ‘creativa’ non significa affatto arbitraria. Essa indica, diversamente, una lettura che permetta al testo di dire ancora cose nuove, rispetto a ciò che esso ha già detto, alla conoscenza che ha già trasmesso. In questo modo impariamo a superare ciò che già abbiamo già imparato, e lasciare che un testo possa fornire soluzioni per i nostri problemi, per le questioni che sono divenute urgenti nel nostro tempo.

MARCO FIORAVANTI

IL « FELICE NAUFRAGIO »
DIRITTO E UTOPIA TRA ILLUMINISMO E RIVOLUZIONE

Quel plaisir de jouir de ce qui n'existe pas encore!
Philippe Sérane, *Heureux naufrage* (1789)

1. Prefazione: l'utopia di una nuova temporalità. — 2. Il « diritto mite » nel secolo dei Lumi. — 3. La « realtà » dell'utopia nella Rivoluzione francese. — 4. Il sonno della ragione e l'universo distopico. — 5. Utopie urbane: diritto alla città e progettazioni architettoniche. — 6. Il terribile diritto: l'eversione dell'ordine proprietario. — 7. Considerazioni conclusive.

1. *Prefazione: l'utopia di una nuova temporalità.*

Nel museo degli orologi di Ginevra, nascosti tra decine di vetrine contenenti alcuni esemplari sofisticati degli ultimi cinquecento anni, si possono trovare dei rarissimi segnatempo risalenti alla Rivoluzione francese. I rivoluzionari (e i loro artigiani), con passione rigeneratrice, avevano l'ambizione di cambiare non solo il corso del tempo, ma la sua stessa misura. Orologi composti da due quadranti, uno con le tradizionali scansioni sessagesimali, l'altro con la suddivisione del giorno, secondo un razionalismo tanto rigoroso quanto esasperato, in 10 ore da 100 minuti, in linea con l'introduzione del sistema decimale dei pesi e delle lunghezze e della settimana di 10 giorni (fig. 1).

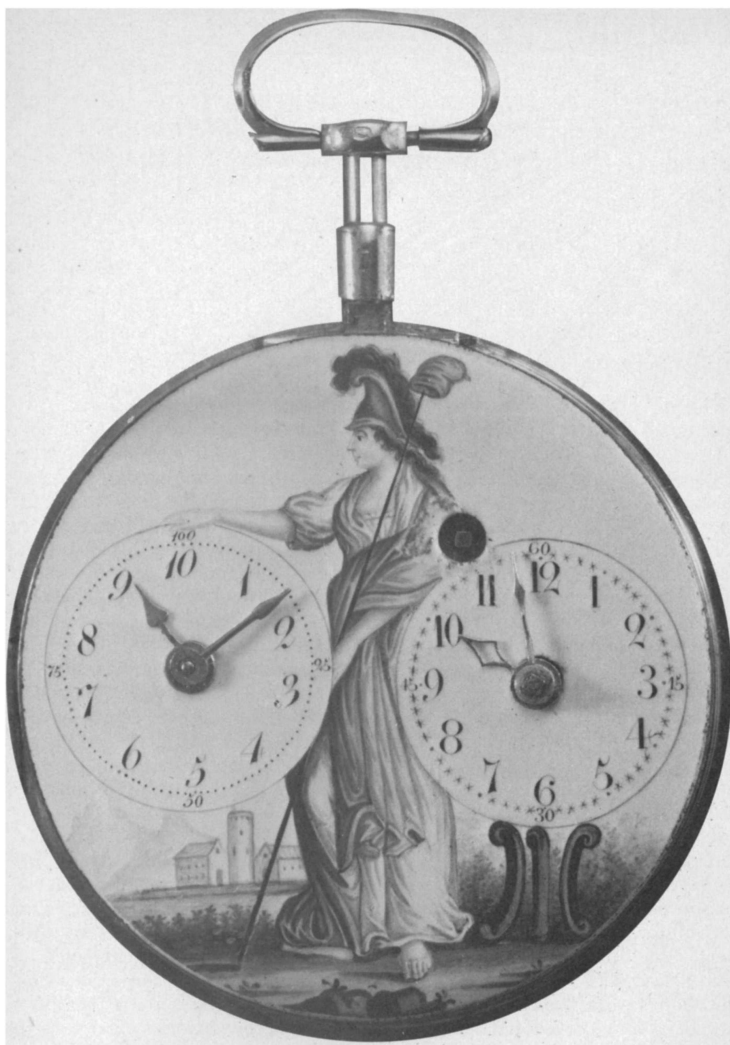


Fig. 1

Progetto prometeico, che accompagnò la sostituzione del calendario gregoriano con quello rivoluzionario legato secondo una visione panteistica alle stagioni e non a un ordine cosmologico cristiano, la decimalizzazione della misura del tempo, di cui rimangono poche tracce nei musei e negli archivi, indica non solo la

volontà dei giacobini di cambiare radicalmente la società, ma anche l'approdo di un percorso che fin dall'Illuminismo aveva scosso le tradizionali rappresentazioni della realtà e della temporalità (1). L'elemento profetico delle rivoluzioni innesca una nuova dimensione spazio-temporale (2).

Il tempo come grande laboratorio di una riforma palinogenetica in vista di una società utopica, nella quale azzerare il passato per pensare il presente e proiettarlo in una nuova realtà. Il 1789, il meridiano zero della storia moderna, deve inserirsi in una sovversione della temporalità che ha segnato ciò che Reinhart Koselleck ha definito come « epoca soglia » (*Sattelzeit*), caratterizzata, a partire dal XVIII secolo, da una denaturalizzazione progressiva dell'esperienza del tempo. Da questo momento, il tempo, omogeneo e progressivo, viene concepito come una freccia che si dirige irreversibilmente verso l'avvenire, ovvero verso l'utopia (3).

Il 20 settembre 1793, Gilbert Romme, uno degli autori della riforma del calendario, sostenne davanti alla Convenzione Nazionale, a nome del Comitato di Istruzione Pubblica, la necessità di superare la divisione del tempo dell'era volgare e di esaltare la razionalità, la trasparenza e la riconciliazione con la natura della nuova temporalità rivoluzionaria. L'« era comune », che secondo il linguaggio del giacobino coincideva con il fanatismo dell'età cristiana durata diciotto secoli, terminava inesorabilmente con il trionfo dei diritti e il superamento dei privilegi e dei pregiudizi: « le temps ouvre un nouveau livre à l'histoire; et dans sa marche nou-

(1) B. BACZKO, *L'utopia. Immaginazione sociale e rappresentazioni utopiche nell'età dell'illuminismo*, Torino, 1979, p. 225; più in generale si veda F. VENTURI, *Utopia e riforma nell'Illuminismo*, Torino, 1973; *Illuminismo e utopia. Temi e progetti utopici nella cultura francese (1676-1778)*, a cura di S. Bartolommei, Milano, 1978; C. DE BONI, *Uguali e felici. Utopie francesi del secondo Settecento*, Messina, 1986; *Dictionnaire critique de l'utopie au temps de Lumières*, sous la direction de B. Baczko, M. Porret, F. Rosset, Genève, 2016; F. HARTOG, *Chronos. L'Occident aux prises avec le temps*, Paris, 2020.

(2) Così H. LEFEBVRE, *La proclamation de la Commune*, Paris, 1965, p. 38.

(3) Anne-Rozenn MOREL, *Les utopies de la Révolution française. Ou l'introduction de l'événement dans la fiction (1789-1804)*, in *Que n'arrive-t-il? Littérature et événement*, sous la direction de P. Corno, E. Boisset, Paris, 2006, pp. 145-154.

velle, majestueuse et simple comme l'égalité, il doit graver d'un burin neuf et vigoureux les annales de la France régénérée » (4).

Su indicazione di Romme, il 18 ottobre 1793, un cittadino ginevrino, l'artigiano M. Hanin, di cui possediamo pochissime tracce (5), presentò al Comitato di Istruzione pubblica un modello di orologio con un quadrante che mostrava la concordanza della nuova divisione del giorno con quella antica (6).

Per quanto riguardava la divisione dell'ora in sessanta minuti e del minuto in sessanta secondi, considerata dai rivoluzionari irrazionale e scomoda per i calcoli, gli astronomi dell'epoca apportarono alcune modifiche al frazionamento dei loro strumenti, che tendevano a rendere le operazioni più rapide e precise: « le perfectionnement sera complet lorsque le temps sera soumis à la règle simple et générale de tout diviser décimalement » (7). Se il nuovo calendario rimase in vigore fino al 1806, quando Napoleone decise di tornare a quello gregoriano, la riforma del computo delle ore ebbe ancora meno successo (abolita nel 1795) e l'orologio decimale rimase una curiosità tecnica. Tuttavia, essa indicava il titanico tentativo di far trionfare la ragione nella nuova era repubblicana (8).

2. *Il « diritto mite » nel secolo dei Lumi.*

La cultura dell'Illuminismo ha modificato il rapporto tra *logos* e *kairos*, individuando nell'utopia lo spazio dove mettere alla prova i due campi di tensione. « L'utopia è diventata una categoria politica con cui pensare non solo al passato e al presente, ma anche al futuro della civiltà. [...] Se l'utopia non aveva creato l'effetto della rivolu-

(4) G. ROMME, *Rapport sur l'ère de la République fait à la Convention nationale*, Séance du 20 septembre 1793, p. 2.

(5) Il nome proprio non è emerso dalle ricerche archivistiche e bibliotecarie.

(6) *Procès-verbaux du Comité d'instruction publique de la Convention nationale*, Tome 2, publiés et annotés par M.J. Guillaume, 1891-1958, pp. 634-635; tra i pochi articoli sull'argomento si veda R.A. CARRIGAN Jr., *Decimal Time: Unlike the metric system of measurements, decimal time did not survive the French Revolution. But is dividing the day by tens a possibility for the future?*, in « American Scientist », 66 (May-June 1978), 3, pp. 305-313.

(7) ROMME, *Rapport sur l'ère de la République*, cit., p. 8.

(8) BACZKO, *L'utopia*, cit., p. 234.

zione, è stata la rivoluzione a creare l'effetto utopico »⁽⁹⁾. Nonostante la voce utopia sia assente dall'*Encyclopédie*⁽¹⁰⁾, non mancano le riflessioni su mondi nuovi e perfetti spesso trasposte nell'immagine del viaggio verso un altrove immaginario, che seguiva i percorsi già intrapresi dagli uomini dell'Illuminismo. Da Montesquieu a Voltaire e Diderot fino alla cesura del 1789, costante è il riferimento a mondi nuovi e a isole felici dove si approdava dopo un fortunato naufragio.

A partire dalla metà del XVIII secolo, la produzione di opere ucroniche o utopistiche si diffuse soprattutto nella patria dei Lumi, con alcune opere che ebbero un grande impatto e altre che rimasero nascoste e circolarono clandestinamente, tutte dirompenti per le istituzioni del tempo. In molti testi utopistici, se non in tutti, è possibile individuare una pianificazione costituzionale, seppur *lato sensu*, e la ricerca di una nuova società rinnovata e rigenerata da una saggia legislazione. Proiettare le esigenze del presente su popoli lontani e mondi immaginari era un espediente che avrebbe prodotto un cambiamento reale, in un continuo gioco di specchi tra presente e passato, reale e immaginario, utopia e distopia. Una metafora comune in questo genere letterario è quella del filosofo-viaggiatore: « Le voyageur philosophe qui navigue vers les extrémités de la terre », scriveva il giurista Joseph-Marie de Gérando nel 1800, « traverse en effet la suite des âges; il voyage dans le passé; chaque pas qu'il fait est un siècle qu'il franchit » e si trova « en quelque sorte reporté aux premiers siècles de notre histoire »⁽¹¹⁾.

Uno dei primi esempi di questo genere nel secolo dei Lumi fu, come è noto, le *Lettere persiane* di Montesquieu del 1721, il primo testo a ribaltare il rapporto tra 'noi' e 'gli altri'. Anziché pensare, come avveniva nei coevi racconti di viaggi immaginari, a viaggiatori europei in Oriente o i mondi lontani, egli immaginò due persiani in

⁽⁹⁾ G. IMBRUGLIA, *Utopia. Una storia politica da Savonarola a Babeuf*, Roma, 2021, p. 14.

⁽¹⁰⁾ J.F. FUENTES, *Utopia*, in *Illuminismo. Dizionario storico*, a cura di V. Ferrone, D. Roche, Roma-Bari, 1997, pp. 146-152.

⁽¹¹⁾ J.-M. de GÉRANDO, *Considérations sur les méthodes à suivre dans l'observation des peuples sauvages* (1800), in *Aux origines de l'anthropologie française. Les mémoires de la Société des observateurs de l'homme en l'an VIII*, J. Copans et J. Jamin éd., Paris, 1978, pp. 127-169.

Europa. Attraverso le lettere di Usbeck e Rica, Montesquieu « rovescia l'eurocentrismo e fa dell'Europa l'oggetto di un'analisi antropologica » (12). Come ha scritto Jean Starobinski in alcune pagine ormai classiche, nelle *Lettere persiane* tutto cambia. Il rovesciamento, come lo stile che gli corrisponde, è l'immagine preferita da Montesquieu quando descrive la tirannia e le sue conseguenze; perché la tirannia è il potere spinto all'eccesso, la sua forma iperbolica (13). Il parlamentare di Bordeaux dipinge un quadro disilluso dell'assolutismo francese e descrive la crisi finanziaria, il discredito dei parlamenti e della società civile nel suo complesso. Potente veicolo di temi relativisti e di critica alle istituzioni politiche e religiose del suo tempo, le *Lettere persiane* inaugurano il genere fantascientifico del XVIII secolo (14).

Un'opera oggi meno conosciuta, ma all'epoca nota in tutta Europa, è *Nicolai Klimii Iter Subterraneum* dello scrittore danese Ludvig Holberg, pubblicata nel 1741 (15). Ispirata ai *Viaggi di Gulliver* di Jonathan Swift, l'opera satirico-utopica di questo scrittore di fantascienza, scritta in latino e subito tradotta in una dozzina di lingue, affronta temi come la morale, la scienza, la parità di genere, la religione, il governo e la filosofia. In questo mondo sotterraneo, abitato da una popolazione zoomorfa, dove gli alberi camminano e parlano, la natura impone i suoi ritmi e l'innovazione è vista con sospetto, incontriamo uomini schiavizzati in un regno di donne o scimmie loquaci e vanitose che assomigliano a certi francesi dell'epoca, mentre la lentezza e la ragionevolezza delle piante indicano l'opposto dell'autosufficienza e dell'orgoglio umano (16). Una critica al contempo alle istituzioni corrotte dell'epoca e alla *hybris* della potenza dell'uomo nei confronti della natura.

Ma fu il racconto filosofico di Voltaire del 1748, *Le Monde*

(12) IMBRUGLIA, *Utopia*, cit., p. 97.

(13) J. STAROBINSKI, *Exil, satire, tyrannie, Préface à MONTESQUIEU, Lettres persanes*, Paris, 1973.

(14) R. MORDACCI, *Ritorno a Utopia*, Roma-Bari, 2020, p. 64 e ss.

(15) Esiste una buona edizione critica italiana: *Il viaggio sotterraneo di Niels Klim*, a cura di B. Berni, Milano, 1994.

(16) Cfr. P. FITTING, *Les utopies souterraines au siècle des Lumières*, in *Utopies des Lumières*, sous la direction de A. Hatzenberger, Lyon, 2010, pp. 21-33.

comme il va. Vision de Babouc écrite par lui-même (17), che diede inizio all'ideale del filosofo itinerante. Sebbene quest'opera, molto conosciuta all'epoca, sia stata negli anni sottovalutata rispetto al successo del *Candido* del 1756, « forse la critica più rigorosa alla menzogna delle utopie » (18), essa rimase al contempo un riferimento per tutta la letteratura ucronica successiva, incontrando numerose repliche e plagi.

Lo stravagante personaggio viene inviato a Persepoli, un'immensa metropoli piena di contrasti tali da meritare l'ira celeste, per decidere se questa città potesse essere riformata o dovesse essere distrutta. L'amara conclusione di Voltaire, tipica del disincantato realismo del filosofo (di formazione giuridica), è di non tentare di riformare Persepolis, poiché vi abitano sia il bene che il male: « si tout n'était pas bien tout était au moins passable ». La condizione della città è sovrapponibile alla condizione umana.

Ma i viaggiatori, filosofi o legislatori, alla ricerca di nuovi mondi e tempi diversi in cui proiettare le proprie idee, proliferarono per tutto il XVIII secolo. Un viaggio utopico sulla Luna, ad esempio, scritto da un autore poco conosciuto quale Listonai, pseudonimo di Daniel Jost de Villeneuve — *Le voyageur philosophe dans un pays inconnu aux habitants de la terre* — racconta di una società che si è liberata dalla barbarie e dalla disumanità del passato per creare un mondo armonioso (19). Lo spirito filosofico e la vocazione all'agricoltura e al commercio ci offrono un'idea dell'ordine costituzionale dell'Impero della Luna, basato sulla pace e sull'equilibrio dei poteri. Gli abitanti della magnifica capitale Selenopoli custodiscono con orgoglio le loro usanze — una sorta di *Verfassung* lunare — che avevano eliminato i pregiudizi nella costruzione dell'edificio politico. Un elemento di equilibrio e di armonia era proprio rappresentato dal principio secondo cui le leggi non dovevano cambiare troppo

(17) VOLTAIRE, *Le Monde comme il va* (1748), édition d'E. Buraud, Nathan, 2019.

(18) IMBRUGLIA, *Utopia*, cit., p. 93.

(19) LISTONAI, *Le voyageur philosophe dans un pays inconnu aux habitants de la terre*, Amsterdam, 1761 (esiste anche un'edizione coeva italiana: Daniel Jost de VILLENEUVE, *Il filosofo viaggiatore in un paese incognito alli abitanti della terra*, Firenze, Stamperia Bonducciana, 1771); cfr. P. VERSINS, *Encyclopédie de l'utopie des voyages extraordinaires et de la science-fiction*, Paris, 2000, p. 540.

spesso. Seguendo le intuizioni rispettivamente di Montesquieu e di Rousseau, nella Luna di Listonai, così come nell'universo sotterraneo di Holberg, viene progettata una società basata sull'equilibrio dei poteri, la mitezza delle passioni e l'educazione.

Quest'ultimo tema risultò preponderante in molte opere del periodo, anche prima della pubblicazione dell'*Émile* di Rousseau nel 1762, che in effetti segnò uno spartiacque. Al centro dei progetti di rigenerazione settecenteschi, come lo sarebbe stato nelle proposte rivoluzionarie, l'istruzione assumeva un valore fondante nella nuova società. Nella Luna di Listonai « l'éducation de la jeunesse, étant l'objet le plus important de la législation, puisqu'elle influe sur toutes les actions de la vie, et qu'elle est la source du bonheur ou du malheur de l'homme en particulier, et de la société en général » (20). L'educazione si basava su sentimenti di dolcezza, modestia, docilità, sincerità e rispetto per gli altri, da trasmettere in strutture pubbliche, aperte sia ai ragazzi che alle ragazze e a tutte le classi sociali (21). La dignità umana, in sintesi, come virtù principale dell'Impero della Luna.

In questa anomala forma di Stato, il sovrano corrispondeva a una *Intelligence Souveraine*, espressione altamente significativa che trasmetteva l'idea di una demistificazione della sovranità e delle sue funzioni divine a favore di un soggetto più immaginario che reale, garante di pace e libertà (22). Una critica sotterranea all'assolutismo. Le leggi fondamentali dell'Impero della Luna, analizzate in polemica con quanto accadeva sul pianeta Terra, rifiutano categoricamente la derivazione divina del potere temporale dei sovrani: « ce droit odieux et tyrannique, qui soutenu par la superstition, avait ébranlé les Monarchies, et causé l'effusion de fleuves de sang, n'était plus regardé, qu'avec horreur et mépris, par des sujets irrévocablement liés à leur Prince par le serment de fidélité et attaché à leur père commun par un sentiment d'amour et de reconnaissance » (23).

Nel campo del diritto penale, la dialettica tra la Terra e il suo fortunato satellite si fa sempre più serrata. Cogliendo lo spirito del secolo dei Lumi, il saggio abitante della Luna criticava la pena di

(20) LISTONAI, *Le voyageur philosophe*, cit., p. 208.

(21) Ivi, p. 215.

(22) Ivi, p. 268.

(23) Ivi, p. 269.

morte, il sistema delle prove legali e la tortura giudiziaria, prima ancora della concettualizzazione di Cesare Beccaria e di Alessandro e Pietro Verri ⁽²⁴⁾. L'autore, nella nota a piè di pagina, riportava il famoso brocardo attribuibile a Seneca: *Etiam innocentes cogit mentiri dolor*. Il supplizio, considerato come un atto di inumanità, era stato abolito nella procedura penale e riservato ai criminali già condannati. « Tant de jugement précipité, de mémoires réhabilitées avaient démenti la certitude de découvrir les crimes, par des moyens si cruels, qu'on ne pouvait concevoir, que, longtemps après les siècles grossiers, on eût continué d'admettre un usage si barbare: cent semi-preuves peuvent-elles équivaloir à une preuve évidente? Le tourment est certain, le crime ne l'est pas » ⁽²⁵⁾. Listonai, utilizzando i concetti di grande modernità giuridica e ricorrendo a quello che oggi definiremmo garantismo penale, concludeva: « Ne vaut-il pas mieux s'exposer à faveur vingt coupables, que de sacrifier un innocent? ». Le vestigia della vecchia barbarie — cioè dell'Antico regime — furono abolite e respinte, così come le pene infamanti, che ricadevano anche sulla famiglia del colpevole: « les crimes sont personnels, ainsi que les actions honteuses » ⁽²⁶⁾. Ancora più rivoluzionario è il testo — scritto all'apice del commercio triangolare — quando contrappone la schiavitù alla legge naturale, che affermava che tutti gli uomini nascessero uguali. La schiavitù, basata esclusivamente sulla forza, degradava l'umanità: « ce droit odieux fut bientôt aboli chez les Sélénites, saisis d'horreur pour tout ce qui porte l'empreinte de la barbarie et de l'inhumanité » ⁽²⁷⁾.

Nella « futurologia » dell'Illuminismo, tra critica dell'assolutismo e 'fughe in avanti' verso un mondo libero dalla schiavitù, il più celebre testo fu quello di Louis-Sébastien Mercier *L'an 2440, Rêve s'il n'en fut jamais*, apparso a Parigi nel 1770, dove l'autore tratteggiava una società ideale basata sull'uguaglianza dei cittadini di fronte alla legge, una tassazione equa, un diritto penale umanitario e utilitaristico e un codice civile chiaro. Quest'ultimo come simbolo di una società razionale che trascendeva la « massa bizzarra » di ele-

⁽²⁴⁾ Ivi, pp. 307-309.

⁽²⁵⁾ Ivi, p. 310.

⁽²⁶⁾ Ivi, p. 313.

⁽²⁷⁾ Ivi, p. 311.

menti contraddittori del sistema del diritto comune ⁽²⁸⁾. In quest'opera, scritta in un'epoca in cui la schiavitù nelle colonie era al suo apice e sarebbe continuata per un altro secolo, Mercier immaginava l'arrivo di uno schiavo che avrebbe spezzato le catene che ancora opprimevano quasi un milione di esseri umani nei territori francesi d'oltremare. Nel capitolo XXII, *Monument singulier*, di questo classico esempio di romanzo di finzione, emblematico dello spirito dei Lumi, l'autore catapultato nella Parigi del XXV secolo arriva in una piazza dove è stata eretta la statua di un uomo di colore con la scritta: *Au vengeur du nouveau monde*, un omaggio alla vittoriosa e (sanguinosa) rivolta degli schiavi delle colonie americane che, dopo il massacro dei bianchi, avevano proclamato la loro indipendenza. Non una libertà concessa dall'alto dal riformismo europeo (come la cultura occidentale dominante continuerà a sostenere per due secoli, secondo un'invenzione autoreferenziale della tradizione), ma il risultato di una violenta lotta di liberazione degli schiavi, attraverso un uomo eroico, mitico, immortale, uno 'Spartaco nero'. L'opera conserva un elemento profetico poiché questo 'angelo sterminatore' appare sulla scena della storia non nel 2440 ma solo vent'anni dopo il lavoro di Mercier, nel 1791, quando lo schiavo liberato Toussaint Louverture, poi etichettato come giacobino nero, guidò la rivolta che riuscì a liberare gli schiavi e a concedere ad Haiti l'indipendenza nel 1804.

Sebbene con lo scoppio della Rivoluzione si fosse verificata una riduzione della produzione utopica, un genere letterario che aveva forse, se non esaurito, almeno perso la sua forza innovativa, essa si sposta nella progettazione costituzionale, verso la reale possibilità di costruire un mondo nuovo attraverso gli strumenti del diritto.

⁽²⁸⁾ Paris, *La Découverte*, 1999, p. 87; nella vastissima letteratura, ma tra i pochi interventi di storia del diritto, si veda il denso saggio di G. Rossi, *L'an 2440 di Louis-Sébastien Mercier: un'ucronia illuministica alla vigilia della Rivoluzione francese*, in *Immaginare il futuro del diritto. Narrazioni utopiche, distopiche e ucroniche*, a cura di G. Rossi, D. Velo Dalbrenta, C. Pedrazza Gorlero, Napoli, 2021, pp. 61-86; si veda anche *Il sogno della ragione. L'utopia di Louis-Sébastien Mercier*, a cura di F. Berti, G. Mongini, Alessandria, 2023.

3. *La « realtà » dell'utopia nella Rivoluzione francese.*

Dove finisce l'utopia e inizia la rivoluzione? La domanda, posta molti anni fa da Irmgard Hartig e Albert Soboul, non è affatto retorica soprattutto se letta con la lente della costruzione giuridica di una società futura ⁽²⁹⁾. Se è vero che « lo scoppio della rivoluzione mette a tacere il genere letterario utopico » ⁽³⁰⁾, il fermento rivoluzionario ha messo all'ordine del giorno la costruzione reale di un mondo nuovo, inglobando in qualche misura il genere utopico nella pianificazione politica. La vera e propria effervescenza di dichiarazioni, proposte, idee costituzionali, visioni di codici ispirati, à la Morelly, alla natura, e città ideali, dimostra come il progetto rivoluzionario sia esso stesso la « realtà dell'utopia ». In altre parole, la prospettiva di una società fondata sull'uguaglianza, la libertà e la giustizia nasce da una necessità storica reale e si proietta in un mondo nuovo da costruire. « Avec la Révolution, le conte merveilleux qui s'ancre dans un passé immémorial, devient plus ouvertement encore le support de l'actualité, il devient 'fait historique' à l'instar de certaines pièces de théâtre, conte 'patriotique' ou encore 'histoire à deux visages' » ⁽³¹⁾. Infatti, molte delle opere utopistiche settecentesche, come per esempio *Babouc* di Voltaire e *Niklim* di Holberg, furono riscoperte e adattate per il teatro durante il periodo rivoluzionario, quando la rappresentazione teatrale divenne « le média révolutionnaire de masses, gérant de nouvelles formes, de nouveaux thèmes et assumant de nouvelles fonctions » ⁽³²⁾.

Un testo, nascosto e poco conosciuto, ma fondamentale per comprendere la transizione dall'utopia degli 'antichi' e quella dei 'moderni', sono i *Fragmens de l'utopie* di Jacques-Pierre Brissot del

⁽²⁹⁾ I. HARTIG, A. SOBOUL, *Pour une histoire de l'utopie en France au XVIII^e siècle*, Paris, 1977, p. 22.

⁽³⁰⁾ IMBRUGLIA, *Utopia*, cit., p. 15.

⁽³¹⁾ C. BAHIER-PORTE, *Lire dans les entrailles du monstre. Le conteur face à la Révolution française*, in « Francofonia », 2017, p. 92.

⁽³²⁾ A. GRACZYK, *Le théâtre de la Révolution française, média de masses entre 1789 et 1794*, in « Dix-huitième siècle », 1989, 21, pp. 395-409 (p. 395).

1784, una lettura critica dell'opera di Tommaso Moro ⁽³³⁾. Il messaggio trasmesso dal futuro Girondino è quello del recupero della tradizione utopica classica per decifrare la realtà del diritto pubblico dei Lumi: « Veut-on apprécier le mérite de Rousseau? lisez Montagne [sic] dont on le dit copiste. Pour apprécier Montesquieu, lisez l'*Utopie*. Cette balance de comparaison est la seule exacte pour bien juger » ⁽³⁴⁾. Per quanto riguardava la proprietà privata esclusiva, fonte per Moro di tutti i mali che affliggevano la società, Brissot sosteneva: « je ne sais pas si l'on pourrait l'exécuter aussi aisément dans de vastes royaumes; mais l'impossibilité ne prouverait rien contre la bonté de ce projet: car la constitution, l'administration de vastes états doit être détestable dans toutes ses parties par la nature même des choses. Rousseau et l'abbé Mably ont fait revivre ce système de l'égalité des conditions avec aussi peu de succès que le chancelier Morus » ⁽³⁵⁾. Moro, dunque, quale precursore di Rousseau, Montesquieu e Beccaria.

Il passaggio tra Illuminismo e Rivoluzione può essere colto anche attraverso il riemergere, in forme nuove, dei 'già' classici testi del secolo XVIII. Nel 1789, un'opera anonima pubblicata fittiziamente, e coerentemente con lo spirito utopistico, in un non-luogo quale Concordopolis, pochi giorni dopo l'apertura degli Stati generali e a ridosso del Giuramento della Pallacorda, riprende il capolavoro di Voltaire: *Le retour de Babouc à Persépolis, ou la suite du monde comme il va* ⁽³⁶⁾. Il breve pamphlet iniziava proprio dove la storia precedente si era fermata, con la celebre frase: « si tout n'était pas bien — riprendeva lo sconosciuto scrittore facendo eco al suo più noto predecessore — tout était au moins passable » ⁽³⁷⁾.

Esattamente cinquant'anni dopo il ritorno di Babouc dalla Persia — così iniziava il resoconto di questo nuovo viaggio che

⁽³³⁾ J.-P. BRISSEOT DE WARVILLE, *Fragmens de l'utopie*, in ID., *Bibliothèque philosophique du législateur, du politique, et du jurisconsulte*, 10 voll., Paris-Lyon, Desauges, 1782-1785, vol. IX, pp. 3-66.

⁽³⁴⁾ Ivi, p. 8.

⁽³⁵⁾ Ivi, pp. 9-10.

⁽³⁶⁾ H. Krief l'attribuisce a Bodard de Tezay (H. KRIEF, *Le conte politique et l'Isègoria à l'aurore de la Révolution française*, in « Féeries. Études sur le conte merveilleux, XVII-XIX siècle », 2006, 3, p. 5).

⁽³⁷⁾ *Le retour de Babouc à Persépolis, ou la suite du monde comme il va*, Concordopolis, 1789, p. 4.

sovrapponeva la finzione alla realtà — il genio Ituriel riappare per rimandare il nostro eroe in questa superba città, capitale di un immenso impero. Mezzo secolo più tardi la lezione voltairiana veniva messa in discussione ⁽³⁸⁾: « ce n'est plus le cas de laisser aller le monde comme il va à Persépolis; car non seulement tout n'y est pas bien, mais même rien n'y est plus passable, parce que tout est dans l'anarchie et la confusion, et que rien n'y est à sa place » ⁽³⁹⁾.

Nel breve racconto, che traspone in 'Oriente', senza troppi misteri, l'apertura degli Stati Generali e la struttura dell'agonizzante società di status, venivano rappresentati la nobiltà, gli ecclesiastici e la gente comune, sebbene la classe preferita da Babouc fosse quella degli operai, perché è tra coloro che credono nel vecchio principio che bisogna mangiare per vivere (una considerazione che riecheggia le provocazioni di Voltaire). Quando viene posto al viaggiatore europeo a Persepolis la domanda su cosa sia la libertà, la risposta riprende il motto dell'Illuminismo: essa consiste nel non essere mai costretti a fare ciò che non si vuole e nell'essere protetti dalla violenza attraverso le leggi ⁽⁴⁰⁾. Una volta che tutti gli ordini del regno si fossero riuniti per formare un *tout général*, un'espressione d'assonanza rousseauiana ma altrettanto vicina al coevo vocabolario di Sieyès, si sarebbe raggiunta l'armonia sociale. Un « tout général — dunque — qui convient à tout le monde, et qui ne renversât ni la constitution ni la monarchie, qui ne fit seulement qu'en réformer les abus et rétablir l'harmonie du gouvernement » ⁽⁴¹⁾. Dal momento che la Persia (avatar della Francia) non riuscì a trovare un accordo per il bene comune, Ituriel trasformò tutto il regno in un'orda di mostri: « la Perse se trouva changée en une vaste forêt, et ses habitants en tigres et animaux féroces. Allez, leur dit-il, vous ne méritez pas d'être hommes, puisque vous n'avez pas su vous entendre pour faire votre bonheur mutuel: soyez ce que vous êtes dignes d'être, et déchirez-vous dans vos repaires sauvages » ⁽⁴²⁾.

Ma il viaggio di Babouc verso l'Oriente non si ferma qui; al contrario, continua con lo svolgersi del processo rivoluzionario.

⁽³⁸⁾ Cfr. BAHIER-PORTE, *Lire dans les entrailles du monstre*, cit., p. 98.

⁽³⁹⁾ *Le retour de Babouc à Persépolis*, cit., p. 18.

⁽⁴⁰⁾ Ivi, p. 11.

⁽⁴¹⁾ Ivi, p. 12.

⁽⁴²⁾ Ivi, pp. 19-20.

Dall'apertura degli Stati Generali, che vede un Babouc invecchiato di cinquant'anni, al 1790 quando, in un racconto scritto sempre dietro l'anonimato, sarà il figlio a seguire le orme del padre. Proseguendo il filone inaugurato da Voltaire, a dicembre apparve infatti un altro romanzo storico — quasi una storia della Rivoluzione francese in 'tempo reale' ⁽⁴³⁾ — *Le fils de Babouc ou Le monde nouveau*, in cui compare Azor, il figlio dello stravagante personaggio uscito dalla penna del grande illuminista, che veniva rimandato a Persepolis, città che abbiamo già 'conosciuto' come luogo pieno di follia e disordine, per decidere, di nuovo, se questa immensa città potesse essere riformata o dovesse essere distrutta.

Già con Voltaire, immerso in un'atmosfera orientalista, Persepolis rappresentava il riflesso tanto fedele quanto deformante, della società francese, o meglio, parigina: in effetti Babouc « est véritablement très parisien » ⁽⁴⁴⁾. Nel seguito della storia, in un transfert tra Lumi e Rivoluzione, emerge una caratteristica peculiare: il sipario della finzione utopistica, calato dai *philosophes* per aggirare la censura, nel 1790, viene sollevato. Già nelle prime pagine troviamo la chiave di lettura di questo romanzo storico — *Clef des Personnes qui figurent dans ce Roman* — con la corrispondenza dei personaggi di finzione con quelli reali. Protagonisti come Barnave, Mirabeau, Luigi XVI e Maria Antonietta si nascondono dietro gli anagrammi di Vebanar, Beaumira, Osymandias et Arima-Tonania, così come Parigi e Versailles vengono trasformate in Persepolis et Elversiels. Ricorrendo allo stratagemma di un manoscritto persiano fortuitamente ritrovato, secondo un espediente letterario già all'epoca consolidato e che avrebbe incontrato larga fortuna, l'anonimo scrittore ci svela subito che i rapporti e le allusioni di quest'opera con la rivoluzione in corso lo hanno colpito e spinto con determinazione a tradurre il testo in francese ⁽⁴⁵⁾. Un manifesto programmatico,

⁽⁴³⁾ Su questa inesplorata prospettiva si veda l'originale e convincente libro di D. DI BARTOLOMEO, *Una storia in tempo reale: La Rivoluzione francese raccontata dai suoi protagonisti (1789-1796)*, Roma, 2016.

⁽⁴⁴⁾ J. BAINVILLE, *Notice à Voltaire, Romans et Contes*, Tome 1, publiés avec une introduction et des notices par J. Bainville, Paris, Cité des Livres, 1925, p. XVIII.

⁽⁴⁵⁾ *Le fils de Babouc à Persépolis, ou le Monde nouveau*, Paris, Décembre 1790, pp. I-II.

retrospettivo, dello spirito della Rivoluzione, a un anno dal suo inizio.

La prima persona che Azor incontra ci parla subito dell'enorme debito della corte di Persepoli, per il quale è stata convocata un'assemblea di deputati eletta da tutti i persiani. Il riferimento alla situazione francese è fin troppo esplicito: « cette assemblée, dit le philosophe, doit donc payer la dette nationale? Non, mais elle est chargée d'établir les moyens de la liquider et la nation s'oblige à exécuter tout ce que décrètera ce conseil de représentants » (46).

Mentre il figlio di Babouc si recava all'assemblea, un saggio spiegò come gli eventi dell'ultimo anno avessero scosso la monarchia persiana. Senza alcun filtro, visto che la corrispondenza Persepoli/Parigi figurava in prima pagina, un accademico illustrò ai persiani cosa era appena successo, limitandosi a descrivere la presa della Bastiglia del 14 luglio 1789 (47). Ma dopo il discorso tra Azor e i suoi interlocutori immaginari, il dibattito si sposta su aspetti più costituzionali, in cui il viaggiatore europeo riscopre le paure quasi isteriche dei Persiani (i.e. dei Francesi) di fronte al cambiamento, per quanto radicale, che stava avvenendo: « il me semble qu'il est juste d'établir une surveillance salutaire de la part de nombreux représentés sur les représentants: je ne vois pas tant d'injustice dans cette prétention » (48). Il dibattito sul mandato imperativo era nell'aria in quel momento in Francia.

Tra i tanti aspetti al centro del piano di rigenerazione, quello sicuramente più promettente e colmo di conseguenze a breve e lungo termine è il tema dell'educazione, in continuità con la cultura dell'Illuminismo. Esso rappresentava il banco di prova per eccellenza nella formazione del cittadino o, se si vuole, dell'uomo nuovo repubblicano. La progettazione di una nuova educazione e di una nuova pedagogia è stata modellata sullo stampo della vecchia *paideia*. Tra i progetti più articolati e raffinati di educazione repubblicana c'è senza dubbio quello di Condorcet, rintracciabile principalmente in due opere pubblicate tra il 1791 e il 1792 dove emerge la tenacia della sua *mathématique sociale* nel tentativo di realizzare il

(46) Ivi, p. 3.

(47) Ivi, p. 9.

(48) Ivi, pp. 10-11.

sogno rivoluzionario di una società rigenerata attraverso l'insegnamento repubblicano (49). L'educazione incarna in questo momento il « potere demiurgico » della società nei confronti della felicità degli individui (50).

Condorcet sarebbe tornato più esplicitamente sulla costruzione di una società perfetta nel suo ultimo testo incompiuto — il *Fragment sur l'Atlantide* del 1794 — dove fondava lo Stato ideale sull'educazione (e sulla sua democratizzazione), sulla semplicità delle leggi, sulla libertà e sull'uguaglianza, senza dimenticare le profetiche osservazioni sulla piena parità tra i sessi, inscritta nella natura stessa di tutti gli esseri razionali e senzienti (51).

Più contrassegnata dall'ideologia spartana è la proposta di un altro grande giurista e riformatore rivoluzionario, Louis-Michel Lepelletier de Saint-Fargeau, che, come Condorcet, collega educazione nazionale e democrazia. L'utopia di un'instancabile pedagogia sociale volta a stabilire uno spazio educativo trasparente, chiuso in se stesso e strettamente sorvegliato, concepito come modello per la società futura la troviamo nel suo *Plan d'Éducation Nationale* redatto nel dicembre 1792. Letto da Maximilien Robespierre alla Convenzione nazionale il 13 luglio 1793, in quanto l'autore era stato assassinato da un fanatico nel gennaio dello stesso anno per aver votato la condanna a morte di Luigi XVI (52), il Piano di Lepelletier, ispirato alla grande *rhétra* di Licurgo, in un immaginario simbolico sospeso tra utopia e distopia, proponeva per la rigenerazione umana un'adolescenza dedicata all'esercizio fisico e mentale in difesa dei valori repubblicani (53).

Il precipitato di questo fermento culturale intorno all'educazione e al tentativo di comunicare il nuovo verbo dei diritti umani in

(49) *Une éducation pour la démocratie: textes et projets de l'époque révolutionnaire*, sous la direction de B. Baczkó, Paris, 1982.

(50) Così BACZKO, *ivi*, p. 29.

(51) Si dispone di un'edizione critica in italiano, CONDORCET, *Frammento sull'Atlantide*, a cura di F.P. Adorno, testo originale a fronte, Macerata, 2008.

(52) *Plan d'Education National de Michel Lepelletier, présenté à la Convention par Maximilien Robespierre, au nom de la Commission d'instruction publique*, imprimé par ordre de la Convention nationale, Paris, 1793.

(53) Cfr. M. RIBERI, "Piani d'educazione" nel Piemonte giacobino e napoleonico, in « Italian Review of Legal History », 5 (2019), 3, pp. 98-122.

una prospettiva di palingenesi sociale, furono i numerosi catechismi repubblicani o cittadini che si affermarono a partire dal 1789, talvolta anche prima della presa della Bastiglia ⁽⁵⁴⁾. In effetti, qualche mese precedente a questo fatidico evento, fu stampato il *Catéchisme du genre humain* di François Boissel ⁽⁵⁵⁾. Si trattava di un'opera anti-assolutista aperta ai cambiamenti in corso, a favore dell'abolizione dei privilegi feudali: « toutes les corporations dans les états, n'ont opéré que des divisions et des chocs d'intérêt qui en ont entraîné de la ruine et la perte » ⁽⁵⁶⁾. Ma è sul concetto di diritto che l'autore — giurista ed ex avvocato al Parlamento di Parigi e giudice di pace, nonché vice presidente del club dei Giacobini — utilizza le parole più severe, relegandolo alla pura espressione dei rapporti di forza tra deboli e forti. « Les lois — scriveva evocando e radicalizzando la lettura montesquieiana — sont les obligations que les plus forts, les plus fin et les plus rusé ont imposées aux plus faibles, afin de maintenir leurs désastreuses institutions, ou même pour en empêcher les inconvénients funestes, autant que faire se peut » ⁽⁵⁷⁾. Pubblicato in piena effervescenza rivoluzionaria, basandosi sul saggio sui privilegi di Sieyès, nume tutelare di tutti i riformisti dell'epoca, il *Catéchisme du genre humain*, si schiera duramente contro la politica fiscale europea e in particolare francese dove le tasse erano divenute uno strumento di oppressione verso la classe laboriosa (secondo il suo linguaggio, i contadini e la piccola borghesia) ⁽⁵⁸⁾. Ma questo « *Évangile de la jacobinerie* » (secondo la formula coniata dal giurista termidoriano Jean-Denis Lanjuinais), riserva le espressioni più dure proprio alla proprietà privata: in una visione esplicitamente ispirata a Rousseau, la divisione delle terre ha comportato il diritto esclusivo di alcuni di goderne obbligando gli altri,

⁽⁵⁴⁾ J.-C. BUTTIER, *Peut-on catéchiser la Révolution? (1789-1848)*, in « La Révolution française. Cahiers de l'Institut d'histoire de la Révolution française », 2013, 4, *Pédagogies, utopies et révolutions (1789-1848)*, sous la direction de C. Fayolle et J.-C. Buttier, pp. 128-148.

⁽⁵⁵⁾ F. BOISSEL *Le Catéchisme du genre humain*, s.l., 1789; cfr. P.-A. COUROUBLE, *François Boissel, le Jacobin oublié*, in « Annales historique de la Révolution française », 2010, 362, pp. 151-174.

⁽⁵⁶⁾ BOISSEL *Le Catéchisme du genre humain*, cit., p. 127.

⁽⁵⁷⁾ Ivi, p. 61.

⁽⁵⁸⁾ Ivi, pp. 80-81.

i non proprietari, a morire di fame, di sete e di freddo, fino al punto di escluderli dal globo terrestre ⁽⁵⁹⁾.

La difesa estrema dell'eguaglianza trova in Licurgo il modello ideale da seguire, con il suo disprezzo per l'oro e il lusso e la sua difesa della condivisione delle terre e l'esaltazione dell'educazione pubblica ⁽⁶⁰⁾. Alla domanda, posta da un ideale interlocutore di Boissel, « sur quoi fondez-vous la destinée future de l'homme? », la risposta dell'autore è categorica: « sur sa constitution naturelle » ⁽⁶¹⁾. In tal caso la proprietà sarebbe proscritta in quanto inconciliabile con i diritti della natura e causa di tutti i mali del genere umano. Ma torneremo su questo 'terribile diritto'.

Sempre nel mezzo della tempesta rivoluzionaria, un altro ex avvocato del Parlamento di Parigi, Henry Bancal, convenzionale vicino al cenacolo di Madame Roland e dei Girondini, membro del *Comité de constitution et d'instruction publique* ⁽⁶²⁾, in un breve ma denso saggio di ispirazione rousseauiana ⁽⁶³⁾, ripreso e discusso alla Convenzione stessa, riflette sul modo di stabilire un « nuovo ordine sociale », una società giusta, equilibrata, equa, fondata sull'eguaglianza ⁽⁶⁴⁾, riassumibile nella formula che l'autore utilizza e che avrebbe avuto tanto successo (e tanti fraintendimenti) dello Stato minimo o frugale ⁽⁶⁵⁾: « le gouvernement le meilleur est donc celui qui *gouverne le moins*. [...] Pour qu'une constitution soit bonne, il faut que tous les citoyens puissent, à l'aide de leurs lumières, y voir, clairement et comme dans un miroir, leurs devoirs et leurs droits » ⁽⁶⁶⁾. Fedele al monito di Rousseau che una società ben organizzata aveva bisogno di poche leggi che tutti i consociati conoscevano a memoria, per Bancal la ricetta per un buon ordi-

⁽⁵⁹⁾ Ivi, p. 27.

⁽⁶⁰⁾ Ivi, pp. 123-124.

⁽⁶¹⁾ Ivi, p. 170.

⁽⁶²⁾ Si veda P. BOURDIN, *Bancal des Issarts, militant, député et notable: de l'utopie politique à l'ordre moral*, in « Revue historique », 4 (2000), 302, pp. 895-937.

⁽⁶³⁾ H. BANCAL, *Du nouvel ordre social*, Paris, 1792.

⁽⁶⁴⁾ « Il n'y a qu'un principe, une base de système social, c'est l'égalité; un seul but dans l'association, le bonheur des associés; un seul moyen de l'atteindre, c'est d'assurer la liberté civile », ivi, p. 11.

⁽⁶⁵⁾ *Ibidem* (corsivo nel testo).

⁽⁶⁶⁾ Ivi, p. 7.

namento giuridico era che fosse basato su poche leggi scritte. L'ex avvocato al Parlamento di Parigi (il quale nel 1788 aveva venduto la sua carica per dedicarsi all'attività politica) difendeva una società dove il diritto avesse il giusto ruolo di regolatore dei rapporti sociali e non la preponderanza che, soprattutto in Antico regime, aveva avuto. Per il convenzionale la formula per il buon governo era riassumibile nel motto « très-peu de lois » e aggiungeva, evocando l'apologo di Orazio: « Faites tout pour la morale, et vous aurez tout fait pour la législation. *Vanae proficiunt leges sine moribus* » (67). La repubblica, seguendo Rousseau, doveva basarsi su due presupposti: il controllo annuale di tutte le autorità pubbliche da parte del popolo riunito in assemblee primarie dove riede l'essenza della sovranità (evocando, senza menzionarlo, il ricorso al mandato imperativo e alla revoca degli eletti) (68) e l'educazione pubblica.

Procede poi anche lui, esaltando il mito di Licurgo e il suo modello di cittadino che si occupa volontariamente e gratuitamente dell'istruzione del popolo: « l'éducation est un préliminaire indispensable pour que le peuple puisse juger votre constitution et l'accepter en connaissance de cause » (69). Sembra anticipare le altisonanti parole di Georges-Jacques Danton, che in un celebre intervento alla Convenzione nazionale del 13 agosto 1793, riassumeva tutto il dibattito ormai ultra-centenario sull'educazione: « après le pain, l'éducation est le premier besoin du peuple ».

Seguendo una logica tipicamente illuministica e ispirato dalle pagine di Montesquieu, Bancal criticava la magistratura e i tribunali riservando parole dure nei confronti dell'ordine a cui apparteneva, arrivando a sostenere che un buon governo non aveva bisogno di tribunali ma di arbitri di pace:

Les gens appelés de justice, ont été un des plus grands fléaux de la société. Ils ont renversé la puissance législative des nations, et favorisé le despotisme d'un seul. Ils se sont constitués en autorité, et ont créé un pouvoir judiciaire. Cependant la fonction de juger ce n'est pas un pouvoir; elle est une branche de la fonction exécutive.

(67) Ivi, p. 23.

(68) Sul punto M. FIORAVANTI, *Controllare il potere. Il mandato imperativo e la revoca degli eletti (XVIII-XX secolo)*, Roma, 2020.

(69) BANCAL, *Du nouvel ordre social*, cit., p. 47.

Dans un bon gouvernement, il ne doit point y avoir de tribunaux. Il ne faut que des arbitres de la paix ⁽⁷⁰⁾.

Dopo questa critica radicale all'amministrazione della giustizia, Bancal si spinse fino ad affermare, in maniera lapidaria, che « le monde ne sera heureux, suivant l'expression d'un grand poète, que quand il sera délivré des prêtres et des rois; j'ajoute, des magistrats, des jurisconsultes et des homme de loi ». E più avanti continuava con un'argomentazione classica della critica della legittimità del potere giudiziario: « de quel droit une classe d'hommes prend-elle la qualité d'hommes de loi? Elle n'appartient qu'au souverain, qui a seul droit de faire la loi, et de l'interpréter. En interprétant les lois politiques, les rois de France usurpent l'autorité souveraine » ⁽⁷¹⁾. Aprì in tal modo alla possibilità di istituzione del *référé législatif*, che sarebbe stato introdotto nel 1791 per volontà di Robespierre e che avrebbe creato numerosi problemi all'amministrazione della giustizia fino al *Code Napoléon* del 1804 ⁽⁷²⁾. Il principio, secondo una concezione tanto coerente quanto rigida della separazione dei poteri, consisteva nel negare ai giudici la possibilità di ricorrere all'*interprétation*, poiché quest'ultimo strumento aveva permesso alla classe dei magistrati, *de facto* se non *de iure*, di sostituirsi al sovrano per tutta la durata dell'*Ancien régime*. « La loi doit être claire et intelligible à tous. Lorsqu'il se présente des cas imprévus, il faut avoir recours au souverain pour les décider. Toute interprétation de la loi par les juges, ou par des particuliers, est un crime de lèse-souveraineté » ⁽⁷³⁾.

Tornando all'ambito di progettazione utopica, possiamo notare la costante contiguità, spesso negli stessi autori, tra la ricerca di un nuovo modello di educazione e l'immaginazione di un mondo nuovo. A partire da un'opera famosa come *L'Heureuse nation ou gouvernement des Féliciens* di Paul-Pierre Le Mercier de la Rivière, un piano di riforma dettagliato, basato sull'istruzione obbligatoria, pubblica e gratuita e su una costituzione fedele alla separazione dei

⁽⁷⁰⁾ Ivi, p. 12.

⁽⁷¹⁾ Ivi, p. 13.

⁽⁷²⁾ Sul punto si veda ampiamente P. ALVAZZI DEL FRATE, *Giurisprudenza e « référé législatif » in Francia nel periodo rivoluzionario e napoleonico*, Torino, 2005.

⁽⁷³⁾ BANCAL, *Du nouvel ordre social*, cit., p. 13.

poteri (legislativo, giudiziario, amministrativo ed esecutivo) ⁽⁷⁴⁾, fino ai testi, meno noti ma forse più originali, di Philippe Sérane. Le opere di quest'ultimo, ancora poco studiate, furono fortemente influenzate, come tutte le pubblicazioni di carattere pedagogico dell'epoca, dalle teorie di Rousseau. In particolare, la storia editoriale della sua *Théorie d'une éducation républicaine*, apparsa in pieno periodo giacobino, ma redatta nel 1774 e restata inedita in ragione del decesso dell'editore, è molto istruttiva. Nelle circostanze particolari concernenti un libro che forse non meriterebbe grande attenzione in quanto tra i numerosi trattati pedagogici di impronta rousseauiana non risulta particolarmente originale, paradigmatica invero è la vicenda editoriale, in particolare il rapporto tra la prima edizione, restata inedita in un primo momento e poi stampata in seguito nel 1787, e quella pubblicata nel pieno della Rivoluzione francese.

La Théorie d'une éducation républicaine, presentata strategicamente alla Convenzione nazionale per ottenere legittimità e visibilità ⁽⁷⁵⁾, conteneva una tabula di errata dove Sérane — maestro, precettore e geografo, oltre che direttore di una scuola materna — si allontanava da alcune espressioni utilizzate da lui stesso nel testo composto « sous le règne du despotisme » ⁽⁷⁶⁾. In questa forma di autocensura o di riposizionamento in base alle epoche e ai regime politici, Sérane sostituì la formula, utilizzata durante l'autunno dell'*Ancien régime*, « plan d'éducation civile et chrétienne » con « Plan d'éducation raisonnable et républicaine », o, in maniera ancora più rappresentativa del cambiamento di paradigma avvenuto anche a livello lessicale, l'espressione « notre auguste religion »

(74) P.-P. LE MERCIER DE LA RIVIÈRE, *L'Heureuse nation ou gouvernement des Féliciens, peuple souverainement libre sous l'empire absolu de ses Loix*, Paris, Creuze et Bréhal, 1792.

(75) Così G. LANCEREAU, *La Terreur vécue. Régime d'incertitude et transactions sociales dans les projets pédagogiques de l'an II*, in « Annales Historique de la Révolution française », 2017, pp. 51-72, in particolare p. 64; nella scarsa letteratura scientifica su Sérane si veda F.-A. AULARD, *Le culte de la raison et le culte de l'Être suprême (1793-1794): essai historique*, Paris, 1892, pp. 337-338; H.-C. HARTEN, *Elementarschule und Pädagogik in der Französischen Revolution*, Munich, 1990, pp. 401-407.

(76) P. SÉRANE, *Théorie d'une éducation républicaine. Suivant les principes de J.-J. Rousseau*, présentée à la Convention, Paris, s.d., ma probabilmente 1793 (la citazione appare in una nota dal titolo *L'auteur au libraire*, s.i.p.).

divenne « la religion de la nature », al punto da cancellare il vocabolo *noble*, oramai obsoleto (e pericoloso), con la seguente motivazione: « supprimez l'épithète, qui alors était un titre, et qui, aujourd'hui, est un mot sans idée, pour ne rien dire de plus » (77).

A conferma di come l'educazione del cittadino repubblicano fosse percepita come un elemento essenziale nella costruzione di un mondo nuovo, Sérane già nel 1789, entusiasta della svolta rivoluzionaria, proiettò il suo attivismo e la sua militanza per l'emancipazione dei minori non alfabetizzati, in un orizzonte utopistico. Nell'*Heureux naufrage*, un'utopia antif feudale e antimonarchica, si descriveva un mondo che si era emancipato attraverso una rivoluzione felice basata essenzialmente sul rinnovamento della legislazione penale (78).

Erede dello spirito dei Lumi e dello stile della letteratura ucronica del XVIII secolo e seguendo un *topos* consolidato del genere narrativo, l'autore si nasconde con ironia dietro l'immagine di un semplice traduttore di un'opera di un misterioso *Écrivain de l'Europe* che non ha voluto scrivere né un romanzo né una storia (79), ma una profezia di ciò che sarebbe stato, riassumibile in codesta perspicace formula ironica: « quel plaisir de jouir de ce qui n'existe pas encore! » (80).

Naufragato in una terra sconosciuta dopo una tempesta, il viaggiatore si trovò di fronte a una natura ricca e prospera, come doveva essere alle sue origini, ma con in più l'intervento armonioso e razionale della mano dell'uomo. In questo contesto, il protagonista incontrò un cittadino di questa nuova terra, che si scopre ben presto essere giurista, magistrato e legislatore, il quale confessò subito che il segreto della fortuna di questo lussureggiante Paese stava nella saggezza delle leggi penali che avevano operato tutte queste meraviglie senza che i cittadini se ne accorgessero (81).

Solo la mitezza delle leggi era riuscita a frenare gli eccessi e aveva condotto questo luogo sconosciuto verso una pacifica felicità, senza versare una sola goccia di sangue. Il giudice immaginario spiegò con

(77) SÉRANE, *Théorie d'une éducation républicaine*, cit., p. 1.

(78) P. SÉRANE, *Heureux naufrage: où l'on trouve une idée de législation conforme à l'humanité, à la nature et au bien public*, Paris, 1789.

(79) Ivi, pp. 4-5.

(80) Ivi, p. 6.

(81) Ivi, p. 10.

orgoglio all'incredulo viaggiatore che le leggi isolate non conoscevano la spada e non assassinavano nessuno: « je prétends que *nul homme sur terre n'a droit de mort sur un autre homme* » (82). In questa conversazione, che sembra riprodurre quella tra un assolutista hobbesiano e un contrattualista lockiano, la risposta quasi scontata del magistrato di questo regno del 'diritto mite' è che nel *pactum unionis* ideale e nel *pactum subiiectionis* conseguente, gli uomini cedevano al sovrano tutto ciò di cui potevano disporre: il rispetto, l'omaggio, i prodotti del lavoro, per giunta la libertà, ma non il diritto di vita e di morte: « je sais aussi que nul homme n'a sur lui-même le droit de mort, et que nul ne peut donner ce qu'il n'a pas, il n'a pu céder à un autre ce terrible droit » (83). Il giurista-filosofo continuava la sua critica del potere assoluto dei sovrani, i quali a suo avviso derivavano la loro autorità non solo da Dio ma dai sudditi stessi e, tornando alle leggi penali, ricordava, forte dell'insegnamento di Beccaria, che « nous voulons enfin rendre la peine du criminel utile à la société que le crime a blessée, et non ajouter un mal inutile à un désordre réel, comme sont vos lois pénales » (84). In un passaggio che sembra preso proprio da *Dei delitti e delle pene*, diffuso ampiamente in Francia all'alba della Rivoluzione al punto da influenzare il dibattito in Assemblea costituente, il magistrato, anticipando la teoria del 'diritto penale minimo', continuava: « la loi la plus *Parfaite*, celle qui est votée par l'univers entier, serait celle qui, en punissant le crime d'une manière proportionnée à son énormité, le réparerait autant qu'il est possible, et deviendrait une leçon permanente, un exemple perpétuellement effrayant pour les pervers » (85). Di fronte alle perplessità del viaggiatore, che echeggiava quelle presenti nell'Europa dell'epoca, il sistema punitivo di questo luogo tanto utopico quanto legato alla realtà dei bisogni tra i più urgenti del momento di cambiamenti rivoluzionari, si basava su una gradazione delle pene che andava dai lavori obbligatori ma non onerosi per i delitti meno gravi fino ai servizi i più degradanti e vili, come la pulitura delle fogne, effettuati incatenati, per i reati più gravi. Da qui la ricchezza dei raccolti e del paesaggio, frutto del lavoro

(82) Ivi, p. 11.

(83) Ivi, p. 13.

(84) Ivi, pp. 14-15.

(85) Ivi, p. 15.

dei detenuti, incontrata dal viaggiatore europeo dopo il naufragio che lo aveva spinto in questa isola immaginaria, una sorta di eden dove la mitezza del diritto comportava la ricchezza della nazione. I lavori forzati, secondo un'argomentazione ben nota al cenacolo del *Caffè*, garantivano maggiormente la deterrenza rispetto alla pena di morte, proprio per l'esempio continuo che offrivano ⁽⁸⁶⁾.

Ma l'incontro-scontro tra due mondi — o meglio tra il mondo europeo di fronte al proprio specchio deformante — non si limita alle questioni, seppur centrali, penalistiche. Il dibattito diviene più serrato, e meno prevedibile, quando il legislatore di questa Arcadia ricordava come le pene dovessero toccare l'anima e non il corpo, ovvero punire l'amor proprio, soprattutto dei Grandi che l'orgoglio trasformava in mostri e in tiranni. Di fronte allo stupore del viaggiatore europeo che i Grandi e i ricchi stessi potessero essere sottomessi alla medesima severità delle pene, il magistrato esplode: « Mon ami, votre question est un scandale pour la raison. Si les fautes des Grands sont plus dangereuses et plus fatales à la société, si celles des richesses sont plus inexcusables parce qu'ils ont moins de tentations, moins de besoins, moins de motifs de mal faire, n'est-il pas évidemment juste qu'elles soient plus sévèrement punies? O Monsieur, quelle terribles leçons pour les trois quarts et demi du genre humain! » ⁽⁸⁷⁾. E continuava con un'altra argomentazione tipica del riformismo radicale del XVIII secolo: la pena di morte andava abolita per il 'semplice' motivo che non permetteva rimedi in caso di errore giudiziario ⁽⁸⁸⁾.

Infine, lanciava un attacco mimetico contro l'*Ancien régime* denunciando come nel corso dei secoli passati, anche questa nazione così felice aveva conosciuto privilegi, abusi e despotismo, pensando, *incredibile dictu*, che la virtù si trasmettesse attraverso il sangue. « Leur extravagante tyrannie, leur système d'oppression alla si loin, que les yeux de la nation s'ouvriraient enfin sur l'énormité de vues de ces Aristocrates. On parla de réduire leurs privilèges excessifs, de les forcer d'être citoyen, et de porter une portion des charges de l'État,

⁽⁸⁶⁾ Ivi, p. 20.

⁽⁸⁷⁾ Ivi, p. 21.

⁽⁸⁸⁾ Ivi, p. 22.

dont ils dévoraient les revenus » (89). Di fronte all'enormità di queste diseguaglianze e al rifiuto da parte del governo di accettare seppur minime riforme, il tono del testo diviene ancora più severo: « ces sangsues impitoyables, ces tyrans dorés, qui avaient osé réduire leurs vassaux à la nécessité de brouter l'herbe des champs à côté des animaux, auxquels ils n'avaient pas honte dès les assimiler » (90).

L'heureux naufrage, una sorta di manifesto anti-assolutista, avrebbe trovato una sua prosecuzione e un suo completamento, con il più noto *Catéchisme du citoyen*, pubblicato da Sérane tra il 1793 e il 1794 (91). In quest'opera l'autore spiega subito che con il catechismo del cittadino intendeva fornire una sintesi ragionata dei diritti e dei doveri dell'uomo che coincidevano con i 35 articoli della *Déclaration des droits* giacobina del 24 giugno 1793.

Il buon cittadino era colui che, consapevole di non appartenere a se stesso ma alla società nella quale e per la quale era nato, compiva ogni azione per rendere, con il corretto uso delle proprie forze, della propria intelligenza e della virtù del suo cuore, una parte degli immensi servizi che aveva ricevuto (92). Viceversa, il cattivo cittadino, era colui che, isolandosi in un egoismo autoreferenziale, agiva solo per se stesso. Di fronte alle nuove parole d'ordine della neonata Repubblica francese — *Liberté, Égalité, Fraternité* (triade che si sarebbe affermata solo con il 1848) — Sérane spiegava che la *Liberté* era il diritto che ogni uomo possiede per natura di fare ciò che non nuoce agli altri o che è proibito dalla legge, l'*Égalité* consisteva nella perfetta eguaglianza nei diritti in cui tutti gli uomini nascono e che nessuna distinzione sociale era ammessa se non in base alle reali virtù, ai meriti personali o ai servizi resi alla cosa pubblica. Non un'eguaglianza assoluta ed estrema, ma un'eguaglianza di fronte alla legge e in risposta alle ineguaglianze naturali, riassumibile nella formula seguente che condensa bene il pensiero giacobino sui diritti:

Nous sommes inégaux par le fait de la nature, qui a départi ses dons suivant diverses mesures: nous sommes égaux par le bienfait de la loi,

(89) Ivi, p. 24.

(90) Ivi, p. 24.

(91) P. SÉRANE, *Catéchisme du citoyen, à l'usage des jeunes républicains français*, Paris, an 2 de la République française.

(92) Ivi, p. 2.

qui ne met aucune distinction, aucune différence parmi les citoyens, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse ⁽⁹³⁾.

Infine con il termine *Fraternité*, la cenerentola dei principi rivoluzionari, indicava che tutti gli uomini — « enfants également chéris de l'Être éternel » — dovevano proteggersi e aiutarsi mutualmente come fratelli ⁽⁹⁴⁾.

Con Sérane dunque si colma il divario tra il mondo lontano e ideale dell'utopia settecentesca e la realtà di un Paese da costruire a partire proprio dall'educazione e dalla lotta per i diritti. Negli anni rivoluzionari, da posizioni più o meno radicali ma tutte accomunate da una forte istanza di rinnovamento, si capovolsse la metafora del territorio lontano, inaccessibile e ideale meta delle disavventure di viaggiatori europei, per evocare invero la Terra, in particolare la Francia, come esempio da seguire per gli abitanti di altri pianeti.

4. *Il sonno della ragione e l'universo distopico.*

L'utopia tuttavia incontrò presto la sua nemesis nel racconto anti-utopico che apparve già a metà del XVIII secolo ⁽⁹⁵⁾. Il genere del viaggio fantastico avrebbe trovato una forma di utopia feudale nell'anonimo *Voyage de Robertson dans les terres australes* che presentava una società basata su un ordine privo di conflitti in cui le diverse classi sociali coesistevano in un'unione olistica ⁽⁹⁶⁾. Contrariamente alle polemiche anti-inglesi dell'epoca, il viaggiatore giunto in Australia si riferiva all'Inghilterra da cui proveniva come al migliore dei Paesi europei, governato dalla saggezza dei ricchi e dal lavoro del popolo ⁽⁹⁷⁾.

⁽⁹³⁾ Ivi, p. 16.

⁽⁹⁴⁾ Ivi, p. 3.

⁽⁹⁵⁾ Cfr. B. BACZKO, *Les imaginaires sociaux. Mémoires et espoirs collectifs*, Paris, 1984, pp. 97-108.

⁽⁹⁶⁾ *Voyage de Robertson dans les terres australes*, Amsterdam, 1767; si veda l'edizione critica a cura di J. Garagnon, Paris, 2008.

⁽⁹⁷⁾ Ivi, p. 34 e ss.

Il popolo australiano è felice perché considera « l'or, l'argent et les richesses qu'ils représentent, avec une égale indifférence. J'aurais inutilement cherché parmi ces habitants un seul exemple de cette orgueilleuse misanthropie, de cette aigreur contre les riches et les heureux du monde, qui empoisonne la vie de tant de gens en Europe. [...] Je ne pouvais concevoir — continuava l'anonimo autore — quelle espèce de gouvernement, et quelle sorte de lois avaient établi une balance si heureuse entre le peuple et l'ordre des Seigneurs » (98). Niente di più lontano dalle utopie comunitarie dominanti all'epoca.

Con *Nicodème dans la Lune, ou la Révolution pacifique* del 1790, Louis Abel Beffroy de Reigny, noto con lo pseudonimo di Cousin Jacques, vedeva il nuovo regime rivoluzionario specchiarsi nei crateri lunari. Questa commedia, rappresentata numerosissime volte tra il 1790 e il 1793, prevedeva la necessità di porre fine alla Rivoluzione rovesciando il paradigma utopico: in questo caso, era il governo della Luna a dover seguire il modello francese di una rivoluzione breve e felice (99).

Il riformismo settecentesco, satirico e dissacrante, incontrò le critiche da parte degli oppositori del processo di secolarizzazione, che ricorsero anch'essi allo strumento, ormai *à la page*, della narrazione immaginaria. L'abbé Balthazard, nella sua *Isle Des Philosophes*, pubblicata anonima nel 1790, tratteggiava un'utopia controrivoluzionaria, una sorta di *Anti-Candide*, in cui l'espedito della scoperta di nuovi mondi serviva a delegittimare il nuovo corso degli eventi e a rafforzare la fede nell'*Ancien régime* e nelle istituzioni feudali (100). In fondo, questo romanzo epistolare si proponeva di delegittimare la legislazione rivoluzionaria in materia di secolarizzazione, contestando gli atti legislativi riguardanti gli ecclesiastici costretti ad accettare la nuova dimensione materialista, rivendicando la loro libertà di espressione (101).

(98) Ivi, pp. 37-38.

(99) Cfr. K. TURNER, *L'utopie aérienne et la Révolution*, in *Utopies des Lumières*, cit.

(100) Abbé BALTHAZARD, *L'isle des philosophes et plusieurs autres: nouvellement découvertes et remarquables par leurs rapports avec la France actuelle*, Paris, 1790.

(101) Si veda MOREL, *Les utopies de la Révolution française*, cit., pp. 145-154.

Ma una delle opere più originali (e meno note), nel *milieu* contro-rivoluzionario, che azionava con forza il dispositivo di una distopia, fu il racconto anti-illuministico *L'Histoire véritable de Gingigolo, roi de Mano-Emugi* pubblicato nel 1789 con il bersaglio polemico rappresentato proprio dall'art. 16 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino, una norma pervenuta a manifesto del costituzionalismo moderno. In questo pamphlet l'anonimo autore difendeva la monarchia e le sue istituzioni consultive, condannando senza appello la separazione dei poteri e la garanzia dei diritti, pilastro del nuovo ordine costituzionale ⁽¹⁰²⁾.

L'ambizione dei rivoluzionari di cambiare il mondo in maniera razionale, astratta e ricalcata sulla base della legge naturale, era contraria al diritto naturale stesso. Due idee del diritto naturale — per sua stessa caratteristica soggetto a diverse interpretazioni — inconciliabili: da un lato una prospettiva storica, tradizionalista e quasi immutabile del potere, da un altro l'idea del cambiamento e della rigenerazione basata sulla ragione umana.

La metamorfosi del corpo politico, onnipresente nel discorso sui poteri in età moderna, in ambiente rivoluzionario comportò la sostituzione della testa del re, vertice dell'ordinamento, con il popolo: una metamorfosi che avrebbe generato mostri. Un mondo capovolto che agli occhi dell'anonimo controrivoluzionario sarebbe stato foriero di sciagure: « modifier cette figure du pouvoir royal est une monstruosité qui dénature son essence divine. La nouvelle constitution devient une source d'anarchie, puisqu'elle ne respecte pas les traditions historiques auxquelles le peuple est attaché et l'*ordo mundi* voulu par Dieu » ⁽¹⁰³⁾.

Sempre in ambiente reazionario, il medesimo anno, Jean-Sifrein Maury, noto come l'abbé Maury, uno dei leader della fazione monarchica più tradizionalista ⁽¹⁰⁴⁾, che sarebbe divenuto presto oggetto della satira proveniente dagli ambienti radicali, espose la sua critica

⁽¹⁰²⁾ Nella rara letteratura scientifica si veda KRIEF, *Le conte politique et l'Isègoria*, cit.; J.V. DOUTHWAITE, *The Frankenstein of 1790 and Other Lost Chapter from Revolutionary France*, Chicago and London, 2012, pp. 28-29.

⁽¹⁰³⁾ KRIEF, *Le conte politique et l'Isègoria*, cit., p. 3.

⁽¹⁰⁴⁾ Cfr. O. ELYADA, *La mise au pilori de l'abbé Maury: imaginaire comique et mythe de l'antihéros pendant la Révolution française*, in « Annales historiques de la Révolution française », 2005, pp. 1-24.

all'idea di rigenerazione, onnipresente nel nuovo lessico rivoluzionario, di un Paese che si illudeva di poter raggiungere l'autogoverno⁽¹⁰⁵⁾. Il futuro cardinale e poi arcivescovo di Parigi, che presto sarebbe fuggito in esilio a Roma, il 19 aprile 1790, all'Assemblea nazionale costituente, criticò l'idea utopistica di una convenzione nazionale, sul modello americano, che detenesse poteri legittimati dal basso ed esercitasse il potere costituente in maniera esclusiva⁽¹⁰⁶⁾: « j'ose espérer — annunciava perentoriamente — que la prétention de former une Convention nationale, ne réparâtra jamais dans cette Assemblée. [...] L'Assemblée dont nous sommes membres, convoquée par le roi, et subordonnée à la sanction du roi, n'a ni la mission, ni le caractère, ni les pouvoirs d'une Convention nationale »⁽¹⁰⁷⁾. Il ruolo del potere regio, in quanto incarnazione dell'unità nazionale ed espressione dei tre poteri, rappresentava il garante della costituzione storica — noi diremmo materiale — della Francia. Una costituzione non immobile ma modificabile attraverso un lento processo in funzione del mantenimento dell'ordine reale, aristocratico e religioso. Il modello era quello della costituzione inglese nella sua versione idealizzata dai tradizionalisti francesi, che aveva il suo fondamento nell'equilibrio e nei limiti della libertà. Siamo lontani dall'utopia dei moderni dove un popolo libero si autogoverna.

Il popolo inglese, continuava Maury ricalcando le coeve invettive di Edmund Burke contro l'astrattezza dei principi rivoluzionari, ebbe il buon senso di relegare nella categoria dei romanzi ogni sistema di utopia riconducibile a Tommaso Moro⁽¹⁰⁸⁾. In breve, l'utopia era adatta alle favole e non alla realtà. Ma in cosa consistevano questi racconti falsificanti? L'utopia dei moderni, che coincideva essenzialmente con una società nella quale il popolo si autogoverna e ha la capacità di darsi delle leggi o per lo meno di contribuire direttamente alla loro formazione, produceva creature innaturali. Sembrerebbe il capovolgimento della 'filosofia della storia' di Francisco Goya: il risveglio della ragione, secondo i membri più conservatori della società

⁽¹⁰⁵⁾ Si veda almeno M. OZOUF, *L'homme régénéré. Essais sur la Révolution française*, Paris, 1989.

⁽¹⁰⁶⁾ *Archives Parlementaires*, T. XIII, pp. 108-111.

⁽¹⁰⁷⁾ « Reléguer tous les systèmes exagérés de l'utopie de Thomas Morus dans la classe des romans », *ibid.*, p. 111.

⁽¹⁰⁸⁾ *Ibidem.*

francese del 1789, genera mostri. La posizione di Maury restò tuttavia (per lo meno in questa fase) isolata e lui stesso abbandonò presto l'esagono per recarsi in esilio in Italia, non senza lasciare un segno nel dibattito del momento: il ricorso alla categoria di mostri, in questo scontro *dentro e contro* il diritto naturale, tornò a più riprese nella pubblicistica rivoluzionaria e contro-rivoluzionaria. Dalle 'favolette' giusnaturalistiche alle 'mostruose' utopie, si annida la critica del progetto (incompiuto) della modernità come potere costituente, emancipazione e rigenerazione.

5. *Utopie urbane: diritto alla città e progettazioni architettoniche.*

Attraverso gli attrezzi interpretativi forniti dalla riflessione dell'urbanista marxista Henri Lefebvre ⁽¹⁰⁹⁾, possiamo provare a leggere la progettazione utopica tra Illuminismo e Rivoluzione francese che si sofferma prevalentemente, se non esclusivamente, sulla dimensione urbana, sia in senso stretto di immaginazione di città ideali sia in senso più ampio di idea di spazio, di società, di costituzione, di conflitto. Un'utopia sperimentale, di cui ha parlato proprio Lefebvre, in continua ricerca e sperimentazione di altri mondi possibili. Si tratta non più di pensare il presente ma di immaginare il futuro, progettando un nuovo mondo, non solo in senso metaforico, fatto di città immaginarie, ma pensando in maniera concreta 'un altro modo di abitare', parafrasando il celebre apologo di Carlo Cattaneo, rinverdito più di quarant'anni fa da Paolo Grossi. Il disegno di un nuovo mondo trova nella città un suo ambizioso banco di prova: la critica del presente e la costruzione del futuro attraversano gli spazi urbani.

« Alla fine del Settecento fa la sua apparizione un 'sapere urbano' scisso all'origine dal corpus tradizionale della conoscenza architettonica, che si nutre di informazioni e di istanze economiche,

⁽¹⁰⁹⁾ Si veda almeno H. LEFEBVRE, *Le droit à la ville*, Paris, 1968; ID., *La révolution urbaine*, Paris, 1970; ID., *Utopia sperimentale: per una nuova urbanistica*, in *Dal rurale all'urbano*, Guaraldi Editore, Rimini, 1973; ID., *La production de l'espace*, Paris, 1974; nella non copiosa letteratura sul tema, dalla nostra prospettiva, si veda F. BIAGI, *Quando l'utopia incontra la riflessione urbana: il contributo di Henri Lefebvre*, in « Parole chiave », 2021, pp. 77-85.

sociologiche, igieniche, e soprattutto politiche»⁽¹¹⁰⁾. Numerosi furono infatti i progetti visionari da parte di architetti come Claude-Nicolas Ledoux, Étienne-Louis Boullée e Jean-Jacques Lequeu⁽¹¹¹⁾. Le loro proiezioni dell'utopia nella dimensione urbana si intrecciano con le parole d'ordine dei rivoluzionari, eredi della cultura dei Lumi: libertà, eguaglianza, giustizia, cittadinanza, educazione e critica del potere. All'eguaglianza politica e giuridica si cerca un'eguaglianza negli equilibri architettonici, negli spazi e nei volumi. Tramite le figure di questi tre architetti, che solo negli ultimi anni hanno ricevuto la giusta attenzione, e le morfologie dei loro progetti (buona parte dei quali non realizzati) si può cogliere il passaggio tra la cultura del Lumi e la critica rivoluzionaria, con le cesure e le contiguità tipiche delle epoche-soglia⁽¹¹²⁾.

Ledoux, architetto vicino alla corte di Luigi XV e protetto di Madame Du Barry⁽¹¹³⁾, uno dei pochi artisti del suo tempo a non compiere il Grand Tour o un soggiorno di studi a Firenze e a Roma, cercò di trasporre sui suoi numerosi progetti e sulle sue altrettanto numerose opere realizzate gli ideali illuministici di eguaglianza, libertà e virtù. Nel 1775, a margine della sua opera più ambiziosa, le *Salines de Chaux* nella Franche-Comté (fig. 2), rimasta incompiuta per la morte del re e la fine del sostegno a corte, progettò la sua idea di città ideale, dove lavoro e svago si fondevano in un'unica idea di felicità. Il sogno di Ledoux era quello di costruire la prima città industriale al mondo, un luogo dove i lavoratori non vivevano in abitazioni di fortuna ma in costruzioni salubri e comode, in un contesto armonico pensato sia per la produzione che per il benessere

⁽¹¹⁰⁾ https://www.unirc.it/documentazione/materiale_didattico/597_2012_322_14557.pdf.

⁽¹¹¹⁾ Cfr. BACZKO, *L'utopia*, cit., in particolare il Cap. VI, «Una città chiamata Libertà: l'utopia e la città», p. 305 e ss.; E. KAUFMANN, *Trois architectes révolutionnaires: Boullée, Ledoux, Lequeu*, Paris, 1978; Claude-Nicolas Ledoux et le livre d'architecture en français. Étienne-Louis Boullée l'utopie et la poésie de l'art, Textes réunis par Daniel Rabreau et Dominique Massounie, Éditions du Patrimoine, 2006; su Étienne-Louis Boullée si veda l'esposizione tenutasi presso la Bibliothèque Nationale de France: <http://expositions.bnf.fr/boullée/index.htm>.

⁽¹¹²⁾ Cfr. il classico M. TAFURI, *Progetto e utopia* (1973), Introduzione di F. Purini, Roma-Bari, 2007, p. 15 e ss.

⁽¹¹³⁾ Si veda il cortometraggio di P. KAST, *L'Architecte maudit: Claude-Nicolas Ledoux*, del 1954, al seguente link <https://www.dailymotion.com/video/xv7h64>.

dei lavoratori. Ledoux fornisce una visione quasi prometeica dell'era industriale che dovrebbe portare ricchezza e armonia. In questo modo, alla natura pura e incontrollata oppone un universo, dove ogni cosa ha il suo posto, in armonia con lo spazio esterno ⁽¹¹⁴⁾.

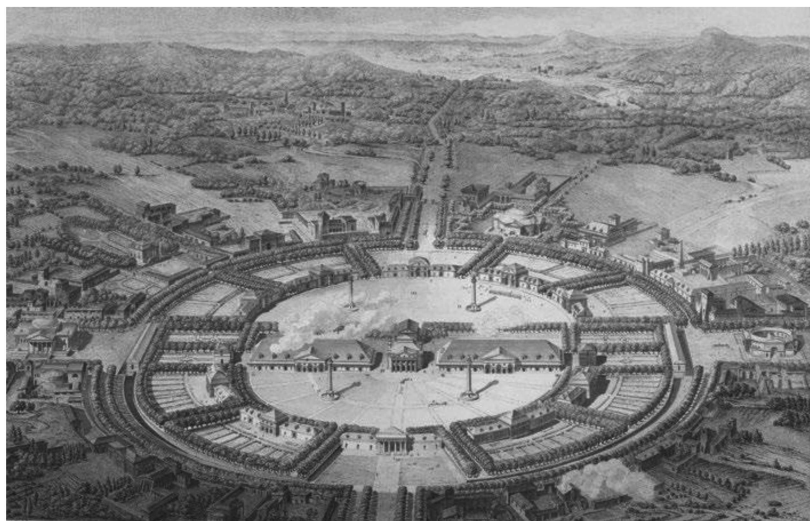


Fig. 2

Nel suo progetto della città di Chaux, ideata secondo una linea razionalistica che combina una moderna città industriale con una visione di utopia sociale, emerge una prefigurazione dei sistemi comunitari del XIX secolo (basti pensare a Claude-Henry de Saint-Simon o a Charles Fourier) che devono rispondere sia alle esigenze e ai bisogni dei cittadini sia a un'idea di virtù che con la Rivoluzione francese avrebbe trovato la sua massima espressione. Fedele al magistero di Rousseau, all'epoca il filosofo di riferimento di chiunque volesse confrontarsi con l'ideale di un futuro armonioso, ma aperto ai grandi cambiamenti in corso di carattere tecnico ed economico (che invero

⁽¹¹⁴⁾ Così L. GRUSON, *Claude Nicolas Ledoux, visionary architecture and social utopia*, International Conference of Territorial Intelligence, Oct. 2008, Besançon, France, pp. 299-307, <hal-00767259>.

il filosofo ginevrino guardava con sospetto), Ledoux coniuga l'idea comunitaria con il moderno industrialismo urbano ⁽¹¹⁵⁾.

Oltre al progetto della città di Chaux è con quello del *Théâtre de Besançon* che Ledoux realizza, ben prima dello scoppio della Rivoluzione, la sua visione di un'architettura egualitaria. Anche nelle sale del teatro le condizioni sociali dovevano venire meno a vantaggio di un'idea comunitaria di coinvolgimento nelle arti. L'architetto non costruisce delle logge, ma preferisce dei gradini a semicerchio, come nei teatri romani, mentre la « poulailler » (quello che in italiano definiamo la « piccionaia »), riservata agli spettatori più modesti, era arricchito da una serie di statue consacrate ai miti e ai grandi legislatori dell'Antichità. Nell'immaginifica prospettiva offerta da Ledoux, si pone l'osservazione dal palcoscenico con di fronte le gradinate, tutto all'interno di un grande occhio aperto (fig. 3).

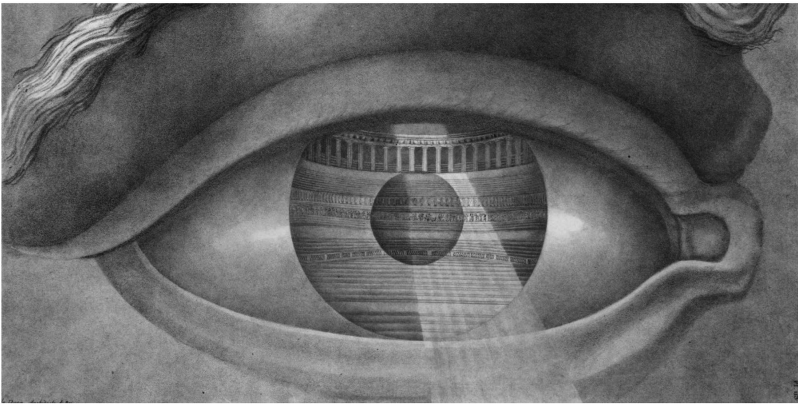


Fig. 3

A differenza di Ledoux, imprigionato durante il Terrore e ostile alla fase radicale della Rivoluzione, Boullée, intriso della medesima cultura illuministica, sposò e partecipò in maniera diretta e attiva alla Rivoluzione, mettendo in scena soprattutto l'esercizio e la critica del potere, ispirandosi al modello romano con cupole evocative del Pantheon o anfiteatri che ricordano il Colosseo. Dopo

⁽¹¹⁵⁾ *Ibidem.*

aver progettato il nuovo edificio di Giustizia di Parigi nel 1782, dieci anni dopo, in pieno periodo rivoluzionario, ideò il palazzo municipale concepito come « la maison de tous » e basato sul rousseauiano principio della trasparenza (fig. 4).

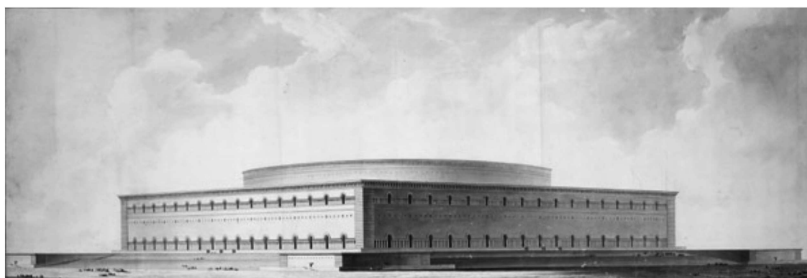


Fig. 4

Negli spazi urbani immaginati da Boullée, a fianco dei luoghi del potere, dove non si deve nascondere nulla al popolo, ampio spazio hanno le zone dedicate allo svago, alla convivialità e all'espressione sociale, così come una localizzazione centrale trovano gli spazi culturali quali musei e biblioteche, secondo una coerente visione illuministico-rivoluzionaria di esaltazione delle scienze, delle arti e dei mestieri (fig. 5).

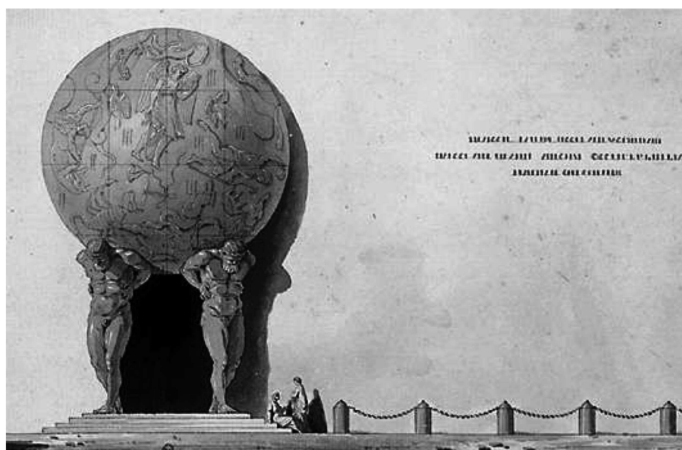


Fig. 5

Ma la città rivoluzionaria di Boullée, in omaggio alla storia francese, segue una precisa poesia architettonica fatta di epigrafi, citazioni, allegorie ed elementi pittoreschi. «Oui — proclamava perentoriamente Boullée — je le crois, nos édifices, surtout les édifices publics, devraient être, en quelque façon, des poèmes. Les images qu'ils offrent à nos sens devraient exciter en nous des sentiments analogues à l'usage auquel ces édifices sont consacrés».

Anche lui, come Ledoux, privilegia sfere e piramidi, in omaggio non tanto a Roma e all'antico Egitto, quanto all'idea della circonferenza con i punti equidistanti dal centro. La sezione del cenotafio di Newton (*Coupe du Cénotaphe de Newton*, fig. 6) e altri progetti rappresentano un omaggio alla scienza e alle arti, oltre che a una delle figure più emblematiche dell'Illuminismo. Anche Boullée realizza una visione di una grande capitale moderna, diversa dalla Parigi del suo tempo, in piena crisi economica e alle prese con mendicizia e vagabondaggio, soggetti a tanto continui quanto inutili tentativi violenti di repressione.



Fig. 6

Nei suoi grandi progetti ideali, probabilmente irrealizzabili, così come alcuni di quelli di Ledoux, Boullée presentò la sua visione immaginifica di una capitale moderna pensata non per il semplice esercizio del potere ma per il benessere della società e del popolo. La

sua esigenza è non tanto di pensare un futuro utopico quanto di esercitare una serrata critica del presente: così come i rivoluzionari, e in particolare i giacobini, avevano riattivato il mito di Roma quale dispositivo per esaltare il nuovo modello repubblicano basato su un'idea di cittadinanza democratica, il mondo dell'arte e dell'architettura tardo settecentesca, di cui Boullée è massima espressione, ripercorre il passato esaltando le virtù civiche dei romani e dei greci per costruire un'utopia reale e concreta.

Più enigmatica la figura di Lequeu, un autore e artista dimenticato fino a pochi anni orsono ⁽¹¹⁶⁾. Sebbene non abbia portato a termine nessuno dei suoi progetti su larga scala, ha lasciato un ricchissimo patrimonio di 800 disegni e manoscritti, conservati presso la Biblioteca nazionale di Francia ⁽¹¹⁷⁾, che ci permettono di tracciare la traiettoria di un artista rivoluzionario e libertino ⁽¹¹⁸⁾. A fianco dei classici dell'antichità Lequeu accosta figure insolite, a tratti frivole, ironiche, spesso lascive ed erotiche, cosa comune nella stampa clandestina dell'epoca, meno presente nelle progettazioni architettoniche tipiche del razionalismo illuminista, dal quale Lequeu prende le distanze ⁽¹¹⁹⁾ (come per esempio nella sua *L'isle d'Amour*, fig. 7).

Autore paradossale e inclassificabile, passò dalla collaborazione con grandi artisti al tramonto dell'Antico regime, lavorando come disegnatore di progetti architettonici, transitando poi per l'adesione alla causa giacobina radicale (forse più per opportunismo che per vera scelta politica), fino al periodo napoleonico e alla Restaurazione borbonica quando ripresentò i suoi progetti, mutandone sensibilmente i simboli per adattarli al nuovo ordine monarchico. A fronte di una vita da burocrate (impiegato al catasto e

⁽¹¹⁶⁾ Un momento di riscoperta, anche per il grande pubblico, è rappresentato prima dalla mostra organizzata a Parigi nel 2019 al Petit Palais (<https://www.petitpalais.paris.fr/node/1269>) poi da quella installata a New York nel 2020 presso la Morgan Library & Museum: <https://www.themorgan.org/exhibitions/lequeu>.

⁽¹¹⁷⁾ Cfr. <https://gallica.bnf.fr/html/und/images/jean-jacques-lequeu?mode=desktop>.

⁽¹¹⁸⁾ Di grandissimo interesse la sua serie di ritratti erotici, lascivi e osceni: <https://gallica.bnf.fr/services/engine/search/sru?operation=searchRetrieve&exactSearch=false&collapsing=true&version=1.2&query=dc.source%20all%20%22RESERVE%20BoiTE%20FOL-AE-15%22%20&suggest=10&keywords=>

⁽¹¹⁹⁾ Cfr. J. LLOYD, *Jean-Jacques Lequeu: Builder of Fantasy*, <https://www.studiointernational.com/jean-jacques-lequeu-builder-of-fantasy-review-petit-palais-paris>.

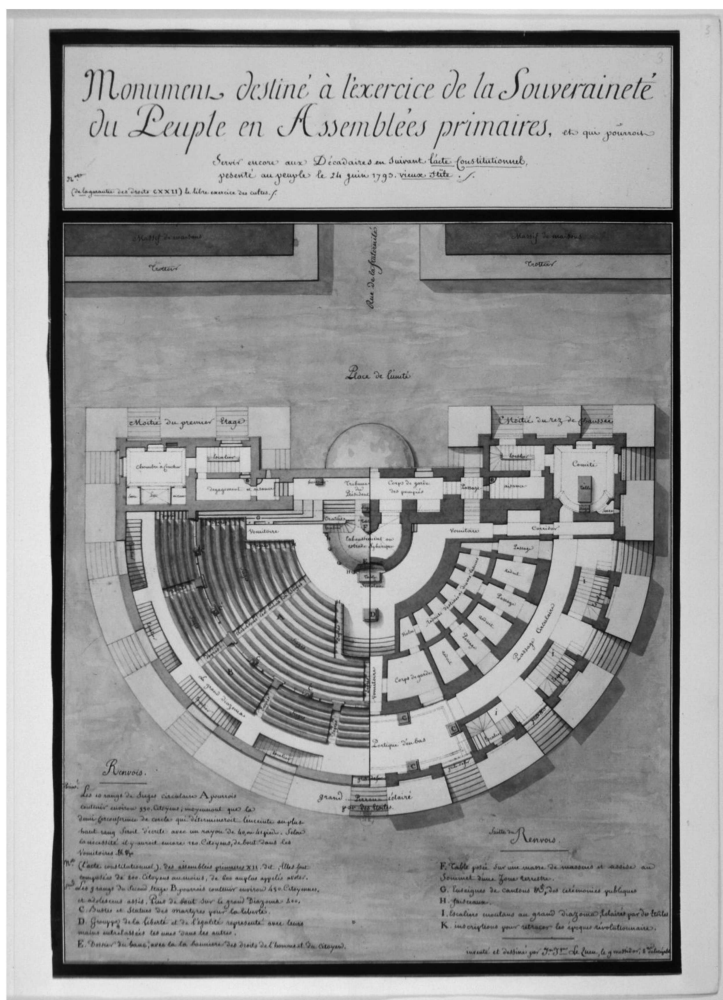


Fig. 7

all'École polytechnique), spesso passata all'ombra di grandi architetti come Jacques-Germain Soufflot, Lequeu ha lasciato un patrimonio di idee visionarie e fantasiose sul modo di concepire lo spazio urbano, spostando decisamente il punto di vista verso orizzonti inediti fino a quel momento. Giardini in cui la natura poteva esprimersi, al punto che in alcuni casi i muri sembrano fatti di pelle umana o formazioni boschive che sembrano muri in pietra. Nella sua opera, restata manoscritta, *Architecture civile*, espressione completa della sua rappresentazione urbana, compaiono numerosi progetti di edifici, mausolei, monumenti, città, con una particolare attenzione a mondi lontani e all'Oriente ⁽¹²⁰⁾, dove si proietta l'ideale razionalistico e illuministico verso una nuova dimensione irenica (*Pagode indienne d'intelligence*, fig. 8).

⁽¹²⁰⁾ Cfr. *Architecture on the margins. Meredith Martin on Jean-Jacques Lequeu*, <https://www.artforum.com/print/202002/meredith-martin-on-jean-jacques-lequeu-81901>.

polo nel processo decisionale e legislativo attraverso le assemblee primarie, Lequeu coglie in maniera realista e immaginifica al contempo la necessità di un luogo, di uno spazio, anche monumentale, per l'esercizio concreto della sovranità popolare: l'utopia cerca, attraverso l'architettura, di farsi realtà (*Monument destiné à l'exercice de la Souveraineté du Peuple en Assemblées primaires*, fig. 9).

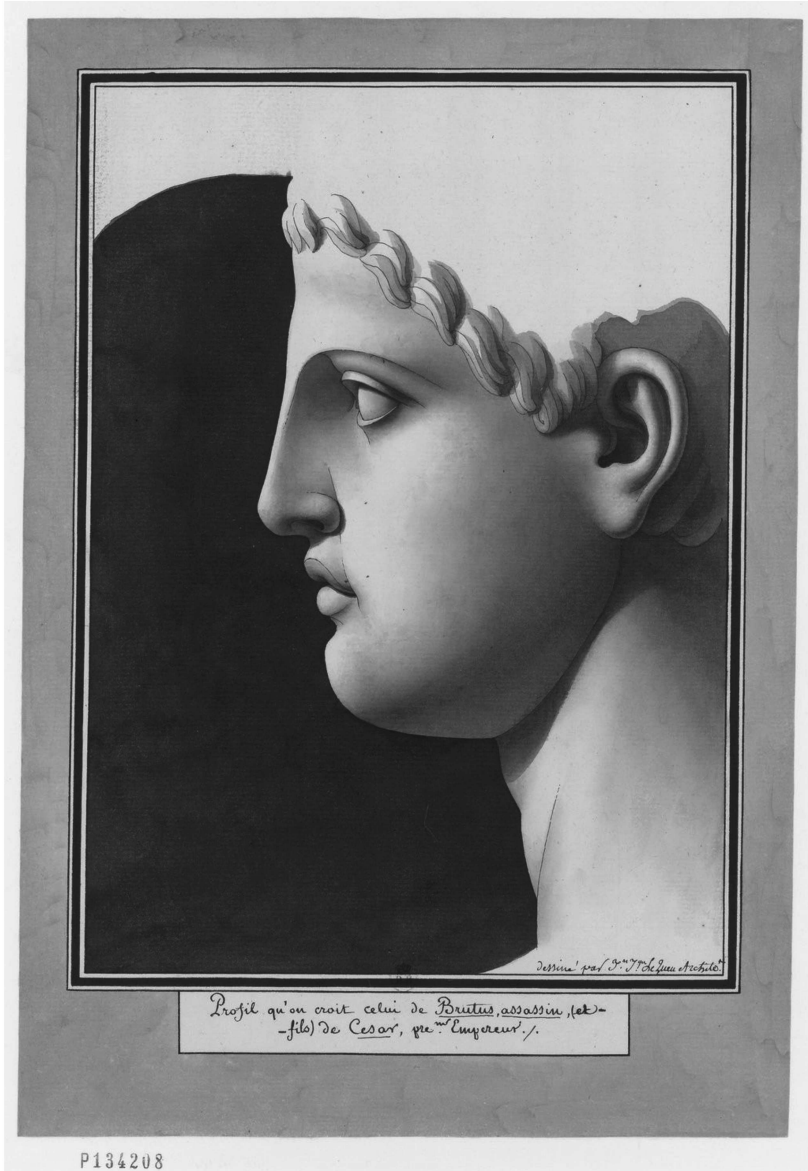


Source gallica.bnf.fr / Bibliothèque nationale de France

Fig. 9

A conferma del nuovo ruolo assunto dal popolo, e non solo dai suoi rappresentanti, la metà dell'emiciclo è dedicata ai posti per i cittadini che possono, anzi — verrebbe da pensare in un'ottica di recupero della democrazia degli antichi — devono partecipare alle riunioni delle assemblee primarie i cui membri non sono dei rappresentanti, fedeli alla lezione e alla critica corrosiva di Rousseau sulla rappresentanza, ma dei semplici mandatari. Il mandante, il popolo, è il vero sovrano e trova spazio nel tempio dell'eguaglianza. Solo un anno dopo, con la reazione termidoriana e in seguito al terrore bianco, il popolo, soprattutto quello minuto, sarebbe stato espulso dalle aule rappresentative e, non solo simbolicamente, dal processo decisionale e relegato in uno sbiadito *trompe l'œil*.

Tra i simboli rivoluzionari emerge un superbo ritratto di Bruto, probabilmente del 1792, emblema stesso dell'impegno repubblicano reiteratamente evocato e rappresentato in tutto il decennio rivoluzionario: colui che, per salvare la Repubblica, non ha esitato a uccidere il padre (fig. 10).



Source gallica.bnf.fr / Bibliothèque nationale de France

Fig. 10

Tra il 1793 e il 1794, in omaggio ai principi rivoluzionari enfatizzati nel periodo giacobino, Lequeu progetta anche un giardino e un tempio consacrati all'eguaglianza, basato sulla sfera e la circolarità che, da Ledoux in poi, avevano indicato la nuova idea di equità e di isonomia (*Temple consacré à l'égalité*, fig. 11).

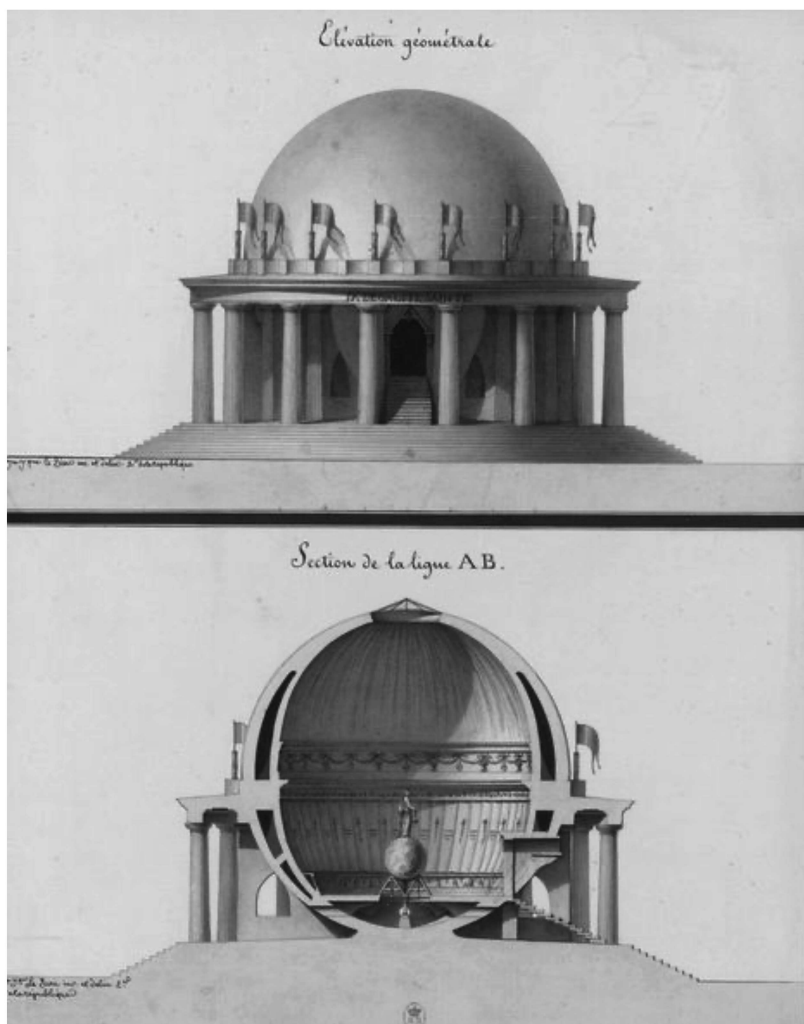


Fig. 11

6. *Il terribile diritto: l'eversione dell'ordine proprietario.*

Al di là delle cosiddette 'utopie tradizionali' di More, Mari-vaux, Defoe e Swift, a metà del XVIII secolo, si sviluppò una critica virulenta alla proprietà privata che, esaltata dalla cultura fisiocratica dominante, rappresentava per altri autori rivoluzionari la vera origine delle disuguaglianze e della corruzione degli individui, seguendo le opinioni di Rousseau, Mably e Morelly, il quale nel suo *Codice della Natura* del 1755 la aveva esplicitamente condannata ⁽¹²¹⁾.

L'immagine del viaggio verso un altrove immaginario si accosta a quella dell'isola sperduta, tradizionale luogo dell'utopia dove Julien-Jacques Moutonnet de Clairfons, situa la sua società ideale comunitaria o proto-comunista. L'autore, che già un decennio prima dello scoppio della Rivoluzione, si era confrontato con lo stesso tema nel suo *Iles fortunées ou les aventures de Bathville et de Cléobule* ⁽¹²²⁾, situa la sua nuova storia fantastica su un'isola. Ne *Le véritable philanthrope ou L'isle de la philanthropie*, pubblicata a ridosso dell'Ottantanove, propose un'immagine che inglobava l'idea di una repubblica, situata in un luogo lontano, nel quale le ricchezze erano ripartite in maniera egualitaria in un regime di comunità dei beni ⁽¹²³⁾.

Dedicato a Rousseau, «le génie le plus éloquent de son siècle» ⁽¹²⁴⁾, il libro muove, come altri testi coevi, da un avventuroso approdo dopo una tempesta su un'isola che il viaggiatore presume arida, incolta e abitata da orde di selvaggi. Si trova invece di fronte a una realtà rigogliosa, a una campagna ben coltivata, a case pulite e a gente felice. Un abitante dell'isola di Filantropia, Androphile, che accoglie e guida il naufrago, descrive la sua gente come gentile, modesta, benevola, magnanima, coraggiosa e piena di umanità. Moutonnet de Clairfons, che ha persino coniato il neologismo *iso-philadelphocratique* per indicare un regime basato sull'egua-

⁽¹²¹⁾ S. BIANCHI, *Révolution française et utopie*, in «Annales historiques de la Révolution française», 2017, 388, pp. 3-27.

⁽¹²²⁾ Paris, 1778.

⁽¹²³⁾ J.-J. MOUTONNET-CLAIRFONS, *Le véritable philanthrope ou L'isle de la philanthropie*, Philadelphia, 1790.

⁽¹²⁴⁾ Ivi, *Epître dédicatoire*.

gianza e la fraternità, traspone in Androphile le sue critiche alla degenerazione delle forme di governo che animavano il dibattito europeo a metà del Settecento, da Montesquieu e Voltaire a Filangieri e Beccaria, facendo delle istituzioni dell'isola sperduta un modello da seguire: « vous voyez — sostiene Androphile — que notre Gouvernement ne peut jamais dégénérer en despotisme, et qu'il n'est ni aristocratique, ni démocratique, ni oligarchique: il est précisément *iso-philadelphocratique*; c'est-à-dire, *la puissance de l'égalité et de l'amitié fraternelle* » (125).

Ma è la struttura sociale che colpisce di più il viaggiatore europeo: vi era pochissima miseria e i mendicanti erano assenti; il vagabondaggio, che avrebbe disonorato l'intera nazione di Filantropia, era infatti una piaga che dilagava in Francia e in tutta Europa al punto da ricorrere per la sua estirpazione, a quelle che Karl Marx avrebbe qualificato come « leggi sanguinarie ». Si pensi, per esempio, alla legge del 18 marzo 1793 che prevedeva la pena di morte per tutti coloro che avessero proposto la legge agraria (126). *L'isle de la philanthropie*, dove si recepivano gli insegnamenti dei *philosophes*, invero rappresentava una società « en quête de perfection » caratterizzata dalla proprietà collettiva delle terre, dalla coltivazione in comune e dalla condivisione dei suoi frutti (127).

Come si è visto, tra i tanti temi affrontati, quello della proprietà privata e della sua abolizione ha rappresentato, *ab initio*, la più scottante delle questioni, nascosta nelle pieghe dei romanzi storici dell'epoca e proiettata sia in un'età dell'oro passata sia in una dimensione futura, in entrambi i casi in luoghi lontani e immaginari. La critica a questo terribile e forse inutile diritto, indicato da Beccaria nei suoi « brevi e nervosi paragrafi » (128), si accentua — *pour cause* — proprio in concomitanza con la sovversione del feudalesimo e la progressiva affermazione del processo di privatiz-

(125) Ivi, p. 39.

(126) « La Convention Nationale décrète la peine de mort contre quiconque proposera une loi agraire, ou toute autre subversive des propriétés territoriales, commerciales et industriels ».

(127) MOUTONNET-CLAIRFONS, *Le véritable philanthrope*, cit., p. 31.

(128) Così E. DEZZA, *Il problema della pena di morte, in Il contributo italiano alla storia del Pensiero: Diritto*, Roma, 2012.

zazione dei beni ad uso collettivo, processo che ha caratterizzato l'intera Europa settecentesca.

Tra i primi e più severi critici della proprietà privata, Antoine de Cournand, in un'opera di poco più di settanta pagine composta alla fine del 1789⁽¹²⁹⁾, affronta il problema della proprietà dei poveri e dell'eguaglianza. Le disuguaglianze e le ingiustizie non erano riconducibili all'ordine naturale delle cose, ma rappresentavano il frutto di scelte degli uomini. Non la natura, ma i vizi delle istituzioni erano i responsabili dei mali di Francia. Muovendo dal presupposto che la bussola di ogni buon legislatore doveva essere la dignità della persona, Cournand inizia proprio con l'esegesi dell'art. 2 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789 che, come è noto, stabiliva che i diritti naturali e imprescrittibili dell'uomo fossero la libertà, la proprietà, la sicurezza e la resistenza all'oppressione. Dunque la proprietà inserita tra i diritti naturali e imprescrittibili dell'uomo: secondo l'interpretazione fornita da Cournand, tutti avevano il medesimo diritto, garantito dalla legge, alla terra comune che abitavano e che li nutriva. Una proprietà uguale per ciascuno. L'unico scopo che si doveva prefiggere il legislatore, per rendere tutti gli uomini ugualmente felici, era la condivisione (*partage*) della terra⁽¹³⁰⁾. Il passaggio dallo stato di natura a quello politico e sociale è schematicamente indicato dall'autore come il passaggio dalla condivisione delle terre alla sua (innaturale) spartizione. Ma il cuore del suo ragionamento si trova nel sottolineare il rapporto tra esercizio del diritto di proprietà e soddisfacimento dei bisogni, sintetizzati in questa frase lapidaria: « par-tout où il trouve sa [de l'homme] subsistance, là est sa propriété. Ses droits sont dans ses besoins »⁽¹³¹⁾.

Perché, proseguiva retoricamente, alcuni dovrebbero avere più di altri? Se i bisogni sono gli stessi per ogni individuo, perché il godimento deve essere differente? « Ou toute la terre doit appartenir à tous, ou chacun de ses habitants doit en avoir une égale portion. Toute autre loi est injuste et abusive. Elle ne doit son

(129) A. DE COURMAND, *De la Propriété, ou la Cause du pauvre plaidée au tribunal de la raison, de la justice et de la vérité*, Paris, 1791.

(130) Ivi, p. 5 e ss.

(131) Ivi, p. 5.

principe qu'à la force; et le même moyen qui l'a établie peut et doit en tout temps la détruire » (132).

La tirannia dei ricchi è riuscita a cancellare un principio inscritto nella natura stessa: tutti i prodotti della terra sono comuni a tutti gli uomini i quali, in caso venisse loro rifiutata la possibilità di goderne, hanno il diritto a prendersi il necessario. Secoli di legislazione sanguinaria e violenta hanno 'denaturalizzato' il diritto immutabile di tutti gli uomini alla proprietà, e stabilito un ordine 'contro-natura' di ineguaglianze. L'ineguaglianza nel possesso delle terre trae la sua origine dal diritto di conquista, che non è altro, aggiunge l'autore, che quello della forza. Per i tre quarti degli esseri umani la vita e i mezzi di sussistenza sono interamente nelle mani dei ricchi e di qualche tiranno che invade tutte le proprietà. Il diritto di proprietà — legittimo solo in quanto funzionale alla sussistenza degli individui — termina con la fine di questa necessità. « L'être qui prend sa place lui succède dans tous ses droits; ou plutôt il les reçoit de la nature dont les loix saintes sont bien au-dessus de toutes les conventions des hommes » (133). La società può limitare ciò che la natura impone, ma non può distruggerlo; in altri termini, l'uomo non può rinunciare al suo diritto naturale alla proprietà in quanto legato alla sua esistenza stessa, « donc les prétendus droits d'achat et de conquête, de travail et de première possession, ne sont que des usurpations et des injustices qui, pour être anciennes et presque universelles, n'en sont que plus criminelles et plus odieuses » (134). La divisione, dunque, in parti uguali di tutte le terre è una conseguenza necessaria dell'art. 2 della Dichiarazione dell'Ottantanove.

Anche Cournand, a sostegno della sua tesi, ricorre al magistero dei legislatori antichi (e, ovviamente, al loro mito), quali Mosè, Minosse, Licurgo e molti altri, che hanno fondato le loro costituzioni sulla comunione o sull'eguale distribuzione dei beni. Una società, quella ideata dall'abate giacobino, di piccoli proprietari, basata sull'educazione e sulla virtù, dove le diseguaglianze persistono solo

(132) *Ibidem*; sul rapporto tra proprietà e bisogni si veda l'opera pionieristica di P. COSTA, *Il progetto giuridico. Ricerche sulla giurisprudenza del liberalismo classico*, Milano, 1974, n.e. a cura di F. Del Lucchese e M. Fioravanti, Bologna, 2024.

(133) DE COURMAND, *De la Propriété*, cit., p. 11.

(134) *Ibidem*.

in una misura funzionale al buon andamento della società e dove la povertà è progressivamente estirpata. La redistribuzione, seppur graduale, delle terre avrebbe garantito alle *génération future* ⁽¹³⁵⁾ (espressione cara ai rivoluzionari che avrebbe trovato presto una sua costituzionalizzazione) i medesimi diritti e la stessa libertà dei suoi predecessori. Questo manifesto di una società giusta ed equa — che una lettura superficiale e ideologica potrebbe inserirlo a un lessico radicale — è redatto invero agli inizi del processo rivoluzionario, quando ancora si manteneva fiducia nelle istituzioni monarchiche e in un lento ma inesorabile sviluppo di emancipazione avviato dal sovrano e dall'Assemblea nazionale costituente.

Nell'ala più radicale della Rivoluzione francese, dove troviamo la critica esplicita alla struttura sociale e alla distribuzione della ricchezza, oltre che l'esaltazione dell'istruzione pubblica, si segnala per originalità e completezza l'opera di Pierre Dolivier, *Essai sur la justice primitive*, di chiara matrice rousseauiana ⁽¹³⁶⁾ e, sembrerebbe, influenzato dalla coeva *Enquiry Concerning Political Justice* del radicale inglese William Godwin, considerata la prima articolazione moderna dell'anarchismo ⁽¹³⁷⁾. Il curato, vicino agli *enragés*, che si opponeva all'ereditarietà della terra rivendicandone la natura collettiva, esprimeva il malcontento delle masse per non aver ottenuto

⁽¹³⁵⁾ Ivi, p. 34.

⁽¹³⁶⁾ P. DOLIVIER, *Essai sur la justice primitive: pour servir de principe générateur au seul ordre social qui peut assurer à l'homme tous ses droits et tous ses moyens de bonheur*, Paris, Imprimerie de J.-B. Hérault, 1793; cfr. M. DOMMANGET, *Enragés et curés rouges en 1793. Jacques Roux — Pierre Dolivier*, Présentation de M. Vovelle, Paris, 1993.

⁽¹³⁷⁾ *Enquiry Concerning Political Justice and its Influence on Morals and Happiness*, London, G.G.J. and J. Robinson, 1793; cfr. *Political and Philosophical Writings of William Godwin*, edited by M. Philp, 1993; esiste una traduzione francese, restata per più di un secolo manoscritta, di Benjamin Constant, *De la Justice politique. Traduction inédite de l'ouvrage de William Godwin: Enquiry Concerning Political Justice and its Influence on General Virtue and Happiness*, éditée par B.R. Pollin, Québec, 1972; da notare come Constant, in questa sua traduzione valorizza gli aspetti a lui più cari, quali la libertà di stampa e le libertà individuali, mentre minimizza e sopprime i passaggi più radicali sulla critica alla proprietà privata e sull'abolizione della divisione del lavoro, al centro della teoria di Godwin. Più che una traduzione si tratta di una vera e propria riscrittura dell'opera dell'anarchico inglese da parte del liberale francese (cfr. B. BINOCHÉ, *La raison sans l'Histoire. Échantillons pour une histoire comparée des philosophies de l'Histoire*, Paris, 2007, Chapitre VII. *Godwin et Constant, ou comment ne pas trop gouverner*, pp. 165-189).

altro che l'uguaglianza formale. Nel 1793, chiese l'eliminazione della proprietà privata della terra e propose un piano per la redistribuzione graduale ed egualitaria dei beni immobili, abolendo il diritto di eredità.

Più precisamente, l'idea di proprietà messa in discussione da Dolivier non era quella che definiva « *propriété simple* » che ogni individuo porta con sé, ma la « *propriété composée* », cioè la grande proprietà terriera ⁽¹³⁸⁾. L'autore ricorre a un'espressione — *la déclaration de la génération populaire* — piuttosto atipica e isolata nel pur immaginifico linguaggio dei rivoluzionari, che tuttavia contiene un'eccedenza di significato, tenendo insieme la questione tipicamente settecentesca dei diritti delle generazioni future, con il ricorso al popolo come elemento di legittimazione del potere costituente, i due capisaldi del costituzionalismo democratico. Coniugando, in altri termini, il principio di revisione costituzionale (che trovò una sua consacrazione nell'art. 28 della Dichiarazione dei diritti giacobina), con l'indisponibilità del patrimonio: « *Une génération, a-t-on dit, n'a pas le droit de faire la loi à la génération suivante, et de disposer de sa souveraineté; à combien plus forte raison n'e-t-elle donc pas le droit de disposer de son patrimoine?* » ⁽¹³⁹⁾. Questi progetti erano diretti contro i grandi agricoltori e la borghesia terriera e a vantaggio di un'idea comunitaria, se non collettiva, di proprietà e di uso comune (*droit copartageants*) della terra, della quale le generazioni ne sono solo le usufruttuarie ⁽¹⁴⁰⁾. La giustizia sociale doveva basarsi, secondo l'ideale sans-culotte, su due principi immutabili: che la terra apparteneva a tutti in generale e a nessuno in particolare; che ognuno aveva il diritto esclusivo al prodotto del proprio lavoro ⁽¹⁴¹⁾. I principi di uguaglianza e libertà — scriveva Dolivier stigmatizzando alcune aporie che avrebbero catalizzato l'interesse di teorici e militanti fino al XX secolo e oltre — restano parole vuote di fronte alle grandi disparità nelle fortune ereditate ⁽¹⁴²⁾.

⁽¹³⁸⁾ DOLIVIER, *Essai sur la justice primitive*, cit., pp. 11-12.

⁽¹³⁹⁾ Ivi, pp. 12-13.

⁽¹⁴⁰⁾ Ivi, p. 13.

⁽¹⁴¹⁾ Ivi, pp. 17-18.

⁽¹⁴²⁾ Ivi, p. 21.

Dal punto di vista costituzionale sulla proposta di un mondo nuovo, ai noti testi di Jacques-Nicolas Billaud-Varenne (*Éléments de républicanisme*) e di Antoine de Saint-Just (*Institutions républicaines*), che non hanno mai messo in discussione la proprietà privata⁽¹⁴³⁾, bisogna aggiungere le proposte di Dichiarazione dei diritti e di Costituzione, in particolare intorno all'anno I, che sottolineavano la necessità di conciliare i diritti individuali e con quelli collettivi, e di difendere le esigenze del (piccolo) proprietario e la condivisione della proprietà.

Nello stesso ambiente rivoluzionario, contiguo alla cultura radicale che difendeva il diritto di tutti a godere della piccola proprietà, François-Joseph L'Ange aggiunse un'altra parola d'ordine al lessico giacobino: democrazia pura (o, secondo il nostro vocabolario, diretta). Con lui si fece strada il discorso sul mandato imperativo, che aveva caratterizzato l'intero arco rivoluzionario a tutti i livelli, ma che faticava a trovare spazio nella Costituzione. Già critico nei confronti del sistema di esclusione dei non proprietari dall'elettorato e del concetto stesso di cittadino passivo (paragonato agli schiavi stessi)⁽¹⁴⁴⁾, nel suo *Remède à tout ou Constitution invulnérable de la Félicité publique*⁽¹⁴⁵⁾, L'Ange propose un progetto di costituzione di ispirazione chiaramente rousseauiana. Precursore delle utopie del falansterio, condannato a morte durante il Terrore, nel 1793 redasse un testo dettagliato sui modi di esercizio della sovranità popolare, basato sui poteri delle assemblee primarie: « si tu promulguais, ou laissais promulguer une loi, — art. IV del Capitolo I dedicato alla *Déclaration des Droits de l'homme et de ses Devoirs* — qui ne fût pas réellement l'expression de la volonté générale, collectée et recensée évidemment, tu serais aristocrate, peut-être despotique; cette loi-là serait une imposture, et ne trouverait de l'obéissance que de la part des hommes avilis par la contrainte et la

(143) F. HINCKER, *L'effet d'utopie dans la Révolution française*, in « Matériaux pour l'histoire de notre temps », 1987, 9, *Crise des utopies, crise des idéologies*, pp. 2-7.

(144) F.-J. L'ANGE, *Plaintes et représentations d'un Citoyen décrété passif aux Citoyens décrétés actifs*, Lyon, Cutty, 1790, p. 5.

(145) F.-J. L'ANGE, *Remède à tout ou Constitution invulnérable de la Félicité publique. Projet donné mainte fois sous différentes formes par F.J. Lange, juge de paix*, Lyon, Cutty, 1793; cfr. F. DUHEM, *François-Joseph L'Ange 1743-1793*, in « Annales historiques de la Révolution française », 1951, pp. 38-47.

terreur » ⁽¹⁴⁶⁾. Parafrasando la celebre lettura della Costituzione italiana di Lelio Basso, un popolo che non poteva partecipare direttamente alla legislazione era un ‘principe senza scettro’.

E questo scettro, secondo L’Ange, era rappresentato dalle assemblee sovrane (o primarie) dove tutti gli individui in egual misura esercitavano la propria ‘parte’ di sovranità. Il progetto, sempre più preciso, immaginava una struttura costituzionale che proseguisse dal basso verso l’alto: dalle assemblee primarie, vero centro della sovranità, si passava a organizzazioni più ampie, culminanti in un’assemblea nazionale. Il protagonismo popolare e le forme di partecipazione alla creazione del diritto erano accuratamente regolate da un processo che garantiva, almeno sulla carta, una procedura realmente democratica o partecipativa: « tout français qui croira avoir une proposition à faire au peuple, qui lui semblera intéresser la félicité publique, pourra la présenter à son centenier [assemblée composé de cent citoyens]; et le centenier sera tenu de convoquer son conseil, dans le plus bref délai possible, pour en délibérer » ⁽¹⁴⁷⁾.

Per sintetizzare, si potrebbe ricorrere a una formula (volutamente) anacronistica: democrazia partecipativa e beni comuni.

Jean Jaurès, tra i primi a riscoprire le figure di Dolivier, L’Ange e altri dimenticati riformatori radicali del XVIII secolo, colse, nella sua monumentale *Storia socialista della Rivoluzione francese*, il legame stretto tra il ruolo del popolo minuto e l’attuazione costituzionale. I poveri, gli ultimi, gli esclusi dalla cittadinanza, i dannati della terra (e della legge borghese) sono i veri guardiani dei diritti dell’uomo ⁽¹⁴⁸⁾.

7. *Considerazioni conclusive.*

Nuove idee sulla temporalità, educazione, leggi penali, eversione del sistema feudale, critica della proprietà privata, secolariz-

⁽¹⁴⁶⁾ L’ANGE, *Remède à tout ou Constitution invulnérable de la Félicité publique*, cit., pp. 2-3.

⁽¹⁴⁷⁾ Ivi, p. 26.

⁽¹⁴⁸⁾ J. JAURÈS, *Histoire socialiste de la Révolution française*, édition revue et annotée par A. Soboul, Paris, 1970, t. II, p. 410.

zazione, superamento della monarchia assoluta, sono i temi più diffusi nella letteratura utopistica e nella progettazione, anche giuridica, di una società futura, dalla metà del XVIII secolo alla fine della Rivoluzione francese, con lo scopo di demolire il vecchio mondo e costruirne uno su basi costituzionali completamente nuove.

Con il procedere del percorso rivoluzionario, con le sue conquiste giuridiche e sociali sempre più avanzate e in seguito al conflitto tra le vecchie élite, così come tra la nuova borghesia e le classi subalterne, la necessità di proiettare un futuro migliore in terre e tempi lontani si attenuò. Ma non la necessità di progettare un mondo migliore: in quel momento si poteva davvero pensare di costruire la città futura. La scossa rivoluzionaria e le conquiste progressiste si scontrarono subito con i freni e le proteste di un mondo che non voleva morire: *le mort saisit le vif*. Questo conflitto si gioca anche sul terreno dell'utopia dove, come abbiamo visto, la costruzione di un nuovo mondo può avere esiti felici e palinogenetici così come distopici e mostruosi.

In un passaggio celebre de *L'Ancien Régime et la Révolution*, dedicato alle origini intellettuali della Rivoluzione francese, Alexis de Tocqueville sostenne che

Au-dessus de la société réelle, dont la Constitution était encore traditionnelle, confuse et irrégulière, où les lois demeuraient diverses et contradictoires, les rangs tranchés, les conditions fixes et les charges inégales, il se bâtissait ainsi peu à peu une société imaginaire, dans laquelle tout paraissait simple et coordonné, uniforme, équitable et conforme à la raison. Graduellement l'imagination de la foule déserta la première pour se retirer dans la seconde. On se désintéressa de ce qui était, pour songer à ce qui pouvait être, et l'on vécut enfin par l'esprit dans cette cité idéale qu'avaient construite les écrivains (149).

Sostituire regole semplici ed elementari, dettate dalla ragione e dal diritto naturale, alle consuetudini complicate e irrazionali che reggevano la società di antico regime. In altri termini immaginare

(149) A. DE TOCQUEVILLE, *L'Ancien Régime et la Révolution* (1856), éd. J.-Cl. Lamberti, Paris, Robert Laffont, 1986, p. 1040.

una nuova costituzione ⁽¹⁵⁰⁾. *Conforme à la raison*: la breve formula così assertiva di Tocqueville ci mette di fronte all'utopia dei moderni, con tutte le sue potenzialità e tutti i suoi limiti: rifiutare il mondo che ci è stato dato (da Dio, dalla natura, dalla tradizione, poco cambia) per una dimensione che, seppur in forma immaginaria (*l'imagination de la foule*, sempre secondo il linguaggio del magistrato parigino), ci proietta verso una città ideale. Non un rifiuto del presente in omaggio a una trascorsa età dell'oro, ma un potere costituente per una società futura.

⁽¹⁵⁰⁾ Ivi, p. 1036.

La dimensione giuridica

PIO CARONI

UNO STORICO PER IL CODICE

« Je ne me préoccupe point, répondit mon père, de courir après le vent pour en faire des provisions, car, si je le tiens immobile, le vent n'est plus ».

A. de Saint-Exupéry, *Citadelle*, LXXIX.

1. Le origini di una sentenza. — 2. Come decifrarla? — 3. Lotmar e Savigny. — 4. Eisenach 1896. — 5. Dopo Eisenach. — 6. Un primo, provvisorio bilancio. — 7. Rileggere Lotmar. — 8. Una storia diversa, altrettanto ancillare? — 9. Accantonare la bivalenza didattica. — 10. Prescindere dalla bipartizione. — 11. Il diritto vive nel tempo. — 12. Lo storico recupera e rincorre. — 13. Per concludere.

1. *Le origini di una sentenza* (1).

Trent'anni fa, incuriosito da ricerche sulla storia della mia

(1) Perché non posso escludere, che qualche lettore comprensibilmente distratto o magari irritato dal titolo sibillino di questo scritto, si avventuri nel labirinto che mi accingo a tracciare, perdendosi poi cammin facendo, tento preliminarmente di circoscriverne il tema. Muovendo da un'affermazione tanto profetica, quanto finora ignorata di Philipp Lotmar, il romanista monacense deceduto a Berna cento anni fa e recentemente riproposto all'attenzione di romanisti e giuslavoristi, ragiono sulle cause dell'innegabile declino dell'insegnamento delle materie storiche nelle facoltà giuridiche continentali e tento di prospettare qualche, secondo me urgente, modifica. Logicamente non mi occuperò della salute, della quale nei diversi paesi gode oggi giorno la *ricerca* (anche se non mi sfugge come e fino a che punto la presenza nell'insegnamento la renda materialmente possibile, o almeno la faciliti), nemmeno dell'insegnamento variamente impartito nelle facoltà universitarie non giuridiche (ossia di lettere, storia, filosofia, magistero, ecc.), come ho del resto già ricordato in *La solitudine dello storico del diritto. Appunti sull'inerenza di una disciplina altra*, Milano, Giuffrè, 2009, pp. 54-55.

facoltà bernese (2), mi imbattei — forse solo casualmente — in un testo discosto, che da allora non ha smesso di ammaliarmi. Fu redatto nel 1878 da un romanista ventottenne di Monaco e forma il capitolo iniziale di uno scritto, nel quale l'autore rintuzzava le critiche formulate da colleghi alla sua abilitazione accademica. Che era stata pubblicata due anni prima, ragionava sulla *Legis actio sacramento in rem* (3) e non aveva convinto nemmeno l'insigne suo maestro, niente di meno che Alois v. Brinz. Philipp Lotmar — questo, dunque, il nome del ventottenne — lettane la recensione critica (4), si rimise al lavoro e pubblicò, nell'anno successivo, appunto nel 1878, una replica in tre capitoli (5), il primo dei quali era intitolato *Grundsätzliches*, 57 pagine suddivise in 13 paragrafi. Da sempre ignorato anche dai romanisti, questo scritto fu riscoperto e opportunamente messo in luce da Joachim Rückert: dapprima in un testo del 1988 (6), poi introducendo e commentando una silloge di scritti lotmariani di contenuto giuslavoristico, civilistico e giusfilosofico (7). Da allora l'interesse per l'opera di questo appartato ed originalissimo giurista crebbe senza sosta. Sorretto dall'operosità di Iole Fagnoli, che dal 2007 ne ereditò la cattedra romanistica bernese, culminò nella recentissima pubblicazione di un testo a lungo inedito, in realtà il suo *opus magnum* romanistico: *Das römische Recht vom Error* (8).

Anche lo scritto del 1878 frù di questa rinnovata attenzione. Fu dunque recentemente letto, citato e commentato, altre volte solo

(2) P. CARONI, *Kathedersozialismus an der juristischen Fakultät (1870-1910)*, in *Hochschulgeschichte Berns 1528-1984*, a cura di P. Scandola *et al.*, Bern, Universität, 1984, pp. 201-237.

(3) P. LOTMAR, *Zur legis actio sacramento in rem*, Habilitationsschrift, München, Theodor Ackermann, 1876.

(4) A. BRINZ, *Zur Contravindication der legis actio sacramento. Festgabe zum Doctor-Jubiläum des Herrn Prof. Leonhard v. Spengel*, München, 1877, pp. 95-146.

(5) P. LOTMAR, *Kritische Studien in Sachen der Contravindication*, München, Theodor Ackermann, 1878.

(6) J. RÜCKERT, *Autonomie des Rechts in rechtshistorischer Perspektive*, Hannover, Juristische Studiengesellschaft, 1988, p. 71 e ss.

(7) P. LOTMAR, *Schriften zu Arbeitsrecht, Zivilrecht und Rechtsphilosophie*, Herausgegeben und eingeleitet von J. Rückert, Frankfurt a.M., Keip, 1992. Sullo scritto di Lotmar del 1878 *ivi*, pp. XXX-XXXIX.

(8) P. LOTMAR, *Das römische Recht vom Error*, Herausgegeben und eingeleitet von I. Fagnoli, 2 volumi, Frankfurt a.M., Klostermann, 2019.

segnalato *en passant*, quasi solo per dovere di cronaca, almeno così mi pare ⁽⁹⁾. E lo fu esclusivamente da lettori e studiosi di estrazione romanistica. A loro Lotmar — peraltro intento a difendere il proprio lavoro — poteva raccontare cose molto interessanti, ad esempio spiegare come mai i grandi classici eccellessero quali giuristi, pur mancando di ogni interesse storico. Da raffinati cultori del diritto vigente quali erano, esercitavano la loro professione senza dare troppo peso al passato ⁽¹⁰⁾.

Eppure Lotmar già in questo testo apparentemente occasionale non si rivolgeva solo ai colleghi romanisti. Il suo era un discorso generale sul rapporto fra storia e diritto vigente, come poteva svolgerlo un sensibile e aggiornato giurista tedesco nella seconda metà del diciannovesimo secolo. Un discorso che culminava in quella sentenza, la cui lettura, appunto già trent'anni fa, mi fece trasalire. E che tuttora non posso rileggere senza ammirarne la sorprendente lungimiranza. Afferma dunque che:

Il rapporto fra storia e diritto vigente non è qualcosa di invariabile e necessario, ma dipende dalla natura delle fonti e dal loro contenuto. Perciò il ricorso alla storia non può sempre venire motivato dal bisogno di spiegare il diritto vigente ⁽¹¹⁾.

⁽⁹⁾ T. FINKENAUER, *Philipp Lotmar (1850-1922), zur Modernität eines Pandektisten*, in *Philipp Lotmar. Letzter Pandektist oder erster Arbeitsrechtler?*, a cura di I. Fargnoli, Frankfurt a.M., Klostermann, 2014, pp. 1-21; M. VARVARO, *Riflessioni sui rapporti fra dogmatica giuridica e storia del diritto nel pensiero di Philipp Lotmar*, in *Letzter Pandektist*, cit., pp. 23-46; S. MEDER, *Philipp Lotmar und die Methode der Pandektisten. Zugleich ein Beitrag zum Verhältnis von Rechtsgeschichte und Rechtsdogmatik*, in *Das römische Recht vom Error. Philipp Lotmars opus magnum*, a cura di I. Fargnoli, U. Fasel, Bern, Stämpfli, 2020, pp. 65-86.

⁽¹⁰⁾ LOTMAR, *Contravindication*, cit., pp. 5-7, 9, 12, 29-30, 54. Sul punto vedi anche F. SCHULZ, *Prinzipien des römischen Rechts*, Berlin, Duncker & Humblot, Nachdruck 1954, pp. 69-73 e i molti autori citati in CARONI, *Solitudine*, cit., pp. 162-163, 177, nonché A. LOVATO, *Del buon uso del diritto romano*, Napoli, Satura, 2012, pp. 96, 100.

⁽¹¹⁾ LOTMAR, *Contravindication*, cit., p. 31, nella mia traduzione, che si legge già in P. CARONI, *Svizzera. La storia di un diritto 'fresco'*, in *Storici del diritto allo specchio. Sei racconti contemporanei*, a cura di I. Birocchi, P. Caroni, Pisa, ETS, 2022, pp. 93-137, la mia traduzione a p. 133.

2. *Come decifrarla?*

Per decifrarla, questa sentenza, serve anzitutto tener conto dell'eccezionale disinvoltura, con la quale Lotmar si muoveva fra i due sistemi delle fonti allora vigenti parzialmente in Germania. Da romanista qual era conosceva quello del diritto comune, retto dalla consuetudine ⁽¹²⁾. Da giurista sapeva altresì dell'esistenza dei codici, in Germania del Codice penale bavarese del 1813, dell'*Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch* del 1861, del Codice civile del Regno di Sassonia del 1863/1865 o finalmente del Codice penale dell'Impero del 1871. Certamente non ignorava la decisione del Reichstag tedesco, del 20 dicembre 1873, di conferire all'Impero la competenza di unificare tutto il diritto civile ⁽¹³⁾, il che apriva la strada alla lunga e sofferta elaborazione del BGB del 1896/1900. Da attento contemporaneo tutte queste cose Lotmar le aveva registrate per quello che erano, perciò inventariate senza contrapporle, valutarle o, peggio ancora, scegliere, come certamente avrebbe fatto un seguace del purismo anticodificatorio di Savigny. Si mise piuttosto ad analizzare concretamente la « natura delle fonti » in vista di decidere poi come procedere per appurarne il contenuto.

a) Nell'ambito del sistema del diritto comune, Lotmar constatò la necessaria collaborazione fra il giurista storico e quello dogmatico ⁽¹⁴⁾. Potevano magari confluire nella stessa persona ⁽¹⁵⁾, ma mai procedere contemporaneamente. Al *primo* spettava infatti decidere « ob Etwas Recht geworden sei und danach möglicherweise auch

⁽¹²⁾ Non si (ri)legge mai invano Savigny, qui nella traduzione italiana di M. Peretti: « ogni diritto ha la sua origine in quello che l'uso corrente con qualche inesattezza chiama diritto consuetudinario, vale a dire che il diritto è creato prima dai costumi e dalle credenze popolari, e poi dalla giurisprudenza, che è sempre opera dunque di forze interiori che agiscono silenziosamente, e non dell'arbitrio di un legislatore » (A.F.J. THIBAUT, F.C. SAVIGNY, *La polemica sulla codificazione*, a cura di G. Marini, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 1982, p. 101).

⁽¹³⁾ Accenno alla cosiddetta Legge Lasker-Miquel, sulla quale ragiona F. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung*, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1967², p. 468 e ss.

⁽¹⁴⁾ LOTMAR, *Contravindication*, cit., pp. 33-39; riassume molto liberamente queste pagine VARVARO, *Riflessioni*, cit., pp. 37-38.

⁽¹⁵⁾ Ivi, p. 35.

Recht sei » (16). Era dunque alla ricerca di fonti storiche, che documentassero l'asestarsi di una regola giuridica (17). Una ricerca che consisteva essenzialmente nell'interrogazione di potenziali *consuetudinarii*, ossia di persone esperte e degne di fede (18), come anche nella valutazione delle loro deposizioni (19). In base alle quali verificare, se del caso, l'avvenuto consolidarsi di « seiendes Recht » (20). Forte di (rispettivamente legato da) questo accertamento, al *secondo* non restava che appurarne l'autenticità e svelarne, in vista di applicarlo, il significato concreto tramite interpretazione (21).

b) Ragionando poi sull'altro sistema, quello dominato dalla legge-codice, Lotmar rilevò subito una differenza di peso. Perché il primo interrogativo, quello che coinvolgeva lo storico onde stabilire « ob Etwas Recht geworden sei und danach möglicherweise auch Recht sei », non aveva oramai più ragione di essere. L'aveva infatti già evaso il legislatore nella sua qualità di « Urheber der Quelle, der zugleich Schöpfer des durch sie bezeugten Rechtszustandes ist » (22). Il che permetteva al dogmatico (ossia, concretamente, al giudice) di conoscere e applicare le regole del codice senza consultare il passato (23), decretava l'inutilità « di risalire fino alla radice di ogni materiale dato » (24) e rendeva così superflua la collaborazione dello storico. Un esito, questo, che la sentenza citata poco fa (25) aveva se non esplicitamente anticipato, almeno ritenuto possibile e ora confermato.

(16) *Ibidem*.

(17) *Ibidem*. Dal che si deduce, che le fonti consultate dallo storico erano solo storiche, quelle invece consegnate al dogmatico già giuridiche.

(18) Interrogate quali « Angehörige des Kreises, in welchem angeblich jene Gewohnheit herrscht » (ivi, p. 35), e dunque chiamate di volta in volta *Urheber* (ivi, pp. 43, 45, 46), *Referent* (ivi, pp. 46, 55), *Berichterstatter* (ivi, pp. 46, 50, 51) o *Gewährsmann* (ivi, pp. 43, 50).

(19) Ivi, pp. 31, 35-36, 43.

(20) Ivi, p. 34.

(21) Ivi, pp. 34-35, 39, 54.

(22) Ivi, p. 36.

(23) Ivi, pp. 3-4.

(24) Così notoriamente F.C. v. SAVIGNY nel *Beruf*, traduzione italiana citata *supra*, nota 12, p. 168.

(25) Vedi *supra*, nota 11.

Detto diversamente: per Lotmar il diritto del codice emergeva diversamente, si dissociava dal passato e dallo sguardo attento a reperirlo e verificarlo di volta in volta. Sgorgava piuttosto dalla volontà del legislatore, che il giudice non dovrà più rincorrere ed appurare, ma si accontenterà ora di interpretare. Sono ragionamenti di una trasparenza assoluta, questi. Come anche il commiato dallo storico, che inevitabilmente implicano. Ma che finora nessuno ha ritenuto degni di venir segnalati e valutati ⁽²⁶⁾. Quale dunque, ci si chiede, la loro valenza? E quale il rapporto con quanto finora proposto?

3. *Lotmar e Savigny.*

Lotmar non era un vero e proprio discepolo della scuola storica. Ma ne conosceva — senza tutte condividerle — le scelte di fondo, massime quella di considerare la storia quale « *Mittel zur Erkenntnis des jeweils Geltenden* » ⁽²⁷⁾. Una scelta che non lo turbava, solo gli dispiaceva che Savigny l'avesse ritenuta assoluta e inderogabile. Già perché in essa si rispecchiava una teoria della conoscenza peculiare, che legava il presente al passato in modo organico ed essenziale, dunque strutturalmente, ragione per cui l'unico modo di conoscerlo era quello storico. Storia dunque come « *einzigiger Weg zur wahren Erkenntnis unseres eigenen Zustandes* » ⁽²⁸⁾. Lotmar questa certezza non la condivideva. Nel codice, che nasceva diversamente, non vide perciò un prodotto spurio o

⁽²⁶⁾ Anche agli autori, che hanno recentemente esaminato lo scritto del 1878, non parve né necessario, né utile accennarvi e discorrerne. Il che (a volerlo) si può anche capire. Perché sono tutti romanisti. A loro (Varvaro, Finkenauer, Meder, Fargnoli, ma ora anche il contribuuto del giuslavorista L. NOGLER, *Sul metodo "Lotmar": un'ipotesi di lavoro*, in *Ignorantia vel facti vel iuris est. L'errore fra passato e presente*, Atti del Convegno di Trento 16-17 maggio 2022, a cura di S. Di Maria e G. Santucci, Napoli, Jovene, 2023, pp. 175-189) il racconto di Lotmar almeno parzialmente conveniva, poiché confermava il valore ancillare della storia nell'ambito del sistema delle fonti del diritto comune. Leggono (rispettivamente condividono) anche loro solo quello, di cui si nutrono. Ma non sono i soli a farlo.

⁽²⁷⁾ LOTMAR, *Contravindication*, cit., p. 2.

⁽²⁸⁾ Si riassumono le ragioni di questa scelta in P. CARONI, *Il codice rinviato. Resistenze europee all'elaborazione e alla diffusione del modello codicistico*, in *Codici. Una riflessione di fine millennio*, a cura di P. Cappellini e B. Sordi, Milano, Giuffrè, 2002, pp. 263-307, sull'argomento pp. 269-276, la citazione a p. 272.

bacato, ma semplicemente l'esito di un altro modo del diritto di emergere, venir sanzionato e operare. Non difendeva perciò un indiscutibile dogma, si accontentava di molto meno, di osservare e descrivere la realtà. Scomoda e spiacevole, se si vuole, perché in essa lo storico era visibilmente diventato inutile.

Del resto, a ben vedere, già Savigny se n'era accorto. Perché dopo aver esaminato e fieramente disapprovato i tre codici già operativi nel 1814 ⁽²⁹⁾, non ne aveva auspicato la soppressione ⁽³⁰⁾, ma aveva solo proposto di bloccare quella, che riteneva la deriva. Ma come? Riaprendo le porte al passato, e richiamando lo storico, recuperando cioè il rapporto con la scienza del diritto comune, *id est* proprio con quella tradizione sapienziale, dalla quale il codice aveva invece tendenzialmente tentato di liberarsi ⁽³¹⁾. Una strategia scopertamente ambigua, ma concreta e dapprima vincente. Come documenta la rapidità, con la quale anche quei sodali della scuola storica, che oramai non si opponevano più alla codificazione del diritto privato — e non erano davvero i peggiori — si allinearono ⁽³²⁾.

Così già nel 1840 K.G. Wächter consigliava prudenza nel mettere mano al diritto locale in vista di codificarlo, il che significava rispetto di tutto quanto già era cresciuto e ancora poteva servire. Ai cambiamenti improvvisi preferiva perciò l'esplicita decisione di annose controversie e suggeriva concludendo che il codice confermasse la forza sussidiaria del diritto romano-comune, sola garante di una ininterrotta « *Belebung des wissenschaftlichen Studiums* » ⁽³³⁾.

⁽²⁹⁾ F.C. v. SAVIGNY, *Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, mit den Nachträgen der Verfasser und den Urteilen der Zeitgenossen, Herausgegeben und eingeleitet von J. Stern, Berlin, F. Vahlen, 1914, pp. 102-136.

⁽³⁰⁾ Ivi, p. 151.

⁽³¹⁾ Ivi, pp. 151-160. Sul punto v. anche P. CARONI, *Savigny und die Kodifikation. Versuch einer Neudeutung des 'Berufes'*, in « *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte* », GA, 86 (1969), pp. 97-176, specialmente pp. 161-165.

⁽³²⁾ CARONI, *Il codice rinviato*, cit., pp. 276-277; ID., *Savigny und die Kodifikation*, cit., p. 144.

⁽³³⁾ C.G. WÄCHTER, *Die neuesten Fortschritte der Civilgesetzgebung in Württemberg, mit legislativen Bemerkungen und vergleichender Rücksicht auf das gemeine Recht*, in « *Archiv für die civilistische Praxis* », 23 (1840), pp. 33-111, la citazione a p. 35. Vedi anche A. LAUFS, « *Das wirklich geltende, durch den allgemeinen Willen gesetzte Recht* ». *Zur Rechtslehre C.G. von Wächter*, in *Festschrift für K. Kröschell zum 70. Geburtstag*, München, Beck, 1997, pp. 617-634, specialmente pp. 627-629.

Poco dopo, nel 1843, C.G. Bruns considerò oramai indiscutibile il desiderio di codificare, e di farlo non tanto per rinnovare il diritto vigente e dunque per sopprimere materialmente il diritto storico, quanto solo per formularlo più correttamente. Con il che ammetteva che il varo del codice lasciasse intatto il rapporto con la scienza giuridica professata dalla scuola storica ⁽³⁴⁾.

E per finire K.L. Arndts, il romanista monacense chiamato a Vienna nel 1855 per calmare gli studenti infatuati del diritto naturale ⁽³⁵⁾, forse il più originale dei tre, certamente anche il più disposto a riconoscere l'utilità di una « legislative Reproduktion der geltenden Rechtsordnung » ⁽³⁶⁾, perciò fautore di un codice relativamente autonomo. Contrario per questo motivo a confermare il valore sussidiario del diritto comune ⁽³⁷⁾, concludeva comunque lui pure raccomandandone l'ulteriore studio ⁽³⁸⁾.

4. *Eisenach* 1896 ⁽³⁹⁾.

Vent'anni dopo l'analisi di Lotmar e nell'imminenza dell'en-

⁽³⁴⁾ C.G. BRUNS, *Über Gegenwart und Zukunft unseres Privatrechts*, apparso dapprima nel 1843, ripubblicato poi nelle *Kleinere Schriften*, Weimar, 1882, I, pp. 1-20, specialmente pp. 14-15, 18-19.

⁽³⁵⁾ R. STINTZING, E. LANDSBERG, *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft*, Abteilung 3, Halbband 2, *Noten*, München und Berlin, R. Oldenbourg, 1910, p. 221.

⁽³⁶⁾ K.L. ARNDTS, *Gesammelte zivilistische Schriften*, Band III, Stuttgart, 1874, p. 408.

⁽³⁷⁾ « Eine andere Frage ist, ob man bei Einführung eines neuen bürgerlichen Gesetzbuches dem bisherigen Rechte, namentlich dem römischen, noch eine subsidiäre Geltung belassen solle? (...) Dass das bisherige Recht das bedeutendste Hülfsmittel zur Erklärung und praktischen Ausbildung der neuen Gesetzgebung bleiben werde, versteht sich von selbst; diese aber muss doch vor allem aus sich selbst und nach ihrem Geiste durch Analogie weiter entwickelt werden und misslich ist es, daneben bisherigen Rechtsquellen die formelle Giltigkeit eines subsidiären Rechts beizulegen; denn dieses kann leicht Veranlassung werden, dass jener nächste Weg vernachlässigt und bei wirklicher oder vermeintlicher Lückenhaftigkeit mechanisch nach einem Satze des älteren Rechts gegriffen wird, der vielleicht mit den Grundsätzen des neuen Gesetzbuches im Widerspruche steht ». Ivi, p. 392, e nello stesso senso alle pagine 153, 261, 387, 404, 477-478.

⁽³⁸⁾ Ivi, pp. 153-154, 392, 477 e ss.

⁽³⁹⁾ Su quanto segue vedi P. CARONI, *Saggi sulla storia della codificazione*, Milano, Giuffrè, 1998, p. 177 e ss. Sull'incontro ha elaborato un rapporto conclusivo E. FRIEDBERG, *Die künftige Gestaltung des deutschen Rechtstudiums nach den Beschlüssen der*

trata in vigore del BGB tedesco, 65 professori tedeschi, che rappresentavano tutte le Università del Regno ⁽⁴⁰⁾, tutti romanisti (forse il gruppo prevalente), germanisti o civilisti, si riunirono ad Eisenach su iniziativa delle tre facoltà giuridiche di Berlino, Lipsia e Monaco, per ragionare sui cambiamenti che l'entrata in vigore del codice avrebbe inevitabilmente provocato nell'insegnamento e per tentare almeno in parte di ovviarvi elaborando in anticipo una strategia comune. Avevano potuto osservare, nel recente passato, la relativa docilità dei codici già operativi in terra tedesca: l'ALR prussiano, il *Code civil* adottato nel Ducato del Baden o il BGB del Regno di Sassonia non avevano sconvolto l'insegnamento, si erano piuttosto inseriti senza alzare la voce, e adattandosi, in quello esistente. Il che venne dai presenti ritenuto « merkwürdig und doch erklärlich » ⁽⁴¹⁾. Già perché tutto ciò sostanzialmente corrispondeva ai suggerimenti e all'esempio di Savigny e dei suoi fedeli seguaci, che ho appena ricordato.

In mancanza di un protocollo verbale dei singoli interventi, dobbiamo accontentarci di commentare le singole decisioni. Letteralmente scontata fu quella di sostituire la finora centrale e apparentemente irrinunciabile *Pandektenvorlesung* con l'insegnamento del diritto del BGB: diventerà ovunque « Centrum der privatrechtlichen Studien » ⁽⁴²⁾. Dovrà però venir introdotto da due coppie di insegnamenti *storici*, ossia

Eisenacher Konferenz, Leipzig, Veit & Comp., 1896. Recentemente ne hanno parlato anche R. ZIMMERMANN, *Heutiges Recht, Römisches Recht und heutiges römisches Recht*, in *Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik. Festschrift für H.H. Seiler*, Heidelberg, C.F. Müller, 1999, pp. 1-39, specialmente p. 7; U. KÜHN, *Die Reform des Rechtsstudiums zwischen 1848 und 1933 in Bayern und Preussen*, Berlin, Duncker & Humblot, 2000, p. 88 e ss.; E.C. BODURA, *Die Reform der Juristenausbildung in Deutschland im Jahre 1896 aus der Perspektive der galizischen Romanisten*, in « Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte » 44, 2022, pp. 218-241.

⁽⁴⁰⁾ In realtà mancava un delegato della Facoltà giuridica di Strasburgo. Ma sarebbe fuori luogo dedurne, che a Strasburgo si guardasse in altra direzione. Lo conferma del resto Lenel stesso, vedi O. LENEL, *Das bürgerliche Gesetzbuch und das Studium des römischen Rechts*, Prolusione rettorale del 1896, pubblicata anche nelle *Gesammelte Schriften*, herausgegeben und eingeleitet von O. Behrends und F. D'Ippolito, Napoli, Jovene, 1990, II, pp. 353-372.

⁽⁴¹⁾ FRIEDBERG, *Die künftige Gestaltung*, cit., p. 7.

⁽⁴²⁾ Resolution II, ivi, p. 17.

— da due lezioni sistematiche, perciò intenzionalmente propeedeutiche, dedicate a quegli istituti storici di estrazione romanistica o germanistica, che erano rifluiti nel nuovo codice;

— come anche da due lezioni dedicate agli istituti oramai ‘antiquati’ dei due campi, perciò ignorati dal nuovo codice ⁽⁴³⁾.

Dal che si può dedurre, che l’entrata in vigore del nuovo codice non era destinata a modificare l’insegnamento della storia. Gli storici presenti ad Eisenach ne confermarono piuttosto la *bivalenza* e la rafforzarono sdoppiandola, poiché distinsero ora fra la storia riassorbita dal codice e quella invece consegnata all’oblio. Il che sembrò loro non solo logico, ma anche scontato. Già perché nel BGB non videro tanto l’inizio di una nuova storia, quanto la conclusione di un ciclo vincente ⁽⁴⁴⁾, perciò base dell’applicazione e dell’aggiornamento del diritto del nuovo codice ⁽⁴⁵⁾.

Era in fondo un modo come un altro per addomesticare il codice, per esorcizzarlo: ossia negare che scaturisse da un nuovo sistema delle fonti, impedire che potesse aspirare a diventare, siccome autonomo, l’epicentro di un nuovo sistema. Il che a suo modo non discreditava, ma confermava l’allarmante previsione di Lotmar.

5. Dopo Eisenach.

A chi osserva le cose dall’alto, e non distingue troppo puntigliosamente fra paese e paese, o fra decennio e decennio, quanto avvenne nel secolo successivo all’accordo di Eisenach, alla promulgazione di nuovi codici, ma anche all’aggiornamento di quelli ottocenteschi, non possono sfuggire — fra tanti altri accadimenti solo marginalmente riconducibili ai temi, dei quali si occupa questo scritto — almeno tre realtà distinte.

a) La prima: l’avvento del codice liberò formalmente i cultori del diritto comune dalla impegnativa responsabilità loro accollata dal vecchio sistema delle fonti, volta concretamente ad appurare quanto diritto del passato fosse tuttora praticato, perciò vigente. Ma furono in pochi a salutarla, questa svolta. Quei pochi, ma non

⁽⁴³⁾ Resolution II, *ivi*, pp. 17-18.

⁽⁴⁴⁾ Vedi *infra*, nota 77.

⁽⁴⁵⁾ FRIEDBERG, *Die künftige Gestaltung*, *cit.*, p. 18.

mediocri sodali, ai quali il cambiamento permise finalmente di dedicarsi alla ricerca antiquaria, ossia ad una disciplina ovviamente non più ancillare, coltivata così per il piacere di coltivarla, senza nessuna visibile o scontata ricaduta utile nel campo del diritto positivo ⁽⁴⁶⁾. Una disciplina, alla quale nemmeno Savigny aveva risparmiato critiche ⁽⁴⁷⁾.

b) Di tutt'altra stoffa, perciò anche diversamente orientati, erano gli altri romanisti, ossia la chiara maggioranza, che un po' ovunque e nella loro qualità di cultori del diritto comune erano stati finora operativi nel campo del diritto vigente, avevano interpretato con convinzione questo loro *officium* e non avevano disprezzato il prestigio, anche sociale, che loro ne veniva. La prospettiva dell'imminente varo del codice né li sorprese, né li impaurì. Già perché non temevano di venirne esautorati e messi a riposo ⁽⁴⁸⁾. A loro bastavano infatti le soluzioni elaborate dall'incontro di Eisenach (o da altri paragonabili accordi conseguiti altrove ⁽⁴⁹⁾), poiché offrivano una sponda, che ai più dovette sembrare letteralmente salvifica. Già

⁽⁴⁶⁾ CARONI, *Solitudine*, cit., p. 223; ID., *Nutzlos, nützlich, notwendig. Welches Prädikat für das «problematische» Lehrfach?*, in «Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte» 29 (2007), pp. 131-140, specialmente pp. 132-133; ID., *Saggi*, cit., pp. 166-167; F.G. STAHL, *Storia della filosofia del diritto*, Torino, G. Favale e comp., 1853, p. 624. Interprete convincente di questa stagione fu ad es. il romanista ed antichista basilese J.J. Bachofen (1815-1887): strenuo avversario del codice (vedi una sua lettera al sindaco della città, del 18 marzo 1866, in *Johann Jakob Bachofens Gesammelte Werke*, volume X, *Briefe*, Basel/Stuttgart, Schwabe, 1967, pp. 365-366), ne salutò ugualmente l'innegabile emergere, poiché gli permetteva finalmente di dedicarsi indisturbato alle sue ricerche sull'antichità. Vedi i relativi rinvii bibliografici in CARONI, *Il codice rinviato*, cit., p. 280, nota 45.

⁽⁴⁷⁾ CARONI, *Il codice rinviato*, cit., pp. 279-280; ID., *Solitudine*, cit., pp. 170-171, 180-181.

⁽⁴⁸⁾ Ragione per cui solo a pochi di loro potevano servire i sedativi offerti da quei compagni di viaggio, che miniaturizzando in anticipo l'impatto del cambiamento imminente non videro nel codice null'altro che un'onda, lo struggimento di un solo istante, un'onda tosto riassorbita dalla corrente e priva di ricordi. Così notoriamente un citatissimo Windscheid nella conferenza del 1878 (B. WINDSCHEID, *Die geschichtliche Schule in der Rechtswissenschaft*, pubblicata in *Gesammelte Reden und Abhandlungen*, Herausgegeben von P. Oertmann, Leipzig, 1904, pp. 66-80, la citazione a pp. 75-76). Così pure, ma già *post festum*, Theodor Mommsen nel 1900, che cito in CARONI, *Saggi*, cit., p. 181.

⁽⁴⁹⁾ Ad es. nella Svizzera la bivalenza didattica venne introdotta solo sul finire del XIX secolo, presumibilmente in sequela all'unificazione del diritto delle obbliga-

perché loro permetteva un'acrobazia tanto essenziale, quanto audace. Quella di rispecchiarsi seraficamente nel nuovo codice, pur negandone l'autonomia ⁽⁵⁰⁾. Accettarlo fu generalmente facile, già perché intriso di regole ed istituti elaborati dalla tradizione sapienziale. Alla quale ora i romanisti intesero garantire una sopravvivenza coerente, come del resto ordinava il mito abusatissimo ed equivoco della continuità ⁽⁵¹⁾. Un equilibrio intrepido, come si vede, che poteva riuscire solo riattivando il contatto con la disciplina romanistica, nutrendosi cioè proprio di quel mondo, al quale il codice in un certo senso aveva inteso voltare le spalle. Da questo punto di vista le 'tracce' romanistiche di un codice, tante o poche che fossero e che nessuno ha mai negato ⁽⁵²⁾, erano una formidabile 'esca' e sembravano ampiamente giustificare un recupero sapienziale.

A questo programma di lavoro, a questa strategia rieducatrice, alla quale già Savigny aveva convocato i suoi seguaci, anche la recente ondata di frenesia neopandettistica non aggiunse sostanzialmente nulla di nuovo ⁽⁵³⁾. Stigmatizza tuttora i codici civili nazionali,

zioni, realizzata nel 1881, vedi P. CARONI, *Privatrecht im 19. Jahrhundert. Eine Spurensuche*, Basel, Helbing Lichtenhahn, 2015, p. 12, nota 39, p. 50 e ss.

⁽⁵⁰⁾ Per questo motivo ho chiamato « negazionisti » gli autori implicati, vedi CARONI, *Saggi*, cit., pp. 170-173; ID., *E se anche il codice fosse un messaggio?*, in « Quaderni fiorentini », 47 (2018), pp. 57-109, specialmente p. 102 e ss.

⁽⁵¹⁾ Ho tentato spesso di ragionare sulla consistenza e la vitalità di questo mito, rinvio perciò alle pagine, che se ne occupano: CARONI, *Solitudine*, cit., pp. 76-77, 93, 133, 184-185, 192 e ss., 207-208, 212, 227.

⁽⁵²⁾ Il gruppo dei romanisti è notoriamente policromo, ciò spiega anche l'indisturbata compresenza di giustificazioni antitetiche del ruolo svolto da questa disciplina negli studi giuridici. Così accanto a chi si aggrappa alle 'tracce', felice di appurare l'origine romanistica di molte regole del codice (ad es. A. SIMONIUS, *Was bedeuten uns die Pandekten?*, in « Zeitschrift für Schweizerisches Recht », NF 53, 1934, pp. 1-33, specialmente pp. 17-18: « Sie werden auch verstehen, weshalb im Unterricht das römische Recht jetzt noch eine wichtige Stelle einnimmt. Ein grosser Teil unserer geltenden Rechtsordnung ist eben römisch »), vive, opera e secondo me convince chi nega qualsiasi continuità e vede proprio in ciò l'utilità del confronto (così ad es. M. BORS, *Wie man zu den passenden Juristen kommt. Von der Berechtigung des römischen Rechts im Lehrplan*, in « Neue Zürcher Zeitung » del 4 novembre 2003).

⁽⁵³⁾ Sulla natura di questa moderna corrente di pensiero vedi CARONI, *Solitudine*, cit., pp. 89 e ss., 225; A. MAZZACANE, « Il leone fuggito dal circo ». Pandettistica e diritto comune europeo, in « Index », 29 (2001), pp. 97-111; M. BRETONE, *La "coscienza ironica" della romanistica*, in *Fra norma e tradizione. Quale storicità per la storia*

ritenuti *d'embrée* quale infausta interruzione di una armonica evoluzione supranazionale ⁽⁵⁴⁾. Come convogli maldestramente guidati, perciò deragliati, *ius proprium* oramai fuori controllo, vanno allora corretti rimettendoli sulle rotaie della buona dottrina ⁽⁵⁵⁾. In tutto ciò di nuovo c'è relativamente poco, forse solo il tentativo di propiziare questa riconversione del diritto codificato affiancandola mentalmente agli sforzi tuttora spiegati su vasta scala per unificare il diritto privato europeo.

c) Altro deve essere finalmente il discorso per un ultimo gruppo di storici, quelli che studiarono il passato di un diritto locale e spesso ancora non sapienziale, *ius proprium* in senso letterale, generalmente contrapposto a quello comune. Se per i colleghi romanisti negare l'autonomia del codice poteva rappresentare una strategia proponibile (già perché sapevano bene come rimpiazzarla), per loro questa strada non era percorribile. Né disponevano di un'alternativa da contrapporre al diritto di un codice, né formavano una comunità di lavoro cosmopolita, strutturata ed operativa ovunque, capace di coordinare gli sforzi di decine e decine di 'operai' di diversi paesi in vista della realizzazione di un progetto comune ⁽⁵⁶⁾. Agivano piuttosto isolati nell'ambito concluso dei singoli stati, privi

giuridica?, a cura di P. Caroni e G. Dilcher, Köln/Weimar/Wien, Böhlau, 1998, pp. 35-52, specialmente pp. 48-52; D. SIMON, *Eine Rechtsgeschichte*, in « Myops », 20 (2014), pp. 67-77, specialmente pp. 75-76.

⁽⁵⁴⁾ R. ZIMMERMANN, *Das römisch-kanonische ius commune als Grundlage europäischer Rechtseinheit*, in « Juristen-Zeitung », 47 (1992), pp. 8-20, specialmente pp. 9-12; Id., « *Heard melodies are sweet, but those unheard are sweeter...* », in « Archiv für die civilistische Praxis », 193 (1993), pp. 121-173, specialmente pp. 171-172.

⁽⁵⁵⁾ ZIMMERMANN, *Das römisch-kanonische ius commune*, cit., p. 20; Id., *Heard melodies*, cit., p. 173; CARONI, *Solitudine*, cit., pp. 189 e ss., 225; E. CONTE, *Storia per giuristi. Le discipline storiche nella formazione e nella cultura dei giuristi fuori d'Italia*, in *Storia del diritto e identità disciplinari: tradizioni e prospettive*, a cura di I. Birocchi e M. Brutti, Torino, Giappichelli, 2016, pp. 226-241, specialmente p. 229 e ss.

⁽⁵⁶⁾ La recente pubblicazione dello *Handbuch des römischen Privatrechts* (a cura di U. Babusiaux, C. Baldus, W. Ernst, F.S. Meissel, J. Platschek e T. Rüfner, 3 volumi, per un totale di più di 3.600 pagine, Tübingen, Mohr Siebeck, 2023), che ha coinvolto 65 autori di una decina di paesi europei e sudamericani, ha dimostrato l'esistenza, le dimensioni e la vitalità di questa comunità di lavoro internazionale, che gli storici di un diritto nazionale generalmente purtroppo non conoscono. Ne ha parlato con giustificata lode R. ZIMMERMANN nella sua recensione in « Zeitschrift für europäisches Privatrecht », 31 (2023), pp. 731-735.

perciò anche di un comune spazio discorsivo, che per sua natura stimola, corregge, incoraggia. Si può perciò supporre, che anche a loro la bivalenza didattica prospettata ad Eisenach potesse convenire. Anche se in realtà solo eccezionalmente offriva loro l'occasione di un organico recupero di istituti giuridici autoctoni. A chi però oggi si chiede, perché anche questa storia dei diritti locali debba venir insegnata ai futuri giuristi, deve esser data una risposta meno evasiva. Teoricamente forse prospettabile, magari pensabile, ma difficile da trovare.

Anni fa una raccolta di studi pubblicata in Germania per il settantesimo compleanno di un più che meritevole collega, si propose di gettar luce in questo oscuro limbo, invitando colleghi ed amici a ragionare sull' »utilità pratica « della storia giuridica ⁽⁵⁷⁾. Come capita spesso in queste occasioni, non tutti gli autori si attennero alle consegne del curatore, non pochi preferirono ribadire verità obsolete ⁽⁵⁸⁾, ma quei pochi che tentarono davvero di ragionare sull'interrogativo loro concretamente proposto riuscirono a isolare tre situazioni. Secondo loro il ricorso alla storia giuridica locale risulterebbe inevitabile dapprima nell'ambito dell'interpretazione storica di regole legislative, volta ad appurare la volontà ipotetica del legislatore. Secondariamente in tema delle cosiddette riserve legislative transitorie a favore di istituti, che un codice non intende più confermare, ma la cui preesistenza tollera, disciplinandola come disponeva il diritto finora vigente. E, finalmente, ove il codice rinunciasse, in un ambito circoscritto, a imporre una disciplina unitaria, ragione per cui incarica organismi locali (cantoni, province, regioni, Länder) di provvedervi, se del caso riattivando regole di più o meno remota origine storica ⁽⁵⁹⁾.

Che dirne in conclusione? Che, pieno di rispetto come sono rimpetto a queste situazioni, tanto rare quanto generalmente complesse, la cui soluzione venne perciò finora spesso affidata al consiglio di uno specialista, per il resto sono deluso. Perché questa 'resa',

⁽⁵⁷⁾ *Der praktische Nutzen der Rechtsgeschichte. Hans Hattenbauer zum 8. September 2001*, Herausgegeben von J. Eckert, Heidelberg, C.F. Müller, 2003.

⁽⁵⁸⁾ Ho recensito questa notevole raccolta di contributi nella « *Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte* », 29 (2007), pp. 131-140.

⁽⁵⁹⁾ Su queste situazioni CARONI, *Solitudine*, cit., pp. 223-224; ID., *Nutzlos*, cit., pp. 134-135.

questo riscontro di uno sforzo tutt'altro che episodico, mi pare sì reale, ma così modesto, da risultare scoraggiante. Comunque poco idoneo a giustificare ulteriormente l'insegnamento universitario organico e completo della materia.

6. *Un primo, provvisorio bilancio.*

Azzardare già ora un consuntivo, in difetto di indagini più mirate e capillari sulla reale consistenza dei fenomeni ricordati, sarebbe temerario. Mentre non lo è il desiderio di capire, già ora, cosa sta succedendo nello spazio continentale. Spero di non esagerare e di non far torto a nessuno dicendo che oggi, e un po' ovunque, le discipline storico-giuridiche annaspano. Sempre più manca loro il fiato in un mondo vieppiù convulso, che anche su un piano giuridico evolve di continuo e sempre più in fretta, dovendo reagire a sollecitazioni sempre più nuove. Ed è costretto a farlo in un clima di selvaggia concorrenza pedagogica, logistica, finanziaria. Le discipline storiche temono generalmente questi frangenti, reagiscono spesso in modo inappropriato, sembrano impreparate, diventano perciò occasionalmente il facile boccone di concorrenti più robusti o disinvolti. Che noi storici, per tutta risposta, accusiamo spesso di collegiale arroganza. Deploriamo tradizionalmente quanto succede, quando però un esame di coscienza sarebbe preferibile. Uno che ci aiutasse a capire perché, proprio ora, lo spazio attorno a noi vieppiù si restringe.

Forse può essere utile rimettere in discussione il messaggio implicitamente veicolato dai professori presenti ad Eisenach e da tutti quei loro colleghi attivi in paesi, nei quali la bivalenza didattica fu giulivamente confermata a codificazione avvenuta. Il che ci permetterebbe di capire molte cose rimaste finora nell'ombra.

a) Eisenach fu anzitutto una complessa operazione di salvataggio, pilotata e condivisa da studiosi, ai quali il codice — vecchio o nuovo che fosse — non piaceva troppo. Tentarono perciò di addomesticarlo, presentandolo non quale coraggioso inizio di una nuova stagione, ma — come abbiamo visto — quale splendida conclusione di un passato, che ora la bivalenza dell'insegnamento storico si incaricò di rendere indimenticabile.

Volendolo si poteva vedere in tutto ciò, ossia nella promulgazione di un codice, anche qualcosa d'altro, magari l'emergere di una

nuova e diversa « forma dell'autorità [...] per modo che oramai solamente l'ammissione nel codice decida della validità e del senso delle disposizioni giuridiche » (60). Ma in fondo a nessuno poteva giovare battersi per questa visione *altra*. L'aveva preferita Lotmar nel 1878. È vero. Ma poi la drastica conseguenza, che ne derivò, sembrò dissuadere tempestivamente eventuali seguaci.

b) La fretta di neutralizzare con largo anticipo la temuta dirompenza del codice, suggerì così agli studiosi convenuti ad Eisenach di confermare subito e indiscutibilmente l'ancillarità della storia, la sua idoneità a fungere tuttora da « Mittel zur Erkenntnis des jeweils Geltenden » (61), proprio come l'aveva concepita la scuola storica e come l'aveva illustrato l'ordine savignyano di « risalire fino alla radice di ogni materiale dato » (62). Con il che si trasferì nel nuovo sistema delle fonti, che era di natura legislativa, l'intatta essenza del vecchio sistema, retto com'era dalla consuetudine. Era un artificio, questo. Uno decisamente improponibile, perché assurdo ed antistorico. Incoraggiava gli storici a coltivare — come finora — la storia di un diritto, ma di uno nel frattempo oramai accantonato. E parimenti non li stimolava ad approfondire quella del nuovo diritto, che il codice ora proponeva. Un artificio, che generò equivoci, incomprensioni, delusioni a non finire. Certo si poteva ugualmente tollerarlo, almeno quale temporanea soluzione di ripiego. Magari solo quale analgesico, destinato a sedare lo scompiglio provocato dalla transizione, o per guadagnare tempo e imbastire nel frattempo qualcosa di nuovo. Attenervisi però supinamente fino al giorno d'oggi, come generalmente e un po' ovunque si fece, fu un errore fatale (63). Che per generazioni ha separato storici e civilisti, ha reso gli uni indifferenti alle attese degli altri. E che pure spiega il calvario di una disciplina, come molti di noi, storici del diritto, lo vivono oggi. Amministriamo purtroppo un'eredità scomoda, perché inopportuna. Recitiamo per un pubblico annoiato.

c) A farne le spese, di questa cordata sapienziale e restauratrice, fu ovviamente il nuovo arrivato. Ossia proprio quel codice, sanzio-

(60) STAHL, *Storia*, cit., p. 627.

(61) LOTMAR, *Contravindication*, cit., p. 2.

(62) SAVIGNY, *La polemica sulla codificazione*, cit., p. 168 (e nell'edizione di J. Stern, cit., p. 140).

(63) CARONI, *Solitudine*, cit., p. 221 *et passim*.

nando il quale in diversi stati europei si aspirava a unificare il diritto privato materiale e processuale, a garantirne una maggior visibilità, a rafforzare la coesione nazionale, ovviamente anche a corrispondere alle brame — sempre più incontenibili — del mercato, e tanto altro ancora, così come emergeva nella storia dei singoli stati. Un codice dunque nuovo, armato di buoni propositi, l'epicentro di un nuovo arcipelago. Ma purtroppo introdotto e accompagnato da una storia non sua, logora, di seconda mano. Che tentò a lungo di contendergli il primato e di discreditarne quella strategia legislatrice, che ne formava il nerbo. E che approfittava di ogni suo passo falso, di ogni suo scarto, per recuperare l'antico vigore.

7. *Rileggere Lotmar.*

Oramai da tempo a bocce ferme, rileggiamo allora Lotmar⁽⁶⁴⁾. Rimpetto al naufragio collettivo or ora descritto, la lucidità della sua ricostruzione sorprende. Già perché formulata ragionando su altri temi, dunque fuori contesto, quasi solo *obiter dictum*. Poche parole gli bastano per descrivere il cambiamento di registro provocato dal codice, meno ancora per inferirne l'inutilità dello storico. Se ciò malgrado il nostro plauso resta contenuto, ovviamente per altri motivi. Perché la disdetta intimata allo storico proprio a noi, storici del diritto, dispiace. Ne proviamo un innegabile, diafano disagio. Vorremmo poterla condividere, la limpidezza dello sguardo di Lotmar, ma senza doverne necessariamente arguire anche la condanna dello storico. Ma come?

A ben vedere nulla ci vieta di leggere nella profezia di Lotmar non una condanna definitiva ed assoluta dello storico, ma solo qualcosa di più contingente, ossia la conseguenza di un ragionamento concreto. Questo: se è vero che nel codice la volontà del legislatore sostituisce la testimonianza del *consuetudinarius*, allora logicamente lo storico (*olim* incaricato di accertarne la verità) rimarrà senza occupazione. Prescindendo da questo ragionamento, Lotmar tacque. Aveva sì messo a fuoco il tema con una radicalità finora sconosciuta e svalutato le scelte tradizionali (che Eisenach tutte confermerà), ma mai inteso andar oltre, men che meno soste-

(64) LOTMAR, *Contravindication*, cit., pp. 3-4, 31, 36.

nera che *comunque* il codice poteva diventare operativo anche senza la mediazione (o i suggerimenti) dello storico.

Ragione per cui sentiamoci liberi di considerare il messaggio di Lotmar alla stregua di una provocazione ⁽⁶⁵⁾, quale stimolo a riflettere su come lo storico potrebbe contribuire all'implementazione ⁽⁶⁶⁾ del codice. Uno stimolo, al quale tanta pigrizia mentale, tanta foga di salvaguardare posizioni acquisite e mansioni forse redditizie hanno finora purtroppo impedito di manifestarsi ed operare. Ma che ora merita finalmente di venir onorato.

8. *Una storia diversa, altrettanto ancillare?*

Quale dunque l'itinerario da seguire? Va individuato in armonia con quanto ricorda la premessa ⁽⁶⁷⁾, quindi anche con grande prudenza. Per non cedere alla tentazione di orientarlo come sollecitano da tempo gli storici generalisti e come già prima di loro aveva rivendicato un grande amico di Lotmar, ossia Karl v. Amira. Nella sua prolusione accademica del dicembre del 1875 ⁽⁶⁸⁾ si era battuto per una storia 'debole' del vecchio diritto germanico, debole ma finalmente non più sottomessa, non più ancillare ⁽⁶⁹⁾, letteralmente 'inutile' nell'ottica del diritto positivo, perciò « Geschichte als solche und um ihrer selbst willen » ⁽⁷⁰⁾. Un programma, la cui dignità

⁽⁶⁵⁾ Mi induce ad affermarlo l'indeterminatezza della frase che precede quella già citata *supra*, nota 11: « Des Weiteren zeigen uns die Römer, dass die Bearbeitung und Kenntniss der Geschichte eines Rechts nicht unter allen Umständen, sicherlich nicht unter allen Umständen in gleichem Masse Vorbedingung oder nur Hilfsmittel für die Kenntniss und Pflege eines Rechts ist » (LOTMAR, *Contravindication*, cit., p. 31).

⁽⁶⁶⁾ « Implementazione » sta per molte, non tutte e sempre accordate e convergenti, operazioni destinate a evidenziare significato, spessore e valore di un testo di legge, dunque interpretazione, ma anche *mise en oeuvre*, spiegazione, esegesi, commento, ecc.

⁽⁶⁷⁾ V. *supra*, nota 1.

⁽⁶⁸⁾ K. v. AMIRA, *Über Zweck und Mittel der germanischen Rechtsgeschichte*, Akademische Antrittsrede am 15. Dezember 1875 in Freiburg i.Br., München, 1876. Scettico ovviamente il commento di LOTMAR, *Contravindication*, cit., pp. 2, 32; più conciliante D. KLIPPEL, *Juristische Zeitgeschichte. Die Bedeutung der Rechtsgeschichte für die Zivilrechtswissenschaft*, Giessen, Brühlscher Verlag, 1985, pp. 6-7.

⁽⁶⁹⁾ Amira parlò esplicitamente di *Unterwürfigkeit* della storia nel programma della scuola storica, vedi AMIRA, *Über Zweck und Mittel*, cit., p. 8.

⁽⁷⁰⁾ Ivi, pp. 8, 11.

scientifico era (ed è) fuori discussione, e che già allora intendeva agevolare il riassorbimento della storia giuridica in quella generale, connotava perciò una tendenza che, con altre, accompagnò il tramonto della scuola storica. Converrebbe, questa strategia, anche a tutti quei generalisti, ai quali per mai precisati motivi la storia giuridica tuttora sfugge, ragione per cui o la temono o la negano. E senza dimenticare, che anche una nuova generazione di storici del diritto salterebbe con piacere in questo recupero l'auspicata « Historisierung der Rechtsgeschichte » (71). Ossia una conquista teorica facile da condividere e persino ideale nell'ottica di una sempre più corteggiata storia contemporanea del diritto (72), ma purtroppo anch'essa — come tutte le altre or ora citate — lontana dalla mente e dalle aspirazioni professionali dei futuri giuristi. Perciò difficilmente collegabile ai programmi e alle scelte del curriculum formativo giuridico. Nel cui ambito — qui esplicitamente preferito — non sfigura solo quanto direttamente o per vie traverse confluisce nel diritto positivo, non teme perciò di essergli fieramente ancillare (73). L'ancillarità è magari una nozione ondivaga o irritante, chi non l'ama la equipara a servilità e ciò facendo la stigmatizza. Altre volte allude però all'esistenza di un auspicato e vigoroso rapporto funzionale, ausiliario in tutti i sensi ed occasionalmente anche qualcosa di più. Di ancillarità si parlò perciò in ordine al servizio garantito dalla storia

(71) Ne hanno recentemente cantato le lodi, fra tanti altri, KLIPPEL, *Die Bedeutung*, cit., pp. 6-7, 13-15; M. STOLLEIS, *Einleitung*, in *Juristische Zeitgeschichte. Ein neues Fach?*, Baden-Baden, Nomos, 1993, pp. 7-14. Ma la temono (non a caso) i neopandettisti, vedi ad esempio ZIMMERMANN, *Das römisch-kanonische ius commune*, cit., pp. 18-19; Id., *Das Bürgerliche Gesetzbuch und die Entwicklung des Bürgerlichen Rechts*, in *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB*, Herausgegeben von M. Schmoeckel, J. Rückert und R. Zimmermann, Band I, Allgemeiner Teil, Tübingen, Mohr Siebeck, 2003, pp. 1-33, specialmente pp. 29-31.

(72) Dialogo a più voci ad esempio in *Storia contemporanea del diritto e sociologia giuridica*, a cura di Mario G. Losano, Milano, Franco Angeli, 1997; STOLLEIS, *Einleitung*, cit., *passim*. Ha brillantemente anticipato l'odierno panegirico di questa storia contemporanea del diritto LOTMAR, *Contravindication*, cit., p. 37.

(73) « Betont man dagegen die Nähe zum geltenden Recht, dann erscheint Juristische Zeitgeschichte als 'Gelenkstelle' zwischen Heute und Gestern; sie behandelt die unmittelbare Vorgeschichte des heute geltenden Rechts, sie dient seiner Erhellung und kann, vielleicht, eine kleine rechtspolitische Nebenrolle mitspielen »: così STOLLEIS, *Einleitung*, cit., p. 12.

nella filosofia della scuola storica: che, come abbiamo visto ⁽⁷⁴⁾, non era per nulla decorativo, marginale o solo episodico, ma essenziale, letteralmente costitutivo. Se è vero che permetteva di appurare l'ambito del diritto storico ancora vigente.

Nel diritto (ora legislativo) dei codici questo servizio scompare. E la storia? Scompare davvero con esso, come riteneva forse Lotmar? Resta ancora possibile affermare, a codice oramai sanzionato, « che non si vuole imparare la storia del diritto, ma conoscere il diritto storicamente »? ⁽⁷⁵⁾ Ne sono convinto, ragione per cui mi chiedo: come (e dove) esperire, a transizione avvenuta, l'ineliminabile incidenza della cultura storica anche nell'impegno del vigentista? Come tener conto di questa inerenza nella vita del diritto? Di quello ancora retto dalla consuetudine, come di quello già disciplinato dal codice? Rivelando (rispettivamente solo ricordando) come il diritto, sia prima che dopo, *stia nel tempo*, nel tempo si esprime, come e con il tempo 'passa' ⁽⁷⁶⁾. Ragione per cui la sua storia concorre *jeweils* a verificarlo, sia esplorandone le aspirazioni, descrivendone le conquiste, che non tacendone limiti e condizionamenti. Come tenterò finalmente di documentare. Non comunque prima di aver precisato, che un tale riorientamento nel segno della temporalità del diritto imporrà altre opzioni didattiche, inciderà perciò inevitabilmente anche sui programmi dell'insegnamento.

⁽⁷⁴⁾ Vedi *supra*, note 27 e 61. O come riassumeva STAHL, *Storia*, cit., p. 622: « Ma il passato non è soltanto transitorio; esso è causa immanente del presente, e come passato, come ciò che è stato, è ancora contenuto nel presente ».

⁽⁷⁵⁾ Ivi, p. 624. Poco tempo fa mi sono imbattuto in una lettera del 1869, che il ventenne Eugen Huber, a quel tempo studente nella facoltà giuridica di Berlino, recapitò ad un amico suo a Zurigo. In essa passava in rassegna i docenti della facoltà berlinese. Del romanista K.G. Bruns apprezzava la scienza, ma non senza riserve: « Der begreift unsere Zeit nicht wie Exner, der hat nicht *ein geschichtliches Verständnis für alles, wie ein Jurist es haben sollte* » [corsivo mio], lettera citata in S. HOLENSTEIN, *Emil Zürcher (1850-1926). Leben und Werk eines bedeutenden Strafrechtlers. Unter besonderer Berücksichtigung seiner Verdienste um die Entwicklung des schweizerischen Strafgesetzbuches*, Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1997, p. 34.

⁽⁷⁶⁾ Che non è davvero poco, come vedremo *infra*, capitoli 11 e 12.

9. *Accantonare la bivalenza didattica.*

Quando, nel XIX. secolo, gli Stati europei codificarono il loro diritto privato, videro spesso in questa operazione la conclusione più o meno trionfale di una fase millenaria, vissuta all'insegna del modello sapienziale romanistico. Questo lo si ricordò esplicitamente ad Eisenach nel 1896⁽⁷⁷⁾, ma la stessa convinzione sopiva in realtà timori ovunque emersi sul continente *in conspectu codificationis*. Da questo punto di vista la decisione di sdoppiare l'insegnamento della storia poteva persino sembrare coerente.

Ma con altre, altrettanto buone, o forse preferibili, ragioni si poteva vedere nel codice anche qualcosa d'altro, ossia l'inizio di una nuova stagione, di un'altra storia, il desiderio di far posto a qualcosa di diverso: ad una legge⁽⁷⁸⁾ che unificasse, ad un progetto che interrompesse lo sfinimento del diritto, ne rinnovasse il contenuto, ne uniformasse lo svolgimento e ne migliorasse la pubblicità⁽⁷⁹⁾. Nel corso degli anni il codice crebbe e si affermò, non però come più o meno sapiente miscela di ingredienti storici⁽⁸⁰⁾, ma quale *Wurf*, ossia quale trovata geniale, disegno unitario tecnico-dogmatico, con una sua vita autonoma e con una sua storia non derivata, nemmeno ricevuta in prestito, ma propria. Una storia che noi abbiamo spesso occultato o ignorato, preferendole un culto

(77) « Das BGB ist keine geschichtslose Erscheinung. Es ist der Abschluss auch der Geschichte der römischen Rechtentwicklung. Darum setzt sein Verständnis eine Kenntnis des römischen Rechtsstoffes voraus »: così FRIEDBERG, *Die künftige Gestaltung*, cit., p. 17.

(78) Già in questo liberarsi dallo stampo consuetudinario sta buona parte del cambiamento.

(79) CARONI, *Privatrecht im 19. Jahrhundert*, cit., p. 56.

(80) Abbiamo oramai smesso di interrogarci sull'origine storica dei mattoni usati per innalzare la cattedrale *codice*, come ho ricordato ivi, pp. 52-53. Perdura però, in taluni paesi, come ad esempio nella Svizzera, la disponibilità a interpretare gli istituti di indiscutibile origine storica romanistica o locale non come suggerirebbe *ex novo* il codice, ma come volevano le rispettive tradizioni storiche, vedi ad esempio CARONI, *Solitudine*, cit., pp. 76, 135, 182-183, 192, 211; Id., *Privatrecht im 19. Jahrhundert*, cit., pp. 52, 86, 96.

smisurato delle radici, che persino a Savigny dispiaceva⁽⁸¹⁾. Se tutto ciò è vero, insegnare la storia come avevano previsto i corifei di Eisenach non appare oramai più opportuno. Le ore del loro bizzarro aggiustamento sembrano perciò contate⁽⁸²⁾. Va secondo me sostituito da una vera e propria storia del codice, delle soluzioni che permette, degli accomodamenti che favorisce, di quanto riesce ad ottenere e di quanto purtroppo resta incapace di regolare. Questa però è una storia del passato prossimo, di un passato più omogeneo e familiare di quello finora contemplato, che per di più si riversa, condizionandolo, nel nostro presente⁽⁸³⁾. Il che non può essere indifferente nemmeno a chi si prepara a maneggiare secondo le regole dell'arte diritto positivo, non solo quello del codice.

10. *Prescindere dalla bipartizione.*

Ho avuto spesso l'occasione, riflettendo sui temi qui all'esame, di osservare che quando ragioniamo sul valore della storia per il vigentista, non lo facciamo astrattamente — come secondo me dovremmo — ma sempre e solo sullo sfondo della storica bipartizione *ius commune/ius proprium*, e dunque quali storici dell'una o dell'altra sponda. Le nostre risposte ovviamente ne risentono, danno infatti per scontata una scelta di campo e la relativa militanza. Ragione per cui sono motivate (si spera non esclusivamente) anche dal desiderio di rafforzarne (quando non proprio salvarne) la presenza attuale. Per questo motivo molti romanisti, anche quelli che su un piano scientifico eccellono, quando riflettono sul nostro tema in realtà si accontentano di reiterare l'ovvio e indiscutibile valore della tradizione sapienziale nel passato, quindi (come suggerisce una non meglio connotata continuità) anche nel presente. E di farlo più proclamando e sentenziando, che argomentando. Lasciando perciò spesso l'interlocutore più allibito che convinto.

(81) Vedi *supra*, nota 47. Notevole anche il rifiuto della « micrologia e antiquaria » da parte di STAHL, *Storia*, cit., p. 624. Del resto già Lotmar non aveva dubbi in materia, vedi *Contravindication*, cit., pp. 6, 32-33.

(82) È facile affermarlo in capo alle considerazioni testé svolte. Ma sarà arduo e spinoso dedurne conseguenze concrete, come ho già ricordato in CARONI, *Saggi*, cit., pp. 196-199; ID., *Solitudine*, cit., p. 229.

(83) CARONI, *Solitudine*, cit., pp. 45, 49, 78, 127, 234-235.

La recente traduzione di alcuni saggi di un noto storico del diritto brasiliano mi permette comunque di non disperare ⁽⁸⁴⁾. J.R. de Lima Lopes vive ed opera in un paese, nel quale fino a qualche decennio fa la storia non figurava nel curriculum disciplinare di uno studente di giurisprudenza. La sua istituzione è dunque recente, frutto di valutazioni oggettive, non condizionate, come spesso da noi, dal contemporaneo tentativo di favorire una militanza o di salvare un'eredità dall'oblio. Ma dettate proprio solo dal desiderio di conquistare e gestire, all'interno di una facoltà giuridica, uno spazio intellettuale, nel quale lo studente possa esercitare le proprie abilità ermeneutiche ed acquisire la capacità di interpretare e contestualizzare testi complessi, di relativizzare le soluzioni del presente, quindi anche di meglio comprendere la natura del diritto come pratica sociale. Il tutto in un'atmosfera « che strappa il giurista dalla prigione del suo provincialismo » e lo costringe a confrontarsi con altri tempi, testi ed autori ⁽⁸⁵⁾.

Sono prospettive, queste, che incoraggiano anche chi, da noi, si batte per una ragionevole presenza della storia, ossia — per chiamare le cose con il loro nome — per ricordare a tutti che il diritto *comunque* vive nel tempo e già per questo motivo è storico.

11. *Il diritto vive nel tempo.*

Detto questo, va solo ancora appurato, a che titolo e anzitutto *come* lo storico intercetta il diritto del codice, perché se ne deve occupare, come potrà seguirlo e con quali esiti concreti potrà elaborarne la storia. A tutte queste interrogazioni ho risposto poco

⁽⁸⁴⁾ J.R. DE LIMA LOPES, *Cultura giuridica e istituzioni in Brasile tra Otto e Novecento. Saggi sulla storia del pensiero giuridico, delle codificazioni e del processo*, presentati da I. Birocchi, tradotti da A. Basevi, Pisa, Edizioni ETS, 2022.

⁽⁸⁵⁾ Ho compendiato in queste ultime righe la brillante sinossi di *La (re)introduzione della storia nelle facoltà di giurisprudenza*, in DE LIMA LOPES, *Cultura giuridica*, cit., pp. 92-119, esplicitamente pp. 116-119. La riflessione conclusiva merita di venir citata letteralmente: « Infine la storia del diritto strappa il giurista dalla prigione del suo provincialismo, mostrando come i grandi giuristi abbiano sempre frequentato molteplici e diversificate letture e come la giurisprudenza si nutra di una tensione tra il locale (di solito, il diritto positivo) e l'universale, rappresentato dalle dottrine e teorie, le quali viaggiano senza bisogno di passaporto o salvacondotto. La storia presenta al giovane giurista i rudimenti del confronto, dei trapianti, del tramandare idee » (ivi, p. 118).

fa facendo capo ad una verità in sé conosciuta, ribadita (rispettivamente riscoperta) più volte anche in tempi recenti ⁽⁸⁶⁾, ma forse non ancora stabilmente accreditata nell'immaginario del giurista. Persino occasionalmente dimenticata. Rivela che il diritto, se vive, vive nel tempo. Non raggiunge dunque immobile e perenne, come pure suggerisce la gelida pietra marmorea *jadis* destinata a custodirlo; non si apposta astratto, impassibile e ben ravviato, conservato in un libro; nemmeno ci attende freddo, indifferente, muto, impartece, lontano. Ma vive con noi *nel* tempo. In esso esiste, vige, si esprime, si realizza, opera. Nel tempo ci viene consegnato, al tempo dobbiamo riferirci per capirlo, del tempo dobbiamo finalmente tener conto, quando tentiamo di circoscriverne il messaggio. In una parola: la temporalità gli è inerente, per suo tramite si esprime, è la sua essenza e il suo volto. Un volto, che ne raffigura l'intrinseca storicità ⁽⁸⁷⁾. Vivere nel tempo significa anche ammettere, che nel tempo si muove, con il tempo corre, non si ferma mai, nemmeno « è in alcun modo indipendente dal comportamento degli uomini a cui si riferi-

⁽⁸⁶⁾ Qualche primo ragguaglio bibliografico di interventi relativamente recenti: R. BÄUMLIN, *Staat, Recht und Geschichte. Eine Studie zum Wesen des geschichtlichen Rechts, entwickelt an den Grundproblemen von Verfassung und Verwaltung*, Zürich, EVZ Verlag, 1961, p. 7 e ss. *et passim*; KLIPPEL, *Die Bedeutung*, cit., p. 32 e ss.; G. HUSSERL, *Diritto e tempo. Saggi di filosofia del diritto*, a cura di R. Cristin, Milano, Giuffrè, 1998, pp. 3-60; G. WINKLER, *Zeit und Recht*, Wien-New York, Springer, 1995 (con la relativa recensione in « Archiv für Rechts und Sozialphilosophie », 85, 1999, p. 416 e ss.); S. KIRSTE, *Die Zeitlichkeit des positiven Rechts und die Geschichtlichkeit des Rechtsbewusstseins*, Berlin, Duncker & Humblot, 1998; F. OST, *Le temps du droit*, Paris, Ed. Odile Jacob, 1999; F. OST, M. VAN HOECKE, *Temps et droit: le droit a-t-il pour vocation de durer?*, Bruxelles, Bruylant, 1998; P. HÉBRAUD, *Observations sur la notion du temps dans le droit civil*, in *Etudes offertes à Pierre Kayser*, Aix-Marseille, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1979, II, pp. 1-58; A. CABANIS, *L'utilisation du temps par les rédacteurs du code civil*, in *Mélanges offerts à Pierre Hébraud*, Toulouse, 1981, pp. 171-183; M. BORDEAUX, *Quand le temps dévore l'espace: temps et espace, facteurs de normalisation dans le Code civil (1804)*, in *Mélanges en hommage à Jacques Ellul*, 1983, pp. 185-202; C. FARALLI, *Il tempo dello storico e il tempo del sociologo: la polemica tra Braudel e Gurvitch*, in *Storia contemporanea del diritto e sociologia giuridica*, a cura di M.G. Losano, Milano, Franco Angeli, 1997, pp. 207-223.

⁽⁸⁷⁾ CARONI, *Solitudine*, cit., pp. 59, 62-63, 84, 122-125, 231; ID., *Privatrecht im 19. Jahrhundert*, cit., pp. 57-59; ID., *Intervento*, in *L'insegnamento della storia del diritto medievale e moderno*, Atti dell'Incontro di studio Firenze 6-7 novembre 1992, a cura di P. Grossi, Milano, Giuffrè, 1993, pp. 325, 329.

sce » (88). È mobile, perciò incatturabile (89). Come il vento, del resto. Bloccarlo non si può. Se non soffia, non c'è, muore. Come muoiono i pesci senz'acqua.

Queste però sono realtà, che investono frontalmente anche il vigentista, già perché gli sparigliano ininterrottamente le carte. È probabile che — nel tentativo di sbrogliarsene — ricorra agli insegnamenti dello storico, che già da quanto appurato finora ci appare, per sua natura e tenuto conto di quanto solo lui sa e può fare, quale vero e proprio *regista del tempo*. Destinato perciò ad accompagnare il diritto nel suo inarrestabile viaggio nel tempo, è lui che osserva e sa, come nel tempo senza sosta evolve, talora visibilmente, altre volte — e forse più spesso — silenziosamente. Lo segue da sempre, ne registra l'impatto sulla società, dunque anche l'emergere — esplicito o dapprima discreto e silenzioso — di adesioni come di resistenze. Per tutti questi motivi ne parla con una competenza e circospezione, che al vigentista — bloccato dalla fissità del momento e dalla rigidità della riflessione dogmatica — comprensibilmente mancano. Come sembrano confermare questi primi provvisori accertamenti.

a) Libero perciò dalle costrizioni che frenano il dogmatico, dalla stabilità alla quale aspira, dalla certezza che rincorre, lo storico si vota a monitorare il fluire del tempo, dunque anche a individuare, assestare e se del caso riciclare tutto quanto il positivismo sponsorizzato dai codici più o meno pudicamente nasconde, ignora o condanna. Chiama per nome, salva, rivaluta tutto quanto sta silenziosamente scomparendo, perché opacizzato dalla prepotenza della legge scritta.

b) Sarà dunque attento al riapparire di fonti giuridiche tendenzialmente squalificate (o almeno marginalizzate) dai codici, del diritto consuetudinario *in primis*. Al quale molti autori odierni concedono un'udienza fino a poco fa inimmaginabile (90). E finalmente: poiché osserva da vicino l'articolarsi del consenso sociale

(88) HUSSERL, *Diritto e tempo*, cit., pp. 16, 35.

(89) « D'ailleurs, comment enchaîner l'action du temps? » chiedeva già Portalis nel primo dei suoi discorsi preliminari, v. P.A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, I, Paris, 1827, pp. 463-523, la citazione a p. 469.

(90) Così, da punti di vista comunque molto diversi, ad. es. OST, *Le temps du droit*, cit., p. 86 e ss.; E. BUCHER, *Rechtsüberlieferung und heutiges Recht*, in « Zeitschrift

vis-à-vis delle regole del codice, non griderà allo scandalo ⁽⁹¹⁾, ma saprà facilmente darsi conto dell'emergere spontaneo e silenzioso di una consuetudine *contra legem* o di una *desuetudo*, poiché leggerà in tutto ciò il frutto di una « *puissance invisible* » ⁽⁹²⁾, ossia l'implicita disapprovazione di una soluzione codicistica da parte dei destinatari.

c) Dà altresì per scontato, che il diritto spesso opera, cambia, rinnova anche senza l'intervento esplicito del legislatore, ossia dilatando le valenze dell'esistente in presenza di nuove sollecitazioni. Ragione per cui ribadire le stesse regole nel tempo significa spesso modificarle, se non altro in sequela alla diversità dei contesti, come anche al mutare del relativo consenso sociale ⁽⁹³⁾.

d) Se poi davvero lo accompagna ovunque e lo segue da vicino, lo storico non perderà d'occhio il diritto nemmeno quando finalmente 'incide' e viene risucchiato dal gorgo della realtà sociale, quella economica non esclusa, quindi dal mercato. Nella 'caduta libera' che ne segue, che lo spaccato sincronico esibisce senza ritegno, il diritto generalmente non opera solitario o autonomo, ma accanto (o contro) ad altri ordinamenti normativi, a quelli che J. Carbonnier amava riassumere nel concetto di « *non-droit* ». Concorre con queste altre istanze regolatrici della vita sociale, si intreccia con strategie meno tassative di gestione della conflittualità, dunque con regole della politica, psicologia, morale, economia e dei co-

für Europäisches Privatrecht », 8 (2000), pp. 394-543, specialmente pp. 474-478; H. LÉVY-BRUHL, *Soziologische Aspekte des Rechts*, Berlin, Duncker & Humblot, 1970, p. 54 e ss.; P. CARONI, *Consuetudo. Eine Einleitung*, in « *Commentationes historiae iuris helveticae* », VI (2010), pp. 1-12, specialmente pp. 10-11, ove si ricorda la « superiorità semantica » del diritto consuetudinario, così come l'aveva riassunta P. GROSSI in *Prima lezione di diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2003, p. 103.

⁽⁹¹⁾ Come ricordano gli autori che cita Ost, *Le temps du droit*, cit., pp. 87, 131-132, 234.

⁽⁹²⁾ Così J.E.M. PORTALIS, *Discours préliminaire*, in FENET, *Recueil complet*, cit., I, p. 479.

⁽⁹³⁾ P. CARONI, *Quando si esaurisce il ciclo delle 'redazioni'. L'emersione del codice nel XIX secolo*, in *El dret comú i Catalunya*, Actes del XI Simposi Internacional Barcelona, 20-22 de maig de 2004, Ed. Aquilino Iglesia Ferreirós, Barcelona, 2005, pp. 285-301, specialmente p. 288 e ss.; ID., *Solitudine*, cit., pp. 67-68, 122, 211, 228. Eccezionale sensibilità rispetto a questi temi già in una prolusione rettorale di L.R. v. SALIS, *Der Erlass eines bürgerlichen Gesetzbuches*. Rektoratsrede, Basel, K.J. Wyss, 1894, pp. 22-23.

stumi ⁽⁹⁴⁾. Come ne esca, in capo a tale concorso di regole, la dirà lunga sulla sua valenza. Non però su quella astrattamente rivendicata da una fantomatica gerarchia delle fonti giuridiche imposta dalla legge, quanto su quella che risulta dal confronto aperto, rispettivamente dall'intrecciarsi concreto delle diverse normative ⁽⁹⁵⁾. Ordire un racconto storico-giuridico solo sulla scorta di testi tolti da codici e leggi mai analizzati come qui si prospetta — cioè nella contingenza storica, in capo all'immersione nel turgido del sociale — è come fare il bagno in una vasca asciutta. Un esercizio generalmente sterile, nel doppio significato di questo predicato.

12. *Lo storico recupera e rincorre.*

Se però non mi accontentassi di queste prime situazioni, perché rilevate quasi solo occasionalmente, potrei sempre ancora tentare un secondo approccio. Si ispira lontanamente ad una fortunata metafora ⁽⁹⁶⁾ e ricorda che, diversamente dal vigentista, generalmente bloccato dall'attimo canonico (la conclusione del contratto, il decesso del

⁽⁹⁴⁾ R. GARRÉ, *Non di solo diritto. Spunti di riflessione, ad uso della storia giuridica, sul rapporto fra diritto e altri ordinamenti normativi*, in « Forum historiae iuris », 14 febbraio 2003 (<http://www.rewi.hu-berlin.de/online/fhi/zitat/0302garré.htm>); J. CARBONNIER, *L'hypothèse du non-droit*, in *Id.*, *Ecrits*, a cura di R. Verdier, Paris, PUF, 2008, pp. 740-744; F.S. NISIO, *Jean Carbonnier. Regards sur le droit et le non-droit*, Paris, Dalloz, 2005, p. 51 e ss.; G. BUSINO, *Un regard sociologique sur la crise du droit*, in « Revue européenne des sciences sociales », XXXIV (1996), pp. 215-220; CARONI, *Solitudine*, cit., pp. 80-84, 147 e ss.

⁽⁹⁵⁾ CARONI, *Privatrecht im 19. Jahrhundert*, cit., p. 58 lit. b.

⁽⁹⁶⁾ Ovvvia allusione al punto ed alla linea, cioè ad una fortunata metafora, che Paolo Grossi ha ricamato spesso, modificando di volta in volta il colore dei fili, ma confermando il disegno. Nel quale dominava la linea *prima* del punto, ossia il passato. Vedi P. GROSSI, *Il punto e la linea. L'impatto degli studi storici nella formazione del giurista*, in *L'insegnamento del diritto oggi*, Annali della Facoltà di giurisprudenza di Genova, Collana di monografie, 71, Giuffrè, Milano, 1996, pp. 255-265; *Id.*, *Il punto e la linea. Storia del diritto e diritto positivo nella attuale crisi delle fonti*, in « Index », 39 (2011), pp. 31-39, come anche nella « Rivista di storia del diritto italiano », LXXXIV (2011), pp. 69-79. Solo in altra sede fu altresì precisato, che lo storico « cosciente del percorso e del senso della linea, non scopre soltanto le radici del presente, ma è in grado di presagire la sua proiezione verso il futuro » (*Id.*, *Legge e diritto. Una tradizione dell'Occidente*, in *Inchiesta sulla legge nell'occidente giuridico*, a cura di Umberto Vincenti, Torino, Giappichelli, 2005, p. 18).

de cuius, la commissione di un atto illecito), lo storico si muove liberamente nel tempo, è un *habitué* dell'andirivieni, del prima e del dopo, il che equivale a dire che professionalmente recupera e rincorre. Non proprio per il piacere di farlo, quanto piuttosto in vista di aggiornare chi, costretto dalla limitata prospettiva del punto, corre il rischio di operare senza troppo rigore, ossia ignorando quanto suggerisce la linea, sulla quale — spesso a sua insaputa — si trova.

a) Lo storico anzitutto *recupera*, e lo fa ad esempio quando ricorda al destinatario di una regola giuridica, che questa in realtà gli arriva dall'aldilà temporale ⁽⁹⁷⁾ ed in capo ad un viaggio spesso avventuroso e lo stimola a tenerne conto interpretandola. Quando a ciò accudivano studiosi del diritto romano, vedevano spesso nel codice un riuscito *travaso* di regole antiche, ossia l'indiscutibile prova di una superiorità nel segno della continuità. Date queste premesse, recuperare il passato significava per loro *rispecchiarvisi*, collezionare anticipazioni e gioire di conferme ⁽⁹⁸⁾.

Non ho mai condiviso questa asettica visione del passato giuridico. Credo infatti che lo storico debba incitare il vigentista non tanto a rifugiarsi nel passato, a considerarlo cioè una tettoia, sotto la quale cercare riparo in caso di maltempo, quanto piuttosto a *interrogarlo*, ad esperirlo come una finestra aperta su un mondo di volta in volta *altro*, con le sue luci e le sue ombre ⁽⁹⁹⁾. Del quale ricorderà perciò al suo interlocutore sia la gloria, le conquiste ed i meriti, che le sconfitte, i dolori, le delusioni. In altre parole: gli insegnerà a convivere con le sorprese, piacevoli o amare che siano. Dunque anche a non tacere tutte quelle cose negative, il cui ricordo strugge, poiché evocano promesse disattese e progetti mai realizzati ⁽¹⁰⁰⁾.

Ragionando su queste cose, anni fa avevo parlato di un'*astrazione regressiva*, che è in fondo un altro e poco praticato modo di

⁽⁹⁷⁾ Splendido in merito il testo di HUSSERL, *Diritto e tempo*, cit., p. 53 e ss.

⁽⁹⁸⁾ CARONI, *Solitudine*, cit., pp. 73 e ss., 80, 93-94, 193 e ss.

⁽⁹⁹⁾ Ivi, pp. 94-95, 213.

⁽¹⁰⁰⁾ Da tempo insisto sull'urgenza di salvare dall'oblio tutto quanto sta per venir sommerso, perché poco spettacolare o gratificante: ivi, pp. 62, 68, 70, 77 e ss., 142, 201-203, 208-209, 213; CARONI, *Privatrecht im 19. Jahrhundert*, cit., pp. 49-51, 58a.

riavvolgere i nastri della memoria ⁽¹⁰¹⁾, poiché richiede a chi vi si applica umiltà e coraggio ⁽¹⁰²⁾. Resta comunque il servizio più utile che l'uomo irretito nel punto spera di ottenere da chi interpretando recupera. Un servizio quotidiano, che ha davvero poco in comune con le situazioni rare ed eccezionali ricordate poco fa ⁽¹⁰³⁾, accampando le quali gli storici del diritto hanno recentemente sperato di recuperare ambiti di operatività.

b) Potrà magari incuriosire il lettore se ora aggiungo che, dopo aver recuperato il passato, lo storico farà bene anche ad allungare lo sguardo e spostare l'obiettivo, per inquadrare la seconda storia, quella del subito dopo, ossia del codice oramai sanzionato dal legislatore e lentamente rifluito nella società ⁽¹⁰⁴⁾. Se prima lo storico recuperava, qui ora *rincorre*. E lo farà convinto dell'urgenza di promuovere quella particolare indagine storica, che si propone di verificare l'esito concreto dei messaggi dalla legge recapitati alla società e che oggi ci siamo abituati a chiamare *Wirkungsgeschichte* ⁽¹⁰⁵⁾. Che è magari meno edificante della prima storia, certamente più laboriosa, ma anche molto più credibile.

Occupandosene lo storico si renderà utile sia all'operatore stordito dal punto, che al legislatore. Al primo sarà talvolta in grado di suggerire una linea di condotta più aggiornata e realistica, che si spera vincente ⁽¹⁰⁶⁾. Il secondo ricorrerà allo storico per sapere, fino a che punto le sue speranze si realizzarono, presumibilmente anche per ottenere ragguagli utili al momento di confermare una regola, di ventilarne l'aggiornamento o di prospettare la sostituzione.

⁽¹⁰¹⁾ 'Rubo' la bella locuzione a G. CAZZETTA, *Il diritto, il lavoro e la storia: il giuslavorismo militante di Umberto Romagnoli*, in « Rivista trimestrale di diritto e procedura civile », LXXVII (2023), pp. 1035-1055, ad es. p. 1052.

⁽¹⁰²⁾ CARONI, *Solitudine*, cit., pp. 68 e ss., 79, 82-83, 201-203, 233-234.

⁽¹⁰³⁾ Vedi *supra*, cap. 5, lit. c.

⁽¹⁰⁴⁾ P. CARONI, *La storia della codificazione e quella del codice*, in « Index », 29 (2001), pp. 55-81.

⁽¹⁰⁵⁾ CARONI, *Privatrecht im 19. Jahrhundert*, cit., pp. 6, 9, 12, 42, 129, 238 e ss.

⁽¹⁰⁶⁾ La rassegna più articolata di quanto « aus der Geschichte zu holen ist » per una più approfondita intelligenza del testo della legge, la offre un recente intervento di G. DILCHER, *Vom Beitrag der Rechtsgeschichte zu einer zeitgemässen Zivilrechtswissenschaft*, in « Archiv für die civilistische Praxis », 184 (1984), pp. 247-288.

13. *Per concludere.*

Detto questo, due parole bastano per concludere. Per ricordare anzitutto che è tardi, non tanto per andare a dormire, quanto per svegliarsi. E poi per capire, finalmente, che c'è storia e storia. Quella destinata ad un futuro giurista e quella che vorranno conoscere gli altri, i futuri storici, filosofi, sociologi, archivisti, ecc. La sete (rispettivamente le attese) di tutti questi destinatari del nostro magistero furono perciò anche sempre molto diverse, ma non ce ne siamo mai accorti. O non vi abbiamo dato troppo peso. Ritenendo ad esempio, in assoluta buona fede, che i temi delle nostre personali ricerche corrispondessero sempre anche alla legittima curiosità degli studenti. Scelte tradizionali, e spesso anche pregiudizi, hanno così dislocato stabilmente la disciplina, affidandola ai giuristi. Che ora però ne deprecano la marginalità, biasimano il crescente disinteresse da parte dei giovani utenti e faticano talvolta a conservare un organico decente nella facoltà di giurisprudenza.

Queste mie riflessioni conclusive tentano perciò di recuperare e tener conto di una verità scomoda, ma indiscutibile: che se tutti (*scil.* i futuri giuristi da una parte, come i futuri storici, filosofi, ecc. dall'altra) hanno sete di storia del diritto, non a tutti la stessa storia serve. Con quanto di regola abbiamo insegnato finora fu sì sedata la sete dei primi, ma molto spesso con una bevanda destinata piuttosto ai secondi.

Ora i primi, i futuri giuristi, ci chiedono di cambiare qualcosa. Non è che si attendano però da noi una storia, come l'aveva sognata nella sua prolusione accademica del 1875 Karl v. Amira, o come viene oggi reclamata un po' ovunque dagli apostoli della «*Historisierung*» della disciplina. Nemmeno sembrano impazienti di partecipare alle più o meno allegre manovre 'europee' indette dai neopandettisti. Basterebbe loro molto meno, uno strumento per captare il tempo, proprio quel tempo che senza pausa freme, scompagina, cambia e riaggrega quanto loro, nel presente, valutano, giudicano, dispongono. Ossia una storia per orientarsi in tanto subbuglio, una bussola per non smarrirsi *nel loro presente di giuristi*. Quella invece che rincorre luci ed ombre dei millenni, che in un tripudio di sapienzialità celebra la nascita della scienza giuridica e le sue legendarie conquiste, non serve tanto a loro, ma a chi nei millenni si specchia e della loro eredità si nutre. Ossia: a chi vive un altro modo di percepire il tempo.

JEAN-LOUIS HALPÉRIN

DE LA VENGEANCE PRIVÉE À LA JUSTICE PUBLIQUE. HISTOIRE ET LIMITES D'UN SCHEMA ÉVOLUTIONNISTE

1. Introduction. — 2. De la vengeance privée à la justice privée, sur les traces de l'histoire de la peine par les juristes de langue allemande. — 2.1. L'entrée en scène de la vengeance privée. — 2.2. Un tournant vers l'universalité de la *Selbsthilfe* ? — 3. Des conceptions plus nuancées vers la déconnexion entre peine et vengeance. — 3.1. Un débat amplifié, mais confus, sur les origines de la peine. — 3.2. Quels enseignements pour l'histoire du droit pénal ?

1. *Introduction.*

« Tout le monde sait ou croit savoir que le droit pénal a commencé par la vengeance privée [...] Il y a sous ce rapport des idées qui sont courantes et qui fournissent des formules toutes faites. Peut-être les formules ne sont-elles pas sans prêter à quelques erreurs. Elles présentent trop les choses en raccourci » (1). Cette citation de Saleilles, dans son ouvrage sur *L'individualisation de la peine* en 1898, questionnait un schéma historique qui apparaissait comme un lieu commun aux juristes européens de la fin du XIX^e siècle: le droit pénal aurait commencé avec la vengeance privée. La même année, Juliusz Makarewicz publiait dans les *Archives d'anthropologie criminelle* un article sur l'« évolution de la peine », dans lequel il allait encore plus nettement à contre-courant, en affirmant que « la peine n'a pas son origine dans la vengeance personnelle » (2). De manière significative les deux textes de Saleilles et de Makarewicz furent recensés par Paul Fauconnet, un des disciples

(1) R. SALEILLES, *L'individualisation de la peine*, Paris, 1898, p. 23.

(2) J. MAKAREWICZ, *Évolution de la peine*, in « Archives d'anthropologie criminelle, de criminologie et de psychologie normale et pathologique », 13 (1898), p. 136.

d'Émile Durkheim, dans *L'Année sociologique* (3). Au croisement des réflexions juridiques, historiques et sociologiques, nous avons, dans ces publications de 1898, les indices d'un débat sur les relations entre la vengeance privée et les origines de la justice pénale.

En France, la thèse des origines du droit pénal dans la vengeance privée a paru triompher dans la première moitié du XX^e siècle. Les romanistes, Cuq et Huvelin (4), puis Girard et Monier (5), s'y sont ralliés, allant même dans certains cas jusqu'à parler de « justice privée » pour les procédures archaïques. Cette expression de « justice privée » est érigée en catégorie juridique dans la thèse d'Alexandre Vallimaresco, *La justice privée en droit moderne* (1926) (6). Cet auteur veut montrer qu'il y a eu différentes formes de justice privée dans l'histoire (notamment en droit romain aux origines de la peine) jusqu'à la consécration d'un droit extrajudiciaire du créancier sur les biens de son débiteur par le Code civil allemand (BGB § 229 sur la *Selbsthilfe*). À la lecture de ces textes en français,

(3) « L'Année sociologique », 2 (1898), p. 358 et p. 364, Paul Fauconnet considèrerait néanmoins qu'il était difficile de tirer des idées générales de l'article de Makarewicz.

(4) É. CUQ, *Les Institutions judiciaires des Romains*, Paris, 1891, p. 407 (où il parle de formes destinées à subordonner « l'exercice de la justice privée à l'existence d'un droit incontestable et publiquement affirmé » et 422 (où la *manus injectio* est qualifiée d'« acte solennel de justice privée »); P. HUVELIN, *Cours élémentaire de droit romain*, Paris, 1927, pp. 126-131 et 355.

(5) P.-F. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, Paris, 1929, 2^e partie, p. 1025 et s. parle, à propos de l'origine de la procédure civile, de « l'habitude de se faire justice, de s'assurer à soi-même selon ses forces et à son gré la satisfaction du droit qu'on estime avoir, la réparation du tort qu'on juge avoir subi ». Il considère que le mouvement obligeant à demander justice aux tribunaux a commencé par des dispositions législatives et « ne s'est peut-être jamais complètement achevé ». Les premières procédures se seraient effectuées sans procès, par l'action publique et ritualisée de la victime. R. MONIER, dans son *Manuel élémentaire de droit romain*, Paris, 1947, vol. I, pp. 127-128, est encore plus explicite: les « peuplades primitives » ont connu un « système de justice privée », comme en attesteraient les « vieilles coutumes grecques » et les « usages des Germains ». La loi des XII Tables, tout en imposant « l'arbitrage obligatoire par l'État » aurait admis encore la « justice privée » contre le voleur pris en flagrant délit.

(6) A. VALLIMARESCO, *La justice privée en droit moderne*, Paris, 1926: il s'agit de l'édition imprimée de sa thèse de doctorat à l'Université de Paris avec une préface du civiliste René Demogue. C'est pp. 15-16 que Vallimaresco considère, en s'appuyant sur Jhering que la vengeance privée est à l'origine de la peine.

mais aussi d'autres de la même époque en italien (7), on ressent le besoin de clarification sur les expressions « vengeance privée » et « justice privée » et la place qu'on a pu leur accorder dans l'histoire du droit pénal (8).

Pour déterminer à partir de quels auteurs et de quelle époque cette idée des origines du droit pénal dans la vengeance privée est apparue, comment elle s'est développée, dans quelle mesure elle a été critiquée et quelles traces elle peut avoir encore aujourd'hui dans nos perceptions de l'histoire du droit pénal, nous proposons ici une enquête sur le traitement de ce thème par les doctrines pénales qui ont connu un extraordinaire essor en Europe dans la période de 150 ans qui va de la publication de *Dei delitti e delle pene* (1764) de Beccaria au début de la Première Guerre mondiale.

De 1764 à 1914, la littérature sur le droit pénal, émanant de juristes de plus en plus spécialisés avec l'essor des chaires de droit pénal dans les facultés de droit en Italie, en Allemagne et en France, mais aussi de théoriciens du droit plus généralistes (de Filangieri et Romagnosi à Saleilles en passant par Bentham et Jhering), de philosophes (Kant, Fichte, Hegel, Cousin, Schopenhauer, Nietzsche), de spécialistes de la science pénitentiaire (Lucas, Tocqueville, Julius, Beltrani Scalia), plus tard de criminologues (Lombroso, Tarde) ou de sociologues (Durkheim, Steinmetz), a

(7) En Italie, un des premiers emplois de l'expression *giustizia privata* pour caractériser les débuts du droit pénal à Rome nous semble se trouver dans la traduction par P. BONFANTE de l'*Abriss des römischen Staatsrecht*, Leipzig, 1893 de Mommsen: *Disegno del diritto pubblico romano*, trad. Pietro Bonfante, Milano, 1904, p. 276 (alors que Mommsen parle de *privat-Selbsthülfe*). Le traducteur française, Duquesne, du *Römisches Strafrecht* (1899) de Mommsen a également traduit *Selbsthülfe* en justice privée, dans *Le droit pénal romain*, Paris, 1901, p. 69. Dans le *Digesto italiano* (Torino, éd. 1895-1899) il est question de la '*vendetta privata*' dans les articles '*Composizioni (Sistema delle)*' (vol. 7.3, pp. 529-543 par l'historien du droit Giuseppe Salvioli), '*Difesa Legittima*' (vol. 9.2, pp. 355-451 par l'avocat Vittorio Positano de Vincentiis sceptique sur l'histoire primitive d'un « droit de défense » dans des groupements humains sans règles de droit) et '*Faida*' (vol. 11, pp. 10-16 par l'historien des Glossateurs Giovanni Battista Palmieri) mais il n'y a pas d'article particulier sur ce sujet.

(8) C. LETOURNEAU, *L'évolution juridique des diverses races humaines*, Paris, 1891 voit bien dans le talion la première forme de « justice réglée » au sortir de l'anarchie, et parle de l'homicide comme affaire privée (p. 88) ou de vengeance privée (p. 168), sans utiliser l'expression « justice privée ».

connu une explosion quantitative extraordinaire. Dès 1838, pour les seuls textes en allemands (ou les dissertations en latin dans les facultés de langue allemande), le juriste du Wurtemberg Friedrich Kappler recensait plus de 8 800 titres ⁽⁹⁾. La collection de livres du séminaire de Franz Liszt (1851-1919), conservée à la bibliothèque de l'Université de Berlin, contenait plus de 12 000 ouvrages de droit pénal. L'on peut estimer cette littérature de droit pénal à 20 000 livres entre 1764 et 1914, dont la moitié en allemand, l'autre moitié se répartissant de manière décroissante entre l'italien, le français, l'espagnol, le portugais ou le néerlandais. Si tous ces ouvrages ne portaient pas sur les fondements du droit pénal, 560 concernaient les aspects philosophiques et théoriques du droit pénal pour la seule période 1780-1850 en Allemagne ⁽¹⁰⁾. De manière surprenante, les textes théoriques et philosophiques de la fin du XVIII^e siècle et du début du XIX^e siècle ne parlaient guère d'histoire et ne comportaient pas ou peu de développements sur l'origine des peines. C'est progressivement, à partir des années 1820 en Allemagne et plutôt dans la deuxième moitié du XIX^e siècle dans le reste de l'Europe, que l'intérêt pour les droits archaïques (particulièrement ceux de Rome et des peuples germaniques) ou primitifs (des peuples extra-européens) a fait une place de plus en plus importante à la réflexion sur les origines de la peine et de la justice pénale en donnant un rôle de premier plan à la vengeance privée. La comparaison entre ces droits « primitifs » a conduit progressivement à envisager, puis à tenter de réaliser, une histoire « universelle » du droit pénal susceptible de dégager des lois d'évolution, comme celle du passage de la vengeance (ou justice) privée à la justice pénale proprement dite ⁽¹¹⁾.

⁽⁹⁾ FR. KAPPLER, *Handbuch der Literatur des Criminalrechts und dessen philosophischer und medizinischer Hülfswissenschaften*, Stuttgart, 1838.

⁽¹⁰⁾ S. KESPER-BIERMANN, D. KLIPPEL, *Philosophische Strafrechtswissenschaft und Gesetzgebung. Die Neubegründung des Strafrechts zu Beginn des 19. Jahrhunderts*, in S. Kesper-Biermann, D. Klippel (Hg.), *Kriminalität in Mittelalter und frühe Neuzeit. Soziale, rechtliche, philosophische Aspekte*, Wiesbaden, 2007, p. 217.

⁽¹¹⁾ S. STÜBINGER, *Die Stellenwert der Schuld in Rahmen der Geschichtsschreibung zur Entstehung des öffentlichen Strafrechts*, in *Die Durchsetzung des öffentlichen Strafanspruchs: Systematisierung der Fragestellung*, K. Lüderssen (Hg.), Köln-Weimar-Wien, 2002, pp. 196-197 voit l'origine de cette idée d'une histoire universelle du droit (pénal) chez P.J.A. FEUERBACH, *Blick auf die deutsche Rechtswissenschaft: eine Vorrede*,

À travers une enquête dans la littérature de droit pénal de 1764 à 1914 (et pas seulement dans celle qui relève de l'histoire du droit proprement dite) fondée sur l'exploitation d'une centaine d'ouvrages en allemand, italien et français ⁽¹²⁾, nous voulons rechercher l'origine de cet intérêt pour les rapports entre la vengeance et droit pénal, analyser le parcours de ces doctrines (essentiellement en langue allemande, même si les expressions « justice privée »/ *giustizia privata* sont française et italienne pour traduire l'allemand *Selbsthilfe*) pour mieux comprendre où est né le schéma évolutionniste du passage de la vengeance à la peine ou pour certains auteurs de la justice privée à la justice publique, par quelles voies ce schéma est devenu un lieu commun ⁽¹³⁾, mais aussi comment il a été critiqué à la fin du XIX^e siècle avec des arguments qui peuvent être pris en compte par la recherche historique aujourd'hui. Cette étude prend le risque de « faire parler » quelques lignes ou des développements dans des textes plus longs qui ne correspondent pas toujours à une doctrine ferme et bien établie, alors même que l'expression « justice privée » n'a pas été tout de suite utilisée. Nous pensons néanmoins que le recours à ces expressions, même sans justification, témoigne de l'acculturation d'un certain schéma de pensée, qu'il est révélateur d'une évolution dans les rapports entre la dogmatique pénale et l'histoire du droit pénal. En retraçant l'histoire doctrinale de ce schéma évolutionniste (2), puis de sa remise en cause ou de son déplacement dans des textes plus récents (3), nous souhaitons

München, 1810, p. 10 (sans référence particulière au droit pénal) et K. Th. WELCKER, *Die letzten Gründe von Recht, Staat und Strafe*, Giessen, 1813 (qui parle de la vengeance et de la *Selbsthilfe*, notamment pp. 105-106, mais donne le premier rôle dans l'apparition du droit pénal à Rome à la religion et à l'atteinte au droit sacré, p. 538), mais reconnaît qu'elle n'a été développée que par des travaux de la fin du XIX^e siècle, comme ceux de Günther et Makarewicz.

⁽¹²⁾ Nous avons utilisé le corpus étudié du point de vue de la circulation des œuvres de droit pénal entre 1764 et 1914 dans notre article *Doctrinal circulations in criminal law 1764-1914*, in « Comparative Legal History », 2023, DOI: 10.1080/2049677X.2023.2270387 en y ajoutant des auteurs allemands (comme Brückner et Schmalz) et italiens (comme Pagano, Vecchioni ou Raffaelli) qui avaient abordé le thème de la vengeance aux origines de la pénalité.

⁽¹³⁾ Au point d'être repris récemment par D. ALLAND, V^o *Justice privée (droit de se faire justice à soi-même)*, in *Dictionnaire de la culture juridique*, D. Alland, S. Rials (dir.), Paris, 2003, pp. 907-910.

apporter une contribution à la question plus générale du vocabulaire employé dans l'élaboration de travaux d'histoire du pénal recourant à la technique de l'idéal-type.

2. *De la vengeance privée à la justice privée, sur les traces de l'histoire de la peine par les juristes de langue allemande.*

Les débats sur les fondements de la peine se sont développés dans la dogmatique juridique européenne depuis la fin du XVIII^e siècle en opposant globalement les utilitaristes (Beccaria, Bentham), qui mettaient en avant la fonction préventive de la peine, et les partisans de la justice (Kant, Hegel, Rossi) qui insistaient sur sa fonction rétributive. La vengeance, relativement peu présente dans ces premiers débats sur les fondements du droit de punir, fait son entrée dans l'histoire de la peine avec Hegel et surtout Abegg, avant de s'épanouir dans l'*Esprit du droit romain* de Jhering, dans une formulation qui donna lieu à des problèmes de traduction en français et en italien. Si l'histoire du droit des Germains a joué un rôle indéniable dans cette prise en compte de la vengeance⁽¹⁴⁾, les études des juristes allemands relatives au droit romain tiennent une place qui a été jusque-là négligée.

2.1. *L'entrée en scène de la vengeance privée.*

L'histoire du droit n'est guère présente dans les travaux fondateurs d'une doctrine pénale à la fois critique et théorique en Italie, depuis Beccaria jusqu'à Romagnosi. Beccaria utilise la figure classique (depuis Hobbes) du contrat social, en disant seulement que les hommes ont été fatigués de vivre dans l'état de guerre et ont sacrifié une partie de leur liberté au souverain qui assure leur tranquillité avec le droit de punir; il parle du besoin de moyens sensibles (les peines) pour réfréner les passions dans le premier paragraphe de son

(14) J.-M. MOEGLIN, *Le « droit de vengeance » chez les historiens du droit au Moyen Âge (XIX-XX siècles)*, in *La Vengeance 400-1200*, D. Barthélemy, Fr. Bougard, R. Le Jan (dir.), École française de Rome, 2006, pp. 101-148 relève l'importance de l'ouvrage de Rogge (1820) sur la justice des Germains, sa critique par Guizot en 1829 comme sa discussion par les historiens du droit allemand de Wilda à Waitz et Brunner.

livre, en fait très bref sur l'origine des peines ⁽¹⁵⁾. La peine ayant, pour Beccaria, un but essentiellement préventif, comme chez Grotius et Pufendorf ⁽¹⁶⁾, elle n'est en rien une expression de vengeance de la victime lésée.

Le schéma du contrat social est repris par Filangieri, dans sa *Scienza della legislazione* (1780-1788) pour expliquer que les individus ont cédé à la société leur droit primitif de punir les autres (ainsi que leur propre indépendance) en échange de la sécurité. De ce fait le criminel, qui a agi par excès d'indépendance, perd ses droits à être protégé lui-même. À la différence de Beccaria, Filangieri parle de la vengeance comme une passion, dont les lois doivent être exemptes. De plus la vengeance regarde vers le passé, alors que la peine regarde vers l'avenir ⁽¹⁷⁾. Pour autant Filangieri esquisse rapidement un schéma d'évolution historique: la vengeance a été d'abord sans limite dans l'état de barbarie, avant d'être remplacée par le talion (correspondant à l'émergence du *jus scriptum*), les lois pénales sont devenues progressivement le « bras » ou « l'épée » de l'offensé, alors que les « délits d'État » (*delitti di stato*) ne concernaient au départ que des atteintes à la religion (le *supplicium* étant une prière d'expiation). La vengeance a ainsi précédé le droit pénal, mais on ne peut pas dire qu'elle soit présentée comme son origine.

Il n'y a pas davantage d'histoire du droit pénal dans *Genesi del diritto penale* (1791) de Romagnosi, malgré son titre. Il s'agit d'une étude abstraite et philosophique divisée en paragraphes sans référence à des événements historiques ou à des normes concrètes. Selon Romagnosi, il n'y a pas de droit dans l'état primitif de solitude et donc pas de droit de se venger du mal passé. Il critique ceux qui donnent une définition trop vague de la peine comme le droit d'infliger un châtement au délinquant pour un mal passé, ce qui ne

⁽¹⁵⁾ C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, Livourne, 1766⁵, pp. 5-6. Le terme de *vendetta* n'est pas employé par Beccaria.

⁽¹⁶⁾ H. GROTIUS, *De jure belli ac pacis*, livre II, chapitre XX, trad. fr. Pradier-Foedéré, 1867 (rééd. Paris, 1999), pp. 448-453; S. PUFENDORF, *Le droit de la nature et des gens*, livre VIII, chapitre III, § 7 à 9, trad. fr. J. Barbeyrac, Bâle, 1732, pp. 380 à 385 (le pouvoir de punir appartient au Souverain en vertu de sa supériorité et non d'un transfert d'un droit naturel des parties au contrat de société).

⁽¹⁷⁾ G. FILANGIERI, *La Scienza della legislazione*, ed. a cura di Vittorio Frosini, Roma, 1984, vol. I, pp. 538-540 et pp. 572-581.

fait pas de différence avec la *vendetta* (18). Filangieri est jugé trop subtil sur le droit de l'agresseur de ne pas être agressé. De toute façon, la *vendetta* est inutile: on ne peut procurer aucune correction du mal passé, ni aucune sécurité entre personnes sans l'existence d'un pouvoir supérieur. La vengeance est envisagée de manière négative: dans l'état d'« *insocialità* » des sauvages qui s'en prennent injustement à l'assaillant, la vengeance ne sert pas de frein aux violences et conduit au contraire à un cycle de violences aggravées (19). Comme le passage à l'état de société repose sur une agrégation d'égaux qui donnent à la société le droit de se défendre elle-même, le droit pénal ne dérive pas des rapports de force du passé et la vengeance ne peut être le but de la peine (20). Il est notable qu'aucun de ces trois juristes italiens ne fasse référence à Vico qui, à propos des duels, voyait dans les représailles une forme de jugement dans l'âge héroïque avant l'établissement du droit de la nature et des gens (21). Le schéma évolutionniste de Vico est absent de ces textes italiens de la fin du XVIII^e siècle sur les fondements du droit de punir qui ne comportent aucun développement historique sur le droit archaïque.

La mention de la vengeance apparaît davantage dans les textes publiés au début du XIX^e siècle des juristes napolitains comme l'avait remarqué Carrara (22). Dans l'œuvre posthume de Pagano, *Principii del codice penale*, la peine est définie comme la perte d'un droit et la conséquence d'une « *publica vindicta* » selon l'expression des jurisconsultes romains. Le « bras » vengeur de l'offensé a été remplacé, dès la loi des XII tables, par celui de la cité (23). Le magistrat Carlo Vecchioni est plus explicite en 1815 dans sa volonté de ne pas réduire la vengeance à une passion odieuse. Pour Vec-

(18) G. ROMAGNOSI, *Genesi del diritto penale*, Pavia, 1791, p. 17.

(19) *Ibid.*, p. 90.

(20) *Ibid.*, pp. 110-118.

(21) G. VICO, *Principi di scienza nuova*, Napoli, 1744, libro quarto, p. 432 (Vico employait le terme de *vendetta* uniquement pour les temps homériques, p. 383 et 404).

(22) Fr. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale* (1859), Lucca, 1871⁵, p. 384 citant Pagano, Vecchioni, Raffaelli, Bruckner et, de manière plus surprenante, Hume et Romagnosi parmi les partisans de la vengeance comme fondement du droit pénal.

(23) Fr. PAGANO, *Principii del codice penale*, Napoli, 1806 (la première édition, posthume est de 1803), pp. 17-18.

chioni, la vengeance personnelle (*vendetta personale*) a régné dans les sociétés sans lois ni magistrats, avant d'être régulée par les premières associations humaines et d'être transformée en punition ou *vendetta pubblica* par les sociétés dotées d'institutions publiques. Vecchioni n'en relève pas moins que la vengeance a fleuri dans toute l'Europe à l'époque de l'anarchie féodale, de même que chez les peuples « sauvages » comme les tribus arabes et qu'elle a pu subsister dans des parties de l'Italie où la justice n'est pas exercée de manière régulière (24). Raffaelli évoque aussi ce passage de la *vendetta privata* à la *vendetta pubblica* à la faveur de la transition de l'état sauvage aux sociétés constituées, mais sans donner d'exemple historique et en relevant la cruauté et l'inefficacité de la vengeance (25).

En contraste avec les textes de ces juristes italiens, il est bien connu que Kant a fait un surprenant éloge du talion comme base de la rétribution pénale (26). Pour Kant, l'impératif catégorique de la justice doit prévaloir sur l'utilisation de l'homme comme moyen et le degré du châtement. Si Kant ne traite pas, dans ce passage de la *Doctrine du droit* (1797), du fondement du droit de punir (ce qui n'exclut pas le rôle de la prévention dans sa conception du droit pénal), il considère que la détermination de la peine n'a d'autre mesure que le principe d'égalité. Tout en reprenant certaines catégories juridiques romaines, comme la distinction entre crimes privés (comme l'abus de confiance) et crimes publics (comme le vol), il ne présente aucun schéma historique d'apparition de la peine. Pour Kant les lois étaient absentes dans l'état de nature (le *natiirliches Recht* n'a pas de portée juridique et se différencie du *Naturrecht* modèle idéal pour le droit positif), qui n'était pas juridique, et seule l'entrée dans l'état civil a créé l'État comme unification d'une multitude sous des lois juridiques (27). Dans la partie de la *Méta-*

(24) C. VECCHIONI, *Pensieri intorno ad una teoria di legislazione penale*, Napoli, 1815, pp. 48-56.

(25) G. RAFFAELLI, *Nomotesia penale*, Napoli, 1824, vol. IV, pp. 12-13.

(26) I. KANT, *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*, Frankfurt am Leipzig, 1797, § 49, E1, pp. 195-206; Id., *Doctrine du droit*, trad. fr. Joëlle et Olivier Masson, in E. KANT, *Œuvres philosophiques*, Paris, 1986, vol. 3, pp. 600-608; Id., *La metafisica dei costumi*, trad. it. G. Vidari, Bari, 1983, pp. 164-172.

(27) D. TAFANI, *Kant e il diritto di punire*, in « Quaderni fiorentini », 29 (2000), pp. 55-84, notamment p. 65.

physique des mœurs consacrée à la « Doctrine de la vertu », Kant a bien veillé à écarter du châtement des crimes tout « acte d'autorité privée de la part de l'offensé »: dans un « état juridique », nul n'a le droit d'infliger des châtements ou de se venger, la vengeance n'appartenant qu'à Dieu ⁽²⁸⁾. Cette exclusion de la vengeance dans l'analyse du droit pénal est un trait commun aux maîtres de l'École du droit naturel moderne depuis Pufendorf et Wolff (ce dernier allant même jusqu'à considérer que la rétribution était prohibée et contestant la notion de *jus talionis* ⁽²⁹⁾) et se retrouve à la même époque chez le juristes Hufeland ⁽³⁰⁾ et le philosophe Heydenreich ⁽³¹⁾. Dans le sillage de Kant, les pénalistes allemands, héritiers des Lumières affirment que la peine n'est en rien une vengeance: Feuerbach, dans une brève note de son manuel de droit pénal, différencie la peine de la vengeance et écarte même toute discussion (jugée inutile) sur un éventuel droit pénal naturel ⁽³²⁾. Vingt ans plus tard en 1821, Spangenberg, un des premiers partisans de l'amendement du criminel (la *Besserungstheorie*), s'insurge contre les théories de Bentham et de Basil Montagu et tient à distinguer clairement la peine de la vengeance ⁽³³⁾.

Il est vrai qu'il existe à la même époque un petit groupe de

⁽²⁸⁾ KANT, *Œuvres philosophiques, op. cit., Doctrine de la vertu*, § 36, p. 756. Ce refus de la vengeance, opposée radicalement au droit de punir, se trouve aussi chez C. WOLFF, *Institutions du droit de la nature et des gens*, § CLV, éd. latine et française, Leide, 1772, pp. 294-295, mais Wolff en tirait le refus de la rétribution (*Wiedervergeltung*) à la différence de Kant (n. 23).

⁽²⁹⁾ Ch. WOLFF, *Grundsätze des Natur- und Völkerrechts*, Halle, 1754, § 155, pp. 98-99.

⁽³⁰⁾ G. HUFELAND, *Lehrsätze des Naturrechts*, Jena, 1790, § 163 p. 174, qui exclut le droit à la vengeance pour récupérer une propriété.

⁽³¹⁾ K.H. HEYDENREICH, *System des Naturrechts nach Kritischen Prinzipien*, Leipzig, 1801², pp. 186-187 relève que la vengeance cherche à rendre le mal pour le mal, sans tenir compte si le mal infligé à celui qui se venge résulte d'un droit naturel ou d'un *Unrecht*.

⁽³²⁾ P.J.A. FEUERBACH, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland Peinlichen Rechts*, Giessen, 1801, § 19, p. 17. En 1810 Feuerbach en appelle à une étude historique du droit pénal mais sans donner de piste en ce sens.

⁽³³⁾ E.P.J. SPANGENBERG, *Über die sittliche und bürgerliche Besserung der Verbrecher, mittels der Pönitentiarsystem*, Landshut, 1821, pp. 22-30. Le passage visé est B. MONTAGU *Some Enquiries respecting the Punishment of Death for Crimes without Violence*, London, 1818, p. 40 et 103.

théoriciens du droit naturel qui évoquent un « droit de vengeance ». Les professeurs de Göttingen, Claproth et Schmauss considéraient que l'homme, éprouvant un légitime désir de se venger des agressions, avait le droit de se défendre dans l'état de nature et que ce droit, avant de passer aux autorités judiciaires dans l'état civil, permettait de se faire justice à soi-même⁽³⁴⁾. L'idée d'un « droit de se venger » qui n'est pas interdit par le droit naturel se trouvait aussi chez le professeur de droit (qui finit sa carrière à Berlin lors de la fondation de l'Université en 1810), Theodor Schmalz. Dans un court paragraphe de son droit naturel pur, Schmalz écrit en 1795 que la vengeance sans but est abominable (*abscheulich*), mais qu'elle n'est pas contraire au droit naturel: avant l'établissement d'une justice faisant prévaloir la morale, il y a bien un droit à la vengeance⁽³⁵⁾. L'idée est davantage développée dans l'ouvrage, paru en français en 1810 et 1818, du conseiller aulique Johann August Bruckner (1751-1836)⁽³⁶⁾. Ce publiciste, qui fait l'éloge de Kant, dit s'en éloigner en opposant le droit et la morale fondée sur l'obligation. Selon Bruckner, l'homme est blessé dans sa « dignité » par le crime, le ressentiment et la vengeance sont fondés dans la nature. Le « droit de vengeance » est un droit primitif, résultant d'un mouvement légitime que la moralité ne réproouve pas, en revanche la vengeance

⁽³⁴⁾ J. Ch. CLAPROTH, *Grundriss des Rechts der Natur*, Göttingen, 1749, pp. 126-128; J.J. SCHMAUSS, *Neues Systema des Rechts der Natur*, Göttingen, 1754, pp. 489-490 qui justifie à la fois la vengeance divine et le droit de vengeance de l'homme qui peut désirer la justice (*Justiz begehren*) face à l'*Unrecht* en l'absence de juge. Sur ces auteurs, M. REULECKE, *Gleichheit und Strafrecht im deutschen Naturrecht des 18. und 19. Jahrhunderts*, Tübingen, 2007, p. 180. On trouve également la justification du droit de se défendre et de la vengeance dans un texte de J. Fr. Runde en 1776 pour la peine de mort (contre les arguments abolitionnistes de Beccaria) in J. Fr. PLITT, *Repertorium für das peinliche Recht*, Frankfurt am Main, 1786, p. 283.

⁽³⁵⁾ T. SCHMALZ, *Das reine Naturrecht*, Königsberg, 1795, p. 76; ce texte est cité à travers une réédition de 1831 par le philosophe français Tissot.

⁽³⁶⁾ J.A. BRUCKNER, *Essai sur la nature et l'origine des droits*, Leipzig, 1810¹, 1818² « en toute conforme à la première » en 1810, date de l'avant-propos. Cet ouvrage est cité par William Bélième (*Philosophie du droit ou Cours d'introduction à la science du droit*, Paris, 1844, p. 401) et Heinrich Ahrens (*Cours de droit naturel*, Bruxelles, 1850), ainsi que par le juriste portugais Levy Maria Jordão (*Fundamento do direito do punir*, Coimbra, 1853, rééditée dans « Boletim da Faculdade de Direito », 51 (1975), pp. 292-314) dans sa dissertation de 1853 sur le fondement du droit de punir (peut-être sa connaissance vient de la lecture de Bélième).

n'est plus légitime lorsqu'elle est arbitraire et se transforme en passion haineuse. Pour ne pas être un abus la vengeance doit être soumise à la règle de la proportionnalité de l'expiation, devenant châtement et punition: « on doit tirer de ceci la conséquence, que le droit de punir a sa source dans le droit de vengeance, et qu'il est ce droit lui-même, mais ramené à une règle, qui doit le préserver de devenir arbitraire » (37). Bruckner réfute les objections prétendument tirées de la moralité contre le droit de vengeance: ni Dieu, ni la société ne pourraient avoir un droit qui n'appartient à personne, le droit de vengeance appartient à l'homme « en sa qualité de personne juridique » et la vindicte est l'effroi du méchant (38). C'est un des premiers textes qui voit expressément dans la vengeance l'origine du droit de punir et non pas une caractéristique de l'état de nature qui n'aurait plus vraiment sa place dans l'état civil.

Toutefois, le texte de Bruckner ne pouvait atteindre à la renommée de philosophes aussi connus que Kant et Hegel. C'est chez ce dernier que la vengeance acquiert un rôle de premier plan dans la lutte entre le droit (*Recht*) et le déni de droit (*Unrecht*, un terme qui n'est pas employé par Kant, mais était déjà utilisé par d'autres jusnaturalistes au XVIII^e siècle comme Schmauss). La question des origines de la peine est traitée au § 102 des *Grundlinien der Philosophie des Rechts* (1821): dans la dialectique, la vengeance est la première forme de l'abolition du crime, qui a été ensuite réglée par le droit sous la forme de la rétribution, comme en attestent la punition des crimes privés avec l'exemple du vol chez les Juifs et les Romains. Le rôle donné à la victime dans les crimes privés montre que la peine conserve encore une part de vengeance dans ces droits de l'Antiquité, ce que les théoriciens du droit naturel n'avaient pas mentionné. Pour autant Hegel considère la vengeance comme l'acte d'une volonté subjective, qui a l'inconvénient de se transmettre de génération en génération et de devenir illimitée. Il faut ensuite (dans la forme politique de l'État qui intéresse seule l'histoire, avant l'État il n'y aurait que préhistoire) que le tribunal prenne en charge de poursuivre le châtement du criminel pour que la punition (en tant

(37) BRUCKNER, *Essai sur la nature et l'origine des droits*, op. cit., 1818² pp. 275-280 (1810¹ p. 280).

(38) *Ibid.*, pp. 301-310.

que réconciliation dans le droit) remplace la vengeance ⁽³⁹⁾. Tout en rejetant la vengeance dans les formes pré-étatiques, Hegel ouvrait la voie en parlant des Juifs et des Romains à des recherches historiques sur la place de la vindicte dans les droits archaïques. Il est notable qu'Hegel ne parlait pas dans ce texte de la vengeance chez les peuples germaniques: à cette époque, seul Eichhorn, dans sa *Deutsche Staat- und Rechtsgeschichte* et August Rogge dans son ouvrage intitulé *Über das Gerichtswesens der Germanen* avaient traité, assez rapidement, de la place de la vengeance (*Privathülfe*, *Selbstrache* assimilée à la *faide* ou *Fehde*) dans l'ancien droit germanique ⁽⁴⁰⁾. Rogge avait cependant conclu que rien n'était plus étranger aux Germains que le droit pénal ⁽⁴¹⁾ et aucun auteur n'avait évoqué le rôle de la vengeance dans le droit romain.

C'est précisément cette recherche historique en droit romain que débute Julius Abegg (1796-1868) qui avait été élève de Savigny, Biener et Hegel à Berlin avant de devenir professeur à Königsberg, puis à Berlin ⁽⁴²⁾. Abegg fait en 1823 sa dissertation en latin sur l'ancien droit pénal romain, *De antiquissimo Romanorum jure criminali*. Citant Savigny et Hugo il affirme qu'aucun peuple, aussi barbare soit-il, n'est privé de droit; chez les hommes des peuples incultes, il y a des notions générales de droit, mais elles ne portent pas sur le droit et la justice des peines. Dans ces conditions, il n'y avait pas de jurisprudence criminelle romaine dans les temps anciens, la *vindicta privata* était conçue de manière subjective, elle donnait lieu à un nouveau crime, car on ne peut être à la fois juge et

⁽³⁹⁾ G.W.Fr. HEGEL, *Principes de la philosophie du droit*, trad. fr. Jean-François Kervégan, Paris, 1998, § 102 pp. 183-184 et § 220, p. 289; *Lineamenti di filosofia del diritto*, trad. it. Giuliano Marini, Bari-Roma, 1999, p. 92 et 177.

⁽⁴⁰⁾ K.Fr. EICHORN, *Deutsche Staats- und Rechtsgeschichte*, Göttingen, 1818², § 76, p. 213.

⁽⁴¹⁾ A. ROGGE, *Über das Gerichtswesen der Germanen. Ein Germanistisches Versuch*, Halle, 1820, p. 29. MOEGLIN, *Le « droit de vengeance » chez les historiens du droit au Moyen Âge*, *op. cit.*, pp. 115-121 analyse le caractère provocant de cet ouvrage qui insiste sur la liberté des Germains et la volonté de réconciliation par la composition qui limite la faide.

⁽⁴²⁾ M. RAMB, *Strafbegründung in den Systemen der Hegelianer*, Berlin, 2005, pp. 52-100.

vindex, au risque d'entraîner un cycle de violences ⁽⁴³⁾. Cette analyse, très proche de celle de Hegel (dont Abegg a soutenu les positions dès 1823) ⁽⁴⁴⁾, s'appuie sur des textes de droit romain et leurs interprètes récents, notamment Dirksen (qui avait été élève de Thibaut et Savigny, enseignait à Königsberg et fit plus tard une édition de la loi des XII Tables en 1824) dans le développement de ses *Civilistische Abhandlungen* ⁽⁴⁵⁾ sur la *vindicta privata*. Abegg fait référence à l'usage du talion dans la loi des XII tables, à Gaius III, § 223 sur le *membrum ruptum*, il parle du droit du père et du mari (le père pouvant tuer sa fille et son amant, le mari seulement l'amant) de tuer l'auteur d'un adultère pris en flagrant délit, comme exemple de vengeance privée selon la *lex Julia*, ainsi que du droit de tuer le voleur nocturne d'après la loi des XII Tables. Il affirme avoir suffisamment prouvé que la *vindicta privata* était le début et le fondement du droit de punir dont sont sorties les peines publiques, liées avec le pouvoir domestique, chez les Germains comme chez les Romains. Abegg nous paraît le premier à accorder à la vengeance privée (qu'il réproouve par ailleurs) autant de place dans les origines du droit pénal. Il réitère en 1826 dans son *System des Criminal-Rechts-Wissenschaft*, où il utilise le vocabulaire d'Hegel de *Recht* et *Unrecht*, et surtout dans *Untersuchungen aus dem Gebiet des Strafrechtswissenschaft* (1830) et *Die verschiedenen Strafrechtstheorien* (1835). Transposant le schéma conceptuel de Hegel en trois périodes historiques du droit pénal (de la famille, de la société civile, puis de l'État) ⁽⁴⁶⁾, Abegg insiste alors sur le caractère subjectif de ce sentiment (*Gefühl*) de vengeance qui donne lieu au talion à une

⁽⁴³⁾ J.F.H. ABECC, *De antiquissimo Romanorum jure criminali*, Königsberg, 1823, pp. 29-31, 39-41, 54.

⁽⁴⁴⁾ RAMB, *Strafbegründung in den Systemen der Hegelianer*, op. cit., p. 52.

⁽⁴⁵⁾ H.E. DIRKSEN, *Civilistische Abhandlungen*, Berlin, 1820, p. 104 sur les traces de la *Privatrache* dans la loi des XII Tables. La référence faite par Abegg à la *Römische Geschichte* de Niebuhr (dont la première édition date de 1811-1812) porte plus généralement sur les luttes entre patriciens et plébéiens.

⁽⁴⁶⁾ RAMB, *Strafbegründung in den Systemen der Hegelianer*, op. cit., pp. 79-82 relève que cette idée d'étapes historiques correspondant au développement du concept était absente chez Hegel.

époque où il n'y a pas encore de lois, mais où existe la possibilité d'une limitation du châtement par des pactes (47).

Une étape suivante intervient dix ans plus tard avec August Wilhelm Heffter (1796-1880, professeur à Bonn en 1823, à Halle en 1830, à Berlin en 1833) et son *Lehrbuch des gemeinen deutschen Criminalrechts*. Heffter (qui cite Kant, Hegel, mais aussi Rousseau, Filangieri ou Romagnosi ainsi que Bentham) ne se prononce pas sur le fondement philosophique du droit de punir (48). Il se montre même sceptique sur la fonction de la peine comme « convenance » qui paraît apporter une satisfaction à tous (aux personnes lésées comme aux sages) en citant un passage en français de la *Théodicée* de Leibniz (plus tard utilisé en 1878 par Jellinek) disant que la peine est « comme une belle musique ou une bonne architecture » contentant les esprits bien faits (49). Heffter va jusqu'à dire que si l'idée de la peine relève du droit naturel, l'apparition du droit pénal varie selon les lieux et les temps. Suit un petit passage sur l'histoire universelle (*Weltgeschichte*), peut-être influencé par Gans, qui montrerait l'impossibilité pour les hommes de connaître la justice divine (et paraît à ce titre récuser le droit mosaïque). Heffter passe ensuite au processus historique d'apparition du droit pénal chez les Grecs, les Romains et les Germains. Pour le droit romain Heffter parle en note de l'incomplétude des sources et de l'expansion, aux dépens de la *Selbstrache*, du pouvoir des tribunaux d'imposer une *sacratio capitalis* ou un *capitale iudicium* qui apparaît comme une expiation due aux dieux, en citant Dirksen, Abegg, Tacite sur les Germains et le philosophe Richter (*Das philosophisches Strafrecht*, 1829). À la place de la peine, la vengeance individuelle (*Selbstrache*) du lésé s'est

(47) J.F.H. ABEGG, *Untersuchungen aus dem Gebiet des Strafrechtswissenschaft*, Breslau, 1830, pp. 127-129, 138-153, 154-157 (puis dans le droit de Justinien jusqu'à la page 180).

(48) A.W. HEFFTER, *Lehrbuch des gemeinen deutschen Criminalrechts*, Halle, 1833, p. 8. Il réutilise la classification des théories en « absolues et relatives » apparue chez Eduard Henke à partir de 1811 et développée par Bauer en 1825. E. HENKE avait été un des premiers à souligner aussi le rôle de la vengeance dans l'ancien droit germanique, *Grundriss einer Geschichte des deutschen peinlichen Rechts*, Sulzbach, 1809, pp. 6-7.

(49) G.W. LEIBNIZ, *Essai de théodicée sur la bonté de Dieu, la liberté de l'homme et l'origine du mal*, Amsterdam, 1734², p. 123.

exprimée en vertu de la loi de la rétribution (*Wiedervergeltung*), puis ce droit est passé à l'État (par une médiation qui, en anéantissant le criminel indigne ou en lui faisant payer un prix, permet la réconciliation avec le droit ou avec la divinité) qui élimine partiellement puis totalement la vengeance⁽⁵⁰⁾. Cette présentation de la genèse du droit pénal, aussi bien chez que les Germains que chez les Romains, commence à devenir un lieu commun pour l'École historique du droit qui peut s'appuyer sur les travaux de Jacob Grimm, même s'il y est relativement peu question de vengeance⁽⁵¹⁾. On la trouve par exemple chez un élève de Savigny, Theodor Marezoll, dans son manuel de droit pénal commun allemand en 1841: avant l'apparition du pouvoir de l'État de punir, le stade de la vengeance privée (*Privatrache, Blut- und Familierache*) ne concerne que des individus (l'agresseur et l'agressé) et leurs familles⁽⁵²⁾.

À la même époque d'autres juristes allemands pensent cependant que la cité romaine a connu dès l'époque archaïque une répression des crimes publics qui dépassait (comme dans d'autres cités d'Italie) le stade de la vengeance. Cette idée se trouve chez Heinrich Besserer⁽⁵³⁾ et chez Konrad Franz Rosshirt⁽⁵⁴⁾. Un début de controverse a même opposé Rosshirt, voulant écarter la *vindicata privata* de l'ancien droit pénal romain et traitant la théorie du droit de punir issu de la *vindicta* comme *unhistorische*, et Reinhold Köstlin défendant la place de la vengeance privée⁽⁵⁵⁾. Malgré leurs positions universitaires, Rosshirt (1793-1873, professeur à Heidelberg à partir de 1819) et Köstlin (1813-1856, enseignant à Tübingen à partir de

⁽⁵⁰⁾ *Ibid.*, pp. 8-9, 11-13 (note).

⁽⁵¹⁾ J. GRIMM, *Deutsche Rechtsalterthümer*, Göttingen, 1828, vol. 2, p. 647 et p. 878. L'ouvrage comporte aussi plusieurs références à Rogge.

⁽⁵²⁾ T. MAREZOLL, *Das gemeine deutsche Criminalrecht*, Leipzig, 1841, p. 14.

⁽⁵³⁾ H. BESSERER, *Dissertatio inauguralis de natura poenarum*, Würzburg, 1827, p. 10.

⁽⁵⁴⁾ K.F. ROSSHIRT, *Über das römische Recht als Quelle des deutschen Criminalrechts*, in *Neues Archiv des Criminalrechts*, 1830, vol. XI, pp. 2-3; *Geschichte und System der deutschen Strafrechts*, Stuttgart, 1839, Bd. 2, pp. 181-182 en note, s'appuyant sur PLATNER, *Quaestiones historicae de criminum jure antiquo romano*, Marburg, 1836, p. 62 (contre l'opinion exprimée par Dirksen en 1820).

⁽⁵⁵⁾ R. KÖSTLIN, *Die Lehre vom Mord und Todschatz*, Stuttgart, Metzler, 1838, pp. 21-25, présentant la *Privatreaktion* comment premier stade de l'évolution du droit pénal.

1839, mais ne devenant professeur ordinaire qu'en 1851, considéré comme hégélien au même titre qu'Abegg ⁽⁵⁶⁾) ne paraissent pas avoir pu donner à cette opposition un fort impact dans les années 1830-1840 ⁽⁵⁷⁾.

Le primat de la vengeance s'impose nettement, par l'abondance des textes historiques mobilisés sur l'histoire des peuples germaniques et scandinaves, avec Wilhelm Eduard Wilda (1800-1856), un juif converti admis parmi les Germanistes de l'École historique du droit, qui obtint un poste à Halle, puis à Breslau ⁽⁵⁸⁾ et s'appuya beaucoup sur les travaux de Grimm pour rédiger son ouvrage, *Das Strafrecht der Germanen* (1842). Selon Wilda, la vengeance est la première révélation (*Offenbarung*) de la conscience du droit (*Rechtsbewusstsein*), elle est noble par nature car elle manifeste l'existence d'une personnalité dans l'homme, mais elle est aussi une manière brute ou grossière par laquelle la domination du droit se manifeste dans une réaction subjective (et peut-être pour une lésion imaginaire) contre l'*Unrecht* (ici Wilda cite et suit Abegg) ⁽⁵⁹⁾. Dans l'état de nature c'est le seul moyen de faire triompher le droit (qui donc existe déjà) et l'expression même du caractère du peuple chez les Germains. Mais, à partir du moment où il y a une vie étatique commune, la vengeance ne peut rester illimitée. Selon Wilda, les Germains ont connu un vrai droit pénal, contrairement à ce que soutenait Rogge, mais qui reposait sur d'autres principes que ceux du droit moderne. Wilda est un des premiers à citer aussi sur ces sujet les sagas nordiques (comme la Nials-Saga) et le recueil de « lois » islandaises nommé Grágás (les « lois de l'oie grise », dans l'édition de 1829 qui avait suscité son intérêt dès 1832) pour souligner le rapport entre l'encadrement juridique de la vengeance et le bannissement de celui qui a rompu la paix (*Friedenlosig-*

⁽⁵⁶⁾ RAMB, *Strafbegründung in den Systemen der Hegelianer*, op. cit., p. 106 remarque cependant que dans ses autres ouvrages Köstlin recourait peu à l'histoire.

⁽⁵⁷⁾ Cependant cette thèse de la Rome archaïque ayant déjà dépassé le stade de la vengeance privée se retrouve chez G. GEIB (professeur à Zurich), *Geschichte des römischen Criminal-Prozesses bis zum Tode Justinian's*, Leipzig, 1842, p. 17.

⁽⁵⁸⁾ H. SINZHEIMER, *Jüdische Klassiker der deutschen Rechtswissenschaft*, Frankfurt, 1953, pp. 111-120.

⁽⁵⁹⁾ W.E. WILDA, *Das Strafrecht der Germanen*, Halle, 1842, pp. 147-149, 157-162, p. 274 et p. 301.

keit) ⁽⁶⁰⁾. C'est bien un schéma général, applicable aussi bien aux Scandinaves qu'aux Germains, voire aux Romains, qui s'est mis en place pour donner le premier rôle à la vengeance aux origines du droit pénal. Georg Waitz développe ce schéma en 1844 en considérant que la vengeance était reconnue et intégrée au droit par les Germains ⁽⁶¹⁾.

Dans quelle mesure ce schéma historique qui conduit de la vengeance à la peine a-t-il pénétré hors d'Allemagne dans la première moitié du XIX^e siècle ? Dans son *Traité de droit pénal* (1829), Pellegrino Rossi évoque bien le « droit de défense personnelle » dans « l'enfance des sociétés » : « la vengeance se mêle à la pénalité » avant que les idées d'ordre public ne progressent et que la « justice pénale » ne réclame une réparation pour la victime, puis le châtiement du délit public, véritable base de la « pénalité proprement dite ». Sans donner de repères historiques précis, ni de référence aux Romains ou aux Germains, Rossi lie ainsi l'avènement du droit pénal à l'unité morale du corps politique et, à partir du Moyen Âge, aux superstitions réclamant « un holocauste agréable à la Divinité offensée » ⁽⁶²⁾. Bien qu'admirateur de Savigny, Rossi prend ici soin de se démarquer de « l'école historique » à laquelle il fait deux reproches : l'idéalisation du passé (« comme si nos ancêtres n'eussent jamais commis de fautes ») et la présentation du présent comme un état de perfection. Rossi ne craint pas de dénoncer, chez les peuples civilisés

⁽⁶⁰⁾ *Ibid.*, pp. 8-9 (en citant les travaux de P.D.Ch. PAULSEN, *Über das Studium des nordischen Rechts*, Kiel, 1826), p. 14 et p. 163. MOEGLIN, *Le « droit de vengeance » chez les historiens du droit au Moyen Âge*, *op. cit.*, pp. 123-125 parle d'invention (« en dehors de toute référence à des sources existants) d'un concept pour ce « retranchement hors de la paix » qui aurait été, selon Wilda, la première peine issue de la vengeance.

⁽⁶¹⁾ G. WAITZ, *Deutsche Verfassungsgeschichte*, Kiel, 1844, vol. 1, p. 197; MOEGLIN, *Le « droit de vengeance » chez les historiens du droit au Moyen Âge*, *op. cit.*, p. 129.

⁽⁶²⁾ P. ROSSI, *Traité de droit pénal*, Paris-Genève, 1829, volume 1, pp. 39-43 (ce passage s'achève par une note p. 43 dans laquelle Rossi fait référence aux peines exagérées dans les « statuts et coutumiers du Moyen Âge », « de la poésie de Dante mise en lois ». La relativisation de la place de la vengeance dans l'histoire du droit pénal est présente aussi chez C. LUCAS, *Du système pénal et du système répressif en général, de la peine de mort en particulier*, Paris, 1827, p. 24 et 116 : les lois barbares sont fondées sur la vengeance, mais sur une vengeance mesurée avec une « réaction rigoureuse, exacte, mathématique » tandis qu'il reste des traces de vengeance dans les sociétés modernes les plus civilisées.

de l'Europe son temps, des législations pénales qui sont encore cruelles et en décalage avec l'état moral des peuples. Il faut donc éviter toute « déduction théorique » et limiter le rôle de l'histoire dans la recherche d'un système pénal juste ⁽⁶³⁾. Chauveau et Hélie, qui se sont largement inspirés de Rossi, dans leur *Théorie du Code pénal* quelques années plus tard, citent Target dans son discours de présentation du Code pénal pour dire que « la peine n'est pas une vengeance » et invoquent vaguement l'histoire pour rejeter l'idée du contrat social ⁽⁶⁴⁾. Les deux auteurs français font une histoire des doctrines pénales de Beccaria à Rossi en passant par Bentham et non une histoire de la peine. Il faut attendre la réédition du *Traité* de Rossi par Faustin Hélie en 1855 pour que le juriste français propose une brève histoire de la peine dans son Introduction. Hélie y écrit que « l'histoire enseigne cependant que chez tous les peuples encore barbares, le droit de vengeance a été le premier principe des peines. Là où il n'y avait pas de justice sociale, la justice privée prend nécessairement sa place » ⁽⁶⁵⁾.

Hélie, qui ne paraît pas avoir été un connaisseur de la langue allemande, est-il arrivé seul à cette idée, parallèlement aux développements des doctrines des criminalistes allemands ? Dans un article du journal littéraire *Le Globe* en 1825, rédigé par Charles de Rémusat, le talion est présenté comme la première loi de presque tous les peuples, la vengeance se confondant alors avec la peine et même avec la justice pour les peuples barbares ⁽⁶⁶⁾. Guizot, dans son *Cours d'histoire moderne* (1829), s'attaque aux conceptions de Rogge sur la justice des Germains qu'il juge empreinte de barbarie, la vengeance n'étant qu'une forme de guerre ⁽⁶⁷⁾. Le juge Chassan, dans son *Essai sur la symbolique des peines* (1847), considère que la

⁽⁶³⁾ ROSSI, *Traité de droit pénal*, op. cit., pp. 48-49.

⁽⁶⁴⁾ A. CHAUXVEAU, F. HÉLIE, *Théorie du Code pénal*, Paris, 1836, vol. 1, pp. 3-12. E. LERMINIER, *Introduction générale à l'histoire du droit*, Paris, 1829, p. 234 et p. 257 cite les noms de Kant, Hegel, Feuerbach, Grolman, Henke, Schulze, Spangenberg sans expliciter leurs théories du droit pénal et encore moins la place qui tient la vengeance.

⁽⁶⁵⁾ F. HÉLIE, *Traité de droit pénal* par P. Rossi, Paris, 1855, vol. I, p. XII.

⁽⁶⁶⁾ *États-Unis. Projet d'un Code pénal pour l'État de Louisiane*, in « *Le Globe* », 10 septembre 1825, 156, p. 807.

⁽⁶⁷⁾ Fr. GUIZOT, *Cours d'histoire moderne*, Paris, 1829, vol. 2, pp. 343-350 et p. 365.

« vengeance privée » a prévalu dans les « temps barbares » avant d'être remplacée par la vengeance sociale et le talion (en citant Kant) ⁽⁶⁸⁾. Chassan, qui connaissait un peu la littérature allemande sur le sujet, pourrait être la source de ce texte de Hélie qui utilise presque les mêmes termes, en remplaçant cependant « vengeance privée » par « justice privée ». De manière insensible, peut-être même inconsciente, le schéma initié par Abegg et Wilda enracinait l'idée d'une évolution de la justice privée à la justice publique. En Italie, le professeur palermitain Emerico Amari, qui connaissait bien la littérature allemande, évoque la vengeance comme un « spectacle horrible » des peuples sauvages, tempéré ensuite par la peine du talion, tout en considérant que les premiers actes criminels réprimés ont été les violations de la loi divine et que les sacrifices étaient exigés par la vengeance de la divinité ⁽⁶⁹⁾. Si cette remarque annonce les réflexions beaucoup plus tardives de Durkheim, il est notable qu'elle ne s'accompagne d'aucune mention de la justice privée.

2.2. *Un tournant vers l'universalité de la Selbsthilfe?*

Il faut, sans aucun doute, attacher la plus grande importance aux développements de Rudolf Jhering sur ce sujet dans son *Esprit du droit romain* (dans la première édition de 1852, puis dans la deuxième de 1866 et dans la troisième de 1873 qui a servi de base à la traduction en français par De Meulenaere à partir de 1877) ⁽⁷⁰⁾. Au début du livre I, Jhering s'intéresse aux débuts de l'histoire du droit romain et à ses éléments originaires (*Urelemente*). Il avertit ses lecteurs des difficultés à comprendre avec les idées actuelles l'enfance du droit, dans un temps où les individus et les familles formaient une communauté ne méritant pas le nom d'État. Dès cette

⁽⁶⁸⁾ J.-P. CHASSAN, *Essai sur la symbolique du droit*, Paris, 1847, p. 193 et 197 en citant Filangieri, Vico et, dans d'autres passages, Grimm. Chassan avait publié un article sur la symbolique du droit dans le volume 17 de la « Revue de législation et de jurisprudence » en 1843 dans lequel Hélie écrivait également.

⁽⁶⁹⁾ A.M. DI STEFANO, *Il corso di diritto penale (1840-1843) d'Emerico Amari, un maestro della penalistica civile tra illuminismo e positivismo*, Torino, 2018, pp. 123-124 et 135-136.

⁽⁷⁰⁾ R. von JHERING, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, Leipzig, 1852¹, 1866²; *L'Esprit du droit romain*, trad. fr. O. de Meulenaere, d'après la troisième édition (1873), Paris, 1877.

introduction du § 9, Jhering relève l'opposition entre la *Selbsthülfe*, l'auto-assistance ou défense privée si l'on veut traduire littéralement et l'idée moderne d'ordre juridique (*Rechtsordnung*) (71). Au § 11, Jhering s'attache particulièrement à ce « système » de la *Selbsthülfe* lié, dans les titres de la deuxième partie de ce paragraphe en 28 pages dans la première édition, à la vengeance et aux peines privées (§ 11, 2, *Das System der Selbsthülfe... Die Privatrafche und der Ursprung der Privatstrafen*) (72).

Jhering s'inspire manifestement de Wilda dans le début de ce développement en transposant aux Romains ce que son prédécesseur avait écrit sur les Germains. Comme Wilda, il part du « sentiment du droit » (*Rechtsgefühl*, un terme que Jhering va constamment utiliser jusqu'à lui consacrer l'une de ces dernières conférences en 1884 (73)), en l'occurrence du droit lésé provoquant une violente réaction contre l'*Unrecht* et donnant lieu à la *Selbsthülfe* ou vengeance (*Rache*). Ce point d'origine, « d'après nos idées actuelles » (est-ce un mouvement de recul sur le risque d'anachronisme?), correspond au chaos pré-étatique, dans lequel la force et le droit ne sont pas séparés (ce qui n'était pas la perspective d'Abegg et de Wilda voyant dans la vengeance un « droit »): à ce moment, écrit Jhering, il ne peut être question de droit (*von Recht keine Rede sein kein*), un aveu explicite de l'existence de sociétés sans droit, bien que connaissant déjà un sentiment du droit lésé (74). Toujours « d'après nos idées actuelles », le droit serait apparu plus tard quand l'État a dompté les explosions du sentiment juridique et créé des organes de réalisation du droit. Pour qu'il y ait un État, il faudrait donc des organes judiciaires, ce qui laisserait entendre qu'il ne peut y avoir de justice privée. Jhering ajoute en 1866 que la notion d'ordre juridique (*Rechtsordnung*) et l'administration de la justice

(71) JHERING, *Geist des römischen Rechts*, op. cit., § 9, 1852¹, pp. 99-100; dans la trad. fr. *L'Esprit du droit romain*, op. cit., vol. 1, pp. 104-105.

(72) *Ibid.*, 1852¹, pp. 115-143.

(73) R. von JHERING, *Über die Entstehung des Rechtsgefühls*, éd. Okko Behrends, Napoli, 1986.

(74) JHERING, *Geist des römischen Rechts*, op. cit., 1852¹, p. 115, *L'Esprit du droit romain*, op. cit., p. 119. À partir de la deuxième édition de 1866 (p. 118) Jhering a ajouté une citation de Francis Bacon (*The Essays or Councils, Civil and Moral*, 1625) sur la vengeance comme « justice sauvage ».

par l'État sont synonymes, ce qui annonce presque Kelsen (75). Mais, tout de suite après, Jhering prend son lecteur à contre-pied en affirmant que cette conception actuelle ne tient pas compte de la puissance d'organisation naturelle de l'idée juridique: il peut y avoir une réalisation du droit sans l'État, dans la puissance immédiate de la vie. Ce passage correspond aux idées du « premier » Jhering avant son tournant vers le positivisme affirmé dans *Der Zweck im Recht* en 1877 qui fait dépendre tout droit de l'État. Jhering pense alors qu'aux époques primitives, la justice a pu « s'organiser toute seule », les individus trouvant le droit sans l'intervention d'une autorité supérieure. Il s'agit d'un temps reculé à « reconstruire », où il n'y avait pas de législateur, mais où le droit existait sous forme coutumière. Alors que Jhering se tournait en 1852 vers la loi des XII Tables, comme moment de « cristallisation » ou de fixation de flux antérieurs au caractère pré-historique (*vorhistorische*), il a complété et changé ce passage en 1866 (76). Il affirme désormais plus nettement qu'il a existé des juges et du droit avant l'État (77). Si l'histoire ne nous a pas transmis des témoignages de cet état juridique originaire, elle nous en a laissé des traces dans le droit postérieur (comme le droit de tuer l'auteur de l'adultère ou le voleur nocturne dans la loi des XII Tables) qui nous permettent de le « reconstruire » scientifiquement. Cet état originaire est celui d'une vengeance collective contre le criminel, d'une justice populaire (*Volksjustiz*, terme déjà présent dans la première édition) qui agit sans besoin d'un magistrat en l'absence de véritable contestation (78). Dans la deuxième édition, Jhering prend la peine de citer en note Wilda (montrant ainsi l'ascendant exercé par le droit germanique), ainsi que d'autres auteurs (79) pour le droit juif, le droit

(75) *Ibid.*, 1866², p. 118; *L'Esprit du droit romain*, *op. cit.*, p. 120.

(76) *Ibid.*, 1852¹, pp. 118-120.

(77) *Ibid.*, 1866², p. 120; *L'Esprit du droit romain*, *op. cit.*, p. 121.

(78) *Ibid.*, 1852¹, p. 120.

(79) Notamment H. SEEGER, *Abhandlungen aus dem Strafrechte*, Tübingen, 1858, p. 173 et s. (sur le droit germanique), p. 211 et s. (suivant le droit romain), qui cite Abegg, Köstlin et Wilda en même temps que Jhering. L'auteur qui devint ensuite professeur de droit pénal à Tübingen a consacré, dans ce volume, une étude de plus de 300 pages à la légitime défense (*Notwehr*) comme exception à l'interdiction contemporaine de la *Selbsthülfe*. Il relève néanmoins pp. 210-211 qu'à côté des crimes touchant

hellénique et le droit scandinave, et de se justifier, face aux accusations de Bethmann-Hollweg d'une forme de complaisance à l'égard de cette « barbarie préhistorique »⁽⁸⁰⁾. Dans le développement suivant, Jhering va cependant distinguer la *Selbsthülfe* (qui peut se concilier avec la justice publique, comme le montrent les exemples de l'adultère et du vol nocturne) et la vengeance qui conduit à une nouvelle injustice⁽⁸¹⁾. Plus loin, Jhering considère que l'État romain se distingue des conceptions modernes par son équivalence avec le peuple, l'ensemble des *cives*, et qu'il a pu très tôt poursuivre les lésions causées à la communauté par la *vindicta publica* à l'origine de l'action pénale publique⁽⁸²⁾.

En traduisant *Selbsthülfe* par « justice privée », De Meulenaere a, selon nous, augmenté la confusion conceptuelle de ces développements dans lesquels Jhering paraît avoir hésité, d'une édition à l'autre, sur les débuts du droit et sur l'existence d'une justice avant l'invention du droit. Avec la notion de *Selbsthülfe*, qui apparaît comme une vengeance collective contre le criminel permettant à la victime de passer seule à l'exécution de la peine, Jhering a indubitablement renforcé la thèse d'une origine du droit pénal dans la vengeance en lui conférant le prestige attaché au droit romain. Mais il n'est pas certain qu'il ait vu dans cette auto-défense une « justice privée » et il a donné lui-même les arguments pour critiquer cette thèse, avec l'idée de sociétés sans droit et le saut dans l'inconnu qu'est cette reconstruction scientifique d'un état dont ne parlent pas les sources historiques.

L'Esprit du droit romain a un peu relancé le débat sur la place de la vengeance privée dans les origines du droit pénal, comme en témoignent les références à Seeger et Bethmann-Hollweg. Après la

seulement des individus et soumis à la *vindicta privata*, il y avait déjà dans la Rome archaïque des crimes touchant toute la communauté et soumis à la *vindicta publica*.

⁽⁸⁰⁾ JHERING, *Geist des römischen Rechts*, op. cit., 1866², pp. 120-121; *L'Esprit du droit romain*, op. cit., pp. 122-123 (la référence porte sur A. BETHMANN-HOLLWEG, *Der Civilprozess des gemeinen Rechts in geschichtlichen Entwicklung*, Bonn, 1864, p. 89).

⁽⁸¹⁾ JHERING, *Geist des römischen Rechts*, op. cit., 1852¹, pp. 122-123, 1866², pp. 129-132.

⁽⁸²⁾ *Ibid.*, 1852¹, p. 197 (au § 15), 1866², p. 212 ce développement a été déplacé au § 18 dans la troisième édition et dans la traduction française *L'Esprit du droit romain*, op. cit., p. 213.

première édition de l'*Esprit du droit romain*, mais avant la deuxième, August Wilhelm Zumpt (1815-1877, latiniste et non juriste) reprend la thèse de Rosshirt considérant que la cité romaine a dépassé le stade de la vengeance privée (la cité aurait déjà soumis les familles à son droit et les relations ami/ennemi de la fin de la République tiendraient aux passions politiques et non à la vengeance privée) ⁽⁸³⁾, sans que la controverse ne se développe vraiment. La preuve en est que le schéma emprunté (sans grands développements) par Mommsen dans son *Römisches Strafrecht* est assez proche de celui de Jhering: la poursuite réservée aux victimes des délits contre les particuliers (distingués de ceux jugés importants pour toute la cité qui relèvent des pouvoirs du magistrat) repose d'abord sur la *Selbsthilfe* avant que « l'État » n'impose la transaction obligatoire sous forme de *damnum* et *poena*, c'est-à-dire des compositions pécuniaires prévues par la loi des XII Tables, sauf en cas de vol manifeste ⁽⁸⁴⁾. Sur le droit germanique, Heinrich Brunner reprend également l'identification de la vengeance (*Selbsthilfe* ou *Rache*) avec la *faida* ou *Fehde* qui aurait précédé l'établissement de peines publiques et lui aurait survécu ⁽⁸⁵⁾.

Hors d'Allemagne, le thème de la vengeance privée comme origine du droit de punir se retrouve dans le fameux ouvrage de Sumner Maine sur l'*Ancient Law*. D'après Maine, les premières formes de l'administration de la justice imitaient les actes « auxquels se seraient livrées des personnes engagées dans une querelle privée » en prenant la vengeance comme mesure ⁽⁸⁶⁾. Maine cite la scène du bouclier d'Achille dans Homère, puis la loi des XII Tables sur le vol manifeste. La vengeance commence à régresser quand la communauté agit par des actes spécifiques, sous la forme d'une sorte de loi pour chaque criminel, contre les auteurs d'actes qui l'offensent. Sans

⁽⁸³⁾ A.W. ZUMPT, *Das Criminal Recht der römischen Republik*, Berlin, 1865, vol. I, pp. 126-127.

⁽⁸⁴⁾ TH. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht*, Leipzig, 1899, p. 61. Duquesne, dans la traduction français de 1901 (*Le droit pénal romain*, trad. fr. J. Duquesne, Paris, 1901, p. 69), a utilisé l'expression de « justice privée » pour rendre l'allemand *Selbsthilfe*.

⁽⁸⁵⁾ H. BRUNNER, *Deutsche Rechtsgeschichte*, Leipzig, 1892¹, vol. 2, p. 545.

⁽⁸⁶⁾ H. SUMNER MAINE, *Ancient Law: Its Connection with the early History of Society in Relations to Modern Ideas*, London, J. Murray, 1861; trad. fr. Courceille-Seneuil, Paris, Guillaumin et Cie, A. Durand et Pedone Lauriel, 1874, pp. 357-358.

surprise, ce schéma évolutionniste est aussi présent dans l'œuvre de Spencer à partir des années 1860: « de l'époque primitive où chacun se venge par la force d'un voisin coupable, on passe à l'époque où chacun a le choix de demander justice au chef de la société » (87).

En Italie, également, les idées évolutionnistes imposent la conviction d'un passage de la vengeance ou justice privée à la justice publique: Pietro Ellero (dès 1861-1862) (88), Ferdinando Puglia (1882) (89), Cesare Lombroso (1884) (90), Michele Angelo Vaccaro (1889) (91) et Emilio Betti (1915) (92) considèrent tous qu'une forme de vengeance privée a précédé l'établissement de la justice officielle (93). Le même mouvement s'observe en France, à partir des années 1860, avec les travaux consacrés au droit pénal par Claude Joseph Tissot, élève de Cousin, spécialiste de Kant, aussi influencé par Fourier, professeur de philosophie et doyen de la faculté de lettres de Dijon. Tissot emploie le terme de « justice privée » pour la guerre privée de l'époque féodale. Selon lui, la vengeance est un sentiment vif des hommes peu civilisés ou sauvages, correspondant

(87) H. SPENCER, *Principes de sociologie*, trad. fr. É. Cazelles, Paris, 1883, vol. 3, p. 660.

(88) P. ELLERO, *Opuscoli criminali*, Bologna, 1874 reproduisant sa *prolusione* à Bologne en 1861-1862 sur les origines historiques du droit de punir, parle de vendetta p. 5, 9, 11. Il utilise l'expression de « giustizia privata » p. 190 dans un texte de 1864 sur le duel.

(89) F. PUGLIA, *L'evoluzione storica e scientifica del diritto penale*, Messina, 1882, p. 6, 35 et 80.

(90) C. LOMBROSO, *L'Uomo delinquente*, Torino, 1884³, pp. 84-86: ce développement ne figurait pas dans la première édition de 1876, mais a été ensuite ajouté. Il parle du passage de la *vendetta privata* à la *vendetta religiosa e giuridica* en s'inspirant peut-être de Puglia.

(91) M.A. VACCARO, *Genesi e funzione delle leggi penali*, Roma, 1889, pp. 38-41 et p. 65.

(92) E. BETTI, *La "vindicatio" romana primitiva e il suo svolgimento storico nel diritto privato e nel processo*, in « Il Filangieri », 1915, pp. 321-368, notamment p. 323 et 348.

(93) Ces prises de position des pénalistes italiens s'inscrivent dans un contexte d'affirmation de l'identité culturelle de la science pénale italienne et de critique des influences germaniques dans l'Italie du Moyen-Âge, comme le montrent les contributions de M. PIFFERI, *Alla ricerca del « genio italico »*. *Tradizione e progetti nella penalistica postunitaria* et R. VOLANTE, *Negare il Medioevo: Romanesimo e Germanesimo tra Otto e Novecento*, in *Retoriche dei giuristi e costruzione dell'identità nazionale*, a cura di G. Cazzetta, Bologna, 2013, pp. 257-295 et pp. 385-423.

au « néant du droit criminel » entre des individus isolés. Pour autant la vengeance n'est pas une passion purement instinctive et aveugle, elle a certains rapports avec la justice pénale. Tissot évoque les conséquences malheureuses du lien établi (par Brückner et Schmalz qu'il cite avec une faute d'orthographe) entre la vengeance et la peine, la peine n'étant ni une vengeance privée ni une vengeance publique, mais étant fondée sur la réciprocité. S'il y a des points de contact entre le droit de défense ou de coercition et la vengeance, la peine s'en distingue « dans la mesure du principe de réciprocité »⁽⁹⁴⁾. Tissot reste ainsi fidèle à la rétribution dans la lignée de de Kant et de Hegel, tout en se montrant influencé par les premiers textes allemands sur la vengeance.

Quelques années plus tard, le rôle donné à la vengeance privée est un peu plus important chez Adolphe Franck, professeur de droit de la nature et des gens au Collège de France à partir de 1854. Franck fonde la répression pénale sur le droit de conservation de la société, sans pour autant citer Romagnosi et il n'emploie pas le terme de « justice privée », « Le droit pénal n'a d'abord été que le droit de la vengeance, et ce droit entièrement privé, héritage de toute une famille, s'attachait aussi à la famille de l'offenseur », avant que la vengeance privée ne soit remplacée par le rachat en argent ou l'expiation religieuse. Cependant Frank oppose la vengeance comme une forme de haine (qui peut s'en prendre à l'homme de bien, c'est l'occasion de critiquer la conception de la Providence divine de Joseph de Maistre, qui serait une forme de vengeance de Dieu) et la punition comme forme de justice. Comme Tissot, il nous semble que Franck en revient à séparer vengeance et justice pénale⁽⁹⁵⁾. Ces deux auteurs français, qui ne sont aucunement des historiens du droit, ne paraissent pas avoir connu les textes de Jhering

Durant les années 1860-1880, un certain nombre d'auteurs allemands voient désormais dans la peine une réaction collective et non plus la réaction de vengeance de l'agressé. C'est le cas du

⁽⁹⁴⁾ C.J. TISSOT, *Le droit pénal étudié dans ses principes, dans ses usages et les diverses lois des peuples du monde*, Paris, 1860¹, volume 1, pp. 149-154, 167, 180-182 et 223.

⁽⁹⁵⁾ A. FRANCK, *Philosophie du droit pénal*, Paris, 1864, p. 9 et s., pp. 16-17 et 120.

pénaliste Ludwig von Bar. Si la vengeance a précédé la peine comme *Privatstrafe*, c'est que le crime suscite la réprobation (*Missbilligung*) fondée sur la morale commune: les sentiments collectifs sont donc plus importants que la vengeance de l'agressé dans la naissance du droit pénal ⁽⁹⁶⁾. En 1876 paraît de manière posthume le troisième volume consacré au droit pénal de l'ouvrage du rabbin et avocat Samuel Mayer (1807-1876) sur le droit des juifs, des Athéniens et des Romains. Reliant la vengeance au culte des Manges des morts, Mayer s'oppose à Hegel pour considérer que le droit juif a ignoré la catégorie des crimes privés à la différence des droits athénien et romain ⁽⁹⁷⁾. C'est dans ce contexte que

Georg Jellinek présente en 1878 sa première dissertation refusée par l'Université de Vienne, *Die sozialetische Bedeutung von Recht, Unrecht und Strafe*. Jellinek voit les origines de la peine dans la conscience du droit pénal de la communauté, dans les sentiments de solidarité et dans la religion (ce qui poursuit la pensée de von Bar et préfigure celle de Durkheim). De ce fait, il accorde peu de place à la vengeance, un instinct au caractère excessif et égoïste. La peine est nécessaire socialement, car sans elle ce serait le retour à la *Selbsthilfe* et à la vengeance. Jellinek reprend à Jhering l'idée que le progrès de la civilisation se mesure à l'aune de l'intensité du sentiment de rétribution et au recul de la vengeance ⁽⁹⁸⁾.

Mais, dans le sens du rôle universel de la vengeance, la même année, Franz Bernhöft, alors jeune professeur à Rostock, publie l'article programmatique de la *Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft*, « Über Zweck und Methode der vergleichende Rechtswissenschaft ». Dans cet article, partant des analogies entre droit romain et droit germanique pour justifier l'étude comparée des droits, Bernhöft (citant Wilda et Burkard Wilhelm Leist ⁽⁹⁹⁾) considère que dans les temps primitifs (ceux d'Homère) la réalisation du

⁽⁹⁶⁾ L. VON BAR, *Die Grundlagen des Strafrechts*, Leipzig, 1869, p. 14 et p. 82.

⁽⁹⁷⁾ S. MAYER, *Die Rechte der Israeliten, Athener und Römer*, Trier, 1876, vol. 3, p. II, III, X et 42.

⁽⁹⁸⁾ G. JELLINEK, *Die sozialetische Bedeutung von Recht, Unrecht und Strafe*, Wien, 1878, p. 92 et 108-109.

⁽⁹⁹⁾ W. Leist s'était intéressé aux droits des peuples indo-germanique dès les années 1840 et assimilait, dans un livre de 1872, *Die Realen Grundalgen und Stoffe des Rechts*, Jena, p. 97 *vindicta* et vengeance.

droit dépend de la *Selbsthülfe* (« *Die Durchführung des Rechts hang lediglich von der Selbsthülfe ab* »). S'il nuance ce propos, en écrivant que la communauté n'est pas encore juridique et morale dans le sens d'aujourd'hui, il y voit l'origine du procès fondé sur la conscience du droit ⁽¹⁰⁰⁾.

Dans ces dernières décennies du XIX^e siècle, dans un contexte de débats transnationaux sur la pénologie (il est vrai plus tournés vers l'efficacité des différentes peines que sur leurs origines historiques) ⁽¹⁰¹⁾, la voie paraît ouverte, grâce à l'utilisation des travaux ethnologiques sur l'Australie, la Chine ou les Ossètes, à l'étude des origines du droit pénal chez tous les peuples de l'univers. Le pionnier de cette ethnologie juridique, le juge Albert Hermann Post défend le caractère universel du sentiment de vengeance partagé par les hommes et les animaux, en fait une loi naturelle, cite le droit de tuer le voleur ou la femme adultère et son amant et considère que la vengeance de sang (*Blutrache*) existe chez tous les peuples, avant l'instauration du talion en citant Wilda ⁽¹⁰²⁾. Le lien entre vengeance et peine joue également un grand rôle dans le programme de Marburg de Franz Liszt en 1882. La peine est conçue comme une réaction instinctive (*Triebhandlung*), de caractère social pour la préservation de l'espèce en citant Jellinek et Post. La première forme de la peine est la *Blutrache* qui n'est pas une *Privatrache*, mais une vengeance de la famille et de la *Sippe* se traduisant par l'expulsion de la communauté (*Friedloslegung* dans la tradition historique venue de Wilda) avant que progresse une objectivation complète à travers la peine étatique. Ainsi la peine précède la moralité (contre la théorie de Ludwig von Bar sur la réprobation morale qui serait la source du droit pénal) et le droit, tout en le préparant ⁽¹⁰³⁾. Josef Kohler, alors professeur à Würzburg va dans le même sens en 1883 dans son étude du droit chez Shakespeare, comme dans son ouvrage *Zur*

⁽¹⁰⁰⁾ Fr. BERNHÖFT, *Über Zweck und Methode der vergleichende Rechtswissenschaft*, in « *Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft* », 1878, pp. 1-38.

⁽¹⁰¹⁾ M. PIFFERI, *Reinventing Punishment. A Comparative History of Criminology and Penology in Nineteenth and Twentieth Centuries*, Oxford, 2016.

⁽¹⁰²⁾ A.H. POST, *Bausteine für eine allgemeine Rechtswissenschaft auf vergleichend-ethnologischer Basis*, Oldenburg, 1880, pp. 140-141 et p. 158.

⁽¹⁰³⁾ Fr. LISZT, *Der Zweckgedanke im Strafrecht*, Marburg, 1882, pp. 5-12.

Lehre der Blutrache en 1885 ⁽¹⁰⁴⁾. Selon Kohler, personne ne peut contester qu'il s'agisse d'une institution universelle, la source historique de tout le droit pénal. Il s'agit maintenant de donner des détails sur l'histoire des différents stades de développement, chez les peuples indigènes (*Naturvölker*) qui pensent que l'âme des tués est sans repos tant que la vengeance n'a pas eu lieu. Kohler cite des exemples en Australie, en Malaisie, dans les Philippines, en Birmanie, ainsi que des livres de droit islamique. Dans son texte programmatique de 1904 sur l'*Universalrechtsgeschichte*, Kohler fait de la vengeance de sang le point de départ, commun aux peuples indigènes et aux peuples civilisés, de tout droit pénal ⁽¹⁰⁵⁾. Pourtant, au tournant du XIX^e et du XX^e siècles, des voix se sont fait entendre pour nuancer ce schéma évolutionniste prétendument universel.

3. *Des conceptions plus nuancées vers la déconnexion entre peine et vengeance.*

La volonté de réduire le rôle de la vengeance privée dans l'apparition de la justice pénale nous semble débiter avec Ludwig Günther (*Privat-Dozent* à Giessen), dans son ouvrage de 1889 *Die Idee der Wiedervergeltung*. Dans le premier volume de cette étude des doctrines de la rétribution, Günther est le premier à faire état d'un débat, depuis les années 1820, entre les partisans de la vengeance privée comme origine du droit pénal (Dirksen, Abegg, Köstlin, Jhering ou Leist) et les adversaires de cette thèse (Besserer, Platner, Rosshirt, Geib, Zumpt). Günther se montre lui-même prudent, relevant que les textes transmis de l'Antiquité sur les

⁽¹⁰⁴⁾ J. KOHLER, *Shakespeare vor dem Forum der Jurisprudenz*, Würzburg, 1883; ID., *Zur Lehre der Blutrache*, Würzburg, 1885, p. 5, 9, 13, 15, 19 et 26.

⁽¹⁰⁵⁾ J. KOHLER, *Rechtsphilosophie und Universalrechtsgeschichte*, in *Encyclopädie der Rechtswissenschaft*, Fr. von Holtzendorff, J. Kohler (Hg.), erste Auflage der Neuauflage, Leipzig-Berlin, 1904, vol. I, pp. 58-59. Le Néerlandais S.R. STEINMETZ, *Ethnologische Studien zur ersten Entwicklung der Strafe*, Leipzig-Leiden, 1892 proposait une analyse de la vengeance comme une cruauté qui satisfait la victime, sans revenir sur le rôle de la justice privée dans l'apparition de la peine. Dans le même sens, mais en donnant à la vengeance un caractère davantage religieux, M. KOVALEWSKY, *Coutume contemporaine et droit ancien: droit coutumier ossétien éclairé par l'histoire comparée*, Paris, 1893, pp. 239-254.

origines de Rome et de son droit relèvent plus du « mythe » que de l'histoire. Selon lui, il faut s'en tenir à la loi des XII Tables qui contient davantage de dispositions civiles et processuelles que pénales et recourir à l'analogie avec l'histoire des autres peuples. Günther ne récuse pas cette méthode, mais considère qu'elle ne permet pas de déterminer quand la vengeance de sang a décliné puis disparu à Rome au profit du principe de rétribution. Il pense même que les autorités publiques (étatiques) se sont imposées plus tôt à Rome que chez les peuples germaniques. S'il reste pour lui des traces de la vengeance privée dans les XII Tables, elles ont été supplantées dans le même texte par le principe du talion et le droit pénal étatique (*staatliche Strafrecht*) ⁽¹⁰⁶⁾.

En France où ces travaux ethnographiques sont partiellement connus ⁽¹⁰⁷⁾, Durkheim, qui fit plus tard une recension de l'ouvrage de Günther ⁽¹⁰⁸⁾, consacre des développements majeurs aux origines du droit pénal dans sa thèse de 1893, *De la division du travail social*. Durkheim part de la critique de la *Criminologie* de Garofalo sur la partie invariable du sens moral qui serait à l'origine de la punition des crimes universels. Pour Durkheim, un acte est criminel quand il offense les états forts et définis de la conscience collective: « il ne faut pas dire qu'un acte froisse la conscience commune parce qu'il est criminel, mais qu'il est criminel parce qu'il froisse la conscience

⁽¹⁰⁶⁾ L. GÜNTHER, *Die Idee der Wiedervergeltung*, Erlangen, 1889, pp. 110-117.

⁽¹⁰⁷⁾ L'article de l'historien du droit (alors jeune docteur) J. DECLAREUIL, *La justice dans les coutumes primitives*, in « Nouvelle Revue historique de droit français et étranger », 13 (1889), pp. 153-234 est relativement peu informé des travaux en langue allemande (il cite en revanche les sagas islandaises et l'étude du juriste russe Maxime Kovalevsky sur le droit coutumier ossétien parue dans une première version en 1886) et adopte un schéma évolutionnistes sur le passage de l'arbitrage à l'initiative privée à la justice publique. L'article du magistrat L. PROAL, *Origine de la justice pénale*, in « Revue générale du droit, de la législation et de la jurisprudence », XIV (1890), pp. 289-307 est aussi assez pauvre en arguments pour faire de la vengeance la « première forme de la justice pénale » (p. 297). Il est néanmoins intéressant quand il discute les idées exprimées par Littré sur les origines de la peine dans le « dédommagement ». É. LITTRÉ, *La science au point de vue philosophique*, Paris, 1873, dans un chapitre rédigé en 1870 sur l'origine de l'idée de justice (pp. 331-347) refusait d'en faire une idée innée et élémentaire et proposait une approche positiviste de la justice comme un fait psychique acquis à la suite de la tension entre égoïsme et altruisme.

⁽¹⁰⁸⁾ « L'Année sociologique », 1897, p. 348.

commune ». La peine est d'abord une réaction passionnelle (ce qui rappelle Liszt, pourtant non cité), le talion est une satisfaction accordée à la passion de la vengeance, qui n'est pas une simple cruauté, mais une forme de défense, l'expression de l'instinct de conservation. D'ailleurs la vengeance conserve une place dans la peine des sociétés contemporaines: « on dit que nous ne faisons pas souffrir le coupable pour le faire souffrir; il n'en est pas moins vrai que nous trouvons juste qu'il souffre ». Pour autant, Durkheim s'élève contre l'idée que la vendetta ou vengeance privée soit à l'origine de la peine: selon lui, il n'y a pas une seule société qui aille dans ce sens, le droit pénal étant à l'origine essentiellement religieux et la justice fondamentalement sociale et publique. La vengeance (sans doute liée aux délits privés en droit romain) n'est pas le prototype de la peine mais une « peine imparfaite »⁽¹⁰⁹⁾. Suite à ces premières attaques contre la thèse évolutionniste, le débat s'est amplifié, sans gagner nécessairement en clarté.

3.1. *Un débat amplifié, mais confus, sur les origines de la peine.*

Deux ans après la thèse de Durkheim, la perspective historique est développée par l'ouvrage d'Alexander Löffler (1866-1929, étudiant à Vienne et du séminaire de Liszt à Halle, habilité en 1896, professeur à Vienne à partir de 1902-1903 avec la réputation d'un dogmaticien conservateur), *Die Schuldformen des Strafrechts in vergleichender-historischer und dogmatischer Darstellung* en 1895. Le premier tome de cet ouvrage (qui paraît avoir été le seul publié) porte sur développement de la doctrine de la faute dans les cultures jugées les plus importantes, pour la connaissance du droit en vigueur en Allemagne, et en Autriche. Amira, Bernhöft, Dareste, Jhering, Jellinek, Du Boys, Thonissen, Kohler, Kovalewsky, Post, Steinmetz sont cités dans une bibliographie de plus de cinquante titres. Pour Löffler, la plus ancienne réaction contre un *Unrecht* est la vengeance de la personne lésée. Aux temps où la communauté est trop faible pour garantir la paix et l'ordre, l'individu agressé poursuit son

⁽¹⁰⁹⁾ É. DURKHEIM, *De la division du travail social*, Paris, 1893, pp. 81-100, notamment p. 85 et p. 93 pour les citations.

propre intérêt par la vengeance. Mais, selon Löffler, les buts de la vengeance ne sont pas clairs, elle relève plus de l'instinct que de buts sociaux et se place avant la découverte du concept de « droit ». La vengeance primitive se différencie de celle des périodes plus avancées, comme celle du juge Lynch, qui s'intègre dans la *Rechtsordnung* en perdant son caractère privé. Löffler exprime aussi des doutes sur le lien, qui ne serait pas présent chez tous les peuples, entre vengeance et religion. Le droit sacré est plutôt à l'origine du principe de la faute (*Schuldprinzip*). Le système des compositions pécuniaires correspond à un moyen de droit et conduit à une *Privatstrafe* avec le règlement pacifique des conflits: « le droit pénal le plus ancien est selon sa nature une vengeance réglée et soutenue par l'État ou tout simplement étatisée (*geradezu verstaatliche*) ». Dans ces développements assez confus Löffler paraît admettre la coexistence d'un droit pénal public et d'un droit pénal privé ⁽¹¹⁰⁾.

Le pas vers la remise en cause du schéma évolutionniste est réellement franchi avec un article en français de Juliusz Makarewicz ⁽¹¹¹⁾ en 1898. Dans cet article, Makarewicz défend l'idée que « la peine n'a pas son origine dans la vengeance personnelle » ⁽¹¹²⁾. Partant du constat que des populations primitives ne punissent pas certaines transgressions, y compris le meurtre, Makarewicz en conclut que la réaction pénale n'est pas la même chose que la réaction morale en désaccord (comme Durkheim) avec Ludwig von Bar. La vengeance familiale est pour lui une sorte de guerre sans être une forme d'anarchie comme le croient « beaucoup d'écrivains célèbres » (citant en note Tissot et Löffler). Les sociétés punissent d'abord les délits qui menacent la communauté publique et s'occupent peu des dommages causés aux particuliers. Puis

⁽¹¹⁰⁾ A. LÖFFLER, *Die Schuldformen des Strafrechts in vergleichender-historischer und dogmatischer Darstellung*, Leipzig, 1895, p. 2.

⁽¹¹¹⁾ Juliusz Makarewicz (1871-1955) a été l'élève de Liszt. Professeur à Cracovie, il publie plus tard une somme philosophique sur le droit pénal, *Einführung in die Philosophie des Strafrechts*, Stuttgart, 1906, dans lequel il défend le droit naturel et se place dans une orientation nettement plus évolutionniste, en recul par rapport à ses positions en 1898.

⁽¹¹²⁾ J. MAKAREWICZ, *Évolution de la peine*, in « Archives d'anthropologie criminelle, de criminologie et de psychologie morale et pathologique », 13^e année (1898), 74, pp. 129-177, notamment pp. 131-141 (la phrase citée se situe p. 136).

surviennent des cas où la société reconnaît le droit à la vengeance: « ce n'est qu'à partir de ce moment et non plus tôt qu'on peut considérer la vengeance privée comme équivalent de la peine ». Ce que Makarewicz appelle la « timorie individuelle » apparaît dans trois cas: celui du séducteur de femmes sous l'autorité de leur mari ou de leur père, celui du voleur introduit dans la maison et celui de l'agresseur en cas d'attaque injuste: « dans ces trois cas le vengeur a été l'exécuteur de la justice sociale ». Puis le développement de la propriété privée mène aux compositions qui écartent la vengeance privée. Finalement il y aurait, selon Makarewicz, trois grands courants dans l'histoire du droit pénal, le développement du système des peines, la composition réduite au dédommagement civil et la vengeance privée « contenue par des limites tracées par des lois ». L'auteur ne va pas jusqu'au bout de la dénonciation du mythe de la justice privée, mais découple la peine (appliquée aux crimes publics intéressant toute la société) et la vengeance (qui est davantage liée aux crimes privés eux-mêmes reconnus par le droit et la justice publique). Makarewicz nous paraît avoir inspiré, au moins partiellement les travaux de Gustave Glotz, développant l'idée d'une justice familiale (précédant la justice sociale) à l'intérieur de la famille (*génos*) et utilisant l'expression « droit de justice privée » pour la Grèce archaïque ⁽¹¹³⁾, et la thèse de Paul Fauconnet (disciple de Durkheim) *La responsabilité*, achevée en 1914, parue en 1920 et rééditée en 1928, qui exprime des doutes sur les catalogues énumératifs de Post, Kohler, Günther et Löffler et la possibilité d'en tirer des lois générales d'évolution ⁽¹¹⁴⁾. En dépit de ces attaques contre le schéma évolutif, celui-ci s'est maintenu dans beaucoup d'ouvrages juridiques au XX^e siècle, alors que les travaux historiques remettaient en question la place de la vengeance au Moyen Âge comme dans l'Antiquité.

3.2. *Quels enseignements pour l'histoire du droit pénal ?*

Depuis ces textes de la fin du XIX^e siècle et du début du XX^e siècle, les travaux en langue allemande sur la vengeance ont consi-

⁽¹¹³⁾ G. GLOTZ, *La solidarité de la famille dans le droit criminel en Grèce*, Paris, 1904, p. 31.

⁽¹¹⁴⁾ P. FAUCONNET, *La Responsabilité*, Paris, 1928, pp. 246-247.

dérablement nuancé le tableau hérité de Wilda et de Brunner. La place de la *Blutrache* a été relativisée, au regard de sa faible présence dans les textes germaniques (en comparaison avec les compositions et la peine de mort), de sa combinaison avec diverses formes d'arrangement ou de procédures judiciaires, des limites de l'analogie avec les récits des sagas scandinaves et des distinctions sociales qu'il faudrait faire avec la *Fehde* (ou *faida*) plus caractéristique des milieux aristocratiques ⁽¹¹⁵⁾. Même s'il existe aussi des cas de *faida* paysanne, la vengeance apparaît de plus en plus comme « un mode de structuration interne de reproduction du pouvoir » dans les sociétés du Haut Moyen Âge en Allemagne, avec des survivances jusqu'aux Temps modernes dans les « serments d'*Urfehde* » par lesquels des personnes disculpées juraient de ne pas poursuivre de vengeance contre leurs accusateurs ⁽¹¹⁶⁾.

Les romanistes ont aussi apporté des changements à la vision de la vengeance qu'avaient Jhering et ses contemporains. Ils ont mis en valeur l'importance de l'arbitrage dans les premiers développements de la justice à Rome ⁽¹¹⁷⁾, l'obligation de l'arbitrage pour évaluer le dommage et estimer la compensation étant un moyen par lequel la cité aurait mis des « embûches » sur la route de la vengeance sans l'éliminer. André Magdelain a proposé de considérer que le *parricidium* s'étendait à tout meurtre d'un citoyen et que ce crime avait fait l'objet d'une procédure judiciaire, comme celui de trahison (*perdvellio*), dès l'époque archaïque ⁽¹¹⁸⁾. Yan Thomas a discuté ces analyses au regard du maintien d'une place pour la

⁽¹¹⁵⁾ H. BÖTTCHER, *Blutrache*, in *Reallexikon der Germanischen Altertumskunde*, Berlin, 1976, vol. 3, pp. 85-101, notamment pp. 98-99.

⁽¹¹⁶⁾ J. MORSEL, *Le sens de la vengeance en Franconie à la fin du Moyen Âge* et J. WETTLAUFER, *Transformations et mutations de l'Urfehde en Allemagne (1400-1800)*, in *La Vengeance en Europe XII^e-XVIII^e siècle*, C. Gauvard, A. Zorzi (dir.), Paris, 2015, pp. 17-30 et pp. 57-71.

⁽¹¹⁷⁾ G. LUZZATTO, *Von der Selbsthilfe zum römischen Prozeß*, in « ZSS Romanistische Abteilung », 1956, 73, pp. 29-57; A. MAGDELAIN, *Aspects arbitraux de la justice civile archaïque à Rome*, in RIDA, 27 (1980), pp. 205-281.

⁽¹¹⁸⁾ A. MAGDELAIN, *Remarques sur la « perdvellio » et Parricidas*, in ID., *Jus Imperium Auctoritas. Études de droit romain*, Rome, 1990, pp. 499-518 et 519-538.

vengeance dans les procès de la fin de la République ⁽¹¹⁹⁾. Considérant que la *vindicta*, la *manus injectio*, les règles sur le vol flagrant dans la loi des XII Tables « ne sont pas les meilleurs voies d'accès à une vengeance qui, par postulat, serait prédecenvirale », Yan Thomas a mis en garde contre les schémas évolutifs débutant à l'âge archaïque. « Car, à remonter à ces moments absolus, purs de tout mélange avec ce qu'on considère être une cité, l'on peut à la rigueur imaginer une succession d'essences, mais assurément pas rendre compte de système d'institutions qui, dans la réalité font jouer simultanément les contraires ». Yan Thomas s'appuyait sur les témoignages écrits venus pour l'essentiel des procès à la fin de la République (et particulièrement à l'époque des guerres civiles, avec l'exemple d'Octave poursuivant de sa vengeance les meurtriers de César) qui attestent la légitimité des représailles en matière politique. Comme beaucoup d'autres spécialistes de la Grèce ou de Rome, il estimait que, pendant une longue période, l'homicide était resté en dehors du champ pénal. Cette dernière analyse est aussi celle que Claude Gauvard a proposée pour l'entrée à la fin du Moyen Âge, de l'homicide dans le domaine de la répression publique ⁽¹²⁰⁾. De telles analyses rejoignent ainsi la pensée de Durkheim sur l'apparition tardive des crimes contre les personnes dans l'orbite du droit pénal ⁽¹²¹⁾. Laisser la victime d'un homicide ou ses parents (quand la victime a été tuée) mener des représailles contre le meurtrier et sa famille aurait été, dans les systèmes connaissant pourtant la technique juridique et la justice publique, une manière d'alléger le recours à un appareil judiciaire avec de faibles moyens (et ciblant d'autres crimes) plutôt qu'un vestige d'une justice privée antérieure à la justice publique.

Ces travaux convergent aussi pour voir dans la vengeance, ou plus exactement dans des modes « vindicatoires » de régulation des

⁽¹¹⁹⁾ Y. THOMAS, *Se venger au forum. Solidarité familiale et procès criminel à Rome*, in *La Vengeance: études d'ethnologie, d'histoire et de philosophie*, R. Verdier, Y. Thomas, J.-P. Poly, G. Courtois (dir.), Paris, 1984, vol. 3, pp. 65-100.

⁽¹²⁰⁾ C. GAUWARD, *Violence et ordre public au Moyen Âge*, Paris, 2005, pp. 265-282.

⁽¹²¹⁾ DURKHEIM, *De la division du travail social*, *op. cit.*, p. 100: les attentats contre les personnes auraient été à l'origine « sur le seuil du droit pénal ». L'exclusion de l'homicide (soumis au talion, sauf en présence d'un pacte avec l'agresseur) des peines coraniques, qui concernent toute la communauté, va aussi dans ce sens.

conflits (qu'il faudrait distinguer du sentiment « vindicatif » présent sous diverses formes jusqu'à nos jours), des pratiques qui ont coexisté avec le développement de la justice publique et ne correspondent pas à un état antérieur du droit pénal ⁽¹²²⁾. De la sorte, nos conceptions se sont actuellement écartées du parcours doctrinal que nous avons cherché à retracer et du schéma évolutif passant sans transition de la justice privée caractérisée par la vengeance pour aller vers la justice publique au service du droit pénal. Les nuances introduites dans ce schéma, notamment par Durkheim et Makarewicz, apparaissent aujourd'hui comme des réflexions innovantes annonciatrices des analyses qui envisagent le droit pénal comme un produit de structures politiques (comme dans la Chine ancienne ou à Rome) et/ou religieuses (comme dans les normativités juive et islamique) qui ont identifié les atteintes jugées les plus graves aux valeurs communautaires pour les sanctionner judiciairement. Les travaux sur la place de la « justice négociée » dans les cités italiennes ou flamandes au Moyen-Âge, dont les statuts avaient pour but d'entraver et de médiatiser la vengeance ⁽¹²³⁾, tendent à faire penser que la substitution de la justice pénale à la vengeance est passée par une phase « pré-étatique » ⁽¹²⁴⁾ de procédures transactionnelles avant l'avènement de la justice hégémonique (*giustizia egemonica* selon l'expression de Marco Sbriccoli ⁽¹²⁵⁾) des autorités publiques.

⁽¹²²⁾ R. VERDIER, *Le système vindicatoire. Esquisse théorique* et C.H. BRETEAU, N. ZAGNOLI, *Le système de gestion de la violence dans deux communautés rurales méditerranéennes: la Calabre et le Nord-Est constantinois*, in *La Vengeance. Études d'ethnologie d'histoire et de philosophie*, R. Verdier (dir.), Paris, 1980, vol. 1, pp. 11-42 et pp. 43-73; G. COURTOIS, *La vengeance du désir aux institutions*, in *La Vengeance*, Verdier, Thomas, Poly, Courtois (dir.), *op. cit.*, vol. 3, pp. 7-45.

⁽¹²³⁾ X. ROUSSEAUX, *De la négociation au procès pénal: la gestion de la violence dans la société médiévale et moderne (500-1800)*, in *Droit négocié, droit imposé ?*, Ph. Gérard, Fr. Ost, M. Van de Kerchove (dir.), Bruxelles, 1996, pp. 273-312.

⁽¹²⁴⁾ Sur le lien entre l'émergence de l'État (pré)moderne et la justice pénale, G. RUSSO, *Governare castigando. Le origini dello Stato territoriale fiorentino nelle trasformazioni del penale (1378-1478)*, Milano, 2021.

⁽¹²⁵⁾ M. SBRICCOLI, *Giustizia negoziata, giustizia egemonica. Riflessioni su una nuova fase degli studi della giustizia criminale*, in M. BELLABARBA, G. SCHWERHOFF, A. ZORZI, *Criminalità e giustizia in Germania e in Italia. Pratiche giudiziarie e linguaggi giuridici tra tardo medioevo e età moderna*, Bologna-Berlin, 2001, pp. 353-356.

Il apparaît également que la traduction en français ou en italien de *Selbsthilfe* ou *Privatrache* en « justice privée » a trahi la pensée des juristes allemands qui n'ont pas voulu nécessairement dire qu'il existait aux époques primitives un « système » reposant sur une « justice privée » (assurée par les seules victimes, sans recours à des juges) par opposition à la « justice publique » (faisant intervenir les juges comme des tiers indépendants). Le terme de *Selbsthilfe* désigne plutôt un espace libre de sanctions pénales pour se faire justice à soi-même, y compris dans un système de justice publique, comme le prévoient les codes pénaux modernes en matière de légitime défense.

Or ce flou du vocabulaire et des concepts utilisés comme idéal-type est, selon nous, source de difficultés insurmontables. Tout le schéma d'une justice privée à l'origine des peines et de la justice publique repose sur une projection ou « reconstruction », à partir des premiers textes de droit connus (comme la loi des XII Tables), des modes de règlement des conflits qui ont pu exister « avant le droit », voire « avant l'histoire ». De manière générale, cette méthode qui postule, à partir de traces isolées dans les droits archaïques (les cas de l'adultère, du voleur nocturne, de la légitime défense...), des règles « coutumières », orales, plus générales et plus anciennes (qui auraient soumis tous les crimes à la vengeance/justice privée et cela dans toutes les sociétés archaïques!) nous paraît extrêmement contestable. Un tel schéma repose sur une hypothèse que rien ne permet de prouver et qui revient à projeter du droit avant le droit, beaucoup d'auteurs n'ayant pas hésité à parler d'un « droit de vengeance » dans un état qu'ils qualifient pourtant d'anarchique et de pré-juridique. Cette méthode postule aussi une analogie discutable entre les situations des peuples primitifs étudiées par l'ethnologie au XIX^e siècle et celles des temps reculés connues uniquement par des témoignages historiques. Sans avoir la naïveté d'opposer la violence des sociétés sans droit et la pacification opérée par l'invention du droit, l'apparition de règles positives dans le domaine pénal (bien avant l'apparition d'une science du « droit pénal » et des États modernes) a été associée, dans des configurations très diverses (l'empire chinois au III^e siècle avant notre ère, la Rome de l'époque de la loi des XII Tables et les premiers tribunaux rabbiniques fonctionnant sous des dominations étrangères), à l'exer-

cice d'une justice publique qui n'est pas issue de la vengeance privée.

Dans une perspective positiviste, se fondant sur une démarcation idéal-typique entre une régulation sociale (« diffuse » selon le vocabulaire de Jhering, repris par Durkheim) et une normativité juridique (« organisée » selon le même vocabulaire), il est tout à fait possible d'envisager l'existence de juges tranchant des conflits (dont certains de nature répressive conduisant à des sanctions sévères comme la mise au ban ou la mort) avant l'invention du droit ⁽¹²⁶⁾. Pour ces sociétés « sans droit », on peut parler de « justice », mais celle-ci n'est pas « privée », du fait de son caractère social. Dans les sociétés qui ont mis en place des règles juridiques (comme la société romaine avec la loi des XII Tables, la Chine au moins à partir du III^e siècle avant notre ère et probablement antérieurement dans les Royaumes combattants ⁽¹²⁷⁾) et une procédure pour saisir des juges (le droit « formel », nécessairement rationnel, selon Max Weber ⁽¹²⁸⁾), la justice « sociale », désormais liée au respect du droit, peut être qualifiée de publique. À Rome, elle connaît pendant longtemps, des crimes publics en petit nombre et des crimes privés qui reposent bien sur l'action des victimes, mais non sur la vengeance « privée » (c'est ici l'intuition de Makarewicz). On peut dire des victimes, ou de leurs parents, qu'elles utilisent une procédure vindicatoire, mais qu'elles n'ont pas de manière générale le droit de se venger en dehors de l'action en justice. Toutes les situations et toutes les procédures où la victime peut exécuter elle-même la peine sont des concessions du droit (comme celle qui existe toujours pour la légitime défense, même si ces concessions étaient beaucoup plus importantes dans le passé). Tous les cas (et beaucoup de meurtres sont rentrés longtemps dans cette catégorie) qui n'étaient pas dans le « champ pénal », n'intéressaient pas la justice « publique » (sauf à faire l'objet de procédures transactionnelles reconnues par les pouvoirs en place), ne tombaient pas sous le coup du droit et relevaient

⁽¹²⁶⁾ À titre d'exemple dans le Tibet indien F. PIRIE, *Peace and Conflict in Ladakh. The Constitution of a Fragile Web of Order*, Leiden, 2017 et ID., *Legalism: a turn to history in the anthropology of law*, in « Clio @ Themis », 2019, 15.

⁽¹²⁷⁾ Y. LIU, *Origins of Chinese Law. Penal and Administrative Law in its Early Development*, Hong Kong-Oxford-New York, 1998.

⁽¹²⁸⁾ M. WEBER, *Sociologie du droit*, trad. fr. J. Grosclaude, Paris, 1986, p. 42.

donc de la violence admissible, comme celle de la guerre, et non d'une justice privée.

Ce refus de l'expression de « justice privée », trouvant sa place dans un mythe évolutionniste plus global dont le simplisme est dénoncé depuis longtemps, ne signifie pas que la vengeance n'a pas joué un rôle important dans l'histoire de la « justice publique ». La coexistence pendant longtemps d'un champ pénal et de modes vindicatoires de règlement des conflits va seulement à l'encontre de l'idée d'une antériorité de la « vengeance privée » par rapport à la « justice publique ». Dans ces conditions, nous ne voyons pas ce que l'expression « justice privée » apporte à la compréhension de l'histoire du droit pénal. Dans *l'Esprit du droit romain* de Jhering, nous suivons volontiers la première intuition de l'auteur (celle de l'édition de 1852), plutôt que les ajouts de l'édition de 1866 qui, mal traduits par De Meulenaere, ont suscité ce mythe inutile de la justice privée.

MARGARIDA SEIXAS

ESCRavidÃO, LIBERDADE E DIREITO NO BRASIL.
DO COMUM E DO ESPECÍFICO
(SÉCULOS XVI A XVIII) (*)

1. Razão de ordem. — 2. Restrições de exercício. — 3. Porte e uso de arma. — 4. Jurisdição e alçadas. — 5. Fugas e quilombos. — 6. Traje e maus costumes. — 7. Sustento. — 8. Castigo e maus-tratos. — 9. Sacramentos e doutrinação. — 10. Libertação. — 11. Conclusão.

1. *Razão de ordem.*

No Direito português, a regulação da escravidão e da liberdade (aqui entendida na sua vertente de manumissão ou alforria e concomitantemente na garantia ou limitação da condição livre da população nativa) correspondeu, na Idade Moderna, a uma mescla assistemática de regras de origem plural e com diversos campos de aplicação. Entre o início do século XVI e, de forma cada vez mais nítida, o final do século XVIII, tornou-se premente uma regulação específica para as matérias da escravidão, com consciência política e jurídica das diferentes realidades existentes.

Ficam excluídos nesta sede os inúmeros aspectos relativos exclusivamente à escravização e cativoiro das populações nativas,

(*) Abreviaturas utilizadas: AAFDL — Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa; ACL — Academia das Ciências de Lisboa; AHU — Arquivo Histórico Ultramarino; ANRJ — Arquivo Nacional do Rio de Janeiro; ANTT — Arquivo Nacional da Torre do Tombo; BNP — Biblioteca Nacional de Portugal; BNRJ — Biblioteca Nacional do Rio de Janeiro; BNRJSM — Biblioteca Nacional do Rio de Janeiro/Secção de Manuscritos; DH — *Documentos Históricos*; FDUL — Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa; IHGB — Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro; LGM — *Livro Grosso do Maranhão*; O.A. — *Ordenações Afonsinas*; O.F. — *Ordenações Filipinas*; O.M. — *Ordenações Manuelinas*, « QF » — « Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno ».

vulgarmente designadas « índios », uma vez que tal regulação se dirigia a uma realidade nova, inexistente na metrópole, prejudicando a relação de especialidade. Focarei essencialmente as matérias concernentes aos escravizados oriundos do continente africano e seus descendentes, para melhor aferir dessa relação, tentando identificar em que medida o regime jurídico dos que viviam no Brasil-colónia era diferente do daqueles que viviam em Portugal-metrópole.

É objectivo deste texto utilizar alguns exemplos considerados mais paradigmáticos para demonstrar essa especificidade, pois julgo que apenas com a apresentação de exemplos concretos é possível testar a tese aqui defendida.

Não será analisada a regulação metropolitana e não aplicável no Brasil, contidas nos alvarás pombalinos de 1761 e 1773 — de proibição do tráfico, instituição da liberdade de ventre e libertação *ope legis* de uma parte considerável dos escravizados existentes — num fenómeno inverso de especificidade metropolitana — é matéria já tratada e que justificaria, só por si, um outro texto autónomo ⁽¹⁾.

A afirmação de uma especificidade própria corresponde principalmente aos séculos XVII e XVIII e começarei por apresentar diferentes aspectos de regulação especial motivada, para que melhor se possa compreender a articulação das regras gerais com a regulação especial e própria.

Concordando com Hespanha quanto à correcta percepção do Direito na Idade Moderna e do « direito colonial brasileiro » não tanto pela « existência de leis próprias, mas, muito mais, da capacidade local de preencher os espaços jurídicos de abertura ou indeterminação existentes na própria estrutura do direito comum » ⁽²⁾,

⁽¹⁾ V., por exemplo, C. NOGUEIRA DA SILVA, K. GRINBERG, *Soil Free from Slaves: Slave Law in Late Eighteenth and Early Nineteenth-Century Portugal*, in « Slavery & Abolition », 32 (2011), 3 (nº especial: *Free Soil*), pp. 431-446; M. SEIXAS, *A escravidão e a intervenção pombalina*, in *Obras Pioneiras da Cultura Portuguesa*, XIV (*Primeiros textos sobre igualdade e dignidade humana*), org. J. Franco e C. Fiolhais, Lisboa, Círculo de Leitores, 2019, pp. 115-126.

⁽²⁾ A.M. HESPANHA, *Porque é que existe e em que é que consiste um direito colonial brasileiro*, in « QF », 35 (2006), [pp. 59-81] pp. 59-60; em sentido semelhante, *Is there place for a separated legal history? A broad review of recent developments on legal historiography*, in « QF », 48 (2019), pp. 7-28. As perspectivas historiográficas sobre a escravidão são, espacial, cronológica e diacronicamente, tão diversas, que não é aqui possível dar conta do estado da

pretendo demonstrar que a legislação teve nestas matérias larga relevância e não deve ser menosprezada.

A perspectiva adoptada pressupõe o reconhecimento da imensa relevância de outras fontes nessa intrincada teia de Direito comum e Direitos próprios, em que se destacavam as obras dos juristas ⁽³⁾, como tem resultado da recente investigação ⁽⁴⁾.

Como assinalou Sílvia Hunold Lara, a legislação metropolitana sobre escravidão abrangia diferentes matérias:

Evidentemente, a Metrópole não deixou de legislar sobre os escravos em outros aspectos além do tráfico. Há Cartas Régias referentes ao batismo dos africanos, vestimenta, trabalho livre nos sábados, sustento de escravos presos. Depois do comércio, porém, a maior preocupação da legislação metropolitana foi a questão das fugas ⁽⁵⁾.

Veremos estas matérias, excluindo a análise do tráfico ⁽⁶⁾, menos fértil para apurar da especificidade brasileira, e a matéria

arte; v. R. BIVAR MARQUESE, *A história global da escravidão atlântica: balanços e perspectivas*, in « Esboços — histórias em contextos globais », 26 (2019), 41 (jan./abr.), pp. 14-41, DOI: <https://doi.org/10.5007/2175-7976.2019v26n41p14> (acesso 22/03/2023).

⁽³⁾ Cf. M. SEIXAS, *Pessoa e Trabalho no Direito Português (1750-1878): escravo, liberto e serviçal*, Lisboa, AAFDL, 2016, pp. 83-161, para a regulação pré-Iluminista, e pp. 176-212, para o período das Luzes. Há que evitar os mal-entendidos identificados por W. SILVA JÚNIOR, *História, Direito e Escravidão. A Legislação Escravista no Antigo Regime Ibero-Americano*, São Paulo, Annablume Editora, 2013, pp. 67-76, pois o Direito abarcava bem mais que a legislação, v.g. o direito consuetudinário.

⁽⁴⁾ Como fica claro, v.g., sobre a posse de estado, em M. ARMOND DIAS PAES, *Sobre origens, continuidades e criações: a posse da liberdade nos decisionistas portugueses (sécs. XVI-XVIII) e no direito da escravidão (séc. XIX)*, in *Actas del XIX Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano — Berlín 2016*, II, coord. T. Duve, Madrid, Dykinson, 2017 [pp. 1379-1406], em especial pp. 1392-1398; para uma perspectiva judicial, v. F.A. DOMINGOS PINHEIRO, *Em defesa da liberdade: libertos, coartados e livres de cor nos tribunais do Antigo Regime Português (Mariana e Lisboa, 1720-1819)*, tese de doutoramento, Instituto de Filosofia e Ciências Humanas da Universidade Estadual de Campinas, 2013, pp. 21-87, e F. GARCIA DE OLIVEIRA, *A posse da liberdade nas ações cíveis de escravos e libertos na justiça em São Paulo, século XVIII*, in « Outros Tempos », 19 (2022), 33, [pp. 288-311], DOI: <https://doi.org/10.18817/ot.v19i33.917> (acesso 23/03/2023), em especial pp. 294-313.

⁽⁵⁾ S. HUNOLD LARA, *Campos da violência — Escravos e Senhores na Capitania do Rio de Janeiro 1750-1808*, Rio de Janeiro, Editora Paz e Terra, 1988, p. 37.

⁽⁶⁾ Cf. SEIXAS, *Pessoa e Trabalho*, cit., pp. 324-343.

fiscal (7), bem como a regulação sobre a actividade nas minas (8), em especial na exploração diamantina, que justificaria um estudo autónomo (9).

Os exemplos apresentados correspondem quer a regras destinadas à Colónia ou América Portuguesa, sem distinções, quer às diferentes capitánias ou ao Estado do Maranhão (e, mais tarde, Grão-Pará), assumindo como alvo diferentes configurações jurídico-administrativas, com especificidades regulativas próprias. Tentarei assinalar essas diferenças, embora, sendo esta uma análise ampla de comparação entre espaço metropolitano e espaço colonial, as mesmas ocupem um lugar menos relevante.

2. *Restrições de exercício.*

Começemos por uma regra, inserida nas *Ordenações Filipinas*, aplicando-se em todo o território sob administração portuguesa, que proibia os corregedores, ouvidores, meirinhos e alcaides de terem como homens (*homens de justiça*) escravos seus ou alheios, sob pena de suspensão por seis meses e multa de vinte cruzados (10).

A matéria fora anteriormente regulada em sentido contrário pelo Regimento de 20 de Julho de 1568 (11) e pelo Regimento do Desembargo do Paço de 16 de Setembro de 1586 (12), no §. 82, permitindo que o Desembargo do Paço autorizasse « dar escravo em lugar de homem branco a Meirinho, ou Julgador ».

(7) *Idem*, pp. 203-204, 331-336 (a propósito do tráfico).

(8) *Idem*, pp. 158, 160, 205-208, 567-568.

(9) Tal como o de T.D.M. ÁVILA CARVALHO, *Escravidão em diamantina: os escravos na mineração do diamante e sua busca pela liberdade*, dissertação de mestrado, FDUL, 2020.

(10) O.F., livro I, título LVIII, *Dos Corregedores das Comarcas*, §. 49 (fac-símile de Cândido Mendes de Almeida *Código Philippino ou Ordenações e Leis do Reino de Portugal recopiladas por mandado d'El-Rey D. Philippe I*, Rio de Janeiro, 1870), Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1985, p. 110.

(11) *Regimento sobre alguns casos e provisões que se ora despacham, e assinam, pellos desembargadores do paço*, em *Leys e prouisoes que elRey dom Sebastião nosso senhor fez depois que começou a governar*, Lisboa, Francisco Correa, 1570, p. 86.

(12) J.R. MONTEIRO DE CAMPOS COELHO E SOUSA, *Systema, ou Collecção dos Regimentos Reaes*, tomo VI, Lisboa, Oficina de Francisco Luís Ameno, 1791, pp. 265-281, o §. 82 na p. 276.

Perante as questões levantadas pelo chanceler da Casa da Suplicação (os Regulamentos eram anteriores às *Ordenações* e existiam dúvidas quanto à possível revogação), o Decreto de 20 de Dezembro de 1693⁽¹³⁾ admitia que os homens de vara dos alcaides ou meirinhos pudessem ser «homens pretos, livres, ou captivos». Também no final do século XVII, Manuel Álvares Pegas, em comentário às *Ordenações*, repetira que os escravos não podiam exercer cargos públicos; porém era possível a dispensa, nos termos do Regimento do Desembargo, no §. mencionado⁽¹⁴⁾.

Mais tarde, a Provisão de 13 de Fevereiro de 1746⁽¹⁵⁾ para o vice-rei do Brasil, sobre os homens de vara e seus ordenados, advertia que deviam ser brancos «e não pretos, principalm[ente] escravos de todo o serviço», replicando a proibição das *Ordenações*.

Contudo, a Provisão de 17 de Janeiro de 1749⁽¹⁶⁾ autorizava o meirinho da Relação da Baía a «nomear escravos», se cumprissem os demais requisitos, após um pedido do mesmo meirinho, alegando ser impossível contratar homens brancos. O exemplo é muito circunscrito face ao seu destinatário, mas demonstra a necessidade de uma regulação adaptada às circunstâncias invocadas, adoptando a excepção metropolitana e redistribuindo competências, face às razões prementes para nomear escravos.

Outro exemplo: os escravos — e os libertos negros, mulatos ou índios — não podiam aprender ou exercer o ofício de ourives do ouro, sob pena de multa para os que os ensinassem ou os tivessem em suas casas. A proibição estava prevista no Alvará com força de lei

(13) J. INÁCIO DE FREITAS, *Collecção Chronologica de Leis Extravagantes, Posteriores à Nova Compilação das Ordenações do Reino, publicadas em 1603*, Coimbra, Real Imprensa da Universidade, 1819, I, pp. 340-341.

(14) M. ÁLVARES PEGAS, *Commentaria ad ordinationes Regni Portugaliae Regni Portugaliae: tractatio scientifica, utrique foro perutilis ac necessaria, ex Iure naturali, Ecclesiastico, Civili, Romano & Lusitano*, tomo IV, Lisboa, Tipografia João A. Costa, 1672, p. 579, §. 3: «*Servos in homines publicos accipere non possunt, sed hoc possunt Senatores Palatini ex suo Regimine §. 82.*».

(15) AHU, *Registo de Cartas Régias, Provisões e outras ordens para a Babia do Conselho Ultramarino*, cod. 249, fls. 301-301v.º.

(16) BNP, Manuscritos e Reservados, Cod. (F.G.) 10787, *Alvarás-Provisões-Leis referentes só ao Brasil (1737-1759)*, fl. 78v.º-79.

de 20 de Outubro de 1621 ⁽¹⁷⁾, em resposta a petição dos juizes do officio. Mas é possível presumir que não deve ter vigorado por inteiro no Brasil, pois ourives escravos são referidos sem menção à mesma proibição, v.g., no Regimento das minas de ouro, de 19 de Abril de 1702 ⁽¹⁸⁾, ou na Carta Régia de 7 de Maio de 1703 ⁽¹⁹⁾; embora não sejam invocadas razões, julgo que o motivo não seria diverso do invocado supra, ou seja, a dificuldade em encontrar homens livres em número suficiente.

3. *Porte e uso de arma.*

Este mesmo tipo de especificidade também se verificava noutras matérias, como a do porte de armas; sendo bastante antiga a proibição do porte e uso por escravizados ⁽²⁰⁾, tal disposição fora mandada cumprir com todo o rigor pelo Alvará de 21 de Junho de 1583 ⁽²¹⁾/ ⁽²²⁾.

⁽¹⁷⁾ Em J.J. ANDRADE E SILVA, *Collecção Chronologica da Legislação Portugueza*, anos 1620-27, Lisboa, Imprensa de J.J.A. Silva, 1855, p. 55.

⁽¹⁸⁾ J.J. ANDRADE E SILVA, *Collecção Chronologica da Legislação Portugueza*, ano 1701, Lisboa, Imprensa Nacional, s/d, pp. 28-34. No §. XXI (p. 32) determinava-se que fossem expulsos das explorações mineiras os ourives e também os *ourives, escravos* dos moradores das minas.

⁽¹⁹⁾ ANRJ, *Cartas Régias*, Cod. 952, vol. 14, fl. 53, in S. HUNOLD LARA, *Legislação sobre escravos africanos na América portuguesa*, in *Nuevas Aportaciones a la Historia Jurídica de Iberoamérica*, J. Andrés-Gallego (coord.), Madrid, Fundación Histórica Tavera/Digibis, 2000, p. 221. Outras referências nos documentos mencionados em A.J.R. RUSSELL-WOOD, *Escravos e Libertos no Brasil colonial*, Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 2005, p. 374, nota 18.

⁽²⁰⁾ O Alvará de 8 de Julho de 1521 (D. NUNES DE LEÃO, *Leis Extravagantes collegidas e relatadas pelo licenciado Duarte Nunez de Lião per mandado do muito alto & muito poderoso Rei Dom Sebastiam nosso Senhor*, Lisboa, António Gonçalves, 1569, IV, IV, I, fl. 122) proibia o porte de armas por escravos não acompanhados dos senhores, sob pena de multa e açoites. A pena terá sido julgada insuficiente, pois a Lei de 3 de Agosto de 1557 (*idem*, IV, II, XI, fl. 119) estabeleceu pena de morte para o escravo que trouxesse arcabuz pequeno. Pouco depois, o Alvará de 12 de Abril de 1559 (*idem*, IV, V, IX, fl. 122v.), relativo a todas as armas, ordenava a aplicação das penas quando os escravos fossem encontrados com armas sem os senhores, salvo se fossem do Paço ou de lugar onde estava o senhor por « caminho dr^o pera sua pousada ».

⁽²¹⁾ *Ley dos arcabuzes*, [s.n., s.l., depois de 21 de Junho], 1583 (BNP, Reservas, RES. 3437 V.).

Todavia, esta proibição absoluta foi modificada pela Carta Régia de 24 de Julho de 1711 ⁽²³⁾, dirigida ao governador de São Paulo e Minas. Na sequência da proposta dos oficiais da Câmara de São Paulo para que fosse concedido o uso de armas de fogo aos seus escravos, a Carta deixava tal permissão ao arbítrio do governador, invocando que não podiam ali impor-se as proibições do Reino, face aos perigos nas « dilatadas serras e montanhas » que percorriam os escravos, sem o « abrigo de povoações e estalagens ». A justificação é bastante clara quanto ao problema tratado nesta sede: a legislação do Reino nem sempre servia bem noutros territórios, neste caso o de São Paulo e Minas.

Contudo, da Provisão de 28 de Março de 1714 ⁽²⁴⁾, dirigida ao mesmo governador, resulta que este último vedara a utilização de armas de fogo pelos escravos, medida que a Provisão aprovava porque a experiência mostrava que os escravos faziam os « maiores insultos ». Parece resultar, na sequência da Carta Régia antecedente, que se teria permitido o uso de outras armas, criando uma solução de compromisso: não se cumpria com rigor a proibição metropolitana, mas não se permitia que os escravos utilizassem armas de fogo.

Já a Provisão de 21 de Janeiro de 1726 ⁽²⁵⁾, dirigida ao governador da capitania do Rio de Janeiro (na sequência da carta em que se queixava da falta de execução das proibições, em especial quanto a facas), mandava executar a Lei sem excepções, embora permitindo que o governador autorizasse o uso de facas no campo para o necessário — demonstrando de novo, por parte do poder metropolitano, algum acolhimento das posições expressas pelas autoridades coloniais e as necessidades próprias invocadas.

4. *Jurisdição e alçadas.*

Um aspecto que ultrapassava a matéria da escravidão, pois abrangia também pessoas livres, mas que tinha um enquadramento

⁽²²⁾ J. FONSECA, *Escravos no Sul de Portugal. Séculos XVI-XVII*, Lisboa, Vulgata, 2002, pp. 104-106, 109, apresenta exemplos, entre 1557 e 1642, de actos de violência com intervenção de escravos armados.

⁽²³⁾ BNRJMS, *Collecção Sumária*, 1, 2, 6, n. 1, em HUNOLD LARA, *Legislação*, cit., p. 236.

⁽²⁴⁾ IHGB, *Avisos, Provisões*, Lata 100, doc. 2, p. 4, *idem*, p. 240.

⁽²⁵⁾ BNRJ, *vol. 2*, n. 152, *idem*, p. 274.

específico nos territórios coloniais é o das competências e alçadas das autoridades judiciais, naquilo que podemos apelidar de « fluidez jurisdicional »⁽²⁶⁾ nas estruturas do poder colonial português.

Quanto ao Brasil, encontramos vários exemplos que se afastam da regulação metropolitana. Logo em 1549, a Carta de 17 de Janeiro⁽²⁷⁾, que nomeava Pêro Borges ouvidor-geral, referia que os ouvidores tinham alçada nas causas crime até pena de morte natural se aplicada a escravos, gentios ou peões cristãos — esta assimilação entre escravizados e livres não se aplicava às « pessoas de mais qualidade ».

Idêntica menção consta da Carta de 23 de Julho de 1556⁽²⁸⁾, nomeando Mem de Sá governador-geral do Brasil, ou do Regimento do ouvidor-geral do Maranhão, de 7 de Novembro de 1619⁽²⁹⁾, mostrando intenção de regulação análoga para diferentes regiões da Colônia e reflectindo características de um território extenso e distante da metrópole.

Regulação semelhante está presente no Regimento do ouvidor geral do Brasil e auditor da gente de guerra do presídio, de 1630⁽³⁰⁾: nas causas crimes, o ouvidor tinha alçada até pena de morte,

(26) A expressão *jurisdictional fluidity* é de L. BENTON, *The Legal Regime of the South Atlantic World, 1400-1750: Jurisdictional Complexity as Institutional Order*, in « *Journal of World History* », 11 (2000), 1 (Spring), p. 27.

(27) *DH* n.º 35 (Provimentos seculares e eclesiásticos, 1549-1559), Rio de Janeiro, Biblioteca Nacional, 1937, pp. 23-26.

(28) *Idem*, pp. 406-408. Sílvia ALVES, *Punir e Humanizar. O Direito Penal Setecentista*, tese de doutoramento, FDUL, 2009, vol. doc., I, p. 92, transcreve o Alvará de 3 de Setembro de 1723, ordenando ao ouvidor de São Paulo que, usando do Regimento da Ouvidoria do Rio de Janeiro, sentenciasse « escravos e Índios criminosos até pena de morte sem apelação nem agravo ».

(29) J.J. ANDRADE E SILVA, *Collecção Chronologica da Legislação Portuguesa*, anos 1613-1619, Lisboa, Imprensa de J.J.A. Silva, 1855, pp. 387-389: com alçada para condenar em açoites ou degredo por quatro anos peões e escravos, para condenar em degredo por quatro anos qualquer pessoa ou noutras penas que não as de morte ou talhamento de membros, ou nestas, em alguns crimes discriminados.

(30) *Idem*, anos 1627-1633, Lisboa, Imprensa de F.X. de Souza, 1855, pp. 167-171. A data do Regimento é ambígua, pois está datado de 2 de Abril de 1630 no Livro III das Leis da Torre do Tombo, mas existe uma Carta Régia posterior, de 4 de Maio de 1630 (*idem*, p. 172), que ordenava a sua elaboração e o Regimento surge registado com data de 1 de Junho de 1630 (*idem*, p. 177) no Livro IX da Suplicação. A data de Junho parece ser a mais credível face à Carta Régia de Maio.

inclusive, « em escravos, gentios, peões, cristãos, e homens livres » (VII) mas não nas « pessoas de mais qualidade ». Embora não se fizesse distinção entre escravos e livres na alçada do ouvidor geral, na dos capitães e ouvidores das capitanias surgia uma distinção ligeira, agregando escravos e gentios na mesma categoria: quanto a estes, podiam condenar até à pena de açoites e corte de orelhas, mas, quanto aos peões cristãos, somente em pena de açoites e degredo até três anos (XII).

A Provisão de 2 de Julho de 1705 ⁽³¹⁾, dirigida ao ouvidor-geral da capitania de São Paulo, com menção às « repetidas mortes », em especial no sertão, ampliava largamente a jurisdição do destinatário, concedendo-lhe tirar devassa nos casos em que coubesse pena de morte e, no homicídio cometido por escravos contra o proprietário ou os filhos deste, executar esta pena, excluindo o recurso (sem apelação nem agravo), ou seja, equiparando a jurisdição do ouvidor da capitania à do ouvidor-geral do Brasil.

Também nesta matéria encontramos a associação entre escravizados, livres negros e indígenas: na Provisão de 24 de Fevereiro de 1731 ⁽³²⁾ para o vice-rei do Brasil, mencionava-se a carta do governador de Minas relatando os « m.^{tos} e continuos delitos » cometidos « por bastardos, Carijós, Mulatos e Negros » e na representação do mesmo governador e dos ouvidores das comarcas de Ouro Preto, Sabará, Rio das Mortes e Serro do Frio referiam-se os escravos « prezos por matarem a Seus S.^{res} ». Por pedido das autoridades, a Provisão ordenava que se concedesse ao governador de Minas jurisdição para, com os ouvidores das comarcas, o juiz de fora do Ribeirão do Carmo e o procurador da Fazenda, « sentenciarem em ultima penna » os delinquentes — ou seja, tal como para o ouvidor de São Paulo, alargava-se a jurisdição por motivos específicos.

A Provisão de 20 de Outubro de 1735 ⁽³³⁾ para a capitania de Pernambuco e Paraíba referia os crimes de « índios[,] bastardos[,]

(31) Em *Revista do Arquivo Municipal de São Paulo*, cf. HUNOLD LARA, *Legislação*, cit., p. 226.

(32) AHU, *Registo de Cartas Régias, Provisões e outras ordens*, cit., cod. 248, fl. 335.

(33) ACL, *Documentos e notícias referentes a Pernambuco (Manuscritos Série Azul, n.º 95)*, fls. 343v.º-344v.º (e também nos fls. 545-546, com ligeiras alterações na redacção).

carijões[,] mulatos e negros » e atribuía jurisdição para os sentenciar em última pena à *Junta* formada pelo governador, ouvidores de Pernambuco e Paraíba, juiz de fora de Olinda e outro ouvidor recrutado para o efeito.

Após esta última Provisão, e invocando o seu exemplo, a Provisão de 31 de Dezembro de 1735 ⁽³⁴⁾, para o governador de Minas, tendo em conta a dificuldade em reunir os seis ministros e governador da Portaria de 1731, permitia que a *Junta* funcionasse com quatro membros mais o governador, tal como previsto para Pernambuco e Paraíba.

Como fica patente, a jurisdição de máxima alçada, prevista no século XVI apenas para as autoridades máximas na Colónia, foi, já no século XVIII, alargada às autoridades subalternas das capitánias, justificada com os muitos crimes de escravos, libertos e índios.

5. *Fugas e quilombos.*

Ligado a este último aspecto, existia uma realidade própria do Brasil, com configuração diversa face a outros territórios, que suscitou muito abundante e variada regulação específica: as aldeias de escravizados fugitivos ⁽³⁵⁾, aí apelidadas, a partir de certo momento, de quilombos ⁽³⁶⁾, vistos pelas autoridades como focos de crimina-

⁽³⁴⁾ IHGB, *Avisos, Provisões e Cartas Régias*, lata 100, doc. 2, p. 50, em HUNOLD LARA, *Legislação*, cit., p. 294.

⁽³⁵⁾ M. FLORENTINO, M. AMANTINO, *Fugas, quilombos e fujões nas Américas (séculos XVI-XIX)*, in « Análise Social », XLVII (2012), 203, pp. 245-263, em <http://analisesocial.ics.ul.pt/documentos/1341932860Z0cXT8lc8Ei41ZL8.pdf> (acesso 24/03/2023); ainda J.J. REIS, *Quilombos e revoltas escravas no Brasil*, in « Revista USP », 28 (1996), pp. 14-39, DOI: <https://doi.org/10.11606/iss.n.2316-9036.v0i28p14-39> (acesso 26/03/2023); v. também *Liberdade por um fio: História dos quilombos no Brasil*, org. J.J. Reis e F. Santos Gomes, São Paulo, Companhia das Letras, 1996, com estudos de diferentes autores, cuja *Introdução. Uma história da liberdade*, pp. 9-28, apresenta o estado da arte. Dos mesmos, v. a introdução *Um guia para a revolta escrava*, in *Revoltas escravas no Brasil*, org. J.J. Reis e F. Santos Gomes, São Paulo, Companhia das Letras, 2021, pp. 7-29, e os cinco primeiros estudos para o período colonial (os dois últimos para a fase final, já no século XIX), focando as revoltas e não os quilombos, salvo Palmares, « espécie de revolta permanente » (p. 11).

⁽³⁶⁾ Para identificar um quilombo bastava a concentração de cinco fugitivos em sítio despovoado (v. *infra* a Provisão de 6 de Março de 1741), o que terá exagerado a

lidade a que frequentemente tentavam pôr fim, como recomendava a Coroa ⁽³⁷⁾. Esta situação é, como melhor se verá *infra*, diferente da fuga individual ou em pequenos grupos, aquela que já estava prevista na legislação metropolitana por ser essa a realidade conhecida no Reino.

Verificou-se, no final do século XVII, uma situação singular que se traduziu na célebre rebelião de Palmares ⁽³⁸⁾ e que deu azo a uma regulação específica, como resulta *v.g.* do Alvará de 10 de Março de 1682 ⁽³⁹⁾, sobre a situação dos negros capturados em Pernambuco, na sequência da rebelião, muitos dos quais tinham voltado a rebelar-se após terem sido « reduzidos à obediência

percepção numérica dos calhambolas, cf. REIS, *Quilombos e revoltas escravas*, cit., p. 18: « Essa definição mesquinha, concebida para melhor controlar as fugas, terminou por agigantar o fenómeno aos olhos de seus contemporâneos e de estudiosos posteriores ». Para a introdução da palavra, de origem na língua umbundu e em diferentes culturas (cf. Kabengele MUNANGA, *Origem e histórico do quilombo na África*, in « Revista USP », 28 (1995-1996), pp. 56-63, <https://www.revistas.usp.br/revusp/article/view/28364>), no final do século XVII, S. HUNOLD LARA, *O território dos Palmares: cartografia, história e política*, in « Afro-Ásia », 2021, 64, p. 42.

⁽³⁷⁾ Por exemplo, na Carta Régia de 5 de Novembro de 1657 (*DH* n.º 66 — Cartas régias, 1651-1667, Rio de Janeiro, Biblioteca Nacional, 1944, pp. 135-136) ou na Carta Régia de 11 de Maio de 1668 (*DH* n.º 67 — Cartas régias, 1667-1681, Rio de Janeiro, Biblioteca Nacional, 1945, pp. 36-37).

⁽³⁸⁾ É imensa a bibliografia sobre Palmares, v. a reinterpretção de R. BIVAR MARQUESE, *A dinâmica da escravidão no Brasil: resistência, tráfico negreiro e alforrias, séculos XVII a XIX*, in « Novos Estudos », CEBRAP, 74 (Março 2006), pp. 107-123; v. a bibliografia aí referida e os quatro primeiros estudos inseridos em *Liberdade por um fio*, cit., pp. 29-122; I. ALVES FILHO, *O Quilombo dos Palmares como Resistência e Síntese Cultural*, in *Escravidão e Transformações Culturais. África — Brasil — Caraíbas*, org. I. Castro Henriques, Lisboa, Editora Vulgata, 2002, pp. 271-283, embora discorde de algumas afirmações quanto ao modelo de liberdade nos quilombos (parece-me mais fundamentada a posição sintetizada por REIS, *Quilombos e revoltas escravas*, cit., p. 19: « o objetivo da maioria dos quilombolas não era demolir a escravidão, mas sobreviver, e até viver bem, em suas fronteiras. »); mais recentemente, L.F. ALENCASTRO, *Palmares: batalhas da guerra seiscentista sul-atlântica*, in *Revoltas escravas no Brasil*, cit., pp. 30-72, e HUNOLD LARA, *O território dos Palmares*, cit., pp. 12-50.

⁽³⁹⁾ Inserido na edição das O.F. consultada, IV, *Aditamentos à Legislação Portuguesa*, p. 1045, sob o título *Regula a liberdade e captivoiro dos Negros apprehendidos na rebelião dos Palmares, na capitania de Pernambuco; e a prescripção da escravidão*. Sobre o aproveitamento do Alvará pelos juristas brasileiros do século XIX, HUNOLD LARA, *Legislação*, cit., p. 46.

régia ». A regulação era complexa ⁽⁴⁰⁾ e tratava escravizados e livres, fugitivos em Palmares e « restituídos » ou reescravizados.

Esta regulação muito específica não se confunde com as regras aplicáveis antes e depois, mas julgo que Palmares influenciou a legislação posterior, destinada a punir e extinguir a denominada *grand marronnage* ⁽⁴¹⁾, em que os escravizados fugidos em grupo ou que se acoitavam nos quilombos eram associados à revolta e criminalidade mais organizadas. A legislação do final do século XVII e início do século XVIII a aplicar no Brasil não encontra paralelo na metrópole.

A Carta Régia de 24 de Setembro de 1699 ⁽⁴²⁾ foi enviada ao governador da capitania do Rio de Janeiro, em resposta a uma carta deste dando conta dos roubos e danos causados por bandos de escravos fugidos e da morte de um desses negros pelo capitão Roque Fernandes num ataque a um « quilombo ». O rei respondia que nesses casos cabia devassa, não se punindo os homicídios « acidentais » ou resultado de « resistências »; porém, se fossem cometidos « voluntariamente » sem resistência dos escravos, devia proceder-se « contra os cabos que consentirem semelhante desordem ».

Para resolver o problema, foi oficializada a realidade presente no terreno e regulada nas capitanias ⁽⁴³⁾, ou seja, o posto de capitão-mor das entradas dos mocambos, pela Provisão de 26 de Novembro de 1714 ⁽⁴⁴⁾, dirigida ao vice-rei do Brasil, com recomendação para evitar

⁽⁴⁰⁾ Para maior detalhe, SEIXAS, *Pessoa e Trabalho*, cit., pp. 152-153.

⁽⁴¹⁾ Cf. FLORENTINO, AMANTINO, *Fugas, quilombos e fujões*, cit., pp. 238-239: « evasões que permitiam aos cativos organizarem-se mais ou menos rapidamente em bandos, sob a chefia de um deles, ou reunirem-se a quilombos pré-existentis ».

⁽⁴²⁾ No ANRJ, *Cartas Régias, Cod. 952*, v. 10, fl. 45, em HUNOLD LARA, *Legislação*, cit., pp. 214-215. O diploma já utilizava a palavra « quilombo », utilizada há poucos anos neste contexto, de acordo com HUNOLD LARA, *O território dos Palmares*, cit., p. 42.

⁽⁴³⁾ HUNOLD LARA, *Campos da violência*, cit., pp. 295-322; da mesma, *Do singular ao plural: Palmares, capitães-do-mato e o governo dos escravos*, in *Liberdade por um fio*, cit., pp. 98-109; SILVA JÚNIOR, *História, Direito e Escravidão*, cit., pp. 142-144.

⁽⁴⁴⁾ AHU, *Registo de Cartas Régias, Provisões e outras ordens*, cit., cod. 247, fls. 1-1v.º. Embora existam referências ao anterior Regimento de 1676, o texto não foi localizado, cf. HUNOLD LARA, *Do singular ao plural*, cit., p. 99. Por Alvará de 12 de Janeiro de 1719 (*DH* n.º 14 — Mandados, provisões, doações, 1551-1625, Rio de Janeiro, Biblioteca Nacional, 1929, p. 246), recomendava-se ao governador de São Paulo e Minas que contra os « mocambos » recorresse do mesmo meio já em uso nas restantes

os excessos dos *capitães*, que prendiam muitos escravos não fugidos somente para cobrar aos proprietários o valor fixado.

E a Carta Régia de 18 de Dezembro de 1731 ⁽⁴⁵⁾ ordenava ao governador do Maranhão que organizasse todos os Verões escoltas aos sertões com a finalidade de prender os escravos, pois os oficiais da Câmara de Belém do Pará tinham-se queixado dessas fugas, referindo assaltos e homicídios dos que se escondiam no mato.

As referências a crimes — « mortes e roubos » — praticados pelos « negros fugidos » estão também presentes na Provisão de 18 de Janeiro de 1732 ⁽⁴⁶⁾ para o governador da capitania de Minas, aprovando medidas anteriores deste para remuneração a pagar pelos proprietários aos capitães do mato. A Provisão referia que se fizera o ajuste com um capitão do mato; este causara « tal mortandade nos ditos negros » e ficara « o povo tão satisfeito », que desejava pagar anualmente « a porção que fosse justa ».

Nova medida era ordenada pelo Alvará de 3 de Março de 1741 ⁽⁴⁷⁾, pois subsistiam os crimes dos escravos fugidos (*calhambollas*): os negros encontrados em quilombos e que neles estivessem voluntariamente seriam marcados a fogo com « huma marca em huma espadua com a letra *F* » e, se fossem encontrados com tal marca, ser-lhes-ia cortada uma orelha. Estas marcas seriam executadas por simples mandato do juiz (de fora ou ordinário) ou do ouvidor da comarca, sem qualquer processo e só « pela notoriedade do facto ».

Medidas ainda mais drásticas foram ordenadas pela Provisão

capitanias: « capitão-do-mato com o premio que se costuma dar a cada um pelos escravos que prendem ».

⁽⁴⁵⁾ LGM, 2ª parte (1707-1745), vol. 67 dos *Anais da Biblioteca Nacional*, Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1948, pp. 253-254.

⁽⁴⁶⁾ IHGB, *Avisos, Provisões e Cartas Régias*, lata 100, doc. 2, p. 41, em HUNOLD LARA, *Legislação*, cit., p. 290.

⁽⁴⁷⁾ ACL, F.M. TRIGOSO DE ARAGÃO MORATO, *Colecção de legislação portuguesa impressa e manuscrita*, vol. 12, doc. 123, e BNP, Manuscritos e Reservados, Legislação de 1741, pasta sem cota. Da mesma dava nota Francisco Xavier de Mendonça Furtado, em Carta de 16 de Novembro de 1752, em M. CARNEIRO MENDONÇA, *A Amazônia na era pombalina*, Rio de Janeiro, IHGB, 1963, 1.º, *Correspondência Inédita do governador e Capitão-General do Estado do Pará e Maranhão Francisco Xavier de Mendonça Furtado* (1751-1759), pp. 304-306. Mencionada por ALVES, *Punir e Humanizar*, cit., tomo I, p. 361, como a única encontrada em todo o século XVIII prevendo a pena de mutilação.

de 6 de Março de 1741 ⁽⁴⁸⁾, para o governador do Rio de Janeiro, acumulando à época o governo de Minas Gerais, na sequência das queixas dos oficiais da Câmara de Vila Rica sobre os « continuos insultos, roubos e mortes » causadas por escravos fugidos. Permitia a Provisão que o governador pudesse avisar os ouvidores de comarca para repartirem, por todos os moradores da zona afectada, até trezentas oitavas de ouro para as despesas nos assaltos aos quilombos e entradas de mato, reputando por quilombo « toda a habitação de negros fugidos » em número superior a cinco, em parte despovoadas, mesmo que sem « ranchos levantados ». A Provisão também mandava observar o estilo já existente de atribuir prémio superior por « cada cabeça de negro » que resistisse e que os capitães apresentassem morto, mandando estender o prémio para os escravos trazidos presos.

Por último, a Provisão conferia uma considerável imunidade aos capitães do mato e outros participantes nos assaltos aos quilombos, pois estipulava que não se podia proceder contra eles nem prendê-los, salvo se os homicídios ou ofensas tivessem sido praticados « de prepozito e/sem necesid[ade] », e também não permitia a pronúncia, por devassa ou querela, de quem praticasse esses factos quando acompanhasse autoridade pública, pelo que se fosse preso devia ser de imediato solto, sem prejuízo de apelação.

O paulatino agravamento da regulação legislativa, quer mais ampla, quer dirigida a áreas específicas (invocando circunstâncias próprias), demonstra as tentativas da Coroa para combater uma realidade ameaçadora que, não sendo exclusiva do Brasil, assumia nesse território uma dimensão quantitativa e qualitativa capaz de fazer perigar as estruturas do poder colonial, como o caso de Palmares deixara claro.

Já a legislação mais antiga e geral destinava-se essencialmente à *petit marronnage* ⁽⁴⁹⁾. Nas *Ordenações Filipinas* ⁽⁵⁰⁾, previa-se que o juiz obrigasse o escravo fugitivo entregue às autoridades a dizer

⁽⁴⁸⁾ BNP, Manuscritos e Reservados, Legislação de 1741, pasta sem cota, Provisão *Sobre os Negros junctos, e presos em Quilommbos e a pena q novam.^{te} se manda impor*, 6 de Março de 1741 (manuscrita).

⁽⁴⁹⁾ Ou seja, as « escapadelas », como as apelidam FLORENTINO e AMANTINO, *Fugas, quilombos e fujões*, cit., p. 239, que « eram efetuadas mais individualmente do que

quem era o seu senhor, por tormento de açoites, sem mais juízo, apelação ou agravo, desde que não ultrapassassem os quarenta. Estipulava-se ainda que sendo um escravo preso, deveria ser apresentado ao « Corregedor da Cidade » ou « outro Julgador » para o inquirir e descobrir se tinha fugido, levando-o ao tronco ou à cadeia ou a seu dono, sendo este morador da cidade.

Estas regras vigoravam obviamente no Brasil e embora o Alvará de 5 de Maio de 1703 ⁽⁵¹⁾ as mandasse aplicar aos « pretos fugidos » presos na cadeia da Baía, criava um outro regime, ordenando a notificação dos donos para tirar da cadeia os seus escravos num certo prazo, sob pena de serem vendidos e deduzidas as despesas. Se o dono não se conhecia e o escravo não o identificava, afixavam-se editais para que fosse reclamado, pagando as despesas; se não o fosse no prazo, era vendido em hasta pública e o valor entregue ao tesoureiro-geral, ficando reservado para o proprietário quando aparecesse.

Pouco depois, uma Provisão de 23 de Março de 1725 ⁽⁵²⁾, dirigida ao provedor dos Defuntos e Ausentes, Capelas e Resíduos de Pernambuco, ordenava que, face ao grande número de escravos fugidos nos sertões sem senhor, os mesmos fossem postos em « arecação », como « bens vacantes » que pertenciam à redenção dos Cativos.

E, logo de seguida, a Provisão de 4 de Fevereiro de 1726 ⁽⁵³⁾, dirigida ao provedor da comarca do Rio das Velhas no Brasil

por reduzidos grupos de escravos, que se escondiam nos arredores dos locais de trabalho, nas casas de parentes ou nas senzalas vizinhas ».

⁽⁵⁰⁾ O.F., V, LXII, *Da pena, que haverão os que achão scravos, aves, ou outras cousas, e as não entregão a seus donos, nem as apregoão*, §§. 1 e 2, p. 1211. Nas O.M., V, XLI, *Da pena que averam os que acham aves, e escravos, ou quasquer outras cousas, e as nom entreguam a seus donos, nem as apregoam*, §.1, os açoites eram somente 30.

⁽⁵¹⁾ BNRJMS, *Colecção de Ordens Régias*, 7, 4, 88, n. 4, em HUNOLD LARA, *Legislação*, cit., p. 220.

⁽⁵²⁾ ACL, *Regimento dos Defuntos e Ausentes (Manuscritos Série Azul, n.º 99)*, n.º 126, fls. 120-121. A Provisão foi elaborada após uma carta do provedor comissário do sertão de Rodelas sobre a situação.

⁽⁵³⁾ IHGB, *lata 71*, doc. 32, n. 132, em HUNOLD LARA, *Legislação*, cit., p. 275.

(semelhante a uma de 26 de Março de 1725 ⁽⁵⁴⁾ para os provedores de Angola), determinava que, após a venda em praça pública, os primitivos proprietários só podiam reclamar o preço dos escravos e não estes últimos, para evitar a reclamação muito posterior à venda, cujo risco afastava possíveis compradores e trazia grave prejuízo para a redenção dos cativos.

Toda esta regulação contém disposições específicas face às *Ordenações*, com motivos que os diplomas apresentam: o número de escravos fugidos e os transtornos causados nas áreas de destino eram muito superiores aos que ocorriam na metrópole.

Bem mais tarde, dava-se conta do risco das escravas fugidas por se servirem delas os desencaminhadores de diamantes, mas o Alvará de 2 de Agosto de 1771 ⁽⁵⁵⁾, que regulava vários aspectos da exploração diamantina, aplicava o §. XVIII a todas as negras no distrito: as escravas fugidas eram entregues aos donos, que pagavam o valor da «tomadia» e assinavam termo obrigando-se a vendê-las para fora da comarca, sob pena de despejo; as escravas não fugidas seriam despejadas com os proprietários; sendo forras também seriam expulsas — neste caso concreto, as especificidades do distrito diamantino postularam regras próprias, sendo este um caso de um território diferenciado pelas suas características particulares.

Obviamente que nas *Ordenações Filipinas* se puniam aqueles que levassem escravos para os por *a salvo* ou lhe indicassem caminhos de fuga, bem como os ajudassem de qualquer outra forma ou encobrissem ⁽⁵⁶⁾. O próprio «achamento» de um escravo, sem o comunicar ao proprietário ou às autoridades competentes, dava lugar à pena de furto ⁽⁵⁷⁾.

Estas as regras gerais também se aplicavam na colónia e em

⁽⁵⁴⁾ ACL, *Regimento dos Defuntos e Ausentes*, cit. (nt. 57), n.º 123, fls. 118v.º-119.

⁽⁵⁵⁾ A. DELGADO DA SILVA, *Collecção da Legislação Portuguesa desde a ultima Compilação das Ordenações*, Legislação de 1763 a 1774, Lisboa, Typografia Maignrense, 1829, pp. 551-564.

⁽⁵⁶⁾ O.F., V, LXIII, *Dos que dão ajuda aos scravos captivos para fugir, ou os encobrem*, p. 1212. Sobre a regra e sua formulação nas *Ordenações* anteriores, ver, com detalhe, SILVA JÚNIOR, *História, Direito e Escravidão*, cit., pp. 51-53.

⁽⁵⁷⁾ O.F., V, LXII, *Da pena, que haverão os que achão scravos, aves, ou outras cousas, e as não entregão a seus donos, nem as apregoão*, pr., pp. 1210-1211.

1739, uma Carta Régia de 17 de Março ⁽⁵⁸⁾, especificamente para o ouvidor-geral do Pará, ordenava o cumprimento das mesmas quanto aos que acolhiam os escravos fugidos e os retinham injustamente, procurando « perpetuallos no seu serviço ».

A punição deste crime devia limitar-se àqueles que tinham intervenção dolosa — foi necessário enfatizá-lo quanto ao Brasil através das Cartas Régias, de 3 de Novembro de 1696 ⁽⁵⁹⁾ e 26 de Novembro de 1697 ⁽⁶⁰⁾, para o governador Artur de Sá e Meneses, pois o anterior governador impusera penas pecuniárias e com o seu produto ordenara obras nos quartéis, criando o regime diverso do geral. A primeira Carta ordenava a moderação das penas, excluindo os açoites, e condenando só « aquelas pessoas que dolosamente se entender encobrirem os escravos de seus senhores », não as que tinham vendido aos escravos « o mantimento para comerem ».

Na segunda Carta mencionava-se a representação do governador, em réplica à primeira Carta, alegando que as penas moderadas não eram suficientes para terminar as obras dos quartéis e dava-se-lhe resposta, mantendo a ordem anterior, pois « que importa muito mais que se não castigue, neste caso, os inocentes, do que ainda averiguação do delito que de alguns culpados ». Neste caso, a Coroa não foi sensível às circunstâncias específicas invocadas pelo governador.

6. *Traje e maus costumes.*

Num outro plano, encontramos uma preocupação com os « costumes » conduzindo a proibições específicas, não aplicáveis na metrópole: a Carta Régia de 20 de Fevereiro de 1696 ⁽⁶¹⁾ proibia as escravas do Brasil (em todas as capitanias) de usar vestidos de seda ou peças de « cambraias ou holandas, com rendas e sem elas », e qualquer guarnição de ouro ou prata, sob as penas consideradas

⁽⁵⁸⁾ LGM, 2ª Parte, cit., pp. 264-265.

⁽⁵⁹⁾ ANRJ, *Cartas Régias, cod. 952*, vol. 8, fl. 60, em HUNOLD LARA, *Legislação*, cit., p. 209.

⁽⁶⁰⁾ ANRJ, *Cartas Régias, cod. 952*, vol. 8, fl. 226, *idem*, p. 211.

⁽⁶¹⁾ BNRJMS, *Correspondência e Ofícios*, (II-33, 29, 75 — original — e II-33, 23, 15, n. 4), *idem*, p. 208.

mais adequadas e eficazes, a impor pelos governadores aos proprietários e às escravas.

A razão específica de tal proibição residia na informação da carta do governador-geral de 24 de Junho de 1695, relatando o luxo que as escravas usavam no vestir ⁽⁶²⁾, e no desejo da Coroa em « evitar os excessos e o ruim exemplo » para a « modéstia e compostura » das suas proprietárias e respectivas famílias.

A proibição não deve ter sido efectivada, pois surgiria de novo na Carta Régia de 23 de Setembro de 1703 ⁽⁶³⁾ para o governador do Rio de Janeiro (a fim de impedir as escravas de, com os seus trajes, incitar ao pecado), e na Carta Régia de 23 de Fevereiro de 1709 ⁽⁶⁴⁾, repetindo o mesmo fim e referindo informação dos oficiais da Câmara da Baía sobre a « soltura com que as escravas e escravos costumão viver e trajar » ⁽⁶⁵⁾, « andando de noute, e incitando com os seus trages lascivos », pelo que se deviam guardar as *Ordenações* quanto à proibição de « andar de noite » ⁽⁶⁶⁾, reforçando a proibição geral.

Esta matéria voltava a ser tratada pela Pragmática de 24 de Maio de 1749 ⁽⁶⁷⁾ contra o luxo, mas de forma diversa, porque neste caso o diploma era aplicável quer na metrópole, quer nos domínios ultramarinos, e estabelecia várias restrições nos trajes e ornamentos para todos os súbditos.

⁽⁶²⁾ A.C. de C.M. SAUNDERS, *História dos Escravos e Libertos Negros em Portugal (1441-1555)*, Lisboa, INCM, 1994, p. 133, menciona a prisão de dois escravos (1548 e 1549), por usarem chapéu e roupa luxuosa. Para uma selecção de relatos, sobretudo de viajantes estrangeiros, sobre os trajes dos escravos nos séculos XVIII e XIX, contrastando luxo e miséria, A.C. CARVALHO VIOTTI, *Três palavras sobre o sustento dos escravos. Brasil, colônia de Portugal, 1633-1808*, Tese de doutoramento, Faculdade de Ciências Humanas e Sociais da Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho, 2017, pp. 32-40, 45-57.

⁽⁶³⁾ BNRJMS, *Colesão*, II, n. 35 e II, 34, 15, 14, em HUNOLD LARA, *Legislação*, cit., p. 222.

⁽⁶⁴⁾ AHU, *Registo de Cartas Régias, Provisões e outras ordens*, cit. (nt. 16), cod. 246, fls. 255v.º-256.

⁽⁶⁵⁾ Em 1711, A.J. ANTONIL, *Cultura e opulencia do Brasil por suas drogas e minas*, Lisboa, Officina Real Deslandesiana, 1711, primeira parte, livro I, capítulo IV, p. 13, advertia para que capelãos nos engenhos não tivessem em casa « Escrava para seu serviço » que não fosse já « adiantada na idade ».

⁽⁶⁶⁾ O.F., V, LXXIX *Dos que são achados depois do Sino de recolher sem armas, e dos que andão embuçados*, §. 1, p. 1225.

⁽⁶⁷⁾ ACL, TRIGOSO DE ARAGÃO MORATO, *Colecção*, cit., vol. 13, doc. 54.

Porém, a regulação do capítulo IX continuava a visar situações específicas, diferentes das metropolitanas, pois mencionava os grandes inconvenientes que nas Conquistas resultavam da « liberdade de trajarem os negros e os mulatos, filhos de negro ou mulato, ou de mãe negra »; assim, proibia todos estes, mesmo os libertos ou nascidos livres, de usar certos tecidos ou joias de ouro ou prata. Contudo, o Alvará com força de lei de 19 de Setembro de 1749 ⁽⁶⁸⁾, invocando razões presentes à Coroa, mas sem as enunciar, suspendia o capítulo IX até serem « obtidas informações convenientes ».

A Provisão de 24 de Novembro de 1734 ⁽⁶⁹⁾, dirigida ao governador da capitania de Minas, identificava certos comportamentos como típicos de escravos e « mulatos forros » e ordenava, para evitar as desordens causadas, que os oficiais de arrais e freguesias os remettessem presos ao governador sempre que « cometessem delitos ou dessem escândalo », a fim de se averiguar da sua culpa, enviando-os para onde fosse mais conveniente. Como em várias outras situações, podemos encontrar o tratamento conjunto de escravizados e forros, mas com as especificidades próprias existentes em Minas.

7. *Sustento.*

Outro aspecto que exigiu medidas concretas devido às dificuldades identificadas em território brasileiro foi o do sustento dos escravos ⁽⁷⁰⁾. Neste caso, a regulação surgiu de forma oportunista, sem uma oposição expressa ou uma especialidade em sentido técnico face à que existia na metrópole.

A Carta Régia de 31 de Janeiro de 1701 ⁽⁷¹⁾ ordenava ao governador do Brasil, na sequência de uma representação da Junta de Missões, que obrigasse os proprietários dos engenhos a dar aos escravos o « sustento necessario » ou « hum dia na semana para o

⁽⁶⁸⁾ *Idem*, doc. 58.

⁽⁶⁹⁾ IHGB, *Avisos, Provisões e Cartas Régias*, lata 100, doc. 2, p. 47, em HUNOLD LARA, *Legislação*, cit., p. 291.

⁽⁷⁰⁾ Para a recolha de testemunhos coevos sobre o incumprimento desta obrigação pelos senhores e as dificuldades na alimentação dos escravos, v. VIOTTI, *Três palavras*, cit., pp. 156-165, 181-184.

⁽⁷¹⁾ AHU, *Registo de Cartas Régias, Provisões e outras ordens*, cit., *códice* 246, fl. 130v.º.

poderem com a sua industria granjejar », conforme escolha dos próprios senhores. A justificação é muito clara:

[...] conforme o direito humano, e divino, assim como os escravos são obrigados a servirem a seus senhores, também estes tem obrigação de lhe darem o sustento necessario para que não morrão [...].

Contudo, existiriam dificuldades ainda mais específicas: a Carta Régia de 24 de Julho de 1704 ⁽⁷²⁾, dirigida ao governador da capitania de Pernambuco, dava conta da dificuldade, transmitida pelo governador, de obrigar os senhores dos engenhos e lavouras a sustentar os seus escravos, apesar de ser o meio que os próprios proprietários tinham escolhido, rejeitando a alternativa de lhes facultar um dia livre. A Carta ordenava que o governador averiguasse o que era « necessario para o sustento » dos escravos chamando depois os senhores e ajustando o que deveriam dar aos escravos — os que faltassem a esse ajuste seriam castigados, uma vez que eles próprios tinham escolhido este meio.

O problema do sustento dos escravizados também se colocava quando, por idade ou por doença, se tornavam incapazes para o serviço dos proprietários. A Provisão de 17 de Abril de 1720 ⁽⁷³⁾, dirigida ao governador do Brasil, mencionava uma carta do anterior governador informando ter-lhe constado através de moradores da cidade da Baía que alguns proprietários, « dos maiores » da capitania, abandonavam os escravos incapacitados (por idade ou doença) ⁽⁷⁴⁾ e negavam-lhes sustento (« com animo tão malevollo e firino que escandaliza os de coração mais piedozo »), o que provocara já algumas mortes. Ordenava a Provisão ao governador que obrigasse os proprietários a sustentar os escravos impossibilitados de servir, « por assi o pedir a razão e a piedade christam », e, quando o não fizessem, arbitrasse aos escravos a quantia « necessaria para

⁽⁷²⁾ ACL, *Documentos e notícias referentes a Pernambuco*, cit., fls. 119v.º-120. Voltarei a este tema a propósito da obrigação dos senhores permitirem aos seus escravos guardar o Domingo e os dias santos.

⁽⁷³⁾ AHU, *Registo de Cartas Régias, Provisões e outras ordens*, cit., cod. 247, fl. 213.

⁽⁷⁴⁾ Prática bem documentada em textos do século XVIII, como exemplificado por VIOTTI, *Três palavras*, cit., pp. 217-219.

comodamente viverem á custa/conta [?] dos bens e fazendas » dos seus senhores.

Esta é uma regulação específica sem paralelo no território metropolitano e cuja justificação é apresentada pelos diplomas, face às condutas dos senhores de escravos que punham em causa o sustento — e em último caso a sobrevivência — dos mesmos.

8. *Castigo e maus-tratos.*

Um problema recorrente, que se liga a este, é o dos maus-tratos infligidos a escravizados ⁽⁷⁵⁾. O quadro legal geral era o que resultava das *Ordenações*: a punição de certas ofensas não se verificava quando tinham lugar contra determinadas pessoas, entre as quais os escravizados, pois correspondiam ao poder de licitamente castigar. Assim, nas *Ordenações Filipinas*, estipulava-se que as penas previstas não se aplicavam a quem castigasse o seu criado ou discípulo, a sua mulher, o seu filho ou seu escravo — excepto se ferisse com arma ⁽⁷⁶⁾. É de acentuar a equiparação do escravizado a outros que era lícito castigar, assim como a limitação imposta a tal castigo quanto ao meio usado.

Regra semelhante está plasmada no livro V, título XCV, *Dos que fazem cárcere privado*, §. 4 ⁽⁷⁷⁾: não seria sujeito à pena prevista para o autor de cárcere privado aquele que encarcerasse o seu filho ou escravo com o objectivo de corrigir « más manhas ».

Contudo, os excessos na punição dos escravizados em território colonial eram manifestos e existem referências a uma Carta Régia de 20 de Julho de 1642 para aplicação no Brasil, que seria idêntica ao Alvará de 26 de Janeiro de 1599 ⁽⁷⁸⁾ dirigido à Índia portuguesa, pois a Coroa fora informada de que, em Goa e noutros lugares, os escravos eram castigados com « graves e penosos tormentos » que

⁽⁷⁵⁾ Para mais desenvolvimento, HUNOLD LARA, *Campos da violência*, cit., pp. 73-96; SEIXAS, *Pessoa e Trabalho*, cit., pp. 127-132.

⁽⁷⁶⁾ O.F., V, XXXVI, §. 1, cit., p. 1187, regra idêntica nas O.M., V, XI, §. 3.

⁽⁷⁷⁾ O.F., V, XI, p. 1245. A regra estava já prevista nas *Ordenações* anteriores: O.A., V, LXXXXII, *Dos que fazem Carcer privado per sy sem autoridade d'ElRey*, §. 6, e O.M., V, LXVIII, *Dos que fazem carcere privado*, §. 3.

⁽⁷⁸⁾ Alvará de 26 de Janeiro de 1599, BNP, Manuscritos e Reservados, cod. 2298 (microfilmado com o n.º 2635), fls. 63-64.

lhe causavam a morte e, para encobrir o crime, enterrados « em casas e quintais ».

O Alvará de 1599 ordenava ao vice-rei da Índia que procedesse a uma devassa geral anual apurando dos homicídios de escravos, aplicando aos culpados de qualquer condição as penas das *Ordenações* para o homicídio de pessoas livres. O diploma dava ordens a « todas as justiças » do Estado da Índia para julgar de forma sumária as queixas por tratamento cruel dos escravos, por os matarem à fome ou lhes infligirem « injurias insofríveis e vergonhosas », retirando-os aos seus senhores durante o julgamento. Se as ofensas se confirmassem, seriam obrigados a vender os escravos a pessoas que os tratassem bem, sob condição de nunca voltarem ao poder dos primeiros senhores.

No entanto, não consegui localizar o suposto diploma idêntico de 1642, destinado ao Brasil, nem mesmo o seu texto reproduzido ⁽⁷⁹⁾.

Já mais tarde, a Carta Régia de 23 de Março de 1688 ⁽⁸⁰⁾, na sequência de informações que denunciavam o castigo com crueldade de escravos pelos seus senhores, excedendo a moderação permitida, ordenava que fossem tomadas informações « verbaes e summarias »; havendo excesso, os senhores seriam castigados « arbitrariamente » e, em caso de « exceção grave », mandados processar sumariamente pelo ouvidor-geral, com adjuntos nomeados pelo próprio governador. Às penas fixadas acrescia, sempre que o proprietário tratasse o escravo com « mayor excesso », a obrigação de o vender, sob condição de o comprador tratar o escravo « com castigo moderado », obrigação prevista em Carta Régia de 20 de Março de 1688 ⁽⁸¹⁾. Da mesma forma se devia proceder quando a « crueldade

⁽⁷⁹⁾ Cf. também HUNOLD LARA, *Legislação*, cit., p. 167.

⁽⁸⁰⁾ ACL, *Documentos e notícias referentes a Pernambuco*, cit., fls. 117v-118v.º. Carta Régia de 23 de Março de 1688 (três idênticas), dirigidas aos governadores do Brasil, da capitania do Rio de Janeiro e da capitania de Pernambuco.

⁽⁸¹⁾ *Idem*, fl. 117-117v.º. Cartas de 20 de Março de 1688 (três idênticas), dirigidas aos governadores do Brasil, da capitania do Rio de Janeiro e da capitania de Pernambuco, ordenando devassa nos castigos excessivos dos escravos, em que se aceitaram denúncias mesmo as que fizessem os « escravos castigados »; estipulava que, na falta de prova, deveriam as « Justiças » notificar os senhores dos escravos para que lhe não fizessem « dano algum ».

e tirania » no castigo dos escravos constassem ao arcebispo, pois existia ordem régia para que os prelados comunicassem tais excessos aos governadores.

Deve ser mencionado outro aspecto da Carta: ordenava-se ao governador que, se possível, evitasse o conhecimento pelos escravos da punição do proprietário, para evitar que, « com menos justificada causa », pudessem « arguir a seus Senhores ». É clara a preocupação com a ordem instituída, para que a punição não abalasse o poder do senhor sobre o escravo, que se traduzia na possibilidade de o castigar, desde que com moderação.

Contudo, a vigência desta Carta Régia e da de 20 de Março foi muitíssimo breve: foram dadas sem efeito pela Carta Régia de 23 de Fevereiro de 1689 ⁽⁸²⁾, na sequência da missiva que, em Agosto de 1688, o governador Matias da Cunha (entretanto falecido) enviara, comunicando os « grandes inconvenientes » da sua execução para o serviço régio e a conservação do Estado do Brasil. Ordenava-se agora que se aplicasse o que as leis dispunham « em commum sobre os senhores que a seus escravos dam immoderado castigo ». Interessante é a advertência final, dispondo que a revogação fosse divulgada entre os escravos para evitar as perturbações das Cartas de 1688. Eis um exemplo de como as medidas drásticas e certas enfrentavam interesses consolidados (defendidos em regra pelas autoridades coloniais) e a conveniente manutenção da ordem e da paz pública.

Mais cautelosa do que as Cartas de 1688 é a Carta Régia de 7 de Fevereiro de 1698 ⁽⁸³⁾, dirigida ao governador da capitania do Rio de Janeiro, pois o monarca fora informado que nessa capitania os senhores prendiam os escravos em certas partes do corpo com argolas de ferro para « sofrerem a crueldade do castigo que lhe quiserem dar ». Considerando tal castigo « inumano » e ofensivo das leis da natureza, ordenava ao governador que averiguasse « com prudência e cautela » e, chegando à conclusão de que os factos se verificavam, actuasse para os evitar, usando os meios « mais pruden-

⁽⁸²⁾ *Idem*, fls. 118v.º-119.

⁽⁸³⁾ ANRJ, *Cartas Régias, Cod. 952*, vol. 9, fl. 37, em HUNOLD LARA, *Legislação*, cit., p. 211.

tes e eficazes », procurando não causar « alvoroço » nos senhores e « sem ruído ou alteração » dos escravos.

Apesar da reduzida eficácia das medidas que tentavam limitar a violência e castigo cruel de escravos, o Decreto de 21 de Janeiro de 1702 ⁽⁸⁴⁾ ordenou o julgamento sumário na Relação da Baía de um réu acusado por uma sua escrava de crueldade; os juízes foram autorizados a obrigá-lo a vendê-la e a declará-lo inábil para possuir outras. E a 16 de Junho de 1706 ⁽⁸⁵⁾, uma Carta Régia para o ouvidor-geral da mesma Relação ordenava que se procedesse contra um senhor cuja escrava tentava livrar-se do « captivo rigoroso ».

Aliás, embora a Carta Régia de 23 de Fevereiro de 1689 declarasse a revogação das mencionadas Cartas de Março de 1688, existem dúvidas fundadas sobre a sobrevivência ⁽⁸⁶⁾ destas últimas, pois a Provisão de 17 de Janeiro de 1714 ⁽⁸⁷⁾, para o governador-geral do Brasil, mencionava a informação do chanceler da Relação da Baía (de 24 de Novembro de 1709), referindo a não observância da « ordem que se passou no anno de 1688 » que encomendava aos governadores « especial cuydado » para que os senhores não castigassem os escravos rigorosamente. A Carta Régia mencionava que a « dissimulação de se executar » facilitava a aplicação de « castigos tiranos » e recomendava ao governador a execução da ordem anterior, por ser justo evitar os excessos.

Já antes a Carta Régia de 5 de Novembro de 1710 ⁽⁸⁸⁾ para o governador do Rio de Janeiro encarregara o procurador da Coroa e da Fazenda e um dos solicitadores desta de « defenderem e solicitarem » as causas dos escravos, na sequência da representação do res-

⁽⁸⁴⁾ Referido a propósito da proibição de cárcere privado nas *O.F.*, V, nota 5 ao título XCI, p. 1245.

⁽⁸⁵⁾ AHU, *Registo de Cartas Régias, Provisões e outras ordens*, cit., cod. 246, fl. 210v.º.

⁽⁸⁶⁾ Embora Perdígão MALHEIRO, *A Escravidão no Brasil: ensaio histórico, jurídico, social*, III — *Africanos*, Typographia Nacional, Rio de Janeiro, 1867, p. 18, nota 61, refira que as Cartas de 1688 foram « restauradas pela de 11 de Janeiro de 1690, e Alv. de 20 de Novembro de 1779 », não consegui localizar esses textos; à mesma conclusão chegou HUNOLD LARA, *Legislação*, cit., p. 45, nota 140.

⁽⁸⁷⁾ AHU, *Registo de Cartas Régias, Provisões e outras ordens*, cit., cod. 246, fl. 346v.º-347.

⁽⁸⁸⁾ BNRJMS, *Coleção*, 3, 4, 1-7, vol. 2, n. 61, em HUNOLD LARA, *Legislação*, cit., p. 233.

pectivo bispo sobre « a vexação que padecem os escravos dela com o rigor do castigo que lhes dão seus senhores », fugindo para o sertão, sem requerer mudança de cativo. A Carta recomendava ao governador que examinasse se os maus-tratos continuavam, evitando-os por todos os meios, para fazer cessar o « clamor » dos « miseráveis ».

E, a 16 de Junho de 1711 ⁽⁸⁹⁾, nova Carta Régia, dirigida ao chanceler da Relação da Baía, na sequência de um requerimento da Irmandade de Nossa Senhora do Rosário da cidade, pedia informações sobre a possibilidade de nomear um juiz para conhecer das causas movidas por escravos contra os seus proprietários devido aos castigos sofridos ⁽⁹⁰⁾.

Mais tarde, o referido Alvará de 2 de Agosto de 1771 dispunha no § XLVII que os administradores gerais podiam castigar os escravos ao serviço da Administração, prendê-los, aplicar-lhes açoites ou serviço de galés; os administradores particulares poderiam fazê-lo aos escravos « com culpas, ou com indícios, que [a] ellas sejam próximas ». Se fossem livres ou forros, eram enviados ao intendente-geral com acusação escrita e declarações das testemunhas, admitindo-se o depoimento de escravos.

A punição dos escravizados pelos seus proprietários suscitou, como visto, uma regulação intensiva destinada ao Brasil sem paralelo na metrópole, respondendo ao elevado grau de violência documentado (*v.g.* nos diplomas) em território colonial.

9. *Sacramentos e doutrinação.*

Uma outra área alvo de regulação específica foi a matéria da conversão dos escravizados e respectivos sacramentos ⁽⁹¹⁾. Veremos

⁽⁸⁹⁾ AHU, *Registo de Cartas Régias, Provisões e outras ordens*, cit., cod. 246, fl. 302v.º.

⁽⁹⁰⁾ Ainda em 1749, A. BREMEU, *Universo Juridico, ou juris-prudencia universal, canonica e cesarea, regulada pelas disposições de ambos Direitos, commum, e patrio*, Lisboa, Domingos Rodrigues, 1749, I, IV, §§. IV, p. 13, considerava não justificada a fuga de escravo que se tinha vendido a si próprio, salvo se o senhor o persuadia a cometer pecados ou se o tratava « inhumanamente » ou « com castigo notavelmête mais aspero, do que o justo », pois poderia fugir e recorrer a juiz para obter a sua venda ou a libertação.

⁽⁹¹⁾ Com maior extensão e detalhe, SEIXAS, *Pessoa e Trabalho*, cit., pp. 104-119.

apenas alguns diplomas que se aplicavam no Brasil, mas ressalvando que também noutros espaços coloniais foi necessário estabelecer regulação adaptada às circunstâncias do terreno.

Nas *Ordenações Filipinas* (Título XCIX do livro V, *Que os que tiverem Escravos de Guiné os baptizem*, anteriormente nas *O.M.*, Título XCIX do livro V) fixava-se a obrigação dos senhores fazerem baptizar os seus escravos, adquiridos por compra ou por nascimento das escravas. Quanto aos últimos, ordenava-se que os senhores as fizessem baptizar « aos tempos, que os filhos das Christãs naturaes do Reino se devem, e costumão baptizar ». A pena era a perda do escravo não baptizado para quem o demandasse.

Foram diversos os diplomas destinados a regular o baptismo dos escravos levados de África para os territórios coloniais, sem correspondência na regulação metropolitana.

A Carta Régia de 5 de Março de 1697 ⁽⁹²⁾ para o arcebispo da Baía estabelecia medidas para facilitar a conversão dos escravos, ordenando que fossem instruídos para receber o baptismo, em qualquer porto em que demorassem, mas sem serem « nulamente ou infrutuosamente baptizados ». O diploma dispunha que seguisse um clérigo em cada navio para os ensinar na viagem e os baptizar se em perigo de vida (ou, na falta de clérigo, o secular « mais pio e capaz »), levando certidão, do bispo ou seu vigário, com a quantidade de escravos e identificando os que eram ou não baptizados, certidão a apresentar pelos mestres ou capitães ao prelado do local onde descarregassem, sob pena de multa.

Mais tarde, a Provisão de 30 de Outubro de 1752 ⁽⁹³⁾ mencionava a Carta Régia de 1697 e referia a informação do vice-rei do Brasil, que relatava a inobservância e a imposição de prova do cumprimento para que os navios pudessem obter licença de saída, tal como pena de prisão e multa para os capitães relapsos. A Provisão aprovava estas medidas, declarava que se informaria o provedor de Angola para que fiscalizasse a sua execução e ordenava a observância da Carta de 1697 no caso de falta de clérigos.

⁽⁹²⁾ LGM, 1ª parte (1647-1706), vol. 66 dos *Anais da Biblioteca Nacional*, Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1948, p. 168.

⁽⁹³⁾ AHU, *Registo de Cartas Régias, Provisões e outras ordens*, cit., cod. 250, fls. 48 v.º-49.

No início do século XVIII, as *Constituições primeiras do Arcebisado da Bahia* previam, sem paralelo em grau e detalhe com a regulação destinada a outros territórios, instrução sumária (se necessário por intérpretes) ⁽⁹⁴⁾ para os « escravos brutos, e buçaes, e de lingoa não sabida », sendo possível, em perigo de morte, baptizar os escravos sob condição ⁽⁹⁵⁾.

Mais se previa o baptismo dos filhos de escravos com menos de sete anos, mesmo com a oposição dos progenitores. Se as crianças tivessem mais de sete anos, deviam ser separadas dos pais para facilitar a conversão ⁽⁹⁶⁾. Também advertia os párocos que se os escravos não soubessem « o Padre Nosso, Ave Maria, Credo, Mandamentos da Lei de Deos, e da Santa Madre Igreja », não lhes deviam ministrar o baptismo ou outro sacramento, procedendo para que os senhores os ensinassem ou fizessem ensinar ⁽⁹⁷⁾.

Como a experiência mostrava que muitos escravos eram « buçaes, e rudes », se os senhores fossem diligentes, era dada licença para baptizar se as respostas mostrassem que consentiam no sacramento e sabiam o necessário ⁽⁹⁸⁾, sem que tal servisse para o ministrar com facilidade ou para os senhores não cumprirem a sua obrigação ⁽⁹⁹⁾. Os escravos da « Guiné, Angola, Costa da Mina, ou outra qualquer parte » com mais de sete anos não podiam ser baptizados sem o seu consentimento ⁽¹⁰⁰⁾. Quanto ao baptismo condicional, havendo dúvidas se o escravo tinha sido baptizado,

⁽⁹⁴⁾ *Constituições primeiras do Arcebisado da Bahia feitas, e ordenadas pelo Illustrissimo, e Reverendissimo Senbor D. Sebastião Monteiro da Vide: propostas, e aceitas em o Synodo Diocesano, que o dito Senbor celebrou em 12 de junho do anno de 1707*, São Paulo, Typ. 2 de Dezembro de Antonio Louzada Antunes, 1853, I, XIV, §. 50, p. 20. A instrução consta no livro III, §. 579. Sobre as *Constituições* e conjugação com a legislação, C. ZERON, *O governo dos escravos nas Constituições Primeiras do Arcebisado da Bahia e na legislação portuguesa: separação e complementaridade entre pecado e delito*, in *A Igreja no Brasil*, org. E. Sales Souza e B. Feitler, São Paulo, Unifesp, 2011, pp. 323-354.

⁽⁹⁵⁾ Baptismo tratado com maior pormenor em título próprio, *Constituições primeiras*, cit., I, título XV, §. 52, pp. 20-21.

⁽⁹⁶⁾ *Idem*, I, XIV, §. 53, p. 21.

⁽⁹⁷⁾ *Idem*, I, XIV, §. 54, p. 21.

⁽⁹⁸⁾ *Idem*, I, XIV, §. 55, p. 22.

⁽⁹⁹⁾ *Idem*, I, XIV, §. 57, p. 22.

⁽¹⁰⁰⁾ *Idem*, I, XIV, §. 58, pp. 22-23.

dever-se-ia averiguar; contudo, em caso de perigo na dilação do baptismo, este devia ser ministrado condicionalmente ⁽¹⁰¹⁾.

Esta regulação tão detalhada decorre da abundância de escravizados de origem africana especialmente na diocese da Baía — com diferenças substanciais face ao território metropolitano, mas também quanto a outros espaços da América portuguesa.

A legislação posterior demonstra que os problemas persistiam ⁽¹⁰²⁾: a Provisão de 23 de Agosto de 1718 ⁽¹⁰³⁾ (para o arcebispo da Baía) afirmava que vinham muitos escravos de Angola e da Costa da Mina por baptizar e que seguiam assim para as minas e sertões. Para evitar tal « gravissimo desserviço de Deus e bem das almas dos ditos escravos », encomendava-se todo o cuidado; a Provisão de 29 de Abril de 1719 ⁽¹⁰⁴⁾, referindo que em Angola não se cuidava do baptismo, informava o governador do Brasil que o rei encomendara ao arcebispo da Baía o baptismo urgente dos doentes e a elaboração pelos párocos de listas de não catequizados e baptizados, a remeter ao ouvidor geral da comarca, para proceder contra os senhores, conforme o título XCIX do livro V das *Ordenações*.

Quanto aos demais sacramentos, a regulação era mais escassa, mas tinha também em conta as circunstâncias específicas. Estava consagrada (dada a obrigação de comungar na Páscoa e o costume de comungar por toda a Quaresma até ao Domingo *in albis*) a « desobrigação aos escravos até o Espírito Santo », visto o impedimento nos engenhos de açúcar, que não permitia « interpolação »; porém, os senhores deveriam enviar os seus escravos à igreja matriz para se desobrigarem, sob pena de cinco tostões por cada falta ⁽¹⁰⁵⁾.

⁽¹⁰¹⁾ *Idem*, I, XV, §. 61, pp. 24-25.

⁽¹⁰²⁾ Assim o denunciava ANTONIL, *Cultura e opulencia do Brasil*, cit., I parte, livro I, cap. IX, p. 2., Segundo E. WILLIAMS, *Capitalism & Slavery*, North Carolina Press, 1994, pp. 42-43, nas colónias britânicas (mais nas *West Indies*, menos na América do Norte) existia enorme resistência à cristianização dos escravos. V. ainda J. WALVIN, *Questioning Slavery*, London/New York, Routledge, 2006, p. 79, afirmando a importância dessa recusa para manter o « *humbler, less-than human role in life* » dos escravos (pp. 153-154).

⁽¹⁰³⁾ AHU, *Registo de Cartas Régias, Provisões e outras ordens*, cit., *cod.* 247, fl. 143v.º.

⁽¹⁰⁴⁾ *Idem*, fl. 181v.º.

⁽¹⁰⁵⁾ *Constituições primeiras*, cit., I, XXIV, §. 86, pp. 37-38.

Estava ainda prevista a obrigação de fazer ir à missa na igreja paroquial, nos Domingos e dias santos de guarda, os « filhos, criados, escravos, e todas as mais pessoas » a cargo, salvo os necessários para a « guarda de suas casas, gados, e fazendas », mas de modo que estes se revezassem para poderem ouvir a missa alternadamente e procurando que, quando não a pudessem ouvir, ouvissem outra, na mesma igreja ou numa capela ⁽¹⁰⁶⁾.

Encontram-se referências nos formulários a adoptar pelos párocos no rol de pessoas obrigadas à confissão com as seguintes indicações: « N. (nome) criado, ou criada, escravo » e « N. criada, escrava » ⁽¹⁰⁷⁾, sendo que os pecados dos escravos nunca estavam reservados à absolvição do bispo, que para os mesmos levantava a « reservação » ⁽¹⁰⁸⁾.

Ainda a propósito da penitência ou confissão, pode encontrar-se uma menção aos escravos e aos índios na lista de pecados cuja absolvição estava reservada ao arcebispo:

Reter o alheio, cujo domno senão sabe, que excedão a quantia de quatrocentos réis.

Neste caso se comprehende reter em seu poder escravos fugitivos, ou que se apartarão de seus Senhores, ou furtados: e também a compra ou venda de Indios, que são livres, quando os cativão para os fazerem escravos, ou para outros fins injustos, ou para se servirem delles: e isto se reserva, ou os Indios sejam baptizados, ou não ⁽¹⁰⁹⁾.

Quanto ao matrimónio ⁽¹¹⁰⁾, as *Constituições primeiras do Arcebispado da Bahia* não se afastavam da regulação metropolitana

⁽¹⁰⁶⁾ *Idem*, II, XI, §. 367, p. 145.

⁽¹⁰⁷⁾ *Idem*, I, XXXVII, §.144, p. 62. Também nas *Constituições do Arcebispado de Goa, aprovadas pelo primeiro côncilio provincial*, Goa, João de Endem, 8 Abril 1568, título V, constituição VI, fl. 11, se ordenava a menção no rol da condição das pessoas que se deviam confessar, *v.g.* se eram « filhos, criados ou escravos », sendo condenado em multa o « senhor do escravo q[ue] se nã cõfessar no dito tẽpo ».

⁽¹⁰⁸⁾ *Constituições do Arcebispado de Goa*, cit., I, XLIV, §. 177, pp. 74-75.

⁽¹⁰⁹⁾ *Idem*, I, título XLIV, §. 177, pp. 75-76, itálico no original.

⁽¹¹⁰⁾ Este é um dos aspectos em que o Direito português se afastou do Direito romano. Uma análise desenvolvida do Direito português nesta matéria (o artigo trata as normas da época colonial e só posteriormente a sua aplicação no Império, já após a independência), pode encontrar-se em A. PEREIRA CAMPOS e P.M. DA SILVA MERLO, *Sob a*

ou de outros territórios coloniais e admoestavam os proprietários para que não impedissem o casamento dos seus escravos, prevendo até licença episcopal para dispensar as proclamas, se constasse que os senhores impediriam o matrimónio ⁽¹¹¹⁾. Contudo, também se afirmava, para que não restassem dúvidas:

E declaramos, que posto que casem, ficão escravos como de antes erão, e obrigados a todo o serviço a seu senhor ⁽¹¹²⁾.

Se era prática habitual a oposição dos senhores ao casamento dos seus escravos, também se verificou o inverso, ao menos no Estado do Maranhão: a Provisão de 9 de Outubro de 1719 ⁽¹¹³⁾ para o governador informava ter chegado notícia de colonos que persuadiam os índios e índias livres e aldeados ⁽¹¹⁴⁾ a casar com escravos seus, para os terem ao serviço, equiparando ao injusto cativo proibido por lei. Em consequência, ficariam os escravos livres se houvesse persuasão ou violência, ou, não se provando, nunca os índios podiam ser obrigados a sair das suas aldeias. Aliás, compelir ou constranger « por medo, ou por injúria » uma pessoa a casar ou a não casar era causa de excomunhão ⁽¹¹⁵⁾.

O matrimónio de escravizados era, apesar de pouco frequente, um acto normal, surgindo nos registos paroquiais, quer com, quer sem o consentimento dos senhores ⁽¹¹⁶⁾.

Quanto ao sacramento da Ordem, nas *Constituições primeiras*, apontava-se como irregularidade de defeito de origem (« impedi-

benção da Igreja: o casamento de escravos na legislação brasileira, in « Topoi », 6 (2005), 11, jul.-dez. [pp. 327-361], em especial nas pp. 339-346.

⁽¹¹¹⁾ *Constituições primeiras*, cit., I, LXXI, §. 304, p. 126.

⁽¹¹²⁾ *Idem*, I, LXXI, §. 303, p. 125.

⁽¹¹³⁾ LGM, 2ª parte, cit., pp. 168-169.

⁽¹¹⁴⁾ Prática usada pelos missionários, cf. Carta Régia de 20 de Julho de 1729, *idem*, pp. 229-230.

⁽¹¹⁵⁾ *Constituições primeiras*, cit., V, LII, §. 1186, p. 394.

⁽¹¹⁶⁾ Para o Brasil colonial, alguns dados e bibliografia em R. VAINFAS, *Moralidades Brasília: Deleites sexuais e linguagem erótica na sociedade escravista*, in *História da Vida Privada no Brasil*, coord. F.A. Novais, vol. 1.º de *Cotidiano e vida privada na América portuguesa*, org. L. Mello e Souza, São Paulo, Companhia das Letras, 1997 [pp. 221-273], pp. 236-237, 240, 459-460 (notas) e, na mesma obra, M. DEL PRIORE, *Ritos da vida privada no Brasil* [pp. 275-330], pp. 312-313, 316.

mento ou inhabilidade imposta por Direito Canonico ») « aquella por que os escravos são irregulares » (117), de que só o papa podia dispensar (ou o bispo com licença).

Quanto à extrema unção, a Carta Régia para o governador do Brasil de 17 de Março de 1693 (118) referia a « pouca Charidade » aí usada com os escravos doentes, que obrigava os moribundos a deslocar-se às paróquias ou a morrer sem ela, cobrando os párocos excessivo preço. Ordenava ao governador que averiguasse (para advertir o bispo sobre o que devia emendar) e procedesse contra os senhores, para dar exemplo aos demais.

Este aspecto do enterro dos escravos no Brasil e das missas pela sua alma continuou a merecer preocupação e foi regulado nas Cartas Régias de 15 de Janeiro de 1693 (119), 28 de Janeiro de 1695 (120), 28 de Janeiro de 1696 (121), 23 de Fevereiro de 1696 (122), entre outras, demonstrando a seriedade e persistência do problema, sem paralelo na metrópole.

Em suma, constatando que a muitos escravos faltava sepultura condigna e sufrágios da alma (123), os governadores do Brasil tinham estabelecido com as Misericórdias acordos (aprovados e mandados cumprir pela Coroa) para que tratassem do enterro dos escravos, pagando os senhores um preço previamente fixado ou mesmo gratuitamente, se os proprietários fossem tão pobres que o não pudessem pagar.

Também as *Constituições primeiras* exortavam os senhores a mandar dizer Missas pelas « almas dos seus escravos defuntos »,

(117) *Constituições primeiras*, cit., V, LXX, §. 1295, p. 427.

(118) ACL, *Documentos e notícias referentes a Pernambuco*, cit., fls. 119-119v.º.

(119) ANRJ, *Cartas Régias*, Cod. 952, vol. 6, fl. 206, cf. HUNOLD LARA, *Legislação*, cit., p. 207, nota 320.

(120) ANRJ, *Cartas Régias*, Cod. 952, vol. 7, fl. 148, consultada in *idem*, p. 208.

(121) ANRJ, *Cartas Régias*, Cod. 952, vol. 8, fl. 7, referida in *idem*, pp. 207-208, nota 322.

(122) BNRJMS, *Chartas e Provisões Régias* (9, 2, 28, n. 4, doc. 120), referida in *idem*, p. 207, nota 321.

(123) Como em meados do século XVIII, denunciava o pe. M. RIBEIRO ROCHA, *Ethiophe resgatado, empenhado, sustentado, corrigido, instruído, e libertado. Discurso theologico-jurídico, em que se propoem o modo de comerciar, haver, e possuir validamente, quanto a hum, e outro foro, os Pretos cativos Africanos, e as principaes obrigações, que correm a quem delles se servir*, Lisboa, Officina Patriarcal de Francisco Luiz Ameno, 1758, *Oitava Parte*, p. 326, mencionando o n.º 844 da *Constituição Babiense*.

estando obrigados à de corpo presente por cada maior de catorze anos ⁽¹²⁴⁾. Os enterros dos escravos nos campos e matos continuavam, como resulta do texto, que proibia tal prática para os escravos cristãos (mas não para os infieis ou pagãos ⁽¹²⁵⁾), acusando os senhores de esquecer a humanidade própria e alheia ⁽¹²⁶⁾.

Quanto à doutrinação dos escravizados ⁽¹²⁷⁾, as *Constituições primeiras* marcavam a proximidade entre aqueles que estavam subordinados ao pai/amo/senhor, obrigado a ensinar a doutrina cristã à « sua família, e especialmente a seus escravos », enviando-os à igreja para serem doutrinados pelos párocos ⁽¹²⁸⁾.

A Carta Régia de 31 de Janeiro de 1701 ⁽¹²⁹⁾, vista *supra*, referia o desembaraço de domingos e dias santos para que os escravos assistirem « à doutrina christam e officios divinos » e as *Constituições primeiras* estipulavam que os donos não podiam consentir o trabalho dos que estavam « debaixo de administração » ⁽¹³⁰⁾, considerando « deshumano, e cruel abuso » o hábito de, não dando aos escravos sustento e vestuário (dívida « fundada em direito natural »), lhes deixarem os domingos e dias santos para ganharem o sustento, impedindo-os de ouvir missa e de guardar estes dias, prevendo multas e exortando os donos a acudir com o

⁽¹²⁴⁾ *Constituições primeiras*, cit., IV, LI, §. 838, p. 294.

⁽¹²⁵⁾ *Idem*, IV, LVII, §. 857, X, pp. 300-301.

⁽¹²⁶⁾ *Idem*, IV, LIII, §. 844, pp. 295-296. No livro V, LIII, §. 1143, p. 398, remetendo para o §. 844 do IV, repetia-se que enterrar ou mandar enterrar cristão em solo não sagrado era causa de excomunhão.

⁽¹²⁷⁾ Sobre a catequização dos escravos e obrigações dos senhores reiteradas nos textos dos séculos XVI a XVIII, v. VIOTTI, *Três palavras*, cit., pp. 225-228.

⁽¹²⁸⁾ *Constituições primeiras*, cit., I, II *Como são obrigados os pais, mestres e amos e senhores a ensinar, ou fazer ensinar a doutrina christã aos filhos, discípulos, criados, e escravos*, §. 4, pp. 2-3. V. também III, XXXIII, §. 593, p. 224. Já antes, as *Constituições do Arcebispado de Goa*, cit., XIV, IV, fl. 41v.º, encomendara aos fiéis o ensino da doutrina cristã aos seus « filhos & afilhados & criados & escravos »; mais se recomendava, VI, fl. 43, que enviassem às igrejas para doutrinação os « seus meninos cada dia » e os « escravos ã os dias de guarda », sob pena de excomunhão (*idem*, constituição IX, fl. 44 v.º).

⁽¹²⁹⁾ AHU, *Registo de Cartas Régias, Provisões e outras ordens*, cit., cod. 246, fl. 130v.º.

⁽¹³⁰⁾ *Constituições primeiras*, cit., II, XIII, §. 377, p. 150.

necessário ⁽¹³¹⁾. As penas aplicavam-se aos lavradores de canas, mandioca e tabaco, salvo prestando os escravos serviço urgente e com licença especial ⁽¹³²⁾.

10. *Libertação.*

Tal como a escravidão, também a libertação *ope legis* tinha regras específicas no território brasileiro ⁽¹³³⁾, como demonstram medidas avulsas específicas: a Carta Régia de 5 de Novembro de 1657 para o governador Francisco Barreto, reconhecendo a importância militar do terço dos « homens pretos e pardos » (escravos a quem fora prometida a liberdade pelos oficiais das forças régias, dirigidos por Henrique Dias) na recuperação de Pernambuco aos holandeses, ordenava que, enquanto não se estabelecesse uma paz firme, fosse conservado o terço, dando liberdade aos seus soldados e oficiais ⁽¹³⁴⁾, com permissão dos senhores. A Carta pressupunha que estes, sendo ricos, o permitiam sem retribuição e, não o sendo, ordenava fosse pago « preço moderado por seu resgate ».

A libertação do escravizado por via legal podia, assim, ser a recompensa por acto do próprio, *v.g.* quando denunciava um crime.

⁽¹³¹⁾ *Idem*, II, XIII, §. 379, pp. 151-152.

⁽¹³²⁾ *Idem*, II, XIII, §. 380, p. 152.

⁽¹³³⁾ Não tratarei nesta sede da manumissão ou alforria no período da Idade Moderna, dado o quase absoluto vazio legislativo, excepto quanto à previsão das *Ordenações* (O.F., IV, LXIII *Das doações e alforria que se podem revogar por causa de ingratição*, pp. 863-886, comum a todos os territórios sobre administração portuguesa). Vazio legislativo, mas não jurídico, cf. SEIXAS, *Pessoa e Trabalho*, cit., pp. 357-365; HUNOLD LARA, *Campos da violência*, cit., pp. 248-268, RUSSELL-WOOD, *Escravos e Libertos*, cit., em especial nas pp. 59-70, 74-81; DOMINGOS PINHEIRO, *Em defesa da liberdade*, cit. (numa comparação entre Metrópole e Colónia/Reino Unido); SILVA JÚNIOR, *História, Direito e Escravidão*, cit., pp. 67-112 (a par e passo com a América espanhola).

⁽¹³⁴⁾ Sobre o emprego, ainda que não muito frequente, de escravos na guerra nas sociedades antigas, pode ver-se M.I. FINLEY, *Ancient Slavery and Modern Ideology* (1980), edição por B.D. Shaw, Princeton, Marcus Wiener Publishers, 1998, p. 167, referindo o exemplo da batalha de Maratona (com a libertação dos escravos sobreviventes). Para a utilização de escravos nos exércitos islâmicos, mencionando o fenómeno no Brasil do século XIX, B.D. SHAW, *Introduction* a FINLEY, *idem*, pp. 29-30.

A Lei de 24 de Dezembro de 1734 ⁽¹³⁵⁾ previa três modalidades: o escravo que encontrasse diamante de 20 ou mais quilates e o entregasse às autoridades era livre, pagando-se ao seu senhor 400 000 réis; o que denunciasse a não entrega de diamantes daquele peso por outrem obtinha a alforria e o proprietário receberia o mesmo valor, excepto se o denunciado fosse o proprietário, caso em que ficava livre e recebia 200 000 réis; o que denunciasse o envio de tais diamantes para fora do Reino era libertado, recebendo o proprietário também a quantia de 400 000 réis, salvo se fosse o denunciado (neste caso não previa recompensa para o escravizado).

O Alvará de 11 de Agosto de 1753 previa que a denúncia (tomada em segredo) de contrabando de diamantes (crime configurado nos termos deste mesmo Alvará) por escravos dava lugar à sua libertação por meio do prémio de denúncia, sendo-lhes entregue a parte restante, para que a usassem « como bem lhes parecer » (§. II).

Anterior a esta última, a Provisão de 6 de Dezembro de 1738 ⁽¹³⁶⁾, dirigida ao governador do Brasil, estipulava que, sendo cometido crime atroz para cuja descoberta do agente não fossem suficientes as « delig.^{cias} ordinarias », poderiam ser lançados editais prometendo como recompensa uma quantia a fixar (pelo governador, com o chanceler e o ministro mais antigo da Relação da Baía) para o livre e a liberdade para o escravo, sendo o seu valor pago através dos bens do delincente quando o mesmo fosse descoberto.

11. Conclusão.

Da legislação analisada julgo que fica claro que a esmagadora maioria da regulação específica se concentra (com excepção da relativa a jurisdição e alçada que se inicia em momento anterior)

⁽¹³⁵⁾ ACL, TRIGOSO DE ARAGÃO MORATO, *Colecção de legislação portuguesa*, cit., vol. 12, doc. 101 — temporariamente suspensa pelo Alvará de 3 de Dezembro de 1750, ANRJ, Registro de Cartas Régias, Cod. 63, livro 10. fl. 34, com o §. 9, em HUNOLD LARA, *Legislação*, cit., p. 314. Como fica demonstrado, esta não é, ao contrário do que escreveu SILVA JÚNIOR, *História, Direito e Escravidão*, cit., p. 80, uma « única e expressiva lei com esse tipo de teor ».

⁽¹³⁶⁾ AHU, *Registo de Cartas Régias, Provisões e outras ordens*, cod. 249, cit., fl. 169v.º.

entre meados do século XVII e o final do século XVIII. Opondo-se ou divergindo da legislação geral (em especial da contida nas *Ordenações Filipinas*, vigentes a partir de 1603), detecta-se coincidência com a intensificação do processo de colonização e, principalmente, com o crescimento cada vez mais expressivo de escravizados de origem africana no Brasil ⁽¹³⁷⁾, o que necessariamente colocou novos problemas e desafios.

Dos exemplos apresentados, julgo ter ficado demonstrado que a matéria da escravidão foi alvo de diversas regras especiais e/ou excepcionais, quer promulgadas pela metrópole, quer aprovadas pelas autoridades coloniais e pelas estruturas eclesiásticas (com exemplo paradigmático nas *Constituições primeiras do Arcebispado da Bahia*), num processo de transposição jurídica ou adaptação às circunstâncias culturais, económicas e sociais do território — estando actualmente superado o debate sobre as razões de uma não codificação de regras sobre as diferentes temáticas ⁽¹³⁸⁾.

Como assinalado por Hunold Lara, na legislação régia sobre estas matéria, mesmo « se suas normas eram metropolitanas, sua prática é essencialmente colonial » ⁽¹³⁹⁾.

⁽¹³⁷⁾ Embora o tráfico negreiro destinado ao Brasil seja muito anterior, existe um crescimento muito significativo no início do século XVII (150 mil escravizados africanos no primeiro quartel contra 40 mil no último quartel do século XVI), com retrocesso no segundo quartel do século XVII e novo crescimento exponencial na segunda metade do século XVII (360 mil), cf., para uma síntese e indicação de fontes, MARQUESE, *A dinâmica da escravidão no Brasil*, cit., pp. 110-114, marcando o aumento ainda mais significativo no século XVIII, num total de quase um milhão (958 400) de africanos introduzidos na América portuguesa apenas nos primeiros sessenta anos. Para informação mais detalhada v. D. ELTIS, D. RICHARDSON *et al.*, *Atlas of the Transatlantic Slave Trade*, New Haven/London, Yale University Press, 2015, pp. 23, 25-29, 46, 61, 66-69, 203, 257, 264-267 — a recolha de diferentes fontes apresenta valores divergentes, por vezes dificilmente conciliáveis, mas que não desmentem este crescimento exponencial.

⁽¹³⁸⁾ Para uma síntese recente, SILVA JÚNIOR, *História, Direito e Escravidão*, cit. (nt. 4), pp. 153-160. Sobre a natureza deste agregado de regras, M. SEIXAS, *Os conceitos de escravidão na obra de José Capela: uma leitura jurídica*, in « Africana Studia » (nº dedicado a José Capela e a História de Moçambique: 45 anos Depois de O Vinho para o Preto), 27 (2016), pp. 39-50, em <https://ojs.letras.up.pt/index.php/AfricanaStudia/article/view/7574/6942>.

⁽¹³⁹⁾ HUNOLD LARA, *Campos da violência*, cit., p. 394. Com T. HERZOG, *Did European Law Turn American? Territory, Property and Rights in an Atlantic World*, in *Global Perspectives on Legal History* 3, ed. T. Duve e H. Pihlajamäki, Frankfurt am

E a prática colonial exigiu não apenas a adaptação das regras metropolitanas, mas também a criação de novas regras, como bem referiu Waldomiro Silva Júnior:

Com efeito, a incorporação da realidade escravista colonial fazia-se tanto pela ressignificação do antigo dispositivo, quando possível, como pelo recurso à edição de cartas régias, alvarás, resoluções e outros textos de cunho normativo que tratavam diretamente das demandas pertinentes à escravidão negra colonial, quando necessário ⁽¹⁴⁰⁾.

Assim, a regulação dos muitos aspectos que envolviam os escravizados no Brasil-colônia — relembro que analisados são apenas uma amostra — resultava da mescla de regras para todos os territórios sobre administração portuguesa (metrópole e colônia) e regras especificamente criadas para o Brasil. Porém, esta conjugação de inúmeros preceitos de diferente natureza (legislação régia e colonial geral e específica, actos administrativos, regras consuetudinárias, disposições canónicas gerais ou provinciais, decisões judiciais, textos de teólogos e juristas) não era fixa ou estática e exigia constante modulação, instável e dependente dos interesses em cada momento e local.

As disparidades normativas e assimetrias detectadas nos casos especificamente analisados exemplificam, creio, um aspecto do processo de construção de um Direito próprio no Brasil colonial e, simultaneamente, contribuem para identificar um Direito português plurilocalizado, distinto na sua aplicação na metrópole europeia e nos territórios ultramarinos e entre estes diferentes territórios, vincando o carácter simultaneamente global e singular do império português, com a coexistência de diversas formas de governo, alternando entre a integração das populações originárias e desloca-

Main, Max Planck Institute for European Legal History, 2015, [pp. 75-95], em <https://www.lhlt.mpg.de/980538/gplh3herzog.pdf> (acesso 22/11/2023), no contexto brasileiro também se pode questionar, p. 77: « [...] *to what degree was this European law Americanized?* ». Talvez a resposta dada quanto ao regime da propriedade fundiária (p. 92 « *Rather than Americanized, law was modernized* ») mereça alguma inflexão quanto regime jurídico da escravidão.

(140) SILVA JÚNIOR, *História, Direito e Escravidão*, cit., p. 59.

das (livre ou coercivamente) nesses territórios e a profunda hostilidade, com cambiantes intermédias ⁽¹⁴¹⁾ (e utilizando a violência de forma mais ou menos explícita), o que pode ser largamente demonstrado no estudo dos temas da escravidão e da liberdade.

(141) A.M. HESPANHA, *Modalidades e limites do imperialismo jurídico na colonização portuguesa*, in « QF », 41 (2012) [pp. 101-135], p. 101, afirma que « o processo de expansão do direito europeu [...] deve ser visto como um fenómeno muito complexo, em que as transações jurídicas se efetuam nos dois sentidos, em que a violência se combina com a aceitação, cada parte traduzindo nos modelos culturais e apropriando para os seus interesses elementos dos direitos alheios; em que as condições de domínio político variam de acordo com os lugares, os tempos e os modelos de dominação colonial ('imperial') ». Sobre este aspecto, v. T. DUVE, *European Legal History — Concepts, Methods, Challenges*, in *Entanglements in Legal History: Conceptual Approaches*, Frankfurt am Main, Max Planck Institute for European Legal History, 2014 [pp. 29-66], <https://www.lhlt.mpg.de/1009830/gplh1duve.pdf> (acesso 02/08/2023), pp. 36-38, 49-52 e 55-59. Julgo que pode, com adaptações, ser aproveitada para o período colonial a proposta historiográfica formulada para o século XIX por R. MARQUESE, W.L. DA SILVA JÚNIOR, *Tempos históricos plurais: Braudel, Koselleck e o problema da escravidão negra nas Américas*, in « História da Historiografia », 11 (set-dez, 2018), 28, pp. 44-81, <https://www.historiadahistoriografia.com.br/revista/article/view/1363/753> (acesso 03/09/2023).

LEO PAVESI

INDIVIDUO, ESTADO, CORPORAÇÃO:
RETI INTELLETTUALI E DIRITTO CORPORATIVO
TRA ITALIA FASCISTA E ESTADO NOVO PORTOGHESE

1. *Legal networks e legal entanglements* nell'era del fascismo: il caso portoghese. — 2. Il diritto corporativo portoghese e la dottrina italiana: convergenze e divergenze intorno al primato dell'etica. — 3. Stato Nuovo, fascismo, corporativismo: 'visioni incrociate' e diplomazia culturale. — 4. Individuo e Stato corporativo: Marcello Caetano e Giorgio Del Vecchio. — 5. Conclusioni.

1. *Legal networks e legal entanglements nell'era del fascismo: il caso portoghese.*

Nel maggio del 1958 Giorgio Del Vecchio (1878-1970) riceveva finalmente dall'Università di Coimbra il dottorato *honoris causa*. L'eminente filosofo del diritto era stato insignito di tale titolo accademico nel dicembre del 1937 insieme ad altri illustri studiosi italiani tra cui lo storico Gioacchino Volpe, lo zoologo Alessandro Chigi e il sociologo Agostino Gemelli (1). La premiazione aveva coinciso con le celebrazioni del quarto centenario della fondazione dell'ateneo: celebrazioni che si svolsero nel contesto di una maggiore vicinanza diplomatica e ideologica tra l'Italia fascista e l'*Estado Novo* favorita dal comune sostegno ai nazionalisti di Franco nella guerra civile spagnola (1936-1939) (2). All'epoca Del Vecchio non era riuscito a presenziare alla cerimonia — condizione indispensabile per l'ottenimento del dottorato — e le successive leggi razziali del 1938 avevano determinato — per comune accordo tra autorità

(1) *Doutoramento 'honoris causa' de Giorgio Del Vecchio*, Coimbra, Universidade de Coimbra, 1958.

(2) Sulle celebrazioni del quarto centenario dell'Università di Coimbra, vedi M. IVANI, *Esportare il fascismo: collaborazione di polizia e diplomazia culturale tra Italia Fascista e Portogallo di Salazar*, Bologna, Clueb, 2008, pp. 217-220.

italiane e portoghesi — la decisione da parte dell'ateneo conimbricense di non rinnovare l'invito ⁽³⁾. Ciò non aveva impedito a Del Vecchio di mantenere buoni rapporti con giuristi e filosofi del diritto portoghesi: rapporti che negli anni Cinquanta gli permisero di reclamare l'ottenimento del dottorato e che risalivano alla seconda metà degli anni Trenta ⁽⁴⁾. Non a caso, nel suo discorso di accettazione, Del Vecchio ricordava come fossero passati esattamente vent'anni da quando « l'illustre » prof. Marcello Caetano (1905-1980) aveva tenuto presso l'Università di Roma « una memorabile conferenza » sulla dottrina politico-sociale di Salazar e lo spirito dello 'Stato Nuovo' portoghese: conferenza poi pubblicata sulla « Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto » nel fascicolo del luglio-ottobre 1938 ⁽⁵⁾. Rientrato in Portogallo, Caetano — professore di diritto corporativo, diritto amministrativo e diritto coloniale presso l'Università di Lisbona e futuro successore di Salazar alla guida dell'*Estado Novo* — aveva fatto tradurre, per la prestigiosa rivista giuridica « O Direito », i paragrafi conclusivi del saggio di Del Vecchio *Individuo, Stato e Corporazione* ⁽⁶⁾, considerato dal suo autore come « il più attuale tra quelli da me pubblicati,

⁽³⁾ Archivio Storico del Ministero degli Affari Esteri (ASMAE), D.G.R.C. Archivio Scuole 1925-1945, b. 75 'Istituto di cultura italiana in Portogallo, 1936-1937', f. IV. 27 'IV Centenario della Fondazione dell'Università di Coimbra', telesspresso n. 2167/1131, Pier Giorgio Mameli al Ministero degli Affari Esteri, 26/11/1938: « In seguito alle recenti misure per la difesa della razza è stato deciso di comune accordo con le autorità portoghesi di lasciar cadere l'iniziativa nei riguardi del Prof. Del Vecchio ». A seguito delle leggi razziali, Del Vecchio fu rimosso dalla presidenza della facoltà di giurisprudenza dell'Università La Sapienza. Vedi F. FRANCESCHI, *Le leggi antiebraiche del 1938 e la loro applicazione nella Facoltà giuridica della R. Università degli Studi di Roma*, in « Stato, Chiese e pluralismo confessionale », XXXVIII (2014), pp. 1-69.

⁽⁴⁾ Archivio Giorgio Del Vecchio (AGDV), Serie I — Corrispondenza/B: Brandão António José; C, 17: Caetano, Marcello; C, 26: Cabral de Moncada, Luís; C, 291: Carneiro Pacheco António.

⁽⁵⁾ M. CAETANO, *La dottrina politico-sociale di Salazar e lo spirito del nuovo Stato portoghese*, in « Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto », XVIII (1938), 4-5, pp. 362-373.

⁽⁶⁾ G. DEL VECCHIO, *Individuo, Estado, Corporação (conclusões dum ensaio)*, in « O Direito », LXXVI (1938), 8, pp. 226-230.

in relazione alla teoria del nuovo stato » (7). Sempre nel suo discorso di accettazione, il giurista italiano non mancava poi di sottolineare come egli preferisse il sistema corporativo delineato dalla Costituzione portoghese dell'11 aprile 1933 — che definiva lo stato lusitano come una « repubblica unitaria e corporativa » (art. 5) — a quello che si era tentato di realizzare nell'Italia fascista.

Questo *excursus* sui rapporti tra Del Vecchio e Caetano vorrebbe introdurre il tema principale del presente saggio: ovvero l'esistenza di una rete di relazioni intellettuali — dirette o indirette — tra la cultura giuridico-economica dell'Italia fascista e quella dell'*Estado Novo* (1933-1974) intorno alla tematica corporativa. Si tratta di una questione non ancora esplorata in tutte le sue sfaccettature e complessità, nonostante il regime autoritario fondato da António de Oliveira Salazar (1889-1970) sia stato spesso accostato al fascismo italiano proprio in virtù della comune ideologia corporativista.

La questione dell'inserimento dell'*Estado Novo* nella categoria dei fascismi è ormai da tempo un tema centrale nella storiografia portoghese (8), la quale non ha mancato di rintracciare nel regime di Salazar quelle caratteristiche che più lo avvicinavano all'esempio italiano o addirittura a una definizione « generica » di fascismo (9). In questa riflessione comparativa, il corporativismo ha presto assunto un posto di primo piano. Nel primo volume della sua opera seminale *A evolução do sistema corporativo português* (1976), Manuel de Lucena sottolineava come l'*Estatuto do Trabalho Nacional* (ETN) del 23 settembre 1933 — il principale documento del diritto corporativo pubblico dell'*Estado Novo* — fosse l'« equivalente » — se

(7) AGDV, I — Corrispondenza/C, 17: Caetano, lettera di Del Vecchio a Caetano, 16/9/1938.

(8) Su come la storiografia e le scienze politiche abbiano inquadrato, tra anni Sessanta e anni Ottanta, l'*Estado Novo* in relazione alla categoria del fascismo e alla distinzione totalitarismo/autoritarismo, vedi A.C. PINTO, *O salazarismo na recente investigação sobre o fascismo europeu — velhos problemas, velhas respostas?*, in « Análise Social », XXV (1990), 108/109, pp. 695-713.

(9) Sul « fascismo generico », vedi S.G. PAYNE, *Fascism: Comparison and Definition*, Madison, University of Wisconsin Press, 1980; R. GRIFFIN, *The Nature of Fascism*, New York, St. Martin's Press, 1991.

non una « copia » — della Carta del Lavoro del 21 aprile 1927 ⁽¹⁰⁾. Riprendendo l'analisi di Renzo De Felice, lo studioso portoghese definiva il salazarismo come un « fascismo senza movimento » — in quanto privo dei canali di mobilitazione totalitaria forniti da un partito unico di massa — ma rintracciava forti analogie tra l'*Estado Novo* e la forma compiuta del « fascismo regime » degli anni Trenta ⁽¹¹⁾. Più recentemente, Luís Reis Torgal ha parlato di *fascismo à portuguesa*, muovendo da una definizione di « fascismo generico » da intendersi non come una tassonomia ristretta, escludente e derivata dalla sola analisi delle principali caratteristiche del regime italiano, ma come un'« ottica » o un'« opzione » che lo storico può scegliere di adottare per dare senso alla complessità e alla pluralità dei fenomeni nazionali ⁽¹²⁾. Anche in questo caso, il corporativismo rientrerebbe nel « minimo concettuale » fascista a cui si può ascrivere anche il regime portoghese e Torgal, a riprova della sua tesi, sottolinea come negli anni Trenta il sistema corporativo italiano fosse oggetto di ammirazione e studio da parte di settori della classe dirigente lusitana. Diversa rispetto alle prospettive di de Lucena e di Torgal è la posizione dello storico e politologo António Costa Pinto, il quale, problematizzando il classico binomio totalitarismo/autoritarismo, non considera il salazarismo come una forma di fascismo ⁽¹³⁾, ma lo colloca nella cosiddetta « era del fascismo »: espressione volta a sottolineare come la legislazione e le istituzioni corporativiste create dal regime totalitario di Mussolini rappresentassero, negli anni tra le due guerre mondiali, un'innovazione poi 'trapiantata' nell'ordinamento di altri paesi europei o latinoamericani retti da sistemi autoritari ⁽¹⁴⁾.

⁽¹⁰⁾ M. DE LUCENA, *A evolução do sistema corporativo português. Volume I: O SALAZARISMO*, Lisboa, perspectivas e realidades, 1976, p. 179.

⁽¹¹⁾ M. DE LUCENA, *Corporatisme au Portugal, 1933-1974. Essai sur l'ambiguïté politique et socio-économique du régime salazariste*, in *Les Expériences Corporatives dans l'Aire Latine*, a cura di D. Musiedlak, Bern, Peter Lang, 2010, pp. 153-202, p. 153.

⁽¹²⁾ L. REIS TORGAL, *Estados Novos, Estado Novo*, Coimbra, Coimbra University Press, 2009.

⁽¹³⁾ A.C. PINTO, *Salazar's Dictatorship and European Fascism*, Boulder, Social Sciences Monographs, 1995.

⁽¹⁴⁾ I volumi collettivi curati da Costa Pinto hanno contribuito molto al recente sviluppo della letteratura comparativa su fascismo, autoritarismo e corporativismo, si

Va subito detto che dare un'ulteriore risposta, a partire dalla tematica corporativa, circa l'annosa questione del carattere fascista o non fascista dell'*Estado Novo* attraverso la comparazione empirica del caso portoghese con quello italiano ⁽¹⁵⁾ non rientra nelle intenzioni del presente saggio. Semmai, la comparazione apparirà qui come lo strumento adottato nel passato da alcuni giuristi portoghesi e italiani per pensare le somiglianze e le differenze tra i due regimi corporativi ⁽¹⁶⁾ in un confronto che apriva alla circolazione transnazionale di idee e dibattiti intorno alla natura del diritto corporativo, dello Stato corporativo e dell'economia corporativa.

Al di là delle sopracitate notazioni di carattere comparativo, restano infatti ancora pochi gli studi dedicati ai processi di *transfer* di idee corporative fasciste ⁽¹⁷⁾. A tale proposito, va ricordato come già nel 2002 Aldo Mazzacane scrivesse che la « retorica martellante dei testi di diritto fascista » operava in un'epoca caratterizzata dalla circolazione di idee attraverso le frontiere, « favorita dalle moderne comunicazioni e dalla natura del fascismo come fenomeno internazionale ». Lo storico del diritto invitava gli studiosi a verificare se ai giuristi italiani fosse sfuggita completamente la dimensione mondiale dei fenomeni e dei dibattiti suscitati dal fascismo all'estero e a indagare maggiormente l'interesse della cultura straniera per la giurisprudenza italiana ⁽¹⁸⁾. Vale la pena di raccogliere questo invito anche sulla base delle recenti innovazioni metodologiche della co-

veda soprattutto, *A Vaga Corporativa. Corporativismo e Ditaduras na Europa e na América Latina*, a cura di A.C. Pinto e F.P. Martinho, Lisboa, Imprensa de Ciências Sociais, 2016; *Corporatism and Fascism: The Corporatist Wave in Europe*, a cura di A.C. Pinto, New York, Routledge, 2017. Su corporativismo, autoritarismi e 'era del fascismo', vedi A.C. PINTO, *Latin American Dictatorships in the Era of Fascism*, New York, Routledge, 2020.

⁽¹⁵⁾ Per una ampia analisi comparativa tra il salazarismo e il fascismo italiano, vedi M. IVANI, *Il Portogallo di Salazar e l'Italia fascista: Una comparazione*, in « Studi Storici », XLVI (2005), 2, pp. 347-406.

⁽¹⁶⁾ In questo senso, la comparazione è un aspetto essenziale della storia transnazionale: vedi P. SAUNIER, *Transnational History*, New York, 2013, p. 5.

⁽¹⁷⁾ Vedi, in particolare M. PASETTI, *L'Europa corporativa. Una storia transnazionale tra le due guerre mondiali*, Bologna, Bononia University Press, 2016.

⁽¹⁸⁾ A. MAZZACANE, *La cultura giuridica del fascismo: una questione aperta*, in *Diritto economia e istituzioni nell'Italia fascista*, a cura di A. Mazzacane, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2002, pp. 1-19, p. 8.

siddetta *transnational legal history* (19). Negli ultimi decenni, si è infatti cominciato a guardare oltre la nozione di *legal transplant* per cogliere, anche con l'aiuto della storia culturale del diritto, fenomeni più complessi di circolazione, traduzione e ibridazione di idee giuridiche tra contesti nazionali e politici diversi: fenomeni in cui svolgevano un ruolo di primo piano le « comunità del sapere » e i *network* tra giuristi ed esperti di vari paesi (20).

Si sente quindi sempre più la necessità di ricostruire le condizioni concrete attraverso cui i concetti giuridici viaggiano per il mondo e il presente saggio si propone proprio di individuare una rete di relazioni bilaterali fatta di sguardi incrociati, traduzioni, corrispondenze tra studiosi di diritto, diplomazia culturale e propaganda politica. Inoltre, a partire da questi *network*, si intende individuare quegli 'intrecci' concettuali — *entanglements* — che permettono di evidenziare tanto i punti di convergenza quanto quelli di divergenza tra le culture giuridiche e politiche del fascismo e del salazarismo, soprattutto là dove si assisteva a un'appropriazione selettiva dell'opera di autori italiani che avevano in seno al dibattito corporativo fascista posizioni che potevano essere assimilate o 'risemantizzate' in accordo con l'universo ideologico dell'*Estado Novo*.

Questi *entanglements* vanno analizzati tenendo conto di due fattori cruciali. In primo luogo, la scienza giuridica italiana diede diverse — e spesso confliggenti — interpretazioni del fenomeno corporativo (21) e tale molteplicità doveva poi riflettersi anche nella

(19) Sull'importanza della storia transnazionale e degli studi sui *cultural transfer* per lo storico del diritto: vedi T. DUVE, *European Legal History — Concepts, Methods, Challenges*, in *Entanglements in Legal History: Conceptual Approaches*, a cura di T. Duve, Frankfurt am Main, Max Planck Institute for European Legal History, 2014, pp. 29-67, pp. 58-59.

(20) Sull'opportunità di guardare oltre la nozione di 'trapianto' per studiare la circolazione transnazionale di idee o modelli giuridici, vedi E. ZIMMERMANN, *Translations of the "American Model" in the Nineteenth Century Argentina: Constitutional Culture As A Global Legal Entanglement*, in *Entanglements*, cit., pp. 385-427. Sulla letteratura dedicata alle comunità epistemiche transnazionali nel campo del diritto, vedi E. PODDA, I.A. LÓPEZ, *Transatlantic Circulation of Political and Legal Actors, Ideas, and Bodies of Knowledge between Europe and America during the Twentieth Century*, in « Historical Reflections », XLIX (2023), 2, pp. 1-6.

(21) Sui rapporti tra cultura giuridica italiana e corporativismo, si vedano, tra i molti titoli, P. COSTA, *Corporativismo, corporativismi, discipline: a proposito della cultura*

diffusione all'estero del modello fascista, il quale non si caratterizzò mai come « un discorso uniforme, organico, coerente in tutte le sue articolazioni » (22). In secondo luogo, il Portogallo di Salazar era un 'contesto ricevente' di estremo interesse perché il « discorso giuridico » dell'*Estado Novo* (23) — nonostante la comune nomenclatura — non era semplicemente sovrapponibile a quello dello 'Stato nuovo' delineato da Alfredo Rocco (24). Già nel 1932 Salazar aveva dichiarato che il sistema lusitano si differenziava dalla dittatura fascista, la quale tendeva « a un cesarismo pagano, a uno stato nuovo che non conosce[va] limitazioni di natura giuridica né morale, che marcia[va] verso le sue mete senza trovare ostacoli » (25). Il pensiero politico e costituzionale dell'*Estado Novo* — nella maggioranza dei suoi esponenti — rigettò la nozione di 'Stato totalitario' con la sua subordinazione completa dell'individuo — o meglio del concetto di 'persona' così come tematizzato dalla riflessione portoghese — e dei gruppi sociali al potere pubblico. L'articolo 4 della Costituzione del 1933 affermava che la sovranità dello Stato era limitata dal diritto e dalla morale, secondo una concezione che è stata interpretata come una fusione eclettica tra la teoria del *Rechtsstaat* sull'autolimitazione necessaria del potere sovrano con una teoria dell'etero-limitazione

giuridica del fascismo, in « Quaderni di storia dell'economia politica », VIII (1990), pp. 403-413; I. STOLZI, *L'ordine corporativo. Poteri organizzati e organizzazione del potere nella riflessione giuridica dell'Italia fascista*, Milano, Giuffrè, 2007; A. GAGLIARDI, *De la crise de l'État à l'État corporatif. Le corporatisme dans la réflexion des économistes et des juristes italiens*, in « Les Études Sociales », I (2013), pp. 157-158, pp. 187-209.

(22) PASETTI, *L'Europa corporativa*, cit., pp. 200-201.

(23) Sulla storia del pensiero giuridico portoghese durante il periodo dell'*Estado Novo* vi sono ancora pochi studi: vedi A.M. HESPANHA, *La funzione della dottrina giuridica nella costruzione ideologica dell'Estado Novo*, in *Lo Stato negli anni Trenta. Istituzioni e regimi fascisti in Europa*, a cura di G. Melis e A. Meniconi, Bologna, il Mulino, 2008, pp. 35-71; per una storia del diritto corporativo e del diritto del lavoro portoghese, vedi P. BORGES SANTOS, *Labour and Law in Portugal from authoritarianism to democracy: a proposal for a historical itinerary*, in *Sindacati e diritto del lavoro tra dittature e democrazie nell'Europa mediterranea e latina nel XX secolo*, a cura di I. Stolzi, Milano, Giuffrè, 2019, pp. 163-199. Per un ampio contributo recente, vedi O. FERREIRA, *L'Universitaire au pouvoir. Le discours juridique du professorat salazariste (1933-1974)*, Paris, Classiques Garnier, 2023.

(24) FERREIRA, *L'Universitaire*, cit., p. 61.

(25) *Il fascismo portoghese. Le interviste di Ferro a Salazar*, a cura di D. Serapiglia, Bologna, Pendragon, 2014, p. 91.

discendente da un giusnaturalismo di derivazione neotomista ⁽²⁶⁾. Anche dal punto di vista del diritto corporativo, i giuristi portoghesi ponevano grande enfasi sull'idea di un « corporativismo d'associazione » in cui il potere pubblico non creava dall'alto l'organizzazione corporativa, ma promuoveva la libera associazione di lavoratori e datori di lavoro uniti dagli stessi interessi professionali. Si trattava di una visione del corporativismo che — pur non rispecchiando l'ordinamento vigente, basato sul monopolio sindacale — aveva solide radici in una cultura giuridica che aveva da tempo assimilato una concezione anti-contrattualista dei rapporti sociali — nutritasi tanto del « sociologismo giuridico » di Léon Duguit (1859-1920) quanto della teoria dell'istituzione di Maurice Hauriou (1856-1929) — e che guardava all'opera di quei coevi giuristi francesi « cattolico sociali » che rigettando il « capitalismo di Stato » e il « centralismo amministrativo » della soluzione italiana, difendevano la libertà di associazione come garanzia della dignità della persona umana ⁽²⁷⁾.

A partire da queste premesse e incrociando l'evoluzione dottrinale del diritto corporativo lusitano negli anni Trenta con le iniziative della diplomazia culturale italiana negli anni intorno alla guerra civile spagnola, in questo saggio si è scelto di privilegiare la prospettiva di quei giuristi portoghesi e italiani che permettono di far emergere i più peculiari intrecci tra le culture corporative dei due paesi attraverso relazioni intellettuali indirette o — come nel caso di Del Vecchio e di Caetano — mediante rapporti diretti e personali determinati da occasioni di scambio culturale. In particolare, si prenderanno in considerazione tre nodi problematici: il primato dell'etica sull'economia come possibile terreno di confronto tra il cattolicesimo sociale — a cui alcuni giuristi portoghesi ascrivevano il corporativismo salazarista — e il nazionalismo totalitario fascista; le 'visioni incrociate' sulla natura del sistema corporativo e, infine, il rapporto tra lo 'Stato Nuovo' corporativo e lo 'Stato di diritto' del passato liberale.

⁽²⁶⁾ Su questa interpretazione del « costituzionalismo totale » portoghese, vedi FERREIRA, *L'Universitaire*, cit., pp. 72, 77, 79.

⁽²⁷⁾ Su questa corrente della cultura giuridica francese, vedi D. DEROUSSIN, *L'idée corporative saisie par les juristes: de la corporation au pluralisme juridique ?*, in « Les Études Sociales », I (2013), pp. 157-158, pp. 147-185.

2. *Il diritto corporativo portoghese e la dottrina italiana: convergenze e divergenze intorno al primato dell'etica.*

Appena tre mesi dopo la proclamazione dell'ETN, il decreto legge n. 23.382 del 23 dicembre 1933 introduceva il corso di diritto corporativo nei *curricula* delle facoltà di diritto portoghesi ⁽²⁸⁾. Come fu presto notato, la terminologia era la stessa adottata dal legislatore fascista ⁽²⁹⁾. Le prime monografie sul tema in Italia erano uscite a seguito della legge Rocco del 3 aprile 1926, mentre il primo concorso nazionale per la cattedra di diritto corporativo era stato bandito per l'Università di Pisa nel 1929 ⁽³⁰⁾. In Italia, la nuova disciplina assunse presto un carattere trasversale rispetto agli insegnamenti tradizionali. Il diritto corporativo si caratterizzò infatti come un oggetto tutto da costruire e come una fonte di convergenze interdisciplinari derivanti, oltre che dall'ovvio rapporto con l'economia politica, dalla sua posizione all'incrocio tra impresa e lavoro, dalla sua vicinanza al diritto pubblico e dalle sue implicazioni teoriche che attirarono gli specialisti nel campo della filosofia del diritto e della teoria dello Stato ⁽³¹⁾. Nel caso portoghese, la strutturale novità di questo ramo del diritto fu accentuata dal carattere estremamente vago della carta costituzionale in materia di corporativismo e dall'assenza di una vera e propria organizzazione corporativa. In Portogallo, come ha sottolineato Paula Borges Santos, attraverso la creazione della cattedra di diritto corporativo, i giuristi erano chiamati a dare sostanza dottrinarina e teoretica al progetto corporativista di Salazar ⁽³²⁾. In particolare, i primi manuali di diritto

⁽²⁸⁾ *Crónica Legislativa (Fevereiro)*, in « O Direito », LXVI (1934), 3, pp. 71-73.

⁽²⁹⁾ D. FEZAS VITAL, *Curso de Direito Corporativo*, Lisboa, Minerva Comercial Sintrense, 1940, p. 93.

⁽³⁰⁾ F. LANCHESTER, "Dottrina" e politica nell'università italiana: Carlo Costamagna e il primo concorso di diritto corporativo, in « Lavoro e Diritto », 1994, pp. 49-76.

⁽³¹⁾ I. BIROCCHI, *L'integrazione dell'Università nello Stato totalitario: la politica e il diritto nelle Facoltà di Giurisprudenza*, in *La costruzione della 'legalità' fascista negli anni Trenta*, a cura di I. Birocchi, G. Chiodi, M. Grondona, Roma, Roma-Tre Press, 2020, pp. 23-97, p. 42.

⁽³²⁾ BORGES SANTOS, *Labour and law*, cit., pp. 186-187; sul corporativismo della Costituzione del 1933 vedi ID., *O Modelo Político Autoritário Português: A ideia corporativa na Constitucionalização do Regime (1931-1933)*, in « Espacio, Tiempo y Forma », XXVII (2015), pp. 69-84.

corporativo furono redatti nel 1935 da Marcello Caetano — professore presso la Facoltà di Diritto di Lisbona — e da Luís da Cunha Gonçalves (1875-1956) — professore presso l'*Instituto de Ciências Económicas e Financeiras* (ISCEF) ⁽³³⁾.

Amministrativista influenzato dall'opera di Paul Laband, Georg Jellinek, e Otto Mayer ⁽³⁴⁾, Caetano poneva le organizzazioni corporative — rappresentanti gli interessi economici comuni dei vari fattori della produzione — sotto l'egida dell'Amministrazione la quale, pur garantendo il prevalere dell'interesse nazionale sugli interessi particolari, agiva comunque nel rispetto del principio di legalità. Seguendo esplicitamente la riflessione di Guido Zanobini (1890-1964), il diritto corporativo era inteso quindi come una branca del diritto amministrativo ⁽³⁵⁾. La prospettiva di Caetano fu però rifiutata da altri studiosi portoghesi in quanto considerata troppo vicina al cosiddetto « corporativismo di Stato » — solitamente identificato con il fascismo italiano — in cui le corporazioni erano organi dello Stato aventi un'autorità delegata e un carattere meramente economico, mentre il corporativismo portoghese avrebbe abbracciato anche aspetti morali e intellettuali della vita associativa ⁽³⁶⁾. Generalmente accettata fu invece la tesi di Caetano secondo cui le origini del sistema corporativo salazarista si sarebbero dovute rintracciare nel cattolicesimo sociale e nel movimento monarchico e contro-rivoluzionario *Integralismo Lusitano* (IL), in cui lo stesso giurista aveva militato ⁽³⁷⁾. Tuttavia, bisogna sottolineare che studi recenti hanno dimostrato che né i settori cattolici né quelli integralisti furono coinvolti nella redazione del testo costituzionale e

⁽³³⁾ M. CAETANO, *Lições de Direito Corporativo*, Lisboa, [s.e.], 1935; L. CUNHA GONÇALVES, *Princípios de Direito Corporativo*, Lisboa, ISCEF, 1935.

⁽³⁴⁾ R. CHANCERELLE DE MACHETE, *Considerações sobre a dogmática administrativa no moderno Estado Social*, in « Revista da Ordem dos Advogados », 1986, separata, pp. 77-96, pp. 90-92.

⁽³⁵⁾ CAETANO, *Lições*, cit., p. 27. Sulla posizione di Zanobini nel dibattito corporativo dei primi anni Trenta, vedi STOLZI, *L'ordine corporativo*, cit., pp. 54-62.

⁽³⁶⁾ J.J. TEIXEIRA RIBEIRO, *Princípio e fins do sistema corporativo português*, Coimbra, Coimbra Editora, 1939, p. 45.

⁽³⁷⁾ L'adesione giovanile di Caetano all'IL avrebbe a lungo influito sulla sua visione del corporativismo durante l'*Estado Novo*: vedi L. REIS TORGAL, *Marcello Caetano antes do marcelismo*, in « Espacio, Tiempo y Forma », 19 (2007), pp. 49-73.

accolsero poi con freddezza — se non con ostilità — la nascente organizzazione corporativa creata dall'alto ⁽³⁸⁾.

Per quanto riguarda l'esperienza antecedente rappresentata dal fascismo italiano, l'influenza della Carta del Lavoro sull'ETN era riconosciuta da Caetano e da altri autori portoghesi. Tuttavia, i giuristi lusitani segnalavano soventemente la distanza tra il diritto corporativo fascista e quello portoghese per quanto riguardava la sfera della dottrina giuridica. Lungi dall'essere soltanto il mero prodotto di una mistificazione nazionalista volta a sottolineare l'« originalità » dell'esperimento salazarista ⁽³⁹⁾, la caratterizzazione a posteriori del corporativismo lusitano come un « corporativismo d'associazione » d'impronta cattolica, fondato sul carattere naturale e oggettivo delle istituzioni sociali, rimandava alla lunga e perdurante influenza della scuola realista e istituzionalista francese ⁽⁴⁰⁾. In particolare, veniva recepita una lettura squisitamente neotomista della teoria dell'istituzione — formulata da giuristi cattolico sociali francesi come Georges Renard, Roger Bonnard, Jean Brèthe de la Gressaye, Eugène Duthoit ecc. — che permetteva di assimilare le corporazioni a *institutions-personnes* che nascevano dal diritto naturale di associazione, erano detentrici di un diritto autonomo rispetto quello dello Stato e difendevano interessi collettivi particolari comunque subordinati al « bene comune nazionale », la cui tutela spettava all'autorità pubblica ⁽⁴¹⁾. Questa posizione era già parzialmente presente nel 1935 nel manuale di diritto corporativo redatto da Cunha Gonçalves ⁽⁴²⁾, ma sarebbe divenuta egemone alla fine del decennio.

Dal punto di vista dottrinario il diritto corporativo portoghese rispondeva quindi a una visione essenzialmente neotomista e istitu-

⁽³⁸⁾ BORGES SANTOS, *O Modelo*, cit., pp. 73-74.

⁽³⁹⁾ Sulla possibilità di decostruire criticamente l'argomento secondo cui l'*Estado Novo* presentasse delle caratteristiche ideologiche 'originali' rispetto a quelle del fascismo, vedi TORRALBA, *Estado Novo*, cit., pp. 56-65.

⁽⁴⁰⁾ HESPANHA, *La funzione*, cit., p. 45.

⁽⁴¹⁾ Vedi DEROUSSIN, *L'idée corporative*, cit., pp. 147-148; Y. PALAU, *Les convicções jurídicas, un enjeu pour les transformations doctrinales du catholicisme social entre les deux guerres*, in « Revue Française d'Histoires des Idées Politiques », II (2008), 28, pp. 369-389, p. 371.

⁽⁴²⁾ CUNHA GONÇALVES, *Princípios*, cit., p. 120. Eminente civilista, Cunha Gonçalves è principalmente noto per il suo *Tratado de Direito Civil* in 15 volumi.

zionalista. Tuttavia, gli studiosi lusitani guardarono al dibattito giuridico ed economico fascista in materia di corporativismo, trovandovi non solo importanti innovazioni euristiche — come la determinazione dei contratti collettivi di lavoro ⁽⁴³⁾, del ‘prezzo corporativo’ ⁽⁴⁴⁾ e del ‘salario corporativo’ ⁽⁴⁵⁾ — ma anche alcuni punti dottrinari comuni che potevano essere ‘risemantizzati’ in accordo con la cultura politica dell’*Estado Novo* come la natura del ‘principio corporativo’ ⁽⁴⁶⁾, la funzione sociale della proprietà privata ⁽⁴⁷⁾, la costituzionalizzazione del lavoro ⁽⁴⁸⁾, la posizione dell’individuo nello Stato corporativo — di cui si parlerà nell’ultimo paragrafo — e la primazia dell’etica sull’economia secondo quanto teorizzato da quegli economisti fascisti che si opponevano al principio edonistico dell’*homo oeconomicus*. L’interesse per questi autori divenne evidente a partire dal 1938 — con l’uscita del manuale di José Joaquim Teixeira Ribeiro (1908-1997), professore di diritto corporativo presso la Facoltà di Diritto di Coimbra ⁽⁴⁹⁾ — ed è noto agli storici del pensiero economico portoghese ⁽⁵⁰⁾, anche se non è

⁽⁴³⁾ A.A. PINTO COELHO DO AMARAL, *O contrato colectivo de trabalho no direito corporativo português*, Coimbra, Centro de Estudos Económicos-Corporativos, 1956.

⁽⁴⁴⁾ A.J. DA MOTTA VEIGA, *A economia corporativa e o problema dos preços (ensaio de teoria económica)*, Lisbona, [s.e.], 1941.

⁽⁴⁵⁾ F. DE SEABRA, *O corporativismo e o problema do salario*, in « Boletim da Faculdade de Direito », supplemento V (1945).

⁽⁴⁶⁾ TEIXEIRA RIBEIRO, *Princípio*, cit., pp 2-11. In questo testo Teixeira Ribeiro riprendeva direttamente da Celestino Arena l’idea che il « principio corporativo » corrispondesse al « principio dell’unità morale, politica ed economica della Nazione ».

⁽⁴⁷⁾ Ivi, pp. 33-38.

⁽⁴⁸⁾ Ivi, pp. 41-44. Il Portogallo di Salazar con l’ETN seguiva l’Italia fascista nel ‘costituzionalizzare’ il lavoro come dovere sociale. Su questo punto vedi G. CAZZETTA, *Nel groviglio costituzionale del fascismo: lavoro, sindacati, Stato corporativo*, in « Giornale di Storia Costituzionale », XLIII (2022), pp. 257-278.

⁽⁴⁹⁾ Teixeira Ribeiro è considerato un modernizzatore del pensiero economico portoghese per aver introdotto, dopo la Seconda Guerra Mondiale, la sintesi neoclassica keynesiana. Dopo il 1945 perse gradualmente interesse per il corporativismo e si avvicinò all’antifascismo portoghese. Vedi C. BASTIEN, *José Joaquim Teixeira Ribeiro*, in *Dicionário Histórico de Economistas Portugueses*, a cura di J.L. Cardoso, Lisbona, Temas e Debates, 2001, pp. 279-281.

⁽⁵⁰⁾ C. BASTIEN, J.L. CARDOSO, *From homo oeconomicus to homo corporativus: A neglected critique of neoclassical economics*, in « The Journal of Socio-Economics », XXXVI (2007), pp. 118-127.

stato indagato come il possibile terreno di incontro tra le culture politiche del fascismo e del salazarismo. Tuttavia, vale la pena di esplorare questa ipotesi dato che, come sottolineato di recente da Laura Cerasi, nell'Italia fascista il « primato dell'etica » — ossia l'accentuazione del motivo etico come fondamento dell'azione economica — rappresentò un terreno su cui si potevano registrare le assonanze e le discrepanze tra la realtà dello Stato corporativo fascista e l'orizzonte della dottrina sociale cattolica. In particolare, proprio in questo periodo, il ruolo positivo di uno Stato interventista che affidava alla dimensione etica una posizione sovraordinata rispetto a quella economica veniva accettato dalla cultura politica cattolica, recentemente rinnovata dall'enciclica *Quadragesimo anno* (1931) ⁽⁵¹⁾. Dato che molti giuristi portoghesi ascrivevano il corporativismo salazarista al cattolicesimo sociale, è interessante vedere se simili convergenze si dessero anche nel contesto lusitano.

Tanto nell'Italia fascista quanto nel Portogallo di Salazar l'opera degli economisti Gino Arias (1879-1940), Filippo Carli (1876-1938) e del filosofo Ugo Spirito (1896-1979) occuparono infatti un ruolo di primo piano nel dibattito corporativo grazie alla radicalità delle loro teorie ⁽⁵²⁾. Questi autori polemizzavano contro l'idea, tipica dell'economia neoclassica, secondo cui l'agente economico sarebbe mosso soltanto da un calcolo razionale, individuale e 'egoistico'. Arias, Carli e Spirito ponevano invece l'accento sull'istinto naturale dell'uomo verso la socialità e la collaborazione. Questa visione finiva così per legittimare l'autoritarismo fascista in quanto affidava la funzione di ricomporre e coordinare gli interessi

⁽⁵¹⁾ L. CERASI, *Di fronte alla crisi. Etica e politica della corporazione nel fascismo dei primi anni Trenta*, in *Genealogie e geografie dell'antidemocrazia nella crisi europea degli anni trenta. Fascismi, corporativismi, laburismi*, a cura di L. Cerasi, Venezia, Edizioni Ca' Foscari, 2019, pp. 101-133. Su questa maggiore accettazione da parte cattolica dello Stato secolare — anche a seguito dell'emersione di regimi fascisti, totalitari o autoritari — vedi J. CHAPPEL, *Catholic Modern: The Challenge of Totalitarianism and the Remaking of the Church*, Cambridge, Harvard University Press, 2018.

⁽⁵²⁾ Sulla capacità di questi autori di mobilitare l'opinione pubblica intellettuale durante gli anni Trenta, vedi G. SANTOMASSIMO, *La terza via fascista. Il mito del corporativismo*, Roma, Carocci, 2006, pp. 103-104, pp. 108-109. Sul pensiero economico italiano durante il periodo fascista, vedi D. CAVALIERI, *Il corporativismo nel pensiero economico italiano: una rilettura critica*, in « Il Pensiero Economico Italiano », II (1994), 2, pp. 7-49.

e le azioni individuali alle corporazioni e soprattutto allo Stato, inteso come massimo interprete della volontà nazionale. Con argomenti diversi, in questi intellettuali fascisti vi era l'ambizione di rifondare completamente la scienza economica su una nuova antropologia determinata dall'avvento dello Stato corporativo e diversa da quella dell'*homo oeconomicus*. Carli, nel suo *La teoria generale dell'economia nazionale* (1931), parlava di questo nuovo agente economico come di un *homo corporativus* capace di sintetizzare il proprio calcolo edonistico con l'interesse collettivo e nazionale. Arias, invece, parlava di « coscienza corporativa »: una sorta di *affectio societatis* coincidente con gli interessi collettivi della nazione. Ben più radicale, infine, era la prospettiva del neoidealista Spirito il quale sosteneva che essendo l'economia una « scienza sociale » dovesse avere come orizzonte la statualità e non potesse fondarsi sulla nozione antisociale ed « extra-statale » dell'*homo oeconomicus* poiché solo quando questo diveniva « cittadino » la sua attività diventava « suscettibile d'investigazione scientifica ». Il fondamento dell'economia corporativa risiedeva infatti nel superamento del « dualismo di individuo e Stato » che caratterizzava l'economia classica e quella socialista, attraverso l'immanente identificazione tra la libertà dell'individuo e l'autorità dello Stato ⁽⁵³⁾.

Dato il forte contenuto personalista della dottrina corporativa lusitana, è interessante rilevare come, tra tutti i corporativisti italiani, l'unico a essere tradotto in portoghese fosse proprio il 'totalitario' Spirito. In realtà, l'opera di traduzione dei *Fondamenti dell'economia corporativa* ⁽⁵⁴⁾ iniziò appena Salazar fece pubblicare il testo provvisorio della nuova costituzione il 28 maggio 1932 grazie agli sforzi di António Perez Durão, un ingegnere agronomo formatosi presso la Scuola Superiore di Agricoltura di Portici e membro del movimento

⁽⁵³⁾ U. SPIRITO, *I fondamenti dell'economia corporativa* (1932), in ID., *Il corporativismo*, Firenze, Sansoni, 1970, pp. 179-181. Sul pensiero corporativista di Spirito, vedi G. SANTOMASSIMO, *Ugo Spirito e il corporativismo*, in « Studi Storici », XIV (1973), I, pp. 61-113.

⁽⁵⁴⁾ U. SPIRITO, *Princípios fundamentais de economia corporativa*, trad. port. di A. Perez Durão, Lisbona, Livraria Clássica, 1934.

fascista del *Nacional-sindicalismo* ⁽⁵⁵⁾. Perez Durão scrisse direttamente alla casa editrice Treves-Treccani-Tumminelli chiedendo il permesso di tradurre l'opera di Spirito, approfittando di un « momento di favore politico-sociale assai interessante » per far comparire sul mercato portoghese libri dedicati ai problemi del corporativismo. Come scriveva Perez Durão: « fra noi, nessuno o pochi, conoscono nei suoi dettagli, il regime corporativo e se per caso lo sanno è sotto l'aspetto politico, senza che uniscano a questo quello di economia, soprattutto nei rapporti dell'identificazione dell'individuo e Stato, criterio impostato dallo Spirito » ⁽⁵⁶⁾. Ancora nel 1938, Teixeira Ribeiro si lamentava del fatto che fossero estremamente pochi i lavori prodotti in Portogallo che trattassero le principali questioni economico-giuridiche legate all'avvento del regime corporativo e sottolineava la necessità di rifarsi a testi provenienti dall'Italia fascista, dove tali questioni erano state oggetto di intenso studio nel corso degli ultimi anni ⁽⁵⁷⁾.

Come notato sopra, la tematica corporativa finiva per occupare un'area di sovrapposizione tra saperi, tenendo insieme economia e diritto. Anche in Portogallo la cosiddetta « economia politica corporativa » divenne quindi un'importante disciplina ausiliaria del diritto corporativo ⁽⁵⁸⁾. Nelle sue lezioni Teixeira Ribeiro dedicava infatti largo spazio alla discussione delle teorie di Arias e di Spirito.

⁽⁵⁵⁾ I *nacional-sindicalistas* rappresentarono negli ultimi anni della dittatura militare (1926-1932) l'unico movimento politico portoghese che potesse essere correttamente descritto come 'fascista'. Salazar repressé il movimento e cercò di integrarlo nelle istituzioni dell'*Estado Novo*. Vedi A.C. PINTO, *Os Camisas Azuis e Salazar. Rolão Preto e o Fascismo em Portugal*, Lisbona, Edições 70, 2016. Durão nella sua prefazione al libro di Spirito affermava che la traduzione era stata pensata come uno strumento di propaganda politico nel contesto del plebiscito indetto nella primavera del 1933 per l'approvazione della costituzione dell'*Estado Novo*: vedi, A. PEREZ DURÃO, *A Edição Portuguesa*, in SPIRITO, *Princípios*, cit., p. 9.

⁽⁵⁶⁾ Archivio Fondazione Ugo Spirito (AFUS), f. 24: Corrispondenza Ugo Spirito (CUS), lettera 715. Casa editrice Treves-Treccani-Tumminelli a Ugo Spirito (31/05/1932); AFUS, f. 24: CUS, copia di lettera 715.11. Perez Durão a Casa editrice Treves-Treccani Tumminelli.

⁽⁵⁷⁾ J.J. TEIXEIRA RIBEIRO, *Lições de Direito Corporativo*, Coimbra, Coimbra Editora, 1938, pp. VII-IX.

⁽⁵⁸⁾ In Portogallo, fino agli anni Sessanta, l'economia politica faceva parte del curriculum delle facoltà di diritto, vedi M.J. NUNES, J.L. CARDOSO, M.L. PORTO, *Elemen-*

Tuttavia, questa attenzione non significava un'adesione all'idea di una economia corporativa « pura ». Al contrario, il giurista portoghese si rifaceva esplicitamente a quegli economisti italiani come Marco Fanno, Luigi Amoroso e Alberto De' Stefani i quali avevano ribadito la validità della « vecchia scienza economica »: anche nel contesto dello Stato corporativo il presupposto teorico dell'economia politica doveva rimanere l'*homo oeconomicus* ⁽⁵⁹⁾. Se l'*homo corporativus* o la « coscienza corporativa » — scriveva Teixeira Ribeiro riprendendo Fanno — fossero veramente esistite come natura ordinaria dell'individuo, non vi sarebbe stato alcun bisogno di una disciplina corporativa e vi sarebbe stato un « corporativismo senza corporazioni ». In effetti, Arias parlava della « coscienza corporativa » come del risultato « delle norme e della forza morale delle corporazioni » ⁽⁶⁰⁾. Teixeira Ribeiro, come Fanno, non credeva che l'uomo dell'economia corporativa fosse sostanzialmente diverso da quello dell'economia liberale. Il corporativismo rimaneva legato alla proprietà privata, alla libera iniziativa e agli interessi della produzione, introducendo, però, una « gerarchia » in cui gli interessi individuali erano sottomessi a quelli della categoria economica e a quelli della Nazione ⁽⁶¹⁾.

Marcello Caetano criticò fortemente Teixeira Ribeiro per aver fatto ricorso nel suo manuale ad autori italiani piuttosto che alle idee della « scuola cattolica » o alla teoria universalista-organicista del filosofo austriaco Othmar Spann (1878-1950): idee ritenute maggiormente in linea con la dottrina portoghese. A questa critica, il giurista di Coimbra rispondeva che le teorie di Arias e di Spirito erano meritevoli di un'analisi approfondita in quanto rappresentavano una se-

tos para a história do Ensino universitário de economia e finanças (1911-1974), in « Boletim de Ciências Económicas », LIX (2016), pp. 329-392.

⁽⁵⁹⁾ Si trattava poi della linea prevalente nei manuali italiana di economia politica della seconda metà degli anni Trenta, vedi R. FAUCI, N. GIACOLI, *Textbooks of Economics during the Ventennio: Forging the Homo Corporativus*, in *An Institutional History of Italian Economics in the Interwar Period — Volume I: Adapting to the Fascist Regime*, a cura di M.M. Augello, M.E.L. Guidi, F. Bientinesi, Cham, Palgrave Macmillan, 2020, pp. 171-201.

⁽⁶⁰⁾ TEIXEIRA RIBEIRO, *Lições*, cit., pp. 110-112; BASTIEN, CARDOSO, *From homo*, cit., p. 124.

⁽⁶¹⁾ *Ibidem*.

ria sfida teorica ai fondamenti tradizionali della scienza economica: cosa che non si poteva dire né della dottrina sociale della Chiesa né del pensiero di Spann ⁽⁶²⁾. Si può affermare, seguendo Pietro Costa, che Teixeira Ribeiro nutrì, per un certo periodo di tempo, un « interesse genuino » per il corporativismo, inteso più come una possibile strategia per ripensare le fondamenta delle scienze economico-giuridiche piuttosto che come un'ideologia politica consolidata e definita a cui aderire ⁽⁶³⁾: fatto che gli permetteva di discutere anche le teorie più radicali provenienti dall'Italia fascista.

Tuttavia, la critica all'egoismo dell'*homo oeconomicus* ⁽⁶⁴⁾ e la stessa nozione di « coscienza corporativa » ⁽⁶⁵⁾ venivano incorporate nella dottrina corporativista dell'*Estado Novo* da un punto di vista più ideologico che teoretico. Queste idee erano presenti nel corso di diritto corporativo (1940) dell'eminente giurista cattolico Domingos Fezas Vital (1888-1952) — costituzionalista, ex rettore della Facoltà di Coimbra e principale collaboratore di Salazar nella stesura della Costituzione del 1933 ⁽⁶⁶⁾ — il quale condivideva con Mussolini l'idea che il sistema corporativo necessitasse di un'« alta tensione morale » affinché non si risolvesse in una semplice « organizzazione degli egoismi collettivi » ⁽⁶⁷⁾. Tuttavia, mentre il fascismo italiano trovava il suo « ideale animatore » nell'« nazionalismo totalitario », nel « culto della Nazione-Stato [...] fonte di tutto il Diritto e fondamento di tutto il dovere », Fezas Vital indicava nel « principio cristiano di fraternità » la soluzione per superare l'amoralismo dell'economia liberale ⁽⁶⁸⁾. Inizialmente influenzato dal « sindacalismo integrale » del positivista Duguit — la cui opera aveva facilitato la

⁽⁶²⁾ M. CAETANO, *Bibliografia. 'Lições de Direito Corporativo' pelo Dr. José Joaquim Teixeira Ribeiro*, in « O Direito », LXX (1938), 8, pp. 250-251; TEIXEIRA RIBEIRO, *Princípio*, cit., pp. 1-3.

⁽⁶³⁾ COSTA, *Corporativismo, corporativismi*, cit., pp. 411-412.

⁽⁶⁴⁾ FEZAS VITAL, *Curso*, cit., p. IV.

⁽⁶⁵⁾ Ivi, p. 35.

⁽⁶⁶⁾ Sul ruolo di Fezas Vital nei lavori preparatori della Costituzione del 1933, vedi A. DE ARAÚJO, *A Lei de Salazar*, Lisboa, Tenacitas, 2007. Per un profilo di Fezas Vital come studioso di diritto pubblico, vedi R. CHANCERELLE DE MACHETE, *Estudos de Direito Público e Ciência Política*, Lisboa, Fundação Oliveira Martins, 1991, pp. 12-16.

⁽⁶⁷⁾ FEZAS VITAL, *Curso*, cit., p. 35. Sul primato del morale sull'economico nel diritto corporativo lusitano, vedi FERREIRA, *L'Universitaire*, cit., pp. 201-203.

⁽⁶⁸⁾ Ivi, pp. 35-40.

ricezione del « corporativismo attuale »⁽⁶⁹⁾ — Fezas Vital preferiva fondare il diritto corporativo portoghese sulla teoria dell'istituzione⁽⁷⁰⁾, il cui fondo personalista sembrava un antidoto tanto all'individualismo borghese quanto al « transpersonalismo politico » di Rocco⁽⁷¹⁾. Infatti dalla divinizzazione dello Stato-Nazione come fine in sé derivava il forte e costante intervento del potere pubblico nella vita corporativa dato che i fini degli organismi corporativi coincidevano con quelli statali; mentre in un sistema di « corporativismo d'associazione » lo Stato era un mezzo al servizio della persona umana e vigilava sull'auto-direzione dell'economia gestita dalle corporazioni — vere e proprie « istituzioni » generanti una propria autorità legata alla gestione dei rispettivi « beni comuni » — intervenendo soltanto quando le necessità dell'interesse nazionale lo richiedevano⁽⁷²⁾. Bisogna però sottolineare che la regolazione e la coordinazione suprema della vita economica e sociale spettava in ultima istanza allo Stato (art. 7 dell'ETN) il quale doveva assicurare il trionfo della « Giustizia » tra i suoi cittadini⁽⁷³⁾.

Era quindi sul fronte dell'accettazione del primato dell'etica come « motivo orientatore dell'economia e degli ordinamenti statali »⁽⁷⁴⁾ che si poteva registrare, a livello dottrinario, un processo di convergenza/divergenza tra la prospettiva fascista e quella di un giurista cattolico come Fezas Vital il quale, con una sintesi molto efficace, rimarcava comunque la distanza tra il sistema italiano e quello portoghese:

È tuttavia necessario non dimenticare la diversità del pensiero-guida di entrambi i corporativismi e che, perciò, all'identità o somiglianza delle formule non corrisponde sempre l'identità o somiglianza del pensiero intrinseco, sostanziale, quando dai domini dell'*opportunità* contingente ci eleviamo fino alle regioni dell'*ideale* a cui attingere. E così può accadere che, nel puro dominio della sistematizzazione scientifica, siamo condotti a costruzioni analoghe senza

⁽⁶⁹⁾ Ivi, pp. 46-47.

⁽⁷⁰⁾ Ivi, pp. XVIII-XIX.

⁽⁷¹⁾ Ivi, pp. 94-95.

⁽⁷²⁾ Ivi, pp. 39-40.

⁽⁷³⁾ Ivi, pp. 70-73.

⁽⁷⁴⁾ CERASI, *Etica e politica*, cit., p. 129.

che questa analogia rappresenti più che una semplice coincidenza di opportunità dell'*ipotesi* portoghese con la *dottrina*, la *tesi* italiana.

In ultima istanza, alle medesime formule — alla stessa tecnica giuridica — non corrispondeva la medesima dottrina. Tuttavia, Fezas Vital affermava subito dopo che, nonostante le differenze che intercorrevano tra la scuola corporativa italiana e quella cattolica, ad unirle era la stessa attitudine anti-individualista e anti-socialista e, soprattutto, il « riconoscimento della superiorità dell'Interesse Nazionale sugli interessi particolari » (75).

3. *Stato Nuovo, fascismo, corporativismo: 'visioni incrociate' e diplomazia culturale.*

La sopracitata esaltazione delle profonde divergenze nelle matrici culturali, politiche e giuridiche dei due regimi — nonché nel differente rapporto tra Stato e organismi corporativi — confliggeva con la prospettiva di quanti dentro il fascismo volevano presentare a livello propagandistico la natura corporativa dell'*Estado Novo* come una dimostrazione di quanto il corporativismo italiano si stesse imponendo come modello universale. Ha infatti scritto lo storico Enzo Collotti: « una vecchia tradizione fascista [...] ha rivendicato l'annessione del Portogallo all'area di quei paesi che operarono una trasformazione dello stato ispirandosi direttamente ed essenzialmente all'esempio del fascismo italiano » (76). A questa tradizione si può ricondurre anche lo stesso Giuseppe Bottai (1895-1959), il quale, in una conferenza tenuta presso l'Accademia Reale d'Italia in occasione del doppio centenario lusitano del 1940, rivendicava il fatto che il legislatore portoghese avesse guardato e continuasse a guardare all'esperienza fascista nella costruzione dell'edificio corporativo (77). Nella prima metà degli anni Trenta fu però l'« economista militante » Bruno

(75) FEZAS VITAL, *Curso*, cit., pp. 45-47.

(76) E. COLLOTTI, *Fascismo, fascismi*, Firenze, Sansoni Editore, 1989, p. 117.

(77) G. BOTTAI, *Il corporativismo in Italia e nel Portogallo*, in « Il Diritto del Lavoro », XV (1940), 3-4, pp. 69-76, p. 76.

Biagi (1889-1947) ⁽⁷⁸⁾ — segretario del Ministero delle Corporazioni (1932-1935) e poi professore di diritto corporativo presso l'Università di Bologna — a presentare al pubblico italiano l'*Estado Novo* di Salazar come una prova di quanto l'ordinamento fascista fosse preso ad esempio all'estero, ponendo la propria competenza professionale al servizio della propaganda e firmando svariati articoli sul tema per « Il Corriere della Sera » ⁽⁷⁹⁾.

Va tuttavia sottolineato che non tutti nel campo italiano erano convinti che l'*Estado Novo* potesse essere assimilato al fascismo in virtù della sola comune matrice corporativista. In particolare, nel 1935 il « giurista di regime » ⁽⁸⁰⁾ Carlo Costamagna (1880-1965) ⁽⁸¹⁾ pubblicava sulla sua rivista « Lo Stato » un saggio intitolato *Il Fascismo e la Costituzione Portoghese* in cui rispondeva proprio a un articolo di Bruno Biagi affermando che l'introduzione della rappresentanza politica degli interessi attraverso la *Câmara Corporativa* non fosse sufficiente per accostare lo « Stato-nuovo » portoghese al fascismo italiano:

E per vero, se un principio organico, cioè un'idea, si vuol trovare nel testo della costituzione portoghese, in diretto riferimento alla concezione fascista, essa non può ritenersi quella di una funzione pubblica delle rappresentanze sindacali, ma quella dichiarata dallo *Statuto del Lavoro Nazionale* portoghese [che] è la riproduzione letterale della Carta del Lavoro Italiana: *‘La Nazione Portoghese costituisce una unità morale, politica, ed economica i cui fini ed i cui*

⁽⁷⁸⁾ F. DAL DEGAN, F. SIMON, “Generalist” Journals between Dissemination of Economics and Regime Propaganda, in *An Institutional History*, cit., pp. 143-170, p. 161.

⁽⁷⁹⁾ Vedi B. BIAGI, *Ordinamenti corporativi*, in « Corriere della Sera », 19/10/1931, p. 1.; ID., *L'idea corporativa in marcia. Tendenze e necessità dei popoli*, in « Corriere della Sera », 21/03/1933, p. 1.; ID., *I principi corporativi nella costituzione del Portogallo*, in « Corriere della Sera », 10/07/1935, p. 1.

⁽⁸⁰⁾ Sulla distinzione tra « giuristi di regime » e « giuristi della tradizione » durante il periodo fascista, vedi M. FIORAVANTI, *Costituzione, amministrazione e trasformazione dello Stato*, in *Stato e cultura giuridica in Italia dall'Unità alla Repubblica*, a cura di A. Schiavone, Roma-Bari, Laterza, 1990.

⁽⁸¹⁾ Sul corporativismo di Costamagna e della sua rivista, vedi M. TORALDO DI FRANCA, *Per un corporativismo senza 'corporazioni': "Lo Stato" di Carlo Costamagna*, in « Quaderni fiorentini », XVIII (1989), pp. 267-327.

interessi superano quelli degli individui e dei gruppi che la compongono' (82).

Costamagna sosteneva la tesi secondo cui il fascismo avrebbe determinato l'avvento di una « nuova costituzione » fondata sulla nozione di « Stato-Popolo », ovvero sulla totale identificazione tra Stato e Società in nome di quel principio di « solidarietà nazionale » che stabiliva, in accordo con la prima dichiarazione della Carta del Lavoro, la subordinazione degli interessi degli individui e dei gruppi sociali a quelli dello Stato concepito come unità politica, morale ed economica della Nazione (83). Ne conseguiva una radicale rottura con le categorie dello « Stato moderno » polarizzato sulla difesa dei diritti soggettivi — lo 'Stato di diritto' difeso dai « giuristi della tradizione » — ed era questo principio anti-individualistico e organicistico a costituire la novità dello « Stato-nuovo » fascista a cui si sarebbero rifatti i processi di revisione costituzionale avutisi in Austria, Germania, Polonia e Portogallo (84). La definizione di « Stato-nuovo » si prestava meglio a identificare « il nuovo tipo di Stato che sorge[va] sulle rovine del cosiddetto 'Stato moderno' che non la qualifica di 'Stato corporativo' pur così divulgata nella letteratura comune » in quanto prevedeva una revisione dei concetti costituzionali elaborati nel diciannovesimo secolo molto più profonda « di quella che occorre[va] per concepire la sostituzione del sindacato all'individuo » in un altrimenti immutato sistema parlamentare (85). Costamagna riprendeva così la polemica nei confronti della dottrina del « corporativismo puro e integrale » resa popolare in Europa dall'economista Mihail Manoilescu (1891-1950) e da Othmar Spann i quali sostenevano che tutto il potere legislativo dovesse essere esercitato da organismi corporativi — economici e non economici — con lo Stato ridotto a essere una specie di « super corporazione »: una prospettiva inaccettabile per Costamagna che vedeva nel corporativismo fascista la soluzione alla crisi dell'autorità dello Stato determinata dall'avvento delle formazioni collettive e

(82) C. COSTAMAGNA, *Il Fascismo e la Costituzione Portoghese*, in « Lo Stato », VI (1935), 2, pp. 503-508, p. 503.

(83) TORALDO DI FRANCIA, *Per un corporativismo*, cit., pp. 308-311.

(84) LA DIREZIONE, *Nota*, in « Lo Stato », IV (1935), 4, pp. 259-261, p. 260.

(85) COSTAMAGNA, *Il Fascismo*, cit., p. 504.

dalla loro assunzione di funzioni pubbliche ⁽⁸⁶⁾. Il giurista savonese tornava, inoltre, a polemizzare anche con Sergio Panunzio (1886-1944) ⁽⁸⁷⁾ e chi con lui coltivava il « motivo del corporativismo » come chiave per popolarizzare il fascismo all'estero approfittando dell'emergere, dopo la Grande Guerra, di diversi esperimenti 'corporatisti' o corporativisti in molti paesi europei, ma correndo così « il pericolo di perdere le nostre autentiche direttive » ⁽⁸⁸⁾.

Tuttavia, nel corso degli anni Trenta, il « mito corporativo » rappresentò una risorsa-chiave della politica estera italiana per il conseguimento dell'egemonia sugli autoritarismi europei ⁽⁸⁹⁾ — a cominciare dall'*Estado Novo* — divenendo uno dei temi più sfruttati dal regime fascista nelle sue iniziative di « diplomazia culturale » che combinavano propaganda politica e « cultura alta » ⁽⁹⁰⁾. Ciò era evidente nelle relazioni con il Portogallo salazarista dove, fin dall'istituzionalizzazione dell'*Estado Novo* nel 1933-34, il diritto corporativo venne subito considerato come un tema particolarmente adatto per popolarizzare il modello italiano presso le classi dirigenti intellettuali e politiche lusitane ⁽⁹¹⁾. In questo senso fu cruciale il ruolo dell'Istituto di Cultura Italiana in Portogallo (ICIP) — direttamente dipendente dal Ministero degli Esteri italiano — il quale fu attento a coinvolgere personalità accademiche locali. Anche la stessa Legazione d'Italia s'impegnò in questa direzione collaborando, tra 1934 e 1935, con l'ISCEF alla creazione di un gabinetto di documentazione finanziaria ed economica italiana ⁽⁹²⁾. Gli anni successivi videro però un congelamento delle operazioni di diplomazia culturale fascista a causa delle tensioni create tra i due paesi dall'aggressione italiana all'Etiopia, la quale destò preoccupazioni nell'opinione

⁽⁸⁶⁾ C. COSTAMAGNA, *Equívoci corporativi*, in « Lo Stato », VI (1935), 1, pp. 3-11.

⁽⁸⁷⁾ S. PANUNZIO, *Il Fascismo e il mondo delle nazioni*, in « Augustea », X (1935), 4, p. 99: « [...] il punto più universalizzabile del Fascismo è il Corporativismo ». Si ricordino le critiche mosse negli anni Venti da Costamagna alle tesi di Panunzio sullo 'Stato sindacale'.

⁽⁸⁸⁾ COSTAMAGNA, *Il Fascismo*, cit., p. 505.

⁽⁸⁹⁾ PASETTI, *L'Europa corporativa*, cit.

⁽⁹⁰⁾ Su questi temi, vedi F. CARAVOCCHI, *Avanguardie dello Spirito. Il fascismo e la propaganda culturale all'estero*, Roma, Carocci, 2010.

⁽⁹¹⁾ IVANI, *Esportare il fascismo*, cit., pp. 158-163.

⁽⁹²⁾ Ivi, pp. 168-170.

pubblica lusitana per le sue possibili ripercussioni sul mantenimento dell'impero coloniale portoghese in Africa. Fu soprattutto lo scoppio della guerra civile spagnola a riavvicinare l'*Estado Novo* all'Italia fascista in funzione antibolscevica⁽⁹³⁾: avvicinamento che si tradusse in un maggiore consenso da parte portoghese nei confronti dell'attività dell'ICIP, che organizzò nuovi cicli di conferenze nel 1937-38 invitando sia relatori portoghesi che italiani. Tra questi ultimi va segnalato proprio Bruno Biagi, i cui rapporti con la realtà del salazarismo potevano essere descritti come quelli di un vero e proprio *fascist broker*⁽⁹⁴⁾ impegnato a diffondere, attraverso i canali della diplomazia culturale, i principi del corporativismo fascista in Portogallo. Nel novembre del 1937 ricevette una laurea *honoris causa* in diritto dall'ISCEF avendo così modo di tenere a Lisbona una serie di conferenze sul corporativismo e di venire a colloquio con lo stesso Salazar, di cui notò, in un rapporto inviato al Ministero degli Esteri, la distanza rispetto al « principio dello stato totalitario »⁽⁹⁵⁾. Tuttavia, nel 1939 Biagi affermava, con un'evidente forzatura, che il regime portoghese rispettava tutte e tre quelle condizioni che Mussolini aveva indicato come necessarie perché il corporativismo potesse impiantarsi in altri paesi: « un partito unico, uno Stato totalitario, e un periodo di alta tensione ideale »⁽⁹⁶⁾.

Il problema del collocamento del regime lusitano rispetto al fascismo italiano non è quindi stato soltanto al centro di una riflessione storiografica successiva, ma era anzi ben presente ai

(93) Sull'evoluzione dei rapporti diplomatici tra Italia fascista e *Estado Novo*, vedi V.A. SALVADORINI, *Italia e Portogallo dalla guerra d'Etiopia al 1943*, Palermo, La Palma, 2000; V. DE MATOS, *Portugal e Itália. Relações Diplomáticas (1943-1974)*, Coimbra, Coimbra University Press, 2010, pp. 15-28.

(94) *Fascist Brokers: Transnational Networking in and Beyond Europe*, a cura di S. Reichardt, V. De Grazia, F. Finchelstein. Convegno tenuto presso l'*Institute for Advanced Study Konstanz*, 10-12/05/2017.

(95) ASMAE, Gabinetto del Ministro e Segreteria Generale 1923-1943, b. 1442, b. 12, US 236, « Rapporto sul viaggio in Portogallo » di Bruno Biagi, 10/11/1937. Sulla missione portoghese di Biagi, vedi IVANI, *Esportare il fascismo*, cit., pp. 192-193.

(96) B. BIAGI, *Introduzione*, in A. DE OLIVEIRA SALAZAR, *Il Portogallo d'oggi negli scritti e nei discorsi di Oliveira Salazar*, Firenze, Felice Le Monnier, 1939, pp. IX-VI.

contemporanei, tanto portoghesi quanto italiani ⁽⁹⁷⁾. Tra i corporativisti dei due paesi si stabilì infatti una relazione fatta di « visioni incrociate » ⁽⁹⁸⁾: uno sforzo comparativo che da parte italiana serviva a dimostrare la portata ‘universale’ della rivoluzione fascista — detentrica di una soluzione innovativa alla duplice crisi dello Stato moderno e dell’economia capitalista in grado di ispirare la legislazione di altri paesi europei — mentre da parte portoghese si cercava il più possibile di rimarcare, anche per motivi nazionalistici, l’autonomia dottrinarica e l’originalità del proprio sistema corporativo ⁽⁹⁹⁾.

La tensione tra le due citate prospettive aveva modo di manifestarsi proprio grazie alle iniziative della diplomazia culturale italiana. La conferenza tenuta nell’aprile del 1938 da Paulo Cunha (1908-1986), professore della Facoltà di Diritto dell’Università di Lisbona, presso l’ICIP intorno alle relazioni storiche tra la cultura giuridica italiana e quella portoghese è rivelatrice in questo senso ⁽¹⁰⁰⁾. Il testo della conferenza era pubblicato nel primo numero di *Estudos Italianos em Portugal*: rivista dell’ICIP che raccoglieva i testi di varie conferenze tenute da studiosi portoghesi su temi legati alla cultura italiana nel biennio 1937-1938 presso le sedi di Lisbona, Coimbra e Porto ⁽¹⁰¹⁾. Nel caso della conferenza di Cunha, il giurista lisbonese sottolineava come la cultura giuridica italiana, figlia del genio eterno di Roma, fungesse da sintesi tra la « chiarezza » di quella francese e la « profondità » di quella tedesca. Se gli influssi da Francia e Germania erano visibili nella scienza

⁽⁹⁷⁾ G. ALBANESE, *Nello specchio del fascismo: il Portogallo e l’esperienza italiana*, in *Le destre europee. Conservatori e radicali tra le due guerre mondiali*, a cura di M. Bresciani, Roma, Carocci, 2021, pp. 383-410, pp. 383-384.

⁽⁹⁸⁾ Su questi sguardi incrociati tra fascismo e altri regimi corporativi del periodo interbellico, vedi PASETTI, *L’Europa corporativa*, cit., pp. 169-177.

⁽⁹⁹⁾ Per un contributo recente sulla resistenza delle élite salazariste alle ambizioni ‘universaliste’ della diplomazia culturale fascista, vedi A. GORI, R.A. DE CARVALHO, *Italian Fascism and the Portuguese Estado Novo: international claims and national resistance*, in « *Intellectual History Review* », XXX (2019), 2, pp. 295-319.

⁽¹⁰⁰⁾ P. CUNHA, *Relações entre a cultura jurídica italiana e a cultura jurídica portuguesa*, in « *Estudos Italianos em Portugal* », I (1939), 1, pp. 9-41. Considerato un innovatore nel campo del diritto civile, Cunha fu rettore dell’Università di Lisbona (1962-1965) e Ministro degli Affari Esteri negli anni Cinquanta e Sessanta.

⁽¹⁰¹⁾ A. BIZZARRI, *Aviso prévio*, in « *Estudos Italianos em Portugal* », I (1939), 1, pp. 5-7.

giuridica portoghese contemporanea, Cunha non mancava di notare come la cultura italiana avesse contribuito al rinnovamento portoghese nel campo del diritto civile e commerciale, nel diritto processuale, nel diritto penale e nel diritto amministrativo ⁽¹⁰²⁾. Tuttavia, sottolineava Cunha, l'aspetto che più richiamava l'attenzione sulle relazioni tra le due culture giuridiche era attualmente il corporativismo. Da questo punto di vista, il giurista tentava di fare un'operazione di chiarimento:

So che la cultura italiana guarda a questo aspetto della vita portoghese con curiosità e con vivissima e innegabile simpatia: ma forse dominata dall'errata supposizione che tra noi ci sia soltanto una riproduzione — più o meno perfetta, ma sempre riproduzione — del sistema corporativo italiano ⁽¹⁰³⁾.

Cunha riprendeva qui argomenti che erano stati sviluppati, o andavano sviluppandosi, nel coevo diritto corporativo portoghese. Pur riconoscendo l'« innegabile » influenza della « scuola e dell'opera corporativa italiana » sulla Costituzione del 1933 e, soprattutto, sull'ETN, il giurista sottolineava infatti le differenze essenziali tra i due sistemi. Il corporativismo lusitano, in virtù dell'influenza della « Scuola Corporativa Cattolica », era « essenzialmente personalista » poiché garantiva l'autonomia della persona umana rispetto alla società. Era « integrale » avendo un'idea di corporazione molto più ampia di quella italiana. Nel sistema fascista le corporazioni avevano un'autorità delegata dal potere pubblico ed erano sottoposte ai fini della politica di potenza del regime. In Portogallo, invece, l'intervento diretto dello Stato nell'organizzazione corporativa era limitato alla funzione di tutela senza inficiare l'autonomia dei gruppi corporativi. Infine, il corporativismo portoghese era « tendenzialmente conservatore » dato che non mirava tanto a sostituire il capitalismo con un nuovo sistema economico quanto a correggere gli eccessi dell'economia di mercato. Cunha ribadiva poi l'impor-

⁽¹⁰²⁾ CUNHA, *Relações*, cit., pp. 18-23.

⁽¹⁰³⁾ Ivi, p. 34.

tanza della « contribuzione originale portoghese » facendo riferimento al movimento dottrinario dell'IL⁽¹⁰⁴⁾.

L'individualità del sistema portoghese era un motivo in più perché in Italia si facesse conoscere maggiormente il contributo della cultura giuridica lusitana, la quale, pur ricevendo con entusiasmo l'influenza italiana, non mancava di conservare il proprio genio creando una sintesi unica meritevole di attenzione⁽¹⁰⁵⁾. È infatti interessante notare come Cunha sottolineasse la necessità di una maggiore reciprocità nelle relazioni giuridiche tra Italia e Portogallo e vedesse nell'opera dell'ICIP un contributo importante in questa direzione. Inoltre, menzionava l'importanza del ciclo di conferenze tenute da Caetano — « uno dei più distinti giuristi portoghesi » — a Roma proprio in quei giorni⁽¹⁰⁶⁾; occasione attraverso la quale il futuro successore di Salazar sarebbe entrato in un importante scambio di idee sulla teoria dello Stato corporativo con il filosofo del diritto Giorgio Del Vecchio.

4. *Individuo e Stato corporativo: Marcello Caetano e Giorgio Del Vecchio.*

Il rapporto tra Marcello Caetano e Giorgio Del Vecchio rappresenta uno degli incontri più interessanti tra la cultura giuridica italiana e quella portoghese in materia di corporativismo: un rapporto che, a quanto pare, non è stato indagato in profondità né dagli storici del diritto portoghese⁽¹⁰⁷⁾, né dai numerosi biografi di Caetano⁽¹⁰⁸⁾ e neppure da quegli storici che si sono recentemente occupati delle

⁽¹⁰⁴⁾ Ivi, pp. 36-37.

⁽¹⁰⁵⁾ Ivi, p. 38.

⁽¹⁰⁶⁾ Ivi, p. 24.

⁽¹⁰⁷⁾ Oscar Ferreira rileva l'importanza dell'opera di Del Vecchio tra i giuristi portoghesi, ma non accenna al rapporto tra Caetano e il filosofo italiano né alla loro discussione sullo Stato corporativo. Vedi FERREIRA, *L'Universitaire*, cit., pp. 69, 79, 88, 93, 173, 202, 243.

⁽¹⁰⁸⁾ Tra i contributi più recenti: M.T. CASTILHO, *Marcello Caetano. Uma biografia política*, Lisboa, Almedina, 2012; L.M. LEITÃO, *Marcello Caetano. Um destino*, Lisboa, Quezta Editores, 2014; F.C.P. MARTINHO, *Marcello Caetano. Uma biografia, 1906-1980*, Lisboa, Objectiva, 2016. L'incontro tra Del Vecchio e Caetano è trattato brevemente solo in M.S. COSTA BARBOSA, *Novo Estado Marcelista (1929-1974)*, tesi di dottorato in storia contemporanea, Facoltà di Lettere dell'Università di Coimbra, 2015, pp. 80-82.

relazioni politiche e culturali tra l'Italia fascista e l'*Estado Novo* (109). Lo scambio intellettuale intercorso tra i due giuristi permette non solo di ricostruire una pagina interessante della diplomazia culturale dei due regimi, ma anche di esplorare un tema importante della riflessione giuridica sul corporativismo interbellico: ovvero la questione del rapporto — pensato da questi due autori come continuità — tra 'Stato di diritto' liberale e 'Stato nuovo' corporativo.

Le vicende storiche che determinarono l'incontro tra i due giuristi rimandano al patto di scambio culturale e di « reciprocità propagandistica » instaurato nell'autunno del 1937 tra l'*Instituto para Alta Cultura* (IAC) portoghese e l'Istituto Nazionale per le Relazioni Culturali con l'Estero (IRCE) (110) presieduto da Alessandro Pavolini (1903-1945). Posto sotto l'egida della *Junta de Educação Nacional* (JEN) del Ministero dell'Educazione portoghese, l'IAC aveva la funzione di orientare la ricerca scientifica attraverso finanziamenti e borse di studio e di organizzare le relazioni culturali. Una funzione analoga era svolta dall'IRCE nato su iniziativa del Ministero degli Esteri italiano e collegato al Ministero della Cultura Popolare (111). Fra i compiti dell'IRCE rientrava infatti l'attuazione degli accordi bilaterali in ambito culturale, soprattutto per quanto riguarda gli scambi accademici. Nel quadro di questo accordo, Marcello Caetano — che tra 1936 e 1940 assunse vari ruoli direttivi nell'IAC per il settore delle scienze giuridiche (112) — veniva invitato a tenere una serie di conferenze sull'*Estado Novo* presso l'Università La Sapienza di Roma in occasione dell'inaugurazione della cattedra di studi portoghesi (113). Il giurista lisbonese aveva così la possibilità di prendere direttamente visione della realtà del regime fascista permanendo un mese a Roma tra marzo e aprile 1938.

(109) Vedi IVANI, *Esportare il Fascismo*, cit.; GORI, DE CARVALHO, *Italian Fascism*, cit.

(110) ASMAE, D.G.R.C. Archivio Scuole 1925-1945, pacco n. 75, « Istituto di cultura in Portogallo, 1936-1937 », f. 13, « Accordo Culturale Italo-Portoghese ».

(111) IVANI, *Esportare il fascismo*, cit., p. 213.

(112) Sul ruolo svolto da Caetano nell'IAC, vedi LEITÃO, *Marcello Caetano*, cit., p. 229; M. CAETANO, *Minhas Memórias de Salazar*, Lisboa, Editorial VERBO, 1977, pp. 296-299.

(113) Fu probabilmente lo stesso Pavolini a invitare Caetano, vedi Arquivo Nacional Torre do Tombo (ANTT), Arquivo Marcello Caetano (AMC), 12-1172, Corrispondenza/ PAVOLINI, Alessandro, nn. 1-3.

L'esperienza italiana di Caetano è da tempo nota ai suoi biografi dato che lo stesso politico portoghese le dedicò alcune pagine nel suo *Minhas Memórias de Salazar* (1977) ⁽¹¹⁴⁾ sottolineando a posteriori come la sua permanenza nella Roma fascista lo avesse rafforzato nella convinzione della superiorità del regime di Salazar su quello di Mussolini. Dato che alcuni anni prima aveva mostrato una certa simpatia per il *Nacional-sindicalismo*, alcuni biografi hanno visto nell'esperienza italiana di Caetano un momento decisivo di disillusione nei confronti del regime fascista ⁽¹¹⁵⁾. Tuttavia, nei suoi scritti dedicati al corporativismo e al diritto corporativo non vi era nessuna dichiarazione di ammirazione per lo Stato mussoliniano quanto piuttosto il mero riconoscimento — condiviso dalla maggioranza dei giuristi portoghesi — dell'inevitabile influenza che la Carta del Lavoro aveva avuto sulla Costituzione del 1933 e, soprattutto, sull'ETN di cui « traduceva alcune formule di dottrina e organizzazione » ⁽¹¹⁶⁾. Ad accomunare i due sistemi era il rifiuto della libertà di associazione sindacale, ma per il resto Caetano rivolgeva le solite critiche nei confronti della natura totalitaria e meramente economica del corporativismo fascista. Egli s'impegnò quindi nel definire un'autonoma genealogia culturale, politica e storica della soluzione portoghese, la quale veniva analizzata dal punto di vista del diritto, della sociologia, dell'economia e dell'organizzazione dello Stato. In particolare, Caetano enfatizzava il ruolo antesignano dell'IL e del suo principale teorico António Sardinha (1887-1925), la cui opera avrebbe anticipato « le moderne filosofie e sociologie *personaliste* » e la « Scuola del corporativismo puro e integrale » rappresentata da Spann e Manoilescu ⁽¹¹⁷⁾.

Al pari di molti suoi colleghi nel campo del diritto corporativo, Caetano quindi sottolineava le differenze dottrinarie tra il sistema fascista e quello portoghese — fondato sulla « Scuola corporativa

⁽¹¹⁴⁾ CAETANO, *Minhas Memórias*, cit., pp. 71-72. In quest'opera Caetano non menziona il suo incontro con Del Vecchio.

⁽¹¹⁵⁾ Su questa linea interpretativa, vedi J.F. ANTUNES, *Salazar Caetano: Cartas Secretas 1932-1968*, Lisboa, Círculo de Leitores, 1993, p. 34; LEITÃO, *Marcello Caetano*, cit., pp. 190-200.

⁽¹¹⁶⁾ M. CAETANO, *O sistema corporativo*, Lisboa, Jornal do Comércio e das Colónias, 1938, pp. 27-28.

⁽¹¹⁷⁾ Ivi, pp. 28-29, 30-32, 42.

integralista » — e, perciò, il suo rapporto con il fascismo italiano non fu mai caratterizzato da una prona e passiva ammirazione. La sua stessa missione in Italia ebbe, piuttosto, un carattere, per così dire, attivo dato che il suo scopo principale non era semplicemente quello di presentare a un pubblico straniero le caratteristiche fondamentali dell'*Estado Novo* da un punto di vista costituzionale e giuridico, ma di fare proseliti tra l'élite accademica e politica italiana. In maniera speculare, egli cercava di fare quello che i *fascist broker* come Biagi avevano fatto in Portogallo.

Le conferenze tenute da Caetano alla Sapienza e alla Pontificia Università Gregoriana erano, allo stesso tempo, un'esposizione del pensiero politico di Salazar e una celebrazione dei risultati raggiunti dal dittatore portoghese, la cui « rivoluzione » poteva essere fatta risalire al 1928 con la sua nomina a ministro delle Finanze. Caetano sottolineava il nazionalismo di Salazar la cui origine si sarebbe dovuta rintracciare nell'insegnamento dell'IL — un'affermazione che rispondeva più alla genealogia dottrinarica creata dal giurista che alla realtà storica — mentre il suo corporativismo « fonde[va] le idee del cattolicesimo sociale con i fecondi risultati dell'esperienza fascista ». La sua dottrina era « profondamente cristiana » in quanto « animata da un alto ideale di rispetto della dignità umana e dei valori trascendentali della vita » come stabilito nell'articolo 4 della Costituzione. Nell'*Estado Novo*, l'influenza cattolica era predominante poiché lo Stato era concepito come « espressione unitaria di una pluralità di valori sociali e politici », lasciava spazi di autonomia e rispettava « la personalità umana, la sua dignità e i suoi fini, la famiglia e la sua missione educativa, le associazioni, i comuni, la Chiesa e la sfera dell'azione naturale di questi Enti ». Per quello che riguardava l'organizzazione economica, Salazar, « come accadde nel Fascismo », difendeva la proprietà privata, anche se accettava una specie di « interventismo moderato destinato a correggere e ordinare le iniziative ». L'*Estado Novo* era poi uno Stato corporativo e Caetano considerava ingiusto il giudizio di coloro che si rifiutavano di riconoscere il serio lavoro che il Portogallo aveva fatto in questo campo. Insomma, il giurista lisbonese presentava il regime lusitano in linea con i principali *topoi* della propaganda del salazarismo

destinata ai paesi esteri ⁽¹¹⁸⁾ e concludeva che tra la dottrina fascista e quella portoghese vi erano « alcune divergenze accidentali » che non dovevano far dimenticare la « comunione di ideali » che le affratellava e le fondeva « nella missione sacra che ci imponemmo per la difesa della civiltà » ⁽¹¹⁹⁾: un accenno implicito al comune impegno a fianco dei nazionalisti nella guerra civile spagnola.

Mentre ringraziava in pubblico gli italiani per il loro genuino e amichevole interesse per il suo paese, nella sua corrispondenza privata Caetano si dimostrava però deluso per la ricezione della sua conferenza e, in generale, per il suo viaggio in Italia. Scrivendo al ministro dell'Educazione Nazionale António Carneiro Pacheco (1887-1957), egli affermava che, nonostante la loro « apparente cordialità », gli italiani si erano dimostrati poco aperti e che le alte gerarchie fasciste, presenti tra il pubblico della Sapienza, trattavano i portoghesi come dei « parenti poveri » considerando la dottrina politico-sociale di Salazar come una forma di eterodossia. Scriveva inoltre di aver ricevuto un'accoglienza molto più calorosa alla Pontificia Gregoriana Università dove « seminaristi provenienti da tutto il mondo » avevano applaudito il suo discorso. Caetano concludeva quindi la sua lettera dicendo che tra Quirinale e Vaticano preferiva decisamente il secondo ⁽¹²⁰⁾.

In una lettera del 29 aprile il giurista informava invece direttamente Salazar del risultato del suo viaggio in Italia. Nel mese che aveva trascorso a Roma aveva avuto modo di osservare la realtà dei cosiddetti « valori fascisti » e si era convinto della superiorità della formula portoghese: « quello che ci manca in teatro — scriveva Caetano — lo guadagniamo in onestà ». Inoltre, si era reso conto che come vi erano tanti in Portogallo che invidiavano il regime italiano,

⁽¹¹⁸⁾ Per un'analisi dei principali temi e slogan della propaganda salazarista all'estero attraverso il caso di studio francese, vedi A.I. SARDINHA DESVIGNES, O. DARD, *Célébrer Salazar en France (1930-1974). Du Philosalarisme au Salazarisme Français*, Bern, Peter Lang, 2018.

⁽¹¹⁹⁾ CAETANO, *La dottrina*, cit., pp. 362-373.

⁽¹²⁰⁾ CAETANO, *Minhas Memórias*, cit., p. 71; ANTT, AMC, 12-1396 (CX.51), Corrispondenza/SALAZAR, António de Oliveira, nn. 17-28, n. 19, copia di una lettera a António Carneiro Pacheco, 8/4/1938.

così vi erano molti « ottimi » italiani che invidiavano quello portoghese ⁽¹²¹⁾.

Tra questi ultimi poteva annoverarsi Giorgio Del Vecchio ⁽¹²²⁾, uno dei filosofi del diritto italiano più noti a livello internazionale e propugnatore di un « neokantismo peculiare » che conciliava l'investigazione storica e positiva con « la coscienza del valore assoluto della giustizia », mostrando apertamente l'influenza del pensiero greco-latino, dell'etica cristiana e di autori diversi come Aristotele, Agostino d'Ipbona, Tommaso d'Aquino, Schelling, Fichte, Vico, Mazzini, Dante, Spinoza e Rousseau ⁽¹²³⁾. Volontario durante la Prima guerra mondiale, Del Vecchio aveva aderito al movimento fascista nel 1921 « mosso dal più puro amore di patria » ⁽¹²⁴⁾, nell'assoluta convinzione che il fascismo avesse un « carattere essenzialmente dinamico, progressivo e rivolutivo » e non fosse, come molti all'estero credevano, « un moto di reazione e quasi un ritorno all'*ancien régime* » ⁽¹²⁵⁾. Professore ordinario dal 1921 e rettore dell'Università di Roma dal 1925 al 1927 — il primo 'rettore in

⁽¹²¹⁾ Ivi, p. 72; ANTT, AMC; 12-1396 (CX.51), Corrispondenza/SALAZAR, n. 20, lettera del 29/4/1938.

⁽¹²²⁾ Sul pensiero giusfilosofico di Del Vecchio la bibliografia è vastissima: si veda, R. ORECCHIA, *Bibliografia di Giorgio Del Vecchio. Con cenni biografici*, Bologna, Cappelli, 1949; D. QUAGLIO, *Giorgio Del Vecchio. Il diritto fra concetto e idea*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1984; V. FROSINI, *Del Vecchio, Giorgio*, in *Dizionario Biografico degli Italiani (Treccani)*, vol. 38, 1990. In area iberica l'interesse per l'opera di Del Vecchio si è concentrato soprattutto sugli aspetti giusnaturalisti del suo pensiero, vedi N. BELLOSO MARTÍN, *Derecho natural y derecho positivo. El itinerario iusnaturalista de Giorgio Del Vecchio*, Valladolid, Universidad de Valladolid, 1993.

⁽¹²³⁾ BELLOSO MARTÍN, *Derecho natural*, cit., pp. 29-30.

⁽¹²⁴⁾ G. DEL VECCHIO, *Una nuova persecuzione contro un perseguitato. Documenti*, Roma, Tipografia Artigiana, 1945, pp. 30-31. Vi sono ancora pochi studi dedicati al rapporto tra Del Vecchio e il fascismo. Quelli esistenti chiamano in causa principalmente la sua identità ebraica e l'ostilità al neoidealismo di Giovanni Gentile: vedi, in particolare, A. TARQUINI, *Il Gentile dei fascisti. Gentiliani e antigentiliani nel regime fascista*, Bologna, il Mulino 2009, pp. 230-245; O. DE NAPOLI, *Roma val bene una messa: identità ebraica e fascismo in una vicenda degli anni Venti*, in « Contemporanea », 4 (2015), pp. 581-611; F. PETRILLO, *Excusatio non petita, accusatio manifesta. Giorgio del Vecchio e Giovanni Gentile: la sfortuna del giurista e la 'fortuna' del filosofo*, in *I giuristi e il fascismo del regime (1918-1925)*, a cura di I. Birocchi e L. Loschiavo, Roma, Roma Tre-Press, 2015, pp. 351-371.

⁽¹²⁵⁾ G. DEL VECCHIO, *Stato fascista e vecchio regime*, in *Id., Saggi intorno allo Stato*, Roma, Istituto di Filosofia del Diritto, 1935, pp. 203-209, pp. 203-204.

camicia nera' — egli affermava che la Rivoluzione fascista aveva preservato « tutti i diritti fondamentali degl'individui, rivendicati dalle precedenti rivoluzioni, e segnatamente dal nostro Risorgimento »⁽¹²⁶⁾. Sbagliavano dunque quei presunti « apologisti della dottrina fascista » ad affermare che nello Stato mussoliniano non vi fossero né diritti di eguaglianza, di libertà o di associazione: affermazioni facenti « capo a una sorta di medievalismo giuridico » e a una predilezione « per autori ed opere di carattere reazionario ». Con la stessa diffidenza, bisognava considerare « l'ibrido connubio [...] tra la Filosofia dello Hegel e lo spirito del Fascismo » ed è noto lo scontro tra Del Vecchio e Giovanni Gentile per la definizione della « futura Filosofia del Fascismo ». Il « dogmatico apriorismo » hegeliano per cui qualsiasi Stato, solo perché tale, era legittimo confliggeva con la prospettiva di Del Vecchio⁽¹²⁷⁾, secondo cui lo Stato doveva sempre fondarsi sui « diritti naturali ed imprescrittibili di libertà e di eguaglianza degli individui »⁽¹²⁸⁾. I caratteri del primo movimento mussoliniano — « la restaurazione dell'ordine, la difesa della proprietà privata, il freno imposto alla licenza non solo degl'individui, ma anche delle organizzazioni particolari o di classe » — già mostravano come il fascismo intendesse esaltare ed estendere i « diritti della persona umana » ponendo però a questi « le corrispondenti limitazioni, intese appunto a frenare le lesioni degli stessi diritti »⁽¹²⁹⁾.

Si può già intuire da questa peculiare caratterizzazione dello Stato fascista come Stato fondato sul valore assoluto della persona perché Del Vecchio si mostrasse interessato all'*Estado Novo* portoghese. Come preside della facoltà di giurisprudenza della Sapienza, Del Vecchio era stato invitato ad assistere alla conferenza di Caetano, tenutasi il 30 marzo 1938, dal rettore Pietro De Francisci. Il 2 aprile il filosofo italiano invitava il giurista portoghese nella sua casa romana in Via Appennini 52⁽¹³⁰⁾, facendo così nascere un rapporto epistolare che sarebbe durato vent'anni e avrebbe portato

⁽¹²⁶⁾ Ivi, p. 207.

⁽¹²⁷⁾ G. DEL VECCHIO, *Contro il medievalismo giuridico*, in ID., *Saggi*, cit., pp. 211-222, pp. 220-222.

⁽¹²⁸⁾ DEL VECCHIO, *Una nuova persecuzione*, cit., p. 32.

⁽¹²⁹⁾ DEL VECCHIO, *Contro il medievalismo*, cit., p. 215.

⁽¹³⁰⁾ AGDV, I — Corrispondenza/C, 17; Caetano, lettera del 2/4/1938.

alla mutua traduzione di saggi dedicati al tema dell'organizzazione corporativa dello Stato. Il filosofo italiano era rimasto infatti favorevolmente colpito dalla conferenza di Caetano e quest'ultimo, nella già menzionata lettera a Carneiro Pacheco, scriveva che, nonostante il « difficile compito » della sua missione in Italia, aveva cominciato a raccogliere prove di simpatia e considerazione menzionando esplicitamente Del Vecchio, il quale si era rivelato « estremamente gentile » e « aveva promesso molto » (131). In effetti l'importante « Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto » pubblicava, nel fascicolo del luglio-ottobre 1938, il testo della conferenza di Caetano (132): una scelta in linea con la politica editoriale della pubblicazione diretta da Del Vecchio la quale, nel periodo tra le due guerre mondiali, s'interessò non solo della *Sociological jurisprudence* statunitense, ma anche delle nuove forme di Stato e di diritto emerse con la crisi postbellica: dall'Unione Sovietica, ai regimi autoritari iberoamericani e alle nuove forme di pianificazione economica (133).

Se Del Vecchio informava Caetano del grande interesse suscitato tra i lettori della rivista dal testo della sua conferenza (134), quest'ultimo proponeva al filosofo italiano di pubblicare una traduzione parziale di *Individuo, Stato e Corporazione* (1934) (135) sulla prestigiosa rivista giuridica portoghese « O Direito »: proposta immediatamente accettata da Del Vecchio, il quale era ben felice che il

(131) ANTT, AMC, 12-1396 (CX.51), Corrispondenza/SALAZAR, n. 19, copia di una lettera a Carneiro Pacheco, 8/4/1938.

(132) AGDV, I — Corrispondenza/C, 17; Caetano, lettera di Del Vecchio dell'8/5/1938. In questa lettera Del Vecchio assicurava a Caetano che avrebbe pubblicato sulla rivista il testo della sua conferenza al « posto d'onore ».

(133) P. MARCONCINI, *La Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto. Teoria Giuridica e Scienze Sociali*, in *I Filosofi del diritto alla 'Sapienza' tra le due Guerre. Atti del Convegno Internazionale Roma, 21 e 22 ottobre 2014*, a cura di G. Bartoli, Roma, Sapienza University Press, 2017, pp. 405-435, p. 406.

(134) AGDV, I — Corrispondenza/C, 17; Caetano, lettera di Del Vecchio del 24/7/1938.

(135) Per una collocazione di quest'opera nella produzione filosofica di Del Vecchio, vedi L. AVITABILE, *Giorgio Del Vecchio, filosofo del diritto tra le due Guerre*, in *I Filosofi del diritto*, cit., pp. 13-41, pp. 27-28.

suo saggio sulla teoria del nuovo Stato venisse pubblicato in Portogallo ⁽¹³⁶⁾.

Le ragioni dietro la traduzione degli ultimi paragrafi di *Individuo, Stato e Corporazione* possono essere facilmente individuate nel breve profilo del filosofo che Caetano tracciava a presentazione del saggio ⁽¹³⁷⁾. Egli sottolineava come il giurista italiano credesse fortemente « negli eterni valori dell'umanità e della civiltà » e avesse realizzato una « sintesi tra nuove forme e idee eterne », stabilendo così una corrispondenza neanche troppo implicita tra il pensiero di Del Vecchio e l'ideologia corporativista dell'*Estado Novo* così imbevuta di retorica neotomista circa un diritto naturale trascendente. *Individuo, Stato e Corporazione* faceva infatti parte di quei *Saggi intorno allo Stato* (1935) in cui Del Vecchio sosteneva che lo Stato, nella sua più alta espressione, era la sintesi armonica dei diritti della persona e tale espressione coincideva con lo Stato corporativo fascista. Poiché questi saggi vennero tradotti in varie lingue straniere finirono per costituire, come ha sottolineato Vittorio Frosini, « strumenti di notevole propaganda politica del regime fascista all'estero » ⁽¹³⁸⁾ diffondendo un'interpretazione che tendeva a riportare il progetto corporativo di Rocco nel « solco della tradizione ». Del Vecchio non comprese infatti come nella legge del 3 aprile 1926 fosse iscritta l'idea di una « totale appropriazione statale della società », ma vi vide anzi lo strumento attraverso cui lo Stato aveva riaffermato la propria sovranità sulle organizzazioni sindacali — formazioni collettive che avevano dimostrato la loro potenziale portata distruttiva — lasciando inalterati i due estremi della convivenza socio-politica — l'individuo e lo Stato — ereditati dal passato liberale e intorno a cui si era strutturata una vera e propria « tradizione scientifica » nel campo degli studi giuridici. Il rafforzamento del potere dello Stato — che sgomberava « il campo dal fastidio del

⁽¹³⁶⁾ AGDV, I — Corrispondenza/C, 17; Caetano, lettere di Del Vecchio dell'8/5/1938, 24/7/1938, 16/9/1938, 2/2/1939.

⁽¹³⁷⁾ M. CAETANO, *Giorgio del Vecchio*, in « O Direito », LXX (1938), 8, pp. 253-254.

⁽¹³⁸⁾ FROSINI, *Del Vecchio, Giorgio*, cit.

collettivo » — rappresentava quindi il volto speculare della tutela dell'individuo come soggetto di diritti ⁽¹³⁹⁾.

Il nuovo ordinamento corporativo non rappresentava infatti un ritorno alle corporazioni medievali — il che sarebbe stato in contraddizione rispetto ai « principi di ordine razionale sulla costituzione dello Stato » che avevano assicurato « ai moderni popoli civili un regime di giuridica libertà » — ma un'aggiunta di tutela, assistenza e autonomia ai lavoratori, « senza per ciò menomamente distruggere le guarentigie fondamentali che costituiscono il prezioso retaggio delle età precedenti » ⁽¹⁴⁰⁾. La Carta del Lavoro aggiungeva ai « grandi principi » — l'uguaglianza dei cittadini di fronte alla legge, i diritti civili attribuiti a cittadini e non-cittadini, la supremazia del diritto sull'arbitrio ecc. — nuovi principi come quello della solidarietà — « la nuova parola del XX secolo » ⁽¹⁴¹⁾ — e quello del lavoro come dovere sociale tutelato dallo Stato senza limitare, però, le energie produttive della società o l'iniziativa privata. Più che altro, contro « la tesi dommatica, per la quale tra l'individuo e lo Stato non sarebbero ammissibili enti intermedi », l'organizzazione corporativa aveva proprio la funzione di porsi come « termine medio » tra questi due capisaldi teorici i quali rimanevano definiti nella propria struttura giuridica e nel loro rapporto fondamentale: l'individuo aveva una personalità giuridica e quindi un « un valore infinito » che lo Stato riconosceva e da cui traeva la sua legittima sovranità ⁽¹⁴²⁾. Questa visione corrispondeva all'idea dello Stato fascista come « Stato mediatore » la cui funzione primaria era quella di assicurare armonia e ordine tra la propria sovranità e i bisogni dei singoli individui ⁽¹⁴³⁾. Alla luce di questa interpretazione, si comprende quindi come Del Vecchio potesse considerare lo Stato fascista il vero « Stato di diritto »:

⁽¹³⁹⁾ Sull'interpretazione data da Del Vecchio alla legge Rocco, vedi STOLZI, *L'ordine corporativo*, cit., pp. 69-74.

⁽¹⁴⁰⁾ G. DEL VECCHIO, *Individuo, Stato e Corporazione*, in ID., *Saggi*, cit., pp. 87-145, p. 135.

⁽¹⁴¹⁾ G. DEL VECCHIO, *La crisi dello Stato*, in ID., *Saggi*, cit., pp. 47-86, p. 84.

⁽¹⁴²⁾ DEL VECCHIO, *Individuo*, cit., pp. 132, 139.

⁽¹⁴³⁾ M. CARVALE, *Una incerta idea. Stato di diritto e diritti di libertà nel pensiero italiano tra età liberale e fascismo*, Bologna, il Mulino, 2016, pp. 213, 219-220.

Solo in grazia di questa sintesi dialettica della libertà e della autorità, lo Stato è propriamente ‘Stato di diritto’; e tale vuole essere lo Stato fascista e corporativo. Possiamo anche qui ricordare alcune parole di Mussolini: ‘Non si torna indietro. La dottrina fascista non ha eletto a suo profeta De Maistre. L’assolutismo monarchico fu, e così pure ogni ecclesiolatria. Così ‘furono’ i privilegi feudali e le divisioni in caste impenetrabili e non comunicabili fra loro’ (*La dottrina del Fascismo*, p. 17) ⁽¹⁴⁴⁾.

Come sostenuto da Pietro Costa, nella cultura giuridica del fascismo non mancavano coloro che tentarono di appropriarsi della formula suggestiva ‘Stato di diritto’ — sganciata naturalmente dalle ipoteche ideologiche dello Stato liberal-parlamentare — come « utile connotazione dello Stato fascista » secondo una visione storico-politica che faceva del fascismo non una rottura rivoluzionaria nei confronti del passato nazionale, ma un suo coronamento, « il superamento dialettico di precedenti e parziali posizioni contrastanti » ⁽¹⁴⁵⁾, in un processo ascendente che per Del Vecchio coincideva con la marcia della storia verso l’ideale di giustizia e la tutela dei diritti naturali.

Questa enfasi sulla presunta continuità tra lo Stato di diritto liberale e lo Stato corporativo risultava particolarmente significativa per Marcello Caetano, il quale, nel suo commento introduttivo, ricordava come egli stesso avesse esposto idee molto simili a quelle di Del Vecchio in una conferenza intitolata *Posição do Indivíduo no Estado Corporativo* tenutasi presso il *Centro de Estudos Corporativos* nel settembre del 1934. « Lì si nota — scriveva Caetano — la stessa preoccupazione di salvare le posizioni della persona e dello Stato e di conservare del liberalismo tutte le sue conquiste umane » ⁽¹⁴⁶⁾. Come per il filosofo italiano, anche per il giurista lisbonese lo Stato corporativo doveva diventare « la fortezza inespugnabile della li-

⁽¹⁴⁴⁾ DEL VECCHIO, *Indivíduo*, cit., p. 139; vedi anche la traduzione portoghese, DEL VECCHIO, *Indivíduo*, cit., p. 227.

⁽¹⁴⁵⁾ P. COSTA, *Lo ‘Stato totalitario’: un campo semantico della giuspubblicistica del fascismo*, in *Continuità e trasformazione: la scienza giuridica italiana tra fascismo e repubblica*, a cura di P. Grossi, Milano, Giuffrè, 1999, pp. 61-74, pp. 85-87, pp. 86-87.

⁽¹⁴⁶⁾ CAETANO, *Giorgio del Vecchio*, cit., p. 253. Per il testo integrale della conferenza, vedi CAETANO, *Lições*, cit., pp. 150-165.

bertà individuale » (147). L'Ottocento aveva visto l'affermazione del liberalismo e della democrazia che avevano fatto dell'individuo il centro dell'ordine politico ed economico. L'autorità era divenuta quindi una funzione della libertà in quanto il potere pubblico aveva avuto come scopo principale la tutela dei diritti individuali. Tuttavia, Caetano distingueva tra libertà civile, politica ed economica: la prima coincideva con i diritti fondamentali della persona alla libera esistenza, alla conservazione, e al progresso; la seconda garantiva il diritto all'effettiva partecipazione nel Governo e nell'Amministrazione; la terza era associata all'iniziativa privata e alla libera concorrenza (148). Seguendo una linea ascrivibile al giusnaturalismo cattolico, il giurista affermava che la libertà civile era una « conquista cristiana » dato che il Cristianesimo si era contrapposto per primo al concetto pagano e — « come lo chiameremmo oggi » — totalitario dello « Stato cesarista » affermando che l'uomo non era una semplice unità che si poteva aggiungere o sottrarre dalla massa, ma « un inestimabile valore » in quanto « unica creatura razionale » dotata da Dio di un'anima fatta a sua immagine e somiglianza. « Il liberalismo del secolo passato — affermava Caetano — rappresenta soltanto una trasposizione lirica, un'esaltazione romantica di queste positive verità cristiane » (149).

Caetano confessava di rimpiangere la fine del liberalismo e di provare nostalgia per l'ottimismo dell'età vittoriana quando le libertà politiche ed economiche erano considerate il complemento naturale della libertà civile. Il disordine creato dal « suffragio universale inorganico » e dagli squilibri del libero mercato aveva però aperte le porte alla sovversione bolscevica. Lo Stato corporativo aveva dunque la missione storica di salvaguardare le libertà civili — « il diritto naturale che ogni uomo ha ad esistere e a migliorare le proprie condizioni materiali e spirituali » — limitando quelle politiche e economiche. Con una posizione contraddittoria, il giurista considerava infatti l'organizzazione corporativa la via per rimediare al disordine creato dall'individualismo, senza però distruggere la

(147) CAETANO, *Lições*, cit., p. 152.

(148) Ivi, pp. 153, 155-157.

(149) Ivi, pp. 153-154.

libera iniziativa e le libertà individuali (150). Concludendo con un'immagine agostiniana, il giurista scriveva infatti:

Sopra le corporazioni si ricostituirà una nuova città nel quale l'uomo godrà di una libertà più degna e più solida della finzione che il liberalismo gli ha concesso. Ma tutto ciò che il liberalismo ebbe di veramente buono e umano noi lo preserveremo! (151)

Ponendosi parzialmente in continuità con le conquiste del liberalismo, il discorso di Caetano richiama, indirettamente, la già citata questione dell'appropriazione del concetto di 'Stato di diritto' da parte della cultura giuridica del fascismo: appropriazione che richiedeva «una netta distinzione fra libertà private e politiche» (152). António Manuel Hespanha ha infatti sottolineato — rifacendosi all'analisi di Costa — come anche nel contesto autoritario portoghese risultasse inaccettabile l'identificazione dello 'Stato di diritto' con la formula costituzionale dello Stato liberal-parlamentare e si ponesse invece l'accento sulla difesa degli interessi privati del soggetto a scapito delle esigenze della democrazia e della partecipazione politica (153). È infatti importante sottolineare che il principio del suffragio universale era visto con ostilità sia da Caetano che dallo stesso Salazar. In un'ottica fortemente antiliberale e antidemocratica, entrambi sostenevano infatti che l'origine del potere politico e del governo non dovesse spettare alle masse, ma a una élite selezionata e incaricata di dirigere la collettività. Per Caetano questa élite coincideva con il partito unico — l'*União Nacional* — inteso come «corporazione della politica nazionale» (154). Salazar, pur riconoscendo il principio dell'uguaglianza giuridica di tutti i cittadini,

(150) F.C. PALOMARES MARTINHO, *Marcello Caetano e a modernidade possível no Estado Novo português*, in ID., *O Estado Novo Português. História, Historiografia e Memória*, São Paulo, Intermeios, 2019, pp. 107-120, pp. 114-118.

(151) *Ivi*, p. 164.

(152) COSTA, *Lo 'Stato totalitario'*, cit., p. 89.

(153) A.M. HESPANHA, *Guiando a Mão Invisível. Direitos, Estado e Lei no Liberalismo Monárquico Português*, Coimbra, Almedina, 2004, 526-530. Vedi anche ID., *Os modelos jurídicos do liberalismo, do fascismo e do Estado social*, in «*Análise Social*», XXXXVII (2003), 165, pp. 1285-1302.

(154) TORGAL, *Marcello Caetano*, cit., pp. 61-63.

riteneva pericoloso attribuire a tutti i medesimi diritti politici. A tale proposito, egli scriveva nel suo *Comment on relève un État* (1936):

[...] immaginare, come si fa correntemente, che le libertà pubbliche siano legate alla democrazia e al parlamentarismo significa non tenere in conto le realtà più evidenti della vita sociale e politica di tutti i tempi [...] Voler garantire le libertà ritenute essenziali per la vita sociale e per la stessa dignità umana non implica l'obbligazione di considerare la libertà come l'elemento su cui si deve erigere l'intera costruzione politica (155).

Nel caso dei regimi autoritari lo 'Stato di diritto' era da intendersi soprattutto come lo Stato che esprime il proprio volere attraverso il diritto agendo nei limiti della legge da esso creata: limiti che non si collocavano sul piano legislativo, ma su quello esecutivo e amministrativo. Ponendo l'accento sul diritto di proprietà e sulla giustizia nell'amministrazione, la nozione di 'Stato di diritto' poteva essere fatta rientrare, seppur in una posizione decentrata, nel « campo semantico » dello Stato totalitario fascista (156). Nel caso portoghese, è interessante notare come Caetano, già nella prima edizione del suo fortunato manuale di diritto amministrativo (1937), affermasse che lo Stato non poteva essere un « Potere senza doveri verso i suoi soggetti » come avveniva « in un regime totalitario »: il diritto costituzionale di un paese doveva ammettere uno « Stato di diritto » perché in presenza di un potere « infinito e onnipotente » che poneva gli individui alla mercè del sovrano era impossibile parlare di diritto pubblico o di diritto amministrativo. Solo in virtù del riconoscimento da parte dello Stato dei diritti soggettivi degli individui e delle formazioni sociali da essi formate si poteva parlare di relazioni giuridiche tra Stato ed entità particolari e di un diritto che le regolasse (157).

Tra le molteplici letture dello Stato di diritto registratesi durante gli anni di consolidamento del regime fascista, anche quella

(155) A. DE OLIVEIRA SALAZAR, *Como se reergue um estado* [*Comment on relève un État*] (1936), Lisbona, Esfera de Caos, 2007, pp. 44-45.

(156) COSTA, *Lo 'Stato totalitario'*, cit., pp. 89-90.

(157) M. CAETANO, *Manual de direito administrativo* (1937), Coimbra, Almedina, 1973, pp. 51-52.

di Del Vecchio sottolineava l'idea di uno Stato che si autolimitava allo scopo di garantire la tutela quei diritti individuali di cui, come visto sopra, dava un'indicazione precisa ⁽¹⁵⁸⁾. Tuttavia, nei *Saggi intorno allo Stato* era già presente una tensione tra la tesi della « statualità del diritto » ⁽¹⁵⁹⁾ e una visione propriamente giusnaturalista che sarebbe stata approfondita dal filosofo bolognese negli anni successivi alla sua conversione al cattolicesimo nel 1939 e alla Seconda guerra mondiale ⁽¹⁶⁰⁾. Già nel 1934 Del Vecchio affermava che sopra il diritto positivo vi era « la legge della giustizia » che poteva essere violata dallo Stato nei fatti, ma mai abolita « nella sua essenza e nel suo valore di idea ». *Individuo, Stato e Corporazione* era la risposta di Del Vecchio alla tesi neoidealista dello « Stato etico » secondo cui ogni Stato, « solo perché tale, attuasse necessariamente il bene, fosse necessariamente giusto tutore del diritto, saggio custode del patrimonio, della coltura, e valido promotore dello sviluppo del carattere nazionale » ⁽¹⁶¹⁾. Di fronte al problema dell'obbligazione politica e dei dissidi tra il volere del singolo cittadino e l'autorità del potere statale, Del Vecchio non stabiliva un'aprioristica identità tra i due termini come facevano i neoidealisti, ma, distinguendo tra « l'elemento finito e quello infinito della nostra natura, l'*homo phaenomenon* e l'*homo noumenon*, il soggetto empirico e quello universale », sottolineava che sì la razionalità dell'individuo coincideva con quella dello Stato: quest'ultimo però non doveva essere inteso come qualsiasi ordinamento giuridico, ma come lo « Stato ideale, che rappresenta un archetipo e una esigenza di ordine deontologico, precisamente come la legge di giustizia [...] costituisce una pietra di paragone e un modello in confronto alle leggi giuridiche positive » ⁽¹⁶²⁾.

Si trattava di una distinzione che nella filosofia del diritto portoghese del periodo veniva accostata a quella tra *lex aeterna* e *lex humana* stabilita da Tommaso d'Aquino o a quella tra *civitas terrena* e *civitas Dei* individuata da Agostino d'Ippona: distinzioni che erano

⁽¹⁵⁸⁾ CARAVALE, *Una certa idea*, cit., pp. 250-252.

⁽¹⁵⁹⁾ G. DEL VECCHIO, *Sulla Statualità del Diritto*, in ID., *Saggi*, cit., pp. 9-45.

⁽¹⁶⁰⁾ BELLOSO MARTÍN, *Derecho Natural*, cit., pp. 76-77.

⁽¹⁶¹⁾ DEL VECCHIO, *Individuo*, cit., pp. 112, 122.

⁽¹⁶²⁾ Ivi, pp. 118-119.

state recuperata proprio da Hegel secondo Afonso Rodrigues Queiró (1914-1995). Il filosofo tedesco aveva infatti distinto tra lo « Stato esterno » — che doveva garantire le « libertà esteriori » dell'individuo permettendo così la sua felicità materiale — e lo Stato come « realtà spirituale » che cercava di avvicinarsi alla realizzazione di certi valori universali. La relazione dialettica tra quelli che Rodrigues Queiró definiva lo « Stato-Civiltà » e lo « Stato-Cultura » doveva risolversi nella realtà dello Stato corporativo lusitano e il giurista portoghese riprendeva moltissimo della costruzione filosofica esposta in *Individuo, Stato e Corporazione*, collocando paradossalmente Del Vecchio proprio tra le fila della corrente italiana dello « Stato etico » insieme a Ugo Redanó, Sergio Panunzio, Alessandro Ravá, e naturalmente Giovanni Gentile ⁽¹⁶³⁾. In effetti, si può parlare di uno « Stato etico delvecchiano » a patto che lo si intenda come lo Stato che si proponeva la piena realizzazione dell'ideale di giustizia — non sempre coincidente con il diritto positivo esistente — anche attraverso espressioni particolari e concrete che riguardavano la politica assistenziale, economica, educativa, penale, sindacale e internazionale tenendo in vista il bene comune ⁽¹⁶⁴⁾. È interessante notare che nel 1941 il giurista António José Brandão (1906-1984) — traduttore delle opere di Del Vecchio in Portogallo — si occupasse del conflitto tra 'Stato etico' e 'Stato di diritto' proponendo, con un richiamo evidente al pensiero del filosofo italiano, l'ideale di uno Stato che realizzava « l'ideale della Giustizia in ogni aspetto della vita sociale attraverso il Diritto » ⁽¹⁶⁵⁾.

Va infine sottolineato che la posizione filosofica di Del Vecchio secondo cui lo Stato fascista era « un passo innanzi sulla via della

⁽¹⁶³⁾ A. RODRIGUES QUEIRÓ, *Os fins do Estado (um problema de filosofia política)*, Coimbra, Coimbra Editora, 1938, pp. 24-27, pp. 36-59. Su come il ragionamento dialettico di Queiró si risolve nella ricerca di un diritto ideale di sapore giusnaturalista, vedi FERREIRA, *L'Universitaire*, cit., pp. 93-96.

⁽¹⁶⁴⁾ Sullo « Stato etico delvecchiano », vedi BELLOSO MARTÍN, *Derecho natural*, cit., pp. 78-79.

⁽¹⁶⁵⁾ A.J. BRANDÃO, *Estado ético contra o Estado jurídico? (continuação)*, in « O Direito », LXXIII (1941), 9, pp. 258-263. Sulla fascinazione di Queiró e di Brandão per la formula neoidealista di 'Stato etico', vedi sempre FERREIRA, *L'Universitaire*, cit., pp. 243, 332.

verificazione storica del diritto naturale » ⁽¹⁶⁶⁾ ne faceva sicuramente uno dei giuristi del fascismo italiano più facilmente assimilabili nel discorso giuridico del salazarismo: discorso in cui le dottrine del giusnaturalismo cattolico avevano un ruolo preminente. A tale proposito si ricordi come *Le Lezioni di Filosofia del Diritto* — con cui Del Vecchio si era fatto interprete nel 1930 del moderno giusnaturalismo ⁽¹⁶⁷⁾ — venissero definite « magnifiche » da parte di Caetano ⁽¹⁶⁸⁾; mentre Luís Cabral de Moncada (1888-1974) nella sua premessa alla traduzione portoghese delle *Lezioni* comparsa nel 1948 sottolineava come il pensiero del giurista italiano — « recentemente convertitosi al Cattolicesimo » — si fosse progressivamente allontanato tanto dal formalismo etico e giuridico della corrente neo-kantiana quanto da certi momenti hegeliani e schellinghiani per avvicinarsi a una visione vicina al neotomismo ⁽¹⁶⁹⁾.

5. Conclusioni.

Il tentativo di coniugare giusnaturalismo e ideologia fascista sembra essere stato il motivo dietro la fortuna critica di Del Vecchio in Portogallo e del suo stesso interesse per la dottrina politico-sociale dell'*Estado Novo*. Si trattava proprio dell'aspetto del pensiero di Del Vecchio più criticato dai neoidealisti fascisti come Arnaldo Volpicelli: aspetto che il giurista bolognese avrebbe utilizzato anche nel

⁽¹⁶⁶⁾ DEL VECCHIO, *Stato fascista*, cit., p. 206.

⁽¹⁶⁷⁾ Vi è un'ampia letteratura sulla riscoperta moderna del diritto naturale nell'opera di Del Vecchio e il suo rapporto con la tradizione neotomista, vedi G. GONELLA, *La Filosofia del Diritto secondo Giorgio Del Vecchio*, in « Rivista di Filosofia Neo-Scolastica », 23 (1931), 43, pp. 246-263; P.L. ZAMPETTI, *La Filosofia Giuridica di Giorgio Del Vecchio*, in « Rivista di Filosofia Neo-Scolastica », 41 (1949), 2, pp. 209-246; BELLOSO MARTÍN, *Derecho natural*, cit.; F. VIOLA, *Diritto naturale italiano*, in « Nova et Vetera », IV (2002), 2, pp. 33-47.

⁽¹⁶⁸⁾ CAETANO, *Giorgio del Vecchio*, cit., p. 253.

⁽¹⁶⁹⁾ L. CABRAL DE MONCADA, *Prefacio*, in G. DEL VECCHIO, *Lições de Filosofia do Direito*, trad. port. di A.J. Brandão, Coimbra, Arménio Amado, 1948, pp. V-XV, pp. XIII-XIV. Un'interpretazione simile dell'itinerario giusfilosofico delvecchiano si trova in BELLOSO MARTÍN, *Derecho natural*, cit.

processo di epurazione universitaria del 1944 per dimostrare la propria « eterodossia politica » dentro il fascismo ⁽¹⁷⁰⁾

Ricostruendo i rapporti tra Del Vecchio e Caetano, si può quindi ritenere l'apprezzamento espresso dal filosofo italiano nei confronti dello Stato corporativo lusitano nel 1958 come qualcosa di più complesso di una mera dichiarazione di circostanza. Nel suo discorso di accettazione del titolo di dottore *honoris causa* a Coimbra, Del Vecchio ricordava così il suo incontro con Caetano:

Il Prof. Caetano non mancò di rilevare l'analogia tra questo sistema chiaramente delineato nella Costituzione portoghese, e l'esperimento che si era iniziato in quel tempo in Italia [...] Ma se è innegabile l'analogia vi erano pure differenze notevoli nella struttura e nelle tendenze dei due regimi; ed io non esitai a dichiarare all'illustre ospite, in una lunga e cordiale conversazione che ebbi con lui e che anch'egli non avrà forse dimenticato, la mia preferenza per i lineamenti essenziali del sistema corporativo portoghese, in confronto a qualsiasi altro. In quei lineamenti ravvisai infatti una certa corrispondenza coi risultati ai quali ero pervenuto nei modesti miei studi sulla teoria dello Stato ⁽¹⁷¹⁾.

Alla luce di questa citazione, appare evidente l'utilità di leggere le relazioni culturali in senso bilaterale secondo quella che è una delle caratteristiche principali del transfer culturale ⁽¹⁷²⁾: una metodologia che, se applicata allo studio delle culture giuridiche e politiche, può fare avanzare le ricerche su un tema complesso come quello dei rapporti tra le esperienze del fascismo e dell'*Estado Novo*. In particolare, la metodologia qui adottata permette sia di evidenziare un terreno comune di incontro tra queste culture giuridiche e politiche sia di riconoscere la peculiarità dei differenti contesti. Prendendo in considerazione le 'visioni incrociate' instauratesi tra i corporativisti dei due paesi, emerge un'effettiva distanza tra il diritto corporativo fascista e quello portoghese. Tuttavia, questa distanza

⁽¹⁷⁰⁾ TARQUINI, *Il Gentile dei fascisti*, cit., p. 243.

⁽¹⁷¹⁾ G. DEL VECCHIO, *Discurso do Prof. Giorgio Del Vecchio*, in *Doutoramento*, cit., pp. 12-13.

⁽¹⁷²⁾ O. COMPAGNON, *Influences? Modèles? Transferts culturels? Les mots pour le dire*, in « América: Cahiers du CRICCAL », XXXIII (2005), pp. 11-20.

deve essere vista, alternativamente, come un ostacolo alla penetrazione delle teorie totalitarie più radicali e come una sorta di ‘filtro’ che apriva all’appropriazione selettiva di autori e temi italiani più facilmente integrabili nella visione neotomista lusitana. Si è quindi cercato di leggere la circolazione di idee corporative fasciste nel Portogallo salazarista alla luce di una *histoire croisée* ⁽¹⁷³⁾ che evidenziasse degli spazi di intersezione e di ‘risemantizzazione’.

In particolare, lo scambio intellettuale tra Caetano e Del Vecchio permette di vedere come alcune « formule di connotazione » presenti nella giuspubblicistica del fascismo — ‘Stato di diritto’, ‘Stato etico’, ‘Stato corporativo’ ⁽¹⁷⁴⁾ — fossero pensate nel contesto portoghese; mentre il primato dell’etica sull’economia come condizione indispensabile per il radicamento del corporativismo avrebbe continuato ad essere un terreno di incontro/confronto tra la dottrina istituzionalista portoghese e quella fascista anche dopo il 1945. Gettando infatti uno sguardo sul « revival corporativo » portoghese ⁽¹⁷⁵⁾, è interessante rilevare come José Pires Cardoso (1904-1990), professore di diritto corporativo presso l’ISCEF e direttore del *Gabinete de Estudos Corporativos* (GEC) ⁽¹⁷⁶⁾ — affermasse nel 1949 che « il primato dello Spirito sulla Materia » era il presupposto filosofico del corporativismo, il quale rispondeva al « sentimento comunitario » che caratterizzava il ventesimo secolo a cui era intimamente legata un’idea di Stato interventista — uno « Stato etico » — che doveva regolare superiormente la vita economica in accordo con il « Bene Comune nazionale » promuovendo il

⁽¹⁷³⁾ M. WERNER, B. ZIMMERMANN, *Beyond Comparison: Histoire Croisée and the Challenge of Reflexivity*, in « History and Theory », XLV (2006), 45, pp. 30-50.

⁽¹⁷⁴⁾ P. COSTA, *Lo Stato immaginario. Metafore e paradigmi nella cultura giuridica italiana fra Otto e Novecento*, Milano, Giuffrè, 1986, pp. 395-427.

⁽¹⁷⁵⁾ Questo revival fu suscitato dai numerosi dibattiti intorno alle corporazioni, poi istituite nel 1956: vedi H.J. WIARDA, *Corporatism and Development: The Portuguese Experience*, Amherst, The University of Massachusetts Press, 1977, pp. 193-202.

⁽¹⁷⁶⁾ Membro della Camera corporativa e ministro degli Interni nel 1958, Pires Cardoso fu uno dei protagonisti del « revival corporativo » degli anni Cinquanta. Sulla storia del GEC, vedi J.L. CARDOSO, *O Gabinete de Estudos Corporativos (1949-1961) e a génese de uma biblioteca moderna de ciências sociais*, in « Análise Social », XLVIII (2013), 206, pp. 193-219.

coordinamento delle varie attività attraverso le corporazioni ⁽¹⁷⁷⁾. Alla riforma dello Stato doveva però accompagnarsi, moralisticamente, una « riforma dell'Uomo » ed era su questo punto che veniva recuperato l'*homo corporativus* di Filippo Carli, « grande spirito italiano ». Pires Cardoso riteneva che questa antropologia non esistesse già in natura e necessitasse di molto tempo — nonché di una costante azione dottrinarica — per affermarsi nella realtà. Tuttavia, l'idea di Carli non era sbagliata « nella sua essenza » ⁽¹⁷⁸⁾.

Ancora negli anni Cinquanta le teorie corporative italiane rimanevano quindi un importante riferimento e, a tale proposito, vale la pena di ricordare come la rivista del GEC riservasse una grande attenzione al volume *Verso il Corporativismo Democratico* (1951) ⁽¹⁷⁹⁾, frutto di un convegno organizzato dal Comitato Centrale di Studi Corporativi di Roma — rappresentante un gruppo minoritario di senatori della Democrazia Cristiana — che aveva visto anche la partecipazione dell'eminente giurista Francesco Carnelutti (1879-1965), il quale aveva ribadito la validità del principio corporativo — le cui radici teoriche risalivano alla dottrina cattolica — anche nel contesto postbellico contro quella « superstizione » che continuava a identificare l'istituto corporativo con il regime fascista. Tuttavia, il civilista affermava che la 'legge Rocco' del 3 aprile 1926 « aveva, nella sua origine, una linea da far onore a qualsiasi Stato e a qualsiasi legislazione » ⁽¹⁸⁰⁾ sottolineando poi, negli anni successivi, come il corporativismo rappresentasse un « metodo » e non un programma politico ⁽¹⁸¹⁾: anzi, l'unico metodo per governare i dissidi collettivi nella società di massa. Queste idee trovarono eco in Portogallo e, nel suo *parecer* sull'istituzione delle corporazioni pre-

⁽¹⁷⁷⁾ J. PIRES CARDOSO, *O Corporativismo e a Igreja*, Lisboa, [s.e.], 1949, pp. 12-14.

⁽¹⁷⁸⁾ J. PIRES CARDOSO, *Questões Corporativas*, Lisboa, Gabinete de Estudos Corporativos, 1958, pp. 25-27.

⁽¹⁷⁹⁾ A. SEDAS NUNES, *Alberto Canaletti Gaudenti e Saverio de Simone (textos escolhidos, coordenados e anotados) Verso il Corporativismo Democratico*, in « Revista do Gabinete de Estudos Corporativos », III (1952), 11, pp. 237-240.

⁽¹⁸⁰⁾ F. CARNELUTTI, *Stato democratico-Stato corporativo*, in *Verso il corporativismo democratico*, a cura di A. Canaletti Gaudenti e S. Simone, Bari, Francesco Cacucci Editore, 1951, pp. 248-255, p. 249.

⁽¹⁸¹⁾ Si rimanda qui al confronto tra Costantino Mortati e Carnelutti su « Pagine libere » nel 1951, vedi STOLZI, *L'ordine corporativo*, cit., pp. 92-93.

sentato alla Camera Corporativa nel 1956, Pires Cardoso affermava significativamente che il corporativismo fascista — che pure, prima della guerra, aveva « varcato le frontiere di tutto il mondo civilizzato » — avrebbe potuto avere un movimento espansivo ben più ampio se non fosse stato gravato dalla sua « impronta totalitaria »⁽¹⁸²⁾. Si tratta di questioni che esulano dal periodo cronologico preso in esame in questo saggio, ma che permettono di vedere come, anche dopo l'« era del fascismo », permanesse una circolazione di idee tra il Portogallo salazarista e l'Italia repubblicana, dove l'esperienza corporativa aveva lasciato qualche traccia nella cultura politica cattolica⁽¹⁸³⁾.

⁽¹⁸²⁾ J. PIRES CARDOSO, *Parecer n.º. 42/VI. Corporações (Proposta de lei n. 37)*, in *Pareceres da Câmara Corporativa (VI legislatura)*, vol. II (1956), Lisboa, Assembleia Nacional, 1956, pp. 127-309, p. 134.

⁽¹⁸³⁾ M. PASETTI, *Dopo l'« onda corporativa »: riflussi, rimozioni e retaggi nell'Europa postbellica*, in « Studi storici », IV (2018), pp. 981-1006, pp. 998-1002.

GIANLUCA RUSSO

TRA RIFORMA E CONTRORIFORMA.
I GIURISTI E LA LEGISLAZIONE PENALE DELL'EMERGENZA
(1974-1984)

A Mia

Le cose che non si sanno, non sono
Leonardo Sciascia, *Todo modo*

1. Un paese e il suo doppio. — 2. « Peggio del codice Rocco » (1974-1976). — 3. « Uno spettro si aggira nella sinistra, il garantismo » (1977-1979). — 4. « La soave inquisizione » (1980-1984).

1. *Un paese e il suo doppio* ⁽¹⁾.

Primavera o estate 1972. Stendendo il canovaccio di una monumentale opera che lo avrebbe febbrilmente impegnato da lì fino al tragico assassinio, Pier Paolo Pasolini immaginava il protagonista come un « uomo e il suo doppio ». Malgrado la scissione, equilibrava i due dissociati « un accordo perfetto » ⁽²⁾. « *Satyricon* moderno », *Petrolio* è letterariamente un'autentica « bestia da stile ». La sua audacia sperimentale è tale da lasciare impallidire le recenti proposte narrative della contestata *Neoavanguardia* o *Gruppo '63*. Dalla prima all'ultima riga dello *scartafaccio*, la vocazione civile,

(1) Abbreviazioni: « Archivio penale » — « AP »; « Critica del diritto » — « CD »; « Democrazia e diritto » — « DD »; « Dei delitti e delle pene » — « DP »; « L'indice penale » — « IP »; « La Questione criminale » — « QC »; « Politica del diritto » — « PD »; « Quaderni piacentini » — « QP »; « Quale giustizia » poi « Questione giustizia » — « QG »; « Rivista italiana di diritto e procedura penale » — « RIDPP ».

(2) P.P. PASOLINI, *Petrolio*, a cura di S. De Laude, Milano, Mondadori, 2015, p. 553.

gramsciana, resta intatta e la pagina non cede mai al disimpegno politico. Lungo una sequenza scoscesa di appunti, lo scrittore friulano esplora il desiderio e la necessità non di « scrivere un romanzo » ma « soltanto di fare una forma » (3). E la forma prescelta è quella dell'abbozzo, del frammento, dell'incompiuto, in totale mimesi con la magmatica fluidità della vita. Contenitore dai bordi sfuggenti (4), *Petrolio* volutamente — al di là della morte del suo Autore — non offre al lettore una coerente e definita concatenazione di eventi, « a schidionata », bensì un « brulichio » (5) di immagini o micronarrazioni sospese tra mito e visioni. Anzi, sarà proprio il destinatario delle oltre cinquecento pagine, capace di quel « fervore filologico » (6) evocato nel parallelo progetto giornalistico degli *Scritti corsari*, a dover dare senso e compimento all'opera, a colmarne le fisiologiche lacune, a rianimarne le sagome appena accennate, fuggendo la sua convenzionale passività e levandosi viceversa, in un divertito gioco linguistico, a lettore-filologo. Peraltro, con un fine gusto per le antitesi, questo romanzo ludico, a spezzoni, così « orfano del serio » (7), evoca al tempo stesso qualcosa di grave. Prim'ancora che una raffinata operazione metaletteraria, *Petrolio* è infatti un romanzo sul *Potere* (8): un affresco su « tutti i problemi di questi venti anni della nostra vita politica italiana, amministrativa, della crisi della nostra repubblica » (9).

Da principio orfano, il serio ritrova il proprio guscio familiare nel protagonista Carlo Valletti, dirigente industriale all'ENI, e in-

(3) Ivi, Appunto 3c, p. 36.

(4) Il titolo originario era *Vas* poi scartato, con la grave crisi energetica del 1973, per il più netto *Petrolio*.

(5) PASOLINI, *Petrolio*, cit., Appunto 22a, p. 115.

(6) Cfr. P.P. PASOLINI, *Scritti corsari* (1975), Milano, Garzanti, 2007, *Nota introduttiva*. Del resto, lo scrittore immaginava la seconda stesura di *Petrolio* « sotto forma di edizione critica di un testo inedito ».

(7) Così P. DESOGUS, *Il disincanto della mimesi attraverso Petrolio di Pier Paolo Pasolini*, in *Petrolio 25 anni dopo: (Bio)Politica, Eros e Verità nell'ultimo romanzo di Pier Paolo Pasolini*, a cura di C. Benedetti, M. Gragnolati, D. Luglio, Macerata, Quodlibet, 2020, pp. 249-260, in part. p. 259.

(8) Il nesso tra serio e faceto filtra fin dal suggestivo verso in esergo di Osip Mandel'stam: « Col mondo del potere/non ho avuto che vincoli puerili ».

(9) La confidenza all'amico Paolo Volponi si può leggere in N. FANO, *Pasolini vero e Pasolini falso*, in « l'Unità », 7 settembre 1992.

tercetta, seguendone la vertiginosa carriera, le ombre dense che circondano non una semplice azienda statale, ma un *misto e suturale* « topos del Potere ». Pasolini avrebbe ricalcato il personaggio su Francesco Forte, realmente attivo nell'ente petrolifero, forse colpito da un articolo de « Il Tempo » dove si apostrofava l'economista un uomo scisso ⁽¹⁰⁾. Anche Carlo, infatti, tenendo fede al canovaccio iniziale, è tutto costruito su una scissione — persino sessuale — tra un Carlo di Tetis e un Carlo di Polis secondo un classico topos del *doppio* funzionale a testimoniare i due principali intrecci della mutazione antropologica e dello stragismo: articolazioni di un *Potere* invisibile disvelabile solo attraverso un narrare visionario e sognante, alieno dalla consueta forma romanzo, in sé inadeguata a raccontare un oggetto, il *Potere*, aduso come non mai in quel primo scorcio d'Italia repubblicana a costruire trame.

La metafora del *doppio*, suggerita dal più attento e provocatorio testimone del tempo, offre una prospettiva formidabile degli anni 1974-1984. Di quel decennio le pagine a seguire isoleranno un frangente, la lotta armata, filtrato attraverso il dibattito che animò la cultura giuridica di sinistra dinanzi alla legislazione penale dell'emergenza varata a contrastarla: un'autentica penalistica civile di ritorno, seguita lungo tre fasi perimetrare dal rapido susseguirsi delle leggi speciali ⁽¹¹⁾.

In quegli anni, il paese viveva una lacerante scissione: da un lato, il desiderio di cambiare e consolidare, dopo le lotte studentesche e operaie, riforme e conquiste civili decisive ma, dall'altro, quasi in reazione a quel moto spontaneo, l'erompere del terrorismo. Sotto la spessa superficie di una definizione in apparenza neutra e univoca, due forze separate e distinte concorrevano nell'espressione di un fenomeno terroristico anch'esso *doppio* ⁽¹²⁾: da una parte, l'eversione nera delle formazioni neofasciste con tentati *golpe* e stragi, dall'altra, la lotta armata delle formazioni combattenti nella sinistra extrapar-

⁽¹⁰⁾ Una scissione riflessa altresì nell'ossatura del romanzo, con i discorsi di Cefis immaginati da Pasolini « a dividere in due parti il romanzo in modo perfettamente simmetrico e esplicito ».

⁽¹¹⁾ Fondamentale F. PALAZZO, *La recente legislazione penale*, Padova, Cedam, 1985³, pp. 161-211.

⁽¹²⁾ Cfr. N. TRANFAGLIA, *La strategia della tensione e i due terrorismi*, in « Studi Storici », 39 (1998), 4, pp. 989-998.

lamentare. Li congiungeva un filo sottile e tragico: quella *strategia della tensione* di cui lo stesso Pasolini, già in un celebre articolo pubblicato sul « Corriere della Sera » il 14 novembre 1974, aveva intuito la natura doppia, bifasica ⁽¹³⁾. Sullo sfondo, un tacito e inconfessabile patto univa i gruppi di estrema destra, oltre a esponenti della criminalità mafiosa, con apparati di Stato a contrastare, come accadeva in tutto il blocco occidentale condizionato dalla guerra fredda, l'avanzata del comunismo e lo slancio riformista sperimentato dai primi governi di centro-sinistra. La principale giuntura di questo macabro gioco a cerchi concentrici scaturiva, infatti, dalla sordida convivenza fra una costituzione formale antifascista e una, viceversa, materiale di segno anticomunista secondo un ermetico registro di *doppia lealtà* facile a innescare, in determinate circostanze, fatali cortocircuiti tra la fedeltà al patto atlantico e quella dovuta alla Carta del 1948, giungendo quasi a sagomare il perimetro di un secondo e sotterraneo Stato italiano, un suo *doppio* che, attraverso molteplici centri occulti appena affiorati in superficie, limitava la sovranità dell'altro e ne menomava la democrazia ⁽¹⁴⁾. Uno « Stato detenuto », quindi, ma che « era in detenzione » a sua volta. Così che l'unica maniera per liberarlo era « tentare di aprire una crepa nel muro » ⁽¹⁵⁾.

Intorno a come aprire questa breccia, la sinistra italiana si divideva al bivio. Alcune formazioni dell'ala extraparlamentare, a cominciare dai Gruppi armati partigiani di Giangiacomo Feltrinelli, imbracciavano la lotta armata quale « garanzia di intervento rivoluzionario contro i fascisti in camicia bianca e/o nera e le loro bombe » ⁽¹⁶⁾. D'altro canto, una quota importante di società civile comunque orientata a sinistra reagiva difendendo, non senza ambi-

⁽¹³⁾ L'anno dopo, l'articolo *Che cos'è questo golpe* veniva riproposto postumo nella raccolta *Scritti corsari* con la diversa intitolazione *Il romanzo delle stragi*: allusione al « progetto di romanzo », *Petrolio*, allora in fervida gestazione.

⁽¹⁴⁾ Cfr. F. DE FELICE, *Doppia lealtà e doppio Stato*, in « Studi Storici », 30 (1989), 3, pp. 493-563: lettura avallata in sede istituzionale dal senatore Giovanni Pellegrino, presidente della *Commissione parlamentare d'inchiesta sul terrorismo in Italia e sulle cause della mancata individuazione dei responsabili delle stragi*.

⁽¹⁵⁾ L. SCIASCIA, *Il contesto. Una parodia* (1971), Milano, Adelphi, 2022, p. 79.

⁽¹⁶⁾ Così il brigatista Alfredo Buonavita su « l'Espresso », XXVII (14 giugno 1981), 23, pp. 33-36.

guità, il primato di una Costituzione ancora in larga parte inattuata (17). Così sceglievano, fra gli intellettuali, anche molti giuristi.

Contribuiva infatti al « disgelo costituzionale » (18) la straordinaria temperie che, dagli anni Sessanta, scuoteva una cultura giuridica stantia e asfittica. Dopo lo slancio riformista sperimentato dal centro-sinistra organico e il congedo dell'intellettualità dall'idealismo, tutta una generazione di giuristi nuovi prese coralmemente a incrinare i dogmi che da tempo ingessavano la scienza del diritto: l'aprioristica neutralità dogmatica del giurista, la completa apoliticità del suo ruolo, l'indiscusso primato del suo sapere sulle altre scienze sociali. I manifesti giuridici di quel decennio, affacciati per la prima volta ai marxismi eterodossi, sorpresero interi settori disciplinari ignorati come la sociologia, l'antropologia, la psicanalisi (19). Calarono così sull'Italia del miracolo economico e della sua abbacinante modernizzazione e ne ricavarono un'impressione positiva: il mutamento come viatico della liberazione « dalla povertà, quindi dal conflitto ». Il giurista nuovo s'immaginò non « semplice esegeta » ma « responsabile del continuo completamento e aggiornamento del sistema normativo », mediatore « tra conservazione e innovazione » (20).

La temperie investì i giuristi di cattedra e nuove scuole fiorirono praticamente in tutti i diversi comparti della disciplina. Da lì, il fenomeno intercettò anche quei giuristi di foro interessati a declinare in senso *alternativo* diritto e giurisprudenza. Così nel 1965, mentre all'Istituto Pollio si discuteva di guerra rivoluzionaria per

(17) Cfr. P. CALAMANDREI, *La Costituzione e le leggi per attuarla*, in *Dieci anni dopo, 1945-1955. Saggi sulla vita democratica italiana*, Bari, Laterza, 1955, pp. 250-270. Sul problematico atteggiamento della sinistra, cfr. da ultimo R. ROMANELLI, *L'Italia e la sua Costituzione. Una storia*, Roma-Bari, Laterza, 2023, pp. 337-346.

(18) P. BARILE, *Lo sviluppo dei diritti fondamentali nell'ordinamento repubblicano*, in *Storia d'Italia*, Annali, 14, *Legge Diritto Giustizia*, Torino, Einaudi, 1998, pp. 7-103.

(19) Cfr. L. FERRAJOLI, *La cultura giuridica nell'Italia del Novecento*, Roma-Bari, Laterza, 1999, pp. 63-76; L. NIVARRA, *La grande illusione. Come nacque e come morì il marxismo giuridico in Italia*, Torino, Giappichelli, 2015.

(20) Nelle parole programmatiche di Sergio Cotta contestualizzate in P. COSTA, *L'alternativa "presa sul serio": manifesti giuridici degli anni Settanta* (1987), ora riproposto con nota integrativa nel numero speciale di « DD », 1-2 (2010), pp. 242-282, in part. p. 251.

difendere la costituzione materiale anticomunista del patto atlantico, nel suo XII° congresso a Gardone l'Associazione nazionale magistrati, soppressa dal fascismo e ricostituita dopo la liberazione, affrontò il nodo cruciale del rapporto fra « indirizzo politico fondamentale », quale complesso dei valori e delle garanzie riposto nella Carta, e « funzione giurisdizionale ». Si rivendicò la politicità del giudice non solo costituzionale ma di qualunque ordine e grado: non « in termini di indirizzo politico contingente », riservato agli organi depositari delle funzioni legislativa ed esecutiva, ma « in termini di tutela dell'indirizzo politico-costituzionale » (21). Appena un anno prima, nel 1964, era nata Magistratura democratica. Distanti dai giudici vecchio stampo, arroccati sulla pretesa avalutatività dell'applicazione della legge e sulla rigorosa separazione del corpo giudiziario dalla società, gli aderenti alla nuova associazione si unirono fattivamente agli accademici nel depurare la magistratura da dogmi e ideologie, spesso funzionali a corroborarne la gravitazione nell'orbita del politico. Non si trattava soltanto di sfatare antichi, e pur resistenti, miti: la presunta completezza e certezza del diritto tutt'uno con l'attività interpretativa come operazione sillogistica e meccanica. S'intendeva primariamente rovesciare la perdurante diffidenza verso la Carta, liquidata, sulla scorta degli orientamenti giurisprudenziali dominanti in Cassazione, alla stregua di un innocuo catechismo valoriale. In ciò si risolveva l'*alternativa*.

Presto si attivò un circolo virtuoso fra quei giudici e la Corte costituzionale: protagonisti fianco a fianco e nei rispettivi ruoli di una formidabile apertura alle garanzie individuali specie nel processo penale. Era stato, soprattutto, il quinquennio 1968-1972 a segnare il massimo riconoscimento, con particolare riferimento al diritto di difesa e alla libertà personale, anche per il più fattivo impegno del legislatore. La legge 5 dicembre 1968 n. 932 esonerava le forze di polizia dal sottoporre a sommario interrogatorio le persone arrestate o fermate. E disciplinava, altresì, il diritto al silenzio dell'imputato con l'inedito istituto dell'avviso di procedimento. Due anni dopo, nel 1970, circoscritta alle sole « esigenze di

(21) ASSOCIAZIONE NAZIONALE MAGISTRATI, *Atti e commenti del XII congresso nazionale Brescia, Gardone, 1965*, Roma, Arti grafiche Jasillo, 1966, p. 309. Cfr. A. MENICONI, *Storia della magistratura italiana*, Bologna, il Mulino, 2012, pp. 310-319.

carattere cautelare e strettamente inerenti al processo » (n. 64/1970), la carcerazione preventiva incontrava termini massimi fino a quel momento stabiliti soltanto, in senso contrario alla Costituzione, per la fase istruttoria: termini che la legge 1° luglio 1970 n. 406 distribuiva sull'intero asse del procedimento e fissava per i delitti più gravi in quattro anni, scaduti i quali l'imputato avrebbe dovuto comunque essere scarcerato. Gli ultimi « limiti di matrice illiberale »⁽²²⁾ venivano quindi rimossi, sia pure sull'emotività del caso Valpreda⁽²³⁾, con la legge 15 dicembre 1972 n. 773, che accordava al giudice la facoltà di concedere la libertà provvisoria anche all'imputato di un reato per il quale la cattura fosse obbligatoria.

Il facile entusiasmo che suscitava la « lunga marcia dei giuristi verso un processo umano e giusto »⁽²⁴⁾ appena intrapresa adombrava, peraltro, debolezze e contraddizioni: le stesse che avrebbero di lì a poco prestato il fianco alla legislazione emergenziale. Estranee a un qualunque « organico processo di riforme », tanto le declaratorie di incostituzionalità quanto le elaborazioni talvolta ardite della giurisprudenza *alternativa* non solo restavano consegnate « alle iniziative sporadiche e occasionali dei singoli giudici ». Ma ispessivano legittimamente le garanzie lasciando intonso il robusto involucro che dal 1930 fasciava il codice di procedura penale. Così, il diritto di difesa, l'inviolabilità personale, l'eguaglianza delle parti ovvero la presunzione di non colpevolezza dell'imputato sino a condanna definitiva erano messi a convivere forzosamente con la scrittura, la segretezza e la reiterazione triadica di atti istruttori distribuiti fra polizia giudiziaria, pubblico ministero e giudice istruttore. Un ibrido e insidioso « garantismo inquisitorio » finiva con l'appesantire proprio la fase dell'istruzione dilatando oltre misura i tempi del processo, sul quale pesavano adesso, e paradossalmente, i limiti alla

(22) Così V. GREVI, *Sistema penale e leggi dell'emergenza: la risposta legislativa al terrorismo*, in *La prova delle armi*, a cura di G. Pasquino, Bologna, il Mulino, 1984, pp. 17-74, in part. p. 19.

(23) Fu grazie a questa legge che l'anarchico Pietro Valpreda, incriminato in conseguenza di depistaggi poi accertati per la strage di Piazza Fontana, poté essere scarcerato.

(24) Così G. VASSALLI, *Libertà personale dell'imputato e tutela della collettività* (1977), ora in Id., *Scritti giuridici, Il processo e le libertà*, Milano, Giuffrè, 1997, vol. III, p. 621.

carcerazione preventiva e, viceversa, le aperture alla libertà provvisoria ⁽²⁵⁾.

Un *doppio livello di legalità* ⁽²⁶⁾ fra il 1974 e il 1984 avrebbe appaiato il diritto delle garanzie col rovescio dell'emergenza, la regola con l'eccezione, lungo una costante oscillazione tra *riforma* e *controriforma*, tra riscrittura dei codici e leggi speciali ⁽²⁷⁾. Al cuore del discorso non sarà tanto ciò che il terrorismo rosso fu socialmente e politicamente, ma piuttosto il suo riflesso nello specchio rappresentativo di questo o quel giurista. È solo limitatamente a tale profilo che si tenterà di tracciare qualche coordinata, peraltro ipotetica e provvisoria: nella breve economia del saggio, la ricognizione delle fonti e dei problemi risulterà inevitabilmente lacunosa ⁽²⁸⁾. Saranno lambiti appena gli interventi che i giuristi molto spesso rilasciavano alla stampa quotidiana e periodica. Si privilegeranno, invece, quelle riviste specialistiche espressione diretta e partecipata della evocata temperie culturale ⁽²⁹⁾. Dopo il biennio 1968-1969, l'immagine positiva del mutamento sociale basata sul consenso cedeva bruscamente il posto ad un cambio di paradigma, rovesciato al negativo. Le trasformazioni in atto scivolavano in un conflitto intenso e si confondevano con il sovvertimento e la distruttività. Il gruppo assai

⁽²⁵⁾ Cfr. G. NEPPI MODONA, *Legislazione di emergenza e istituzioni parallele nell'ordinamento penale*, in « Rivista di storia contemporanea », 8 (1979), pp. 84-110, in part. pp. 90-91.

⁽²⁶⁾ Nella lettura di M. SBRICCOLI, *Caratteri originari e tratti permanenti del sistema penale italiano (1860-1990)*, ora in Id., *Storia del diritto penale e della giustizia. Scritti editi e inediti (1972-2007)*, Milano, Giuffrè, 2009, pp. 591-670.

⁽²⁷⁾ Secondo una suggestiva formula che s'incontra spesso fra i giuristi. Si vedano, ad es., G. VASSALLI, *Riforma e controriforma nel sistema penale*, in « DP », 1 (1983), pp. 299-313; C.F. GROSSO, *Il sistema penale, tra riforme e controriforme*, in « QG », 1974, p. 619 e ss.

⁽²⁸⁾ Il saggio è immaginato come prima parte di un trittico sull'emergenza nell'Italia degli anni Settanta-Ottanta. Il lavoro risulterà quindi completo una volta aggiunti gli altri due filamenti della trama: l'eversione nera, col tema del segreto di Stato, e l'emergenza mafia.

⁽²⁹⁾ Sull'importanza delle riviste insistono: R. ORLANDI, *Diritti individuali e processo penale nell'Italia repubblicana*; C. STORTI, *Magistratura e il diritto di difesa nell'istruzione penale: il dibattito sui periodici giuridici (1955-1965)*, in *Diritti individuali e processo penale nell'Italia repubblicana*, a cura di D. Negri e M. Pifferi, Milano, Giuffrè, 2011, pp. 51-83, 179-198; F. COLAO, *Giustizia e politica. Il processo penale nell'Italia repubblicana*, Milano, Giuffrè, 2013, in part. pp. 159-180.

compatto dei giuristi novatori cominciava così a dividersi. Alcuni, rinnegando la politicità del diritto, si rifugiavano in ripensamenti autocritici. Altri, all'opposto, radicalizzavano le posizioni di inizio anni Sessanta scoprendo la « dimensione conflittuale della politica » e, insieme, l'« utilizzabilità strategica del conflitto ». Fenomeni divisi che, dal lato dei giuristi di foro, si declinavano, fra l'altro, nella scissione di Magistratura democratica. E, dal lato invece dei giuristi di cattedra, innescavano un « gioco incrociato » fra le riviste prescelte vivacizzandone la contrapposizione ⁽³⁰⁾.

2. « Peggio del codice Rocco » (1974-1976).

A spezzare un itinerario riformista virtuoso ma fragile fu il 1974, segnato da una recrudescenza dell'originaria strategia golpista e stragista: Piazza della Loggia in maggio e treno *Italicus* in agosto fino al *golpe bianco* di Edgardo Sogno scoperto dal giudice istruttore Luciano Violante. L'8 agosto, appena quattro giorni dopo la strage ferroviaria, molti dei fascicoli raccolti vent'anni prima dal Sifar venivano arsi a Fiumicino su ordine del ministro della difesa Andreotti e del generale del Sid Maletti. Una « grande fumata », come l'avrebbe più tardi definita in una copertina del suo « Osservatorio Politico » Mino Pecorelli, architettata quasi evocativamente a tracciare una linea spartiacque fra la prima e la seconda fase della strategia della tensione. Proprio in quell'anno, infatti, le Brigate rosse ⁽³¹⁾ lasciavano la *propaganda armata* diretta principalmente, con sequestri lampo e rapine, verso dirigenti di fabbrica e iniziavano a condurre il loro attacco al cuore dello Stato. Fra aprile e maggio sequestravano così a Genova il sostituto procuratore della Repubblica Mario Sossi, pubblico ministero nel processo al gruppo *XXII Ottobre*. Cercando di assecondare le richieste dei rapitori e favorire così la liberazione dell'ostaggio, la Corte d'Assise genovese concedeva la libertà provvisoria ad alcuni dei brigatisti detenuti. Contestualmente il procuratore generale presso la Corte d'Appello Francesco Coco impugnava quell'ordinanza mentre il governo inviava le

⁽³⁰⁾ Cfr. COSTA, *L'alternativa "presa sul serio"*, cit., pp. 254-256.

⁽³¹⁾ Su cui cfr., da ultimo, S. LUZZATTO, *Dolore e furore. Una storia delle Brigate rosse*, Torino, Einaudi, 2023.

forze dell'ordine a presidiare la casa circondariale Marassi. Il 23 maggio il magistrato veniva infine liberato senza che il gruppo armato avesse ottenuto una reale contropartita.

Nella sua drammaticità, « l'affare Sossi »⁽³²⁾ faceva riaffiorare il rivolo, fino a quel frangente carsico, dell'eccezione. Che tornava ad essere drenato a fronte di un fenomeno nuovo, non ancora etichettato come terrorismo, anzi appena distinto dalla criminalità organizzata comune. Con leggi di pubblica sicurezza ormai in larga parte espunte dall'ordinamento perché incostituzionali, l'autorità politica non esitava a contattare quella vecchia conoscenza che era la legislazione d'emergenza. Il sistema penale riprendeva così a funzionare secondo la rodata formula del *doppio livello di legalità*, col piano della *regola*, ossia delle garanzie e delle libertà, affidato a più o meno organiche riforme ma in una convivenza sempre più sbilanciata sull'opposto piano eccezionale delle *controriforme*. Minacciato dalla dichiarata lotta armata, lo Stato intanto affidava la sua riposta a inediti apparati investigativi. Venivano infatti creati il Nucleo speciale di polizia giudiziaria comandato dal generale Carlo Alberto Dalla Chiesa per l'Arma dei Carabinieri e, in pari tempo, l'Ispettorato generale per l'azione contro il terrorismo coordinato dal prefetto Emilio Santillo per il Corpo delle guardie di pubblica sicurezza. Quindi, articolava la sua reazione legislativa in due interventi ravvicinati. Il primo attraverso un decreto-legge intitolato « provvedimenti urgenti sulla giustizia penale ». Il secondo, distante appena sei mesi, direttamente attraverso una legge, cd. Bartolomei, recante « nuove norme contro la criminalità ». Ciò accadeva mentre, sull'altra metà del circuito, nuove e spesse tessere venivano aggiunte al mosaico delle garanzie, con la legge delega 3 aprile 1974 n. 108 per l'approvazione del nuovo codice di procedura penale⁽³³⁾ e la legge 8 aprile 1974 n. 98 in materia di tutela della libertà e segretezza delle comunicazioni: quest'ultima, in particolare, recettiva di una pronuncia costituzionale dell'anno prima (n. 34/1973) assai incisiva sulla disciplina delle intercettazioni telefoniche. Ma i loro principi non

(32) Cfr. G. CONSO, *L'affare Sossi: il ricatto e la legge*, in « AP », XXX (1974), I, pp. 455-458.

(33) Sulla legge delega, cfr. COLAO, *Giustizia e politica*, cit., pp. 139-142.

avrebbero retto « all'imminente ventata di sapore controriformistico »⁽³⁴⁾.

A scongiurare il fomentato timore di scarcerazioni a catena per decorrenza del termine massimo di custodia preventiva lì fissato in quattro anni, già il decreto-legge 11 aprile 1974 n. 99 dilatava notevolmente quel termine, che veniva così spalmato, con riferimento ai delitti più gravi, nelle varie fasi processuali: due anni per la fase istruttoria, quattro per il giudizio di primo grado, sei per quello d'appello, otto per l'intero svolgersi del procedimento. A sottolineare il carattere eccezionale e temporaneo della misura — anche in rapporto alla legge 1° luglio 1970 n. 406 — il legislatore ne subordinava la vigenza « fino all'entrata in vigore del nuovo codice di procedura penale »: una formula destinata a ripetersi senza soluzione di continuità lungo tutta questa prima fase a fronte di una riforma da tempo in agenda ma, per la supposta emergenza, rinviata *sine die*. Imboccando la stessa via repressiva, l'altro segmento di risposta al caso Sossi, ossia la legge 14 ottobre 1974 n. 497, inaugurava un cliché costante delle successive leggi speciali e cioè la tendenza a mescolare disposizioni sostantive con enunciati di natura processuale. Da un lato, infatti, la legge Bartolomei si concentrava su fattispecie di reato in quel frangente strettamente intrecciate col fenomeno da contrastare, quali rapine, estorsioni e sequestri di persona, inasprendone il trattamento sanzionatorio. Dall'altro, sviluppando uno spunto offerto dal precedente decreto⁽³⁵⁾, riservava processualmente a tali delitti il rito direttissimo e trasferiva la competenza a giudicarli dalla Corte d'Assise al Tribunale.

Ultimo e decisivo approdo era la discussa legge 22 maggio 1975 n. 152 recante « disposizioni a tutela dell'ordine pubblico »⁽³⁶⁾. Nota come legge Reale, per la scelta di porre limiti severi alla concessione della libertà provvisoria, la nuova misura agiva a tutti gli effetti da *controriforma* della già richiamata legge 15 dicembre 1972 n. 773, assai ridimensionata circa i poteri attribuiti all'au-

(34) Così GREVI, *Sistema penale e leggi dell'emergenza*, cit., p. 20.

(35) Già il decreto-legge 11 aprile 1974 n. 99 modificava i presupposti *ex art.* 502 c.p.p. così da estendere l'originario perimetro di applicabilità del rito direttissimo.

(36) Cfr. M. RIBERI, *Sicurezza vs. libertà costituzionali: la « legge Reale » n. 152 del 22 maggio 1975*, in « Italian Review of Legal History », 4 (2018), pp. 1-18.

torità giudiziaria. Contestualmente, cedendo ancora una volta alla commistione fra sostanza e processo, il provvedimento ampliava il raggio di applicabilità della causa di non punibilità *ex art. 53 c.p.* e in più riservava una sorta di corsia giudiziaria differenziata, sempre per rito direttissimo, agli operatori di polizia che avessero commesso reati proprio nell'utilizzo, pur legittimo, delle armi. Agli stessi veniva anche attribuito il potere di procedere, nella ricerca di armi ed esplosivi, « ad immediata perquisizione sul posto » di persone e di veicoli e ciò in parallelo alla dilatazione dei presupposti oggettivi e soggettivi per far scattare il fermo di indiziati di reato *ex art. 238 c.p.p.* Completavano il quadro norme, in parte nuove e in parte riformulate dalla legge Scelba del 1952, a contrasto dell'eversione nera, nonché l'estensione delle misure di prevenzione contemplate nella legge antimafia del 1965 pure a quanti avessero compiuto « atti preparatori, obiettivamente rilevanti, diretti a sovvertire l'ordinamento dello Stato ». Intanto, ad appena due mesi di distanza, il livello *regolare* del sistema penale si arricchiva della legge 26 luglio 1975 n. 354 di riforma dell'ordinamento penitenziario che, integrata l'anno dopo dal regolamento d'esecuzione d.P.R. 29 aprile 1976 n. 431, compendia le garanzie con istanze di umanizzazione del trattamento carcerario e di tutela dei diritti dei detenuti a lungo disattese.

Nel gioco a corrente alternata di riforme opposte a *controriforme*, la legge Reale innescava definitivamente il dibattito in una cultura giuridica di sinistra assai differenziata. Se su « Democrazia e diritto », fondata nel 1960 ma rinnovata nel 1973, erano di casa i giuristi della sinistra storica legati al Pci, gli intellettuali radicali e intransigenti della nuova sinistra trovavano più congeniale intervenire dalle pagine di « Critica del diritto » varata, col sottotitolo « Stato e conflitto di classe », nel fatidico 1974 oppure dalle colonne dei « Quaderni piacentini »: rivista, quest'ultima, creata nel 1962 con taglio non propriamente giuridico eppure non estranea, nel decennio in esame, ai temi del garantismo e dell'autoritarismo nei paesi tardo-capitalistici. Altri fogli ospitavano, invece, i giuristi della sinistra democratica o indipendente: da « Politica del diritto » nata nel 1970 con la precisa vocazione a trattare di diritto del lavoro e diritto privato, passando per « Quale giustizia » fondata nello stesso anno come organo informale di Magistratura democratica, fino a « La Questione criminale » affacciatasi da ultima nel 1975.

Salve le peculiarità di ognuna, le riviste restituiscono per il biennio 1974-1975 un sottotraccia comune: la percezione diffusa che la recente legislazione speciale, veicolata da un'accorta e artificiosa campagna allarmistica sulla criminalità dilagante, stesse segnando un brusco e preoccupante arretramento del sistema penale dalla nuova stagione riformista, viceversa scandita da una significativa affermazione delle garanzie individuali nel processo. Coglieva, forse meglio di altre, tale sentimento condiviso « Politica del diritto » in un editoriale del 1975 a commento della legge Reale dal titolo « Peggio del codice Rocco ». Già allora, e secondo una tendenza che avrebbe fiancheggiato tutto il dibattito negli anni successivi, la storia più o meno recente veniva scelta a parametro segnante il livello via via raggiunto nella denunciata torsione. Maturata in seguito « alla forsennata campagna » sull'ordine pubblico e la criminalità promossa dalla Dc di Fanfani ma subito avallata da socialdemocratici e socialisti, la novella non consentiva « di dormire sonni tranquilli ». Che fosse limitata la facoltà di concedere la libertà provvisoria, o dilatato il ricorso al rito direttissimo, era « triste dovere constatare come ancora una volta » si fosse andati « al di là delle soluzioni del codice Rocco ». A trent'anni dalla caduta del regime, ci si trovava « non già a discutere l'abrogazione della fascistissima scriminante dell'uso legittimo delle armi, ma a difendersi da un suo pericoloso ampliamento ». Era ormai invalso in Italia un metodo schizofrenico, *doppio*, « di disfare con una mano [...] quello che con l'altra mano il Parlamento ha faticosamente costruito in lunghi anni di elaborazioni » ⁽³⁷⁾.

Al netto della naturale varietà di approcci e argomenti, l'analisi più strettamente tecnico-giuridica risultava pressoché omogenea e trasversale alle diverse riviste: specie se raccordata intorno a tre nodi critici. Il primo insisteva sulla massiccia utilizzazione di taluni istituti per fini di politica criminale. Così, sempre su « Politica del diritto », Vittorio Grevi lamentava la dilatazione abnorme e irragionevole che le nuove leggi speciali imprimevano alla carcerazione preventiva, con una deviazione importante non solo dalla recente giurisprudenza costituzionale ma, altresì, dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo dove « ogni imputato detenuto ha diritto ad essere

(37) *Peggio del codice Rocco*, Editoriale, in « PD », 5 (1975), pp. 7-11.

giudicato entro un termine ragionevole, o, altrimenti, scarcerato ». Ancor di più preoccupava l'immediata operatività di quelle norme in madornale contraddizione « con i canoni di diritto transitorio comunemente accolti in materia di libertà personale, all'insegna del *favor rei* ». Di nuovo, neppure il codice Rocco era arrivato a tanto, « preoccupandosi anzi di stabilire con chiarezza che agli imputati detenuti nel giorno dell'entrata in vigore del codice di procedura penale si applicano le disposizioni circa la custodia preventiva del codice abrogato, in quanto più favorevoli ». In definitiva, v'era poco da stare tranquilli se alle « ragioni giuridiche »⁽³⁸⁾ il legislatore del 1931 aveva guardato con molta più attenzione che non il legislatore del 1974. Del resto, come osservava Romano Canosa su « Critica del diritto », lo stesso istituto della custodia preventiva stava in quel frangente mutando pelle fino a segnare un indegno ritorno all'indietro: « da strumento per assicurare la presenza dell'imputato al giudizio », esso tornava a essere un mezzo per costringerlo « a confessare o comunque a collaborare con gli apparati di stato »⁽³⁹⁾. Sulla deformazione strumentale alle ragioni di politica criminale subita dalla libertà provvisoria sceglieva, invece, di soffermarsi per « La Questione criminale » il suo direttore, Franco Bricola, denunciando come i limiti posti all'istituto dalla legge Reale degradassero la carcerazione preventiva a « pena *anticipata* »: soluzione emergenziale contraria non solo all'art. 13 Cost., ma anche al punto 54 della delega per il nuovo codice, laddove si stabiliva che la misura privativa della libertà personale dovesse rappresentare « la *extrema ratio* ». Pari disarmonia veniva dalla disciplinata estensione del rito direttissimo, col rischio di una sommarietà nel giudizio così pronunciata da generare un processo penale a due velocità parametrata sul « tipo di reato » o sui « tipi d'autore »⁽⁴⁰⁾.

(38) V. GREVI, *Scelte politiche e valori costituzionali in tema di libertà personale dell'imputato*, in « PD », V (1974), 5, pp. 601-628, in part. pp. 612-614.

(39) R. CANOSA, *Lo stato borghese contemporaneo, le legislazioni speciali in tema di libertà e il coinvolgimento della sinistra tradizionale*, in « CD », II (1975), 5-6, pp. 69-86, in part. p. 79.

(40) F. BRICOLA, *Politica criminale e politica penale dell'ordine pubblico (a proposito della legge 22 maggio 1975 n. 152)*, in « QC », I (1975), 2, pp. 221-228, in part. pp. 243, 254, 271.

Non preoccupava solo il generale inasprimento sanzionatorio che il legislatore riservava a fattispecie reputate di particolare « allarme sociale ». Altra sofferta criticità veniva rilevata in un esponenziale aumento della discrezionalità nei poteri degli organi di polizia a detrimento delle funzioni di garanzia normalmente affidate alla giurisdizione, lungo una linea degenerare apostrofata come « *amministrativizzazione* della giustizia penale ». Sempre per Bricola, la « trasformazione del giudice in poliziotto » era consequenziale alla descritta « inflazione del giudizio direttissimo » con un duplice, aberrante effetto: da un lato, frapponeva ostacoli « alla notizia vera dei fatti e alla certezza della prova » fino a facilitare « sentenze di condanna fondate sul sospetto », dall'altro, in palese frizione con l'art. 27 Cost., precludeva qualsivoglia « possibilità di costruire quel quadro della personalità » viceversa decisivo « per un corretto esercizio del potere discrezionale in funzione rieducativa » ⁽⁴¹⁾. Di « giustizia dello sceriffo » parlava senza mezzi termini per « Democrazia e diritto » Antonio Baldassarre, avvertendo come l'estesa discrezionalità degli organi di polizia scaturita dalla legge Reale reintrodusse « un regime di sospetto generalizzato ». Immunità e privilegi in favore dei poliziotti, infatti, non esprimevano certo delle novità. Anzi, reiteravano norme « che gli storici del diritto ritrovano facilmente negli ordinamenti autoritari anteriori al moderno Stato di diritto e in quelli più recenti di ispirazione fascista o dittatoriale ». Sufficienti indizi, fondato sospetto, atti preparatori, erano enunciati legislativi talmente indeterminati da lasciarne il campo definitorio alle valutazioni arbitrarie operate di volta in volta dalle autorità di polizia. La stessa corsia preferenziale di fatto creata processualmente per gli agenti di pubblica sicurezza dalle forze politiche di governo per « tenere sotto controllo la situazione » confliggeva con l'art. 25 Cost. nella misura in cui li sottraeva « al loro giudice naturale » per « affidarli ad un giudice più vicino ai vertici », sgretolando « l'essenza stessa dello Stato di diritto » ⁽⁴²⁾.

Fin qui percepibili appena, le differenze fra una rivista e l'altra si mostravano con maggiore nettezza non appena, dal terreno tec-

⁽⁴¹⁾ Ivi, p. 256.

⁽⁴²⁾ A. BALDASSARRE, *La giustizia dello sceriffo. La legge sull'ordine pubblico di fronte alla criminalità moderna*, in « DD », XVI (1976), 1, pp. 105-120, in part. pp. 114-115.

nico, l'analisi muoveva verso lo scenario politico e sociale: lidi altri ma, com'era nello spirito di riviste a vocazione interdisciplinare, non disgiungibili dal discorso giuridico. Basterà segnare qui l'atteggiamento palesato da quei fogli che più di altri perseguivano istanze progettuali e riformiste, legati alla sinistra democratica o indipendente, ossia « Politica del diritto », « Quale giustizia », « La Questione criminale » (43). L'operazione che compivano era duplice e muoveva anzitutto dalla critica alla « caduta di civiltà » (44) che in quegli anni stava inquinando il sistema penale italiano. Costituiva senz'altro parte di questo approccio iniziale il fatto di descrivere il ricorso alla legislazione penale dell'emergenza come una costante nella storia italiana dall'Unità in poi. Così su « Quale giustizia » Canosa, passando in rassegna le leggi sull'ordine pubblico dal 1860 in avanti, ravvisava la ricorrente adozione, nelle situazioni di crisi sociale e politica, di leggi eccezionali volte a colpire l'opposizione delle classi subalterne (45). E così pure interveniva, ma da diversa prospettiva, in una tavola rotonda ospitata su « La Questione criminale » Mario Sbriccoli. Fresco di due importanti studi (46), lo storico del diritto avvertiva che « ogni fase di cambiamento nella struttura sociale e politica della società, ha visto al centro del suo verificarsi una nuova politica criminale dei ceti emergenti ». Tale politica raramente fugge il « rafforzamento del momento repressivo », anzi si salda con un « intervento eccezionale, dichiarato come temporaneo », eppure « ritrovabile nella storia d'Italia di questi ultimi cento anni con cadenze regolari » ad ogni segnale di minaccia avvertito dal potere costituito, con « uno strano paradosso che è il paradosso della legislazione eccezionale »: la tensione normalizzante

(43) Più analitico qui S. RINALDI, *Ordine pubblico e criminalità nel dibattito della sinistra giuridica* (1974-1976), in « DP », V (1987), 1, pp. 61-119, in part. pp. 75-103.

(44) Così G. CONSO, *Ancora e sempre sull'ordine pubblico*, in « Rassegna degli avvocati italiani », II (1975), p. 22.

(45) R. CANOSA, *La legislazione eccezionale sull'ordine pubblico in Italia tra cronaca e storia* (1861-1973), in « QG », 33 (1975), pp. 351-362.

(46) M. SBRICCOLI, *Dissenso politico e diritto penale in Italia tra Otto e Novecento*, in « Quaderni fiorentini », II (1973), pp. 607-702; ID., *Crimen laesae maiestatis. Il problema del reato politico alle soglie della scienza penalistica moderna*, Milano, Giuffrè, 1974.

a rinnegare la sua eccezionalità per « entrare con i suoi principi nell'ordinamento e a restarvi » (47).

Tali rilievi critici non restavano peraltro sterili e vani. Anzi, per gli stessi giuristi della sinistra democratica o indipendente, dovevano mostrarsi funzionali a impegnare tutte le forze politiche progressiste in disegni organici di riforma sulla « questione criminale ». Solo così, concludeva Sbriccoli, si sarebbe registrata « una reale crescita di egemonia del movimento operaio nel nostro paese ». Per sviluppare una politica penale della classe lavoratrice, sosteneva Bricola, bisognava in via preliminare evitare quella riduzione che, « dall'unificazione ad oggi », identificava « la questione criminale con un problema esclusivamente di ordine pubblico ». O al più sostituirlo « con un ordine pubblico istituzionale », da difendere nei confronti dell'eversione fascista, sul serio e senza cedere alla suggestione di teorie come quella « degli opposti estremismi ». Si esigeva, meglio, un mutamento di prospettiva tale da assorbire la politica penale, quella « che passa soltanto attraverso i canali delle sanzioni » entro una più ampia e meditata politica sociale. Sanzione penale come « *extrema ratio* », da un lato, e « profonde riforma di struttura », dall'altro, animate soprattutto da nuovi Enti locali come le Regioni, avrebbero reso possibile una completa rimodulazione dei beni giuridici tutelati, dando priorità agli interessi collettivi sguarniti di protezione in un codice penale « prevalentemente orientato verso la tutela del diritto soggettivo e verso la tutela degli interessi meramente individuali » (48).

Quello che Bricola e i suoi collaboratori delineavano altro non era che un uso *alternativo* del diritto declinato sullo scottante terreno penalistico cui si aggiungeva, nella proposta di Alessandro Baratta, una criminologia *alternativa* o *critica* (49). Tacciata di infondatezza dai giuristi della nuova sinistra (50), l'idea persuadeva viceversa gli ambienti della sinistra storica. Per « Democrazia e diritto »

(47) M. SBRICCOLI, *Intervento*, in « QC », *Per una politica criminale del movimento operaio*, I (1975), 3, pp. 485-514, in part. p. 493.

(48) F. BRICOLA, *Intervento*, ivi, pp. 485-490.

(49) Cfr. A. BARATTA, *Criminologia liberale e ideologia della difesa sociale*, in « QC », I (1975), 1, pp. 7-65.

(50) Si veda, fra gli altri, A. BEVERE, *La via giudiziaria all'interclassismo*, in « CD », I (1974), 1, pp. 5-15.

Giorgio Marinucci disegnava le linee di una « politica criminale alternativa », « meditata e razionale »: l'unica capace, da un lato, di soppiantare un codice Rocco appena scalfito da insignificanti o confusi ritocchi, dall'altro, di scongiurare una legislazione penale « alla giornata » che, « guidata da spinte emotive contraddittorie », si traduceva « in una disciplina schizofrenica e totalmente controproducente »⁽⁵¹⁾.

Accolta dunque fra polemiche che mai l'avrebbero abbandonata⁽⁵²⁾, la legge Reale spiegò una qualche efficacia solo iniziale, complice la ridotta attività brigatista fra l'estate del 1975 e la primavera del 1976. Quell'anno, infatti, trascorrevva senza il varo di ulteriori provvedimenti eccezionali ma con una vicenda giudiziaria, questa sì eccezionale, a preparare un nuovo e ampio capitolo sia della legislazione d'emergenza, sia del correlato dibattito fra i giuristi. Il 17 maggio 1976 si apriva a Torino il processo contro i capi storici delle Brigate rosse istruito, con tecniche investigative inedite e pragmatico estro procedurale⁽⁵³⁾, dal giudice Giancarlo Caselli. Curcio, Franceschini e gli altri militanti alla sbarra, seguendo la *Strategia del processo politico*⁽⁵⁴⁾, mettevano in atto un autentico *processo guerriglia*. Si affidavano, quindi, a due momenti strategici: la revoca del mandato ai difensori di fiducia contestualmente al rifiuto della difesa d'ufficio, da un lato, le minacce ai giurati popolari che avrebbero seduto in Corte d'Assise, dall'altro. Esasperando il tema marxista della *contraddizione*, lo scopo era quello di trascinare le autorità a inasprire le leggi poliziesche. E, in effetti, non mancavano quanti in quei giorni invocassero la costituzione di tribunali militari

⁽⁵¹⁾ G. MARINUCCI, *Politica criminale e riforma del diritto penale*, in « DD », XV (1975), 1, pp. 61-103, in part. pp. 61, 68-69.

⁽⁵²⁾ Critica anche la magistratura: cfr. P.L. VIGNA, G. BELLAGAMBA, *La legge sull'ordine pubblico. Commento articolo per articolo della legge 22 maggio 1975 n. 152*, Milano, Giuffrè, 1975. Anni dopo si rifletterà sulla moltiplicazione di vittime civili provocata anche dall'estensivo uso delle armi fra gli organi di polizia che la legge speciale legittimava. Si veda in proposito 625. *Libro bianco sulle vittime della legge Reale. Materiali sulle politiche di repressione e di controllo sociale*, Locate Triulzi, Editoriale Cento Fiori, 1990.

⁽⁵³⁾ Cfr. A. BARAVELLI, *Per una storia della risposta penale al terrorismo italiano (1976-82)*, in « Meridiana », 97 (2020), pp. 73-88, in part. pp. 80-81.

⁽⁵⁴⁾ Libro di culto fra i membri delle formazioni combattenti dell'avvocato franco-vietnamita Jacques Vergès, pubblicato per l'Italia da Einaudi nel 1969.

o un'applicazione estensiva della legge Reale. Stretto nel dilemma « o perdere la faccia, o sporcarsela di nero », lo Stato non avrebbe retto l'onda d'urto levata dalla conseguente *spinta rivoluzionaria*. « Di fronte allo sviluppo inarrestabile della lotta armata », si legge nei documenti prodotti dalle Br in quei giorni, « lo Stato perde progressivamente la facciata democratica e sotto la tenue vernice legalitaria mostra il suo vero volto; quello di uno Stato di polizia ferocemente controrivoluzionario »⁽⁵⁵⁾. Parallelamente, mentre gli intellettuali si dividevano sulle rinunce in blocco dei cittadini sorvegliati a comporre la giuria⁽⁵⁶⁾ e i giuristi in particolare si diffondevano sul tema dell'autodifesa⁽⁵⁷⁾, i brigatisti all'esterno compivano in sequenza azioni delittuose a carattere intimidatorio ma anche omicidiario. Nello stesso 1976 si chiudevano i conti con Francesco Coco assassinato insieme ai due agenti di scorta. Poi, fra maggio e novembre del 1977, venivano gambizzati i giornalisti Indro Montanelli ed Emilio Rossi, mentre restava ucciso il vicedirettore de « La Stampa » Carlo Casalegno. A più di un anno dalla prima udienza il processo contro il principale gruppo armato d'Italia non riusciva a celebrarsi, paralizzato nella sua fase dibattimentale.

3. « *Uno spettro si aggira nella sinistra: il garantismo* » (1977-1979).

« Giovedì 28 aprile [1977] un nucleo armato delle Brigate rosse ha giustiziato il servo di Stato Fulvio Croce al servizio del regime democristiano ». Rivendicava così l'azione un volantino del partito combattente. L'« ultima operazione controrivoluzionaria »⁽⁵⁸⁾ che l'anziano presidente dell'ordine degli avvocati a Torino

⁽⁵⁵⁾ M. SCIALOJA, *R. Curcio, presidente di tribunale*, in « l'Espresso », XXIII (8 maggio 1977), 18, p. 10 e ss.

⁽⁵⁶⁾ Oltre a Sciascia, solidarizzava con i giurati defezionisti E. MONTALE, *La sconfitta dello Stato viene da lontano*, in « Corriere della Sera », 5 maggio 1977. Difendeva, invece, « i cittadini democratici che non si arrendono », I. CALVINO, *Al di là della paura*, in « Corriere della Sera », 13 maggio 1977. La dichiarazione di Sciascia al quotidiano milanese è riportata in A. AGLIETTA, *Diario di una giurata popolare al processo delle Brigate rosse*, Milano, Milano libri, 1979, p. 5.

⁽⁵⁷⁾ Si rinvia al coevo e denso volume collettaneo *Il problema dell'autodifesa nel processo penale*, a cura di V. Grevi, Bologna, Zanichelli, 1977.

⁽⁵⁸⁾ Cfr. SCIALOJA, *R. Curcio, presidente di tribunale*, cit.

doveva pagare era l'aver assunto la difesa dei militanti a processo attraverso la nomina di dieci avvocati d'ufficio. Restia a valutare la discussa via dell'autodifesa ⁽⁵⁹⁾, l'autorità politica reagiva allo stallo varando, su proposta del Consiglio superiore della magistratura e in particolare del suo vicepresidente Vittorio Bachelet, un nuovo provvedimento d'urgenza. Il decreto-legge 30 aprile 1977 n. 151 sospendeva la decorrenza dei termini di carcerazione preventiva laddove il dibattimento fosse stato sospeso o rinviato per causa di forza maggiore che impedisse di formare i collegi giudicanti o di esercitare la difesa. Frustrava così l'aspettativa dei brigatisti a beneficiare della scarcerazione automatica decorsi invano quei termini.

Alle ricadute che una tale misura generava sul lento andamento dei processi, il legislatore corrispondeva intervenendo tanto a livello di ordinamento giudiziario, con la legge 8 agosto 1977 n. 532, quanto sul versante più strettamente processuale, con la legge 8 agosto 1977 n. 534, mentre la contestuale e mediana legge 8 agosto 1977 n. 533 dettava, fra l'altro, un'inedita disciplina circa il sequestro di immobili, presunti covi dei gruppi armati. Salutata criticamente da diversi giuristi quale ennesima *minicontroriforma* ⁽⁶⁰⁾, per la prima volta rispetto alle iniziali leggi speciali il trittico di novelle dismetteva la ricorrente formula di chiusura limitativa di validità fino alla promulgazione del nuovo codice, ormai scivolata in secondo piano. Intanto, le « innovazioni in materia di coercizione processuale », il numero dei componenti i collegi giudicanti sacrificato alla « speditezza » ⁽⁶¹⁾, gli ulteriori limiti alla concessione della libertà provvisoria, gli « aumenti di pena e nuove figure di reato » finivano inevitabilmente per impattare sulla fragile tenuta delle strutture penitenziarie ⁽⁶²⁾. E tuttavia il fattore causale veniva ravvisato non nella legislazione d'emergenza. Piuttosto, avviando la tendenza ad

⁽⁵⁹⁾ La questione sarebbe stata più tardi rimessa alla Corte costituzionale, che l'avrebbe dichiarata infondata con la sentenza n. 125 del 1979.

⁽⁶⁰⁾ Cfr. A.A. DALIA, *Prime riflessioni sulla minicontroriforma del processo penale*, in « RIDPP », XX (1977), pp. 1298-1341; E. AMODIO, O. DOMINIONI, G. GALLI, *Nuove norme sul processo penale e sull'ordine pubblico. Le leggi dell'8 agosto 1977*, Milano, Giuffrè, 1978.

⁽⁶¹⁾ Ivi, p. 161 e ss.

⁽⁶²⁾ La riforma del corpo degli agenti di custodia era sottostimata e il piano di edilizia penitenziaria realizzato molto al di sotto delle soglie di previsione.

additare le parallele conquiste garantiste raggiunte sull'altro livello di legalità fra le « cause incentivatrici del terrorismo » (63), a venire contestata era la recente riforma sull'ordinamento penitenziario, peraltro in larga parte depotenziata dall'atteggiamento ostile del personale burocratico in servizio al ministero di grazia e giustizia. Molti dei detenuti ammessi a beneficiare dei permessi premio tendevano a non rientrare in istituti di pena sempre più affollati per i dilatati termini di custodia preventiva, mentre si moltiplicavano i tentativi, anche riusciti, di evasione. Il governo reagiva con la repressione incaricando il generale Dalla Chiesa della sicurezza esterna nelle carceri e creando, quale istituzione parallela sul livello eccezionale di legalità, le carceri speciali o di massima sicurezza sullo sfondo di una politica dei trasferimenti dei detenuti « pericolosamente ambigua » (64).

Oltre alle istituzioni, però, v'era anche la società. Si levava in quell'anno un fervore nuovo coagulato intorno al *movimento del '77*: esperienza composita, animata soprattutto da studenti-lavoratori alle prese con l'avversata riforma Malfatti, cresciuta rapidamente da febbraio a settembre fra « istanze di liberazione, ribellismo antistituzionale, forme più o meno programmate di lotte illegali » e culminata nel « convegno contro la repressione » a Bologna, già teatro in marzo di violenti scontri di piazza, quando le sue due anime Autonomia e Lotta operaia si scindevano « proiettando molte schegge in direzione della lotta armata » (65). A un dibattito ospitato su « La Questione criminale » in quell'anno « oscuro per le libertà civili nel nostro paese », Luigi Ferrajoli annunciava la « crisi ormai esplicita dello stato di diritto e della democrazia politica », stretta nella schizofrenica oscillazione fra « un'opera frenetica di controriforma del nostro sistema penale e processuale » e un inesorabile affondamento delle « riforme dei codici da anni promesse e allo

(63) G. CONSO, *Diritto processuale penale*, in *Cinquanta anni di esperienza giuridica in Italia*, Milano, Giuffrè, 1982, p. 452.

(64) Cfr. S. RODOTÀ, *La risposta dello Stato al terrorismo: gli apparati*, in *La prova delle armi*, cit., pp. 77-91, in part. p. 81.

(65) G. SCARPARI, *La vicenda del « 7 aprile »*, in *La magistratura di fronte al terrorismo e all'eversione di sinistra*, a cura di Magistratura Democratica, Milano, Franco Angeli, 1982, pp. 37-63, in part. p. 38. Sul fenomeno si rinvia a *Il movimento del '77. Radici, snodi, luoghi*, a cura di M. Galfré e S.N. Sernerì, Roma, Viella, 2018.

studio » (66). In reazione, lui e altri giuristi della nuova sinistra che collaboravano con « Critica del diritto » e « Quaderni piacentini », in ciò sollecitati anche da intellettuali francesi (67), radicalizzavano una tesi peraltro già approcciata su « Quale giustizia » fra il 1974 e il 1975 a ridosso delle prime leggi speciali: la *germanizzazione* o *fascistizzazione* quale linea di tendenza che riproduceva in Italia taluni caratteri di un preciso *modello tedesco* (68). Già nel 1976 e con l'apporto di studiosi anche di area germanica, « Critica del diritto » dedicava un numero speciale, pubblicato però nel 1977, a tracciare le linee essenziali del presunto « Modell Deutschland », ben sintetizzato nello studio giuridico e socio-economico di Franco Ferlini e Gaetano Insolera.

Era il 1974 e in « uno dei momenti più difficili per la crisi del capitale, in tutti i paesi » il nuovo cancelliere della Repubblica Federale Tedesca Helmut Schmidt intuiva che, per realizzare il suo programma di « meno riforme e più repressione » minacciato da un « contesto internazionale profondamente instabile », bisognava ritagliare per la Germania occidentale un ruolo egemone nella conduzione della politica economica europea. Già ricoperto di fatto, per una « bilancia commerciale costantemente in attivo » e per « l'afflusso di ingenti masse di capitali di ogni paese » attratte dalla sua « stabilità monetaria » e dalla solidità politica, quel ruolo le veniva riconosciuto in via istituzionale a margine di alcuni vertici della CEE risolti nel « dare carattere vincolante al coordinamento delle politiche economiche e monetarie » fino a sanzionare i paesi inadempienti, specie con la soppressione di aiuti comunitari. La RFT ritagliava quindi la sua posizione dirigistica erogando prestiti agli Stati in difficoltà, fra i quali l'Italia, ricavando al contempo la materiale possibilità di interferire nelle decisioni anche politiche

(66) L. FERRAJOLI, *Intervento a 1977: ordine pubblico e legislazione eccezionale*, in « QC », III (1977), 3, pp. 361-404, in part. pp. 361-362.

(67) Dopo la dura risposta statale alle agitazioni del 1977, in luglio 28 intellettuali firmarono un *Manifesto contro la repressione*. Fra loro, oltre a Sartre e Simone de Beauvoir, i filosofi Michel Foucault, Roland Barthes, Philippe Sollers, Gilles Deleuze e Félix Guattari.

(68) Cfr. C.U. SCHMINCK-GUSTAVUS, *La nuova repressione in Germania: la rinascita del Leviatano*, in « QG », 31-32 (1975), pp. 19-26; A. LANGER, *Germania: campagna antiterroristica e leggi speciali*, in « QG », 33 (1975), pp. 366-378.

generali dei paesi debitori. Gli aiuti avevano infatti per i beneficiari economicamente subordinati un costo: l'adeguamento al modello repressivo sperimentato con successo in Germania ovest dal 1965 in poi, soprattutto contro i militanti della RAF. In particolare, col *Berufsverbot* del 1973, i ministri degli Interni dei vari *Länder* potevano decretare insieme di non assumere più dipendenti pubblici tacciati di infedeltà alla Costituzione, licenziare per la stessa ragione quelli in servizio, assumerne di nuovi solo previa scrupolosa indagine. Fra analogie e suggestioni col *modello tedesco*, nonché sullo sfondo di una « centralizzazione del comando capitalistico » avallata da alcuni capitani d'industria nel biennio 1974-1975, era iniziata la secca torsione dalla direttrice « su cui si era mossa, anche sotto la spinta della giurisprudenza costituzionale, la progettazione legislativa di una riforma del codice penale e di procedura penale » (69).

Dal canto loro, le altre riviste non concedevano alla tesi della *germanizzazione* granché credito. Certo, nessuno fra i collaboratori di « Democrazia e diritto », a cominciare dal direttore Luigi Berlinguer, dubitava che « molte società capitalistiche occidentali » stessero negli ultimi tempi palesando « elementi o anche tendenze autoritarie, all'interno della loro organizzazione politica » (70). Non s'incontravano infatti difficoltà a pubblicare un saggio di Christoph Ulrich Schminck-Gustavus sui recenti sviluppi repressivi nella RFT e sui pericoli sottesi alla loro facile diffusione: solo una maggiore presa di coscienza delle sinistre europee poteva frenare la rinascita « di un nuovo Leviatano nel cuore dell'Europa » (71). Eppure, il *modello tedesco* restava inconciliabile con una realtà italiana da discutere, aggiungeva Angelo Bolaffi, nella sua specificità di « classe operaia che non è stata integrata e che oggi punta alla transizione, punta al potere » (72). Forte scetticismo mostrava anche « Politica

(69) F. FERLINI, G. INSOLERA, *Centralizzazione internazionale del capitale e modelli repressivi: RFT e Italia*, in « CD », III (1976), 7-8, pp. 32-56. Si notino i riferimenti a Cefis (p. 34) e a Forte (p. 50), centrali in *Petrolio*.

(70) L. BERLINGUER, *Intervento a Democrazia autoritaria, sistema delle libertà e trasformazione sociale*, in « DD », XVII (1977), 3, pp. 393-425, in part. p. 393.

(71) C.U. SCHMINCK-GUSTAVUS, *Ordine e autorità nella riforma penale della RFT*, ivi, pp. 547-568, in part. 568.

(72) A. BOLAFFI, *Intervento a Democrazia autoritaria*, cit., pp. 403-405, in part. p. 404.

del diritto ». Già un editoriale del 1976 sottolineava come, malgrado analogie di fondo fra i due ordinamenti tali però da non escludere significative differenze storiche, l'Italia restasse in definitiva immune da quella « escalation autoritaria » in atto nella Germania federale dal 1968, giunta ormai « al parossismo nevrotico e arbitrario della caccia alle streghe » (73). Prova ne era la mancata penetrazione del *Berufsverbot*. Più oscillante, invece, la posizione di « Quale giustizia ». Se, infatti, nel 1977 il bollettino ufficiale di Magistratura democratica pubblicava un appello firmato dal gruppo di magistrati contro la *germanizzazione* (74), nel 1979 esplicitamente il foglio ne avrebbe preso le distanze (75). Escluso Baratta, dubbioso nel vedere l'Italia davvero estranea « ai Berufsverbote e al vasto meccanismo di intimidazione e di inquisizione » rivolto « verso tutti i potenziali nemici della costituzione » (76), assai critici erano infine i collaboratori de « La Questione criminale ». Fra questi Sbriccoli, con ironia, rovesciava il discorso della *germanizzazione* paventando « un rischio di italianizzazione » (77) per gli altri paesi. Umberto Romagnoli, invece, dismetteva lo specifico repressivo e dell'ordine pubblico per affrontare la « tematica della partecipazione operaia e sindacale al governo dell'impresa » secondo un « modello di relazioni industriali » anche per l'Italia ricalcato, a detta della stampa nazionale, « su esperienze partecipative o cogestive » diffuse « a cominciare per l'appunto dalla Germania » (78). Ciò tuttavia non impediva alla rivista di ospitare, in un numero speciale del 1977, diversi interventi di convinti assertori della *germanizzazione* che trovavano lì spazio per discutere una sua costola tematica: la tendenza all'affermazione, tanto in Italia quanto negli altri paesi europei a capitalismo avanzato, di un « regime di democrazia autoritaria » imperniato sul nuovo

(73) *Editoriale*, in « PD », VII (1976), I, pp. 3-8, in part. p. 3.

(74) *Magistratura democratica contro la germanizzazione*, in « Magistratura democratica », V (1977), 3, pp. 3-6.

(75) *Mozione conclusiva del IV congresso di Magistratura democratica* (Urbino, 28-30 settembre 1979), in « QG », 49-50 (1979), pp. 213-215.

(76) A. BARATTA, *Intervento a Ordine pubblico e crisi politico-economica*, in « QC », III (1977), 2, pp. 203-319, in part. pp. 278-286.

(77) M. SBRICCOLI, *Intervento al medesimo dibattito*, pp. 232-236, in part. p. 234.

(78) U. ROMAGNOLI, *Intervento al medesimo dibattito*, pp. 272-278, in part. p.

concetto, accolto nelle ultime leggi speciali, di « ordine pubblico democratico »: formula che rinvia ad un chiaro, benché mai dichiarato, « obbligo di fedeltà » non molto distante dal tedesco *Berufsverbot* implicante la criminalizzazione di ideologie o prassi politiche non allineate ai valori dell'ordinamento sostanzialmente corrispondenti a quelli della società neocapitalistica ⁽⁷⁹⁾.

Mentre il confronto sulla *germanizzazione* si trascinava stancamente, molti giuristi si concentravano sulle sorti della legge Reale, in bilico fra proposte di modifica e iniziative referendarie col diverso scopo di abrogarla ⁽⁸⁰⁾. Intanto, le Brigate rosse portavano definitivamente il loro attacco al cuore dello Stato. Il 16 marzo 1978, con l'agguato in via Fani, un commando sequestrava il presidente della Dc Aldo Moro e ne uccideva gli agenti di scorta: una vicenda intricata e ancora densa di ombre. Un sequestro *doppio*, anzi a « doppio ostaggio », lo statista e le sue rivelazioni, poneva l'altra metà dello Stato, al netto di indubbie pressioni internazionali, dinanzi a un tragico bivio: salvare la vita del rapito e al contempo neutralizzare, screditandole o recuperandole, le dichiarazioni rese in interrogatorio da Moro ai suoi carcerieri su punti anche molto sensibili quali la strategia della tensione, le stragi, Gladio e l'organizzazione *Stay-Behind* ⁽⁸¹⁾. Tale doppiezza avvalorava l'idea che l'impressionante « grado di approssimazione » raggiunto in quei cinquantacinque giorni fra il rapimento e l'uccisione da apparati di sicurezza, molti dei quali a quota P2, fosse stata « deliberatamente posta al servizio di un interesse a non spingere le indagini fino in fondo » ovvero abbia rappresentato solo « la copertura di una utilizzazione distorta di capacità professionali peraltro

⁽⁷⁹⁾ Si vedano gli interventi di Luigi Ferrajoli, Luigi Stortoni, Federico Stame. Di ordine pubblico democratico quale corollario della democrazia autoritaria scrive R. CANOSA, *L'ordine pubblico « democratico » come controllo sociale totale*, in « QP », XVI (1977), 64, pp. 13-26.

⁽⁸⁰⁾ Cfr., fra gli altri, G. AMBROSINI, *Referendum: non parliamone più*, in « QG », 43-44 (1978), pp. 1-5; A. BALDASSARRE, *Il referendum abrogativo dopo la sentenza di ammissibilità*, in « DD », XVIII (1978), 1, pp. 67-81; R. CANOSA, *Manovre antireferendarie e controllo sociale*, in « QP », XVII (1978), 65-66, pp. 69-81.

⁽⁸¹⁾ Cfr. F. BARBAGALLO, *Il doppio Stato, il doppio terrorismo, il caso Moro*, in « Studi Storici », 42 (2001), 1, pp. 127-138, in part. pp. 134-138; M. GOTOR, *Il memoriale della Repubblica. Gli scritti di Aldo Moro e l'anatomia del potere italiano*, Torino, Einaudi, 2011.

esistenti »⁽⁸²⁾. Del resto, nessuna modifica apportava alla discussa normativa sui servizi di sicurezza il decreto-legge, cd. Moro, che il governo emanava ad appena cinque giorni dall'agguato in via Fani, poi convertito con sensibili modificazioni, dopo il drammatico epilogo, nella legge 18 maggio 1978 n. 191. Imboccando di nuovo, malgrado gli insuccessi, il sentiero repressivo e combinando al solito spezzoni processuali e sostantivi, il provvedimento intanto introduceva nel codice penale nuove fattispecie gravi di delitto come il sequestro di persona a scopo di terrorismo o di eversione (art. 289-*bis* c.p.) e il riciclaggio, ossia la sostituzione del denaro ricavato da rapine, estorsioni e sequestri di persona (art. 648-*bis* c.p.). Quindi, a conferma dell'invalsa confusione di piani fra autorità amministrativa e autorità giudiziaria, il nuovo art. 165-*ter* c.p.p. autorizzava il ministro dell'interno a richiedere al magistrato competente, salvo un suo rifiuto motivato col segreto istruttorio, copie di atti processuali e relative informazioni scritte qualora indispensabili a prevenire delitti non colposi fra cui i più gravi delitti contro la personalità dello Stato e contro l'incolumità pubblica, nonché alcuni dei più gravi delitti tipici della criminalità organizzata comune. A completare infine il tracciato normativo eccezionale, l'art. 225-*bis* c.p.p. lasciava inalterato l'interrogatorio di polizia con la necessaria presenza del difensore come disciplinato dalla legge delega del 1974, ma ammetteva gli ufficiali di polizia ad assumere sommarie informazioni dalle persone indiziate, dall'arrestato in flagranza o fermato, anche in assenza del difensore in casi di assoluta urgenza e ad ogni modo per poter proseguire le indagini sugli stessi gravi reati elencati nell'art. 165-*ter* c.p.p. Persino la nuova disciplina sulle intercettazioni telefoniche sembrava rovesciata rispetto alla legge 8 aprile 1974 n. 98.

Contestualmente la cultura giuridica di sinistra reagiva alla legge Moro con ricchezza e diversità di posizioni, raccordabili intorno a tre modelli interpretativi: ai poli, la nuova sinistra con « Critica del diritto » e « Quaderni piacentini », da una parte, e la

(82) Così RODOTÀ, *La risposta dello Stato al terrorismo: gli apparati*, cit., p. 83. Fra l'altro, le capacità investigative inizialmente acquisite risultarono disperse dopo l'inspiegabile soppressione sia del Nucleo torinese del generale Dalla Chiesa, poi ricostituito proprio nel 1978 ma su discutibili basi istituzionali, sia dell'Igat di Santillo, rimpiazzato con decreto del ministro dell'interno del 31 gennaio 1978 dall'Ufficio centrale per le investigazioni generali e le operazioni speciali (Ucigos).

sinistra storica con « Democrazia e diritto », dall'altra, in linea mediana invece le altre riviste.

« Che succede nel nostro sistema politico? », si domandava per « Critica del diritto » Riccardo Guastini. Il caso Moro era risultato il drammatico ma naturale catalizzatore di dinamiche involutive osservate e denunciate da qualche decennio fino a rendere tangibile la deriva istituzionale e giuridica « in senso autoritario, germanizzante »⁽⁸³⁾. Dunque, il sistema politico italiano eroso negli ultimi anni recava il segno grave e inconfondibile dell'autoritarismo: « al crescente esautoramento del parlamento e alla crescita di potere dell'esecutivo » correva parallela e contigua « la criminalizzazione del dissenso e del conflitto politico »⁽⁸⁴⁾ mediante una legislazione eccezionale « diretta a colpire non le BR o una qualsivoglia organizzazione terroristica, ma solo la nuova sinistra rivoluzionaria ». Adesso più che mai, con « il decreto contro il terrorismo » emanato, ma già frustrato nella sua efficacia, all'indomani del sequestro e con « la nuova legge Reale » rimessa in quei giorni alla discussione parlamentare, lo Stato si irrobustiva e ispessiva, dilatandolo a caro prezzo, il suo orizzonte di potere. Infatti, aggiungeva Danilo Zolo, mentre « i poteri di intervento e di inquisizione degli organi di polizia » si estendevano, venivano sacrificati « alcuni fondamentali diritti di libertà », introdotte « numerose attenuazioni dei diritti della difesa e delle garanzie processuali ». Per spezzare la perversa spirale occorreva affidarsi proprio alle linee interpretative della nuova sinistra: la sola forza politica e culturale che, lungi « dal sottovalutare il fenomeno del terrorismo e dal manifestare la minima simpatia teorica e politica per il suo volontarismo sanguigno », si stava dimostrando capace « a considerarlo oggi in tutta la sua drammatica gravità e pericolosità ». E ciò significava, certamente, denunciare con insistenza « la sterilità della legislazione autoritaria » e l'idea diffusa di un caso italiano autistico nella sua eccezionalità: il completo superamento del fenomeno terroristico restava irraggiungibile senza prima alterare il « modello di integrazione economico-

⁽⁸³⁾ R. GUASTINI, *Materiali di analisi sulla trasformazione autoritaria dello Stato*, in « CD », V (1978), 12, pp. 3-8, in part. p. 3.

⁽⁸⁴⁾ R. GUASTINI, *Nuova borghesia, nuovo regime. Il leviatano in Italia*, in « CD », V (1978), 13, pp. 87-103, in part. p. 93.

politica del tardo capitalismo italiano »⁽⁸⁵⁾. Significava, però, anche qualcosa di più: elevare la tematica storicamente liberale del garantismo a « elemento integrante di una strategia della sinistra rivoluzionaria nei paesi tardo-capitalistici ». Non si voleva, con tale proposta, tradire la critica marxiana « del diritto eguale ed astratto come formalizzazione dei rapporti di classe » e quindi fonte di vera disuguaglianza in una società dove il sistema democratico parlamentare faceva leva proprio sull'« astrattezza della eguaglianza politica del cittadino » per perpetuare lo sfruttamento « basato sull'accumulazione del capitale ». Alla tattica padronale si rispondeva con un uso parimenti strategico del diritto borghese e della democrazia politica. La meta restava senza dubbio la vittoria comunista quando, ricomposta la scissione fra cittadino e produttore, il diritto e le sue astratte formalizzazioni sarebbero risultate superflue di fronte alla trasparenza dei rapporti sociali. Ma fino a quel giorno, al soggetto rivoluzionario conveniva « usare di questi strumenti (il diritto e la democrazia) »⁽⁸⁶⁾ per crescere in una società ancora diseguale e corroborare così la sua egemonia.

Quanto a « Democrazia e diritto », diversamente dalla posizione sostenuta nella prima fase, le nuove leggi speciali ricevevano fra i vari collaboratori un largo plauso. Molteplici i fattori che venivano invocati a loro giustificazione. Premeva, anzitutto, la grave situazione di obiettiva emergenza in cui con il caso Moro era precipitato il paese. « L'eversione proclama e pratica una guerra spietata, improntata a metodi disumani », scriveva Giancarlo Caselli. E a questa situazione occorreva reagire « con estrema fermezza ». Insisteva poi il dato parimenti obiettivo che quelle leggi, benché eccezionali, restavano e sarebbero dovute restare anche per il futuro prossimo « all'interno dei limiti costituzionali ». Il vero problema semmai, aggiungeva il magistrato, era far combaciare le recenti misure con « prassi applicative » efficienti ma rispettose dei diritti

⁽⁸⁵⁾ D. ZOLO, *Legislazione repressiva, terrorismo e capitalismo maturo. Tre modelli interpretativi del « caso italiano »*, in « CD », V (1978), 13, pp. 7-17, in part. pp. 7, 15.

⁽⁸⁶⁾ F. STAME, *Uno spettro si aggira nella sinistra: il garantismo*, in « CD », V (1978), 15, pp. 9-16, in part. pp. 10-11. L'Autore modellava il suo intervento sul recente L. FERRAJOLI, D. ZOLO, *Democrazia autoritaria e capitalismo maturo*, Milano, Feltrinelli, 1978.

fondamentali, monitorando che il loro bersaglio restassero solo « le attività realmente eversive » e non anche i soggetti semplicemente dissenzienti, coi quali sarebbe stato invece auspicabile recuperare il dialogo per « sottrarli alle tentazioni dell'avventura eversiva » (87). Rilievi tecnici a parte, la montante legittimazione esprimeva lo sbocco obbligato di un più generale impegno condiviso dai giuristi della sinistra storica a sostenere l'ingresso del Pci nell'area di governo. Di riflesso, a mutare era perfino la percezione politica e sociale del fenomeno terroristico da ultimo orientato a colpire direttamente i partiti e quindi entrato, alla fine, nel lessico del legislatore emergenziale. Non esprimeva più, o almeno non solo, una minaccia costante alla tenuta democratica dello Stato e delle sue istituzioni ma soprattutto, osservava Pietro Barcellona, un attacco congegnato da oscure forze reazionarie, dentro come fuori d'Italia, deliberatamente rivolto a contrastare la partecipazione governativa del partito e bloccare così quel processo di trasformazione che si sarebbe altrimenti compiuto a beneficio esclusivo della classe operaia, finalmente al potere (88). Dal canto suo, Domenico Pulitanò invitava la cultura giuridica tutta, ma in particolare i colleghi della nuova sinistra, a fuggire il « settarismo ideologico » e il « vistoso stravolgimento dei fatti ». All'emergenza si doveva rispondere non accampando inconcludenti atteggiamenti attendisti o rifugiandosi in ameni ideali di giustizia, bensì con la polizia e la magistratura esistenti, magari correggendone i difetti e migliorandoli in efficienza (89). Anche Luigi Berlinguer, in un suo editoriale, scriveva di « analisi del reale » come antidoto al « dottrinarismo catechistico ed ideologizzante », incuneato negli intellettuali di sinistra per ragioni profonde e non sempre negative. La nuova fase, con l'impegno del movimento operaio e le sue conquistate responsabilità di governo, esigeva da parte loro ben altro impegno: elaborare « un diritto per governare ». Il primo passo che la cultura giuridica poteva muovere in tal senso era rinnovare se stessa: non più l'uso *alternativo* del

(87) G. CASELLI, *Le recenti misure per l'ordine pubblico. Il decreto 21 marzo 1978 e le modifiche alla legge Reale*, in « DD », XVIII (1978), 1, pp. 127-138, in part. p. 137.

(88) P. BARCELLONA, *Costituzione, partiti e democrazia*, in « DD », XVIII (1978), 1, pp. 21-33, in part. p. 33.

(89) D. PULITANÒ, *La funzione coercitiva. Garanzie giuridiche e democratizzazione degli apparati*, in « DD », XVIII (1978), 1, pp. 139-157, in part. pp. 139, 156.

diritto, ma « l'uso corretto delle regole giuridiche » cogenti per tutti e « che l'egemonia operaia deve conquistare come mai raggiunta meta di giustizia ». Anzi, proprio in ragione del peso acquisito dalla classe lavoratrice, sarebbe stato auspicabile un ritorno alla legalità, a una forma giuridica in connessione con la ragione politica ma da quella distinta e « non prevaricabile ». L'interdisciplinarietà era « più che altro un metodo, non un'indebita negazione di competenze ». Diritto, politica, economia, benché « fortemente interati », restavano « discipline con contorni definiti, distinti » ⁽⁹⁰⁾. Lungo questo congedo dai manifesti giuridici del decennio Sessanta-Settanta, scivolava fra le mistificazioni da rifiutare quel garantismo che ampia parte della sinistra vedeva agitarsi come uno spettro o un simulacro vanamente osannato. Al tema dedicava ampio spazio Pulitanò che respingeva, distinguendoli, tanto il neo-garantismo professato dai giuristi della nuova sinistra, quanto la formula nostalgica condivisa negli ambienti della sinistra democratica o indipendente. Il primo gli appariva una contraddizione in termini, laddove si pretendeva di scindere due piani viceversa indistinguibili nella teoria classica dello Stato di diritto: il piano delle garanzie e quello, pur sempre necessario, della coercizione, posti fra loro in un'equilibrata comunicazione aderente a quella « cultura istituzionale liberaldemocratica che sta a base della nostra Costituzione ». Nell'altra declinazione, invece, il garantismo veniva difeso quale portato storico irrinunciabile della recente stagione di riforme che però aveva finito con l'assumere, nella percezione di questi giuristi, tratti così catartici da celare loro debolezze e contraddizioni comunque presenti. Per quanto decisivo, quel tempo era ormai trascorso e una meno edulcorante emergenza richiedeva il duro confronto con i fatti. Più che disperdere energie preziose sul garantismo, l'impegno comune doveva volgersi a « costruire, nella e sulla legalità, una nuova qualità e funzionalità della corazza coercitiva dello Stato, più che mai necessaria di fronte ai pericoli che insidiano questa nostra democrazia » ⁽⁹¹⁾.

⁽⁹⁰⁾ L. BERLINGUER, *Editoriale: il problema dello Stato oggi*, ivi, pp. 5-19, in part. pp. 14-18.

⁽⁹¹⁾ PULITANÒ, *La funzione coercitiva*, cit., pp. 141-144.

Coerentemente con le posizioni assunte fin dalla prima fase del dibattito, per i giuristi della sinistra democratica o indipendente anche le ultime leggi speciali andavano invece contestate per il loro deviare sia dai principi costituzionali, sia dai propositi di riforma ormai accantonati. Specialmente il codice di procedura penale, al centro, proprio in quel 1978, di un nuovo progetto preliminare, era peraltro accolto con non poche riserve. Forse anche alla luce dell'auspicato confronto col reale, alcuni vi scorgevano sotto la squisita fattura « il frutto di un sogno illuministico » fuori da una realtà dove venivano « continuamente sfornate novelle legislative, ispirate in senso diametralmente opposto »⁽⁹²⁾. A livello di risposta legislativa, non meno della reiterata dilatazione temporale impressa alla carcerazione preventiva, preoccupava la recente istituzione del carcere speciale. In proposito, « La Questione criminale » ospitava uno studio di Massimo Pavarini sviluppato come recensione al classico di Rusche e Kirchheimer *Punishment and Social Structure*: lo stesso Pavarini ne aveva appena curato, insieme con Dario Melossi, l'edizione italiana. Dopo un'ampia premessa storico-comparativa, il saggio si distendeva sulla situazione dell'Italia contemporanea per mostrare come anche lì il carcere avesse praticamente esaurito la sua missione di controllo e disciplina. Consapevole, il governo stava correndo ai ripari prevenendo una « fuga dalla sanzione detentiva » con politiche clemenziali e di indulto, ipotesi di depenalizzazione, maggior favore alle sanzioni pecuniarie e alle pene accessorie, nonché alla nuova libertà controllata. Unico a sopravvivere sarebbe rimasto proprio l'ultimo arrivato: quel carcere duro che, lungi dal soddisfare il fine costituzionale sotteso alla rieducazione del reo attraverso la pena detentiva, avrebbe più brutalmente mirato all'eliminazione del terrorista, incarnazione estrema e finale del deviante. Da sempre centrale nel disegno progettuale della rivista, il richiamo alla storia smentiva qualsivoglia linea di incivilimento. Come in antico regime, anche il « nuovo contratto sociale », con « le forze democratiche antifasciste, nate dalla resistenza » impegnate « contro gli eversori », aveva « i suoi esclusi », « i suoi rei di *crimen laesae maiestatis* »: nei loro riguardi il potere si dichiarava sciolto da ogni

(92) Così P. NUVOLONE, *Il nuovo codice di procedura penale*, in « IP », XII (1978), p. 147.

vincolo, quindi libero di far valere la sola logica dell'annientamento⁽⁹³⁾.

Con la « tragica vicenda Moro », emblematica della sminuita importanza dell'individuo al cospetto degli apparati, quell'appiattimento del penale sull'ordine pubblico, su cui era tornato a insistere Bricola nel 1977, aveva imboccato la sua preoccupante e irreversibile parabola⁽⁹⁴⁾. Dismesso « il velo della falsa ingenuità », la *controriforma* faceva a meno « delle vecchie idee », dei principi ideologici liberali, « per ottenere il consenso dei più ». « La difesa dello stato democratico, la diga contro la violenza politica » diventavano perciò, nella congiuntura emergenziale, bisogni sufficienti « a legittimare l'arresto della riforma dei codici e l'inversione di marcia delle istituzioni penitenziarie verso il puro custodialismo, del sistema penale nel suo complesso verso una politica di intimidazione e un regime di polizia »⁽⁹⁵⁾. In continuità poi con gli ambienti della nuova sinistra, ma da diversa prospettiva, non venivano lesinate critiche al Pci. Così, mentre « Politica del diritto » contestava l'atteggiamento del partito ostativo al referendum sulla legge Reale⁽⁹⁶⁾, sullo stesso numero de « La Questione criminale » si rimproverava la legittimazione sostenuta dai giuristi della sinistra storica riguardo alla recente legislazione penale sull'ordine pubblico, specie laddove, con interpretazioni risibili, veniva esibita la sua rispondenza alla Costituzione⁽⁹⁷⁾. Intanto, mentre alcuni iniziavano a riconoscere la difficile praticabilità dell'uso *alternativo* del diritto come politica criminale del movimento operaio⁽⁹⁸⁾, in due saggi pubblicati su « Quale giustizia », Giancarlo Scarpari e Salvatore Senese rispondevano criticamente alla necessità di superare le forme di giurispru-

⁽⁹³⁾ M. PAVARINI, « Concentrazione » e « diffusione » del penitenziario. *Le tesi di Rusche e Kirchheimer e la nuova strategia del controllo sociale in Italia*, in « QC », IV (1978), 1, pp. 39-61, in part. pp. 56-58.

⁽⁹⁴⁾ F. BRICOLA, *Intervento a Ordine pubblico e crisi politico-economica*, cit., p. 206.

⁽⁹⁵⁾ *Editoriale*, in « QC », IV (1978), 1, pp. 3-9, in part. pp. 4-5.

⁽⁹⁶⁾ *Editoriale*, in « PD », IX (1978), 3, pp. 221-225, in part. p. 224.

⁽⁹⁷⁾ *Editoriale*, in « QC », IV (1978), 1, p. 5.

⁽⁹⁸⁾ Resisteva invece meglio la formula della *criminologia critica* sostenuta da A. BARATTA, *Criminologia e dogmatica penale. Passato e futuro del modello integrato di scienza penalistica*, in « QC », V (1979), 2, pp. 147-183.

denza *alternativa* praticate dalla magistratura di sinistra quali esperienze storicamente datate o antitetiche alle esigenze di certezza del diritto ⁽⁹⁹⁾. Scarpari, in particolare, rifiutava di liquidare come « dissolutrice » la recente esperienza vissuta dalla cultura giuridica di sinistra che, viceversa, negli anni Sessanta e Settanta si era distinta nella promozione delle libertà e dei diritti, specie sul terreno gius-lavoristico. Tanto la svalutazione dell'uso *alternativo* del diritto e della giurisprudenza *alternativa*, peraltro mai alieni dal rispetto delle forme e della legalità, quanto la critica mossa al garantismo si risolvevano in strumentali operazioni volte a stigmatizzare quanti fra i giuristi non erano convintamente allineati col progetto di governo del Pci.

La distanza col massimo partito della sinistra storica si misurava, infine, nella percezione politica e sociale del fenomeno terroristico. Su un numero speciale de « La Questione criminale », Franco Carinci scioglieva il « martirologio civile e politico » col quale il paese conviveva dal dicembre 1969 all'assassinio di Moro: nove anni circa in cui al vecchio terrorismo nero « spesso anonimo, silente, bombarolo, aselettivo » si sarebbe sostituito, col « turning point collocato intorno al 1974 », il nuovo terrorismo rosso « quasi sempre siglato, discorsivo, uso alla pistola ed al mitra, selettivo », spalmato su almeno due diverse generazioni. Si interrogava quindi sulla genuinità o meno del terrorismo attuale, sull'eventuale presenza di servizi segreti soprattutto internazionali: quelli nostrani erano « usciti disfatti dall'esperienza ambigua fatta col terrorismo nero ». Coglieva « l'amara sorpresa » vissuta dalla sinistra storica nello scoprire come la via più spesso percorsa nella « stessa odissea politica dei brigatisti, dei nappisti uccisi, catturati, processati o comunque identificati » fosse partita dallo stesso Pci o comunque fosse passata attraverso la sinistra extraparlamentare prima di sboccare nella clandestinità armata. Si era così preferito a lungo ripiegare su ipotesi di comodo, come la teoria degli opposti estremismi, senza scavare a fondo nelle cause di un fenomeno comune a tutti e tre i paesi « usciti sconfitti dal secondo conflitto mondiale », subito

⁽⁹⁹⁾ G. SCARPARI, *La nuova serie di Democrazia e diritto*, in « QG », 43-44 (1978), pp. 266-274; S. SENESE, *Istituzione giudiziaria e difesa della democrazia. Relazione al congresso di Magistratura democratica*, in « QG », 47-48 (1978), pp. 699-719.

« interessati da un rapidissimo sviluppo economico » ma « ancora oggi caratterizzati da un lento, faticoso, incompleto processo di assestamento ». Levava, infine, l'invito a impostare una corretta ed efficace politica criminale che non scadesse negli innalzati livelli di violenza legale, a non generalizzare né omogenizzare, bensì a differenziare soprattutto la lotta armata dalle altre forme di dissenso benché affidate a metodi violenti se non a pratiche illegali ⁽¹⁰⁰⁾.

L'auspicio veniva però disatteso il 7 aprile 1979 quando il sostituto procuratore a Padova Pietro Calogero spiccava i clamorosi mandati di cattura per associazione sovversiva e banda armata contro Antonio Negri e diversi altri esponenti di Autonomia operaia ⁽¹⁰¹⁾. Contestualmente, dalla procura di Roma partiva un altro mandato di cattura destinato al solo Negri in cui gli veniva contestato il più grave reato associativo di insurrezione armata contro i poteri dello Stato, ipotizzando un suo coinvolgimento diretto nel rapimento e nell'uccisione di Moro, anche nelle vesti del telefonista che durante il sequestro ebbe contatti con la famiglia. In origine separate, le due istruttorie venivano infine formalmente saldate con un invio di parte degli atti ai giudici romani. In realtà, il troncone padovano dell'inchiesta nasceva già nel marzo del 1977. Allora Calogero, mettendo a frutto una strategia investigativa sperimentata con successo contro i neofascisti del Fronte nazionale della gioventù, aveva riunito tutta una serie di procedimenti per fatti occorsi fra il 1975 e il 1977 indagando, fra ordini di comparizione e di cattura, molti degli imputati poi coinvolti due anni più tardi: in larga parte docenti universitari. In quella circostanza, infatti, per mancanza di riscontri probatori, il procedimento s'era concluso con una richiesta di proscioglimento avanzata dallo stesso pubblico ministero e accolta dal giudice istruttore. Malgrado ciò, Calogero aveva continuato a sviluppare quell'indagine convogliandola peraltro lungo due percorsi tanto inediti quanto antitetici. Oltre al lavoro d'ufficio, condotto nella massima riservatezza del segreto istruttorio, il magistrato, già noto alla cronaca giudiziaria per aver fra i primi intuito la *pista*

⁽¹⁰⁰⁾ F. CARINCI, *Intervento a Terrorismo e stato della crisi*, in « QC », V (1979), 1, pp. 3-125, in part. pp. 72-85.

⁽¹⁰¹⁾ Si rinvia a R. COLOZZA, *L'affaire 7 aprile. Un caso giudiziario tra anni di piombo e terrorismo globale*, Torino, Einaudi, 2023.

nera nelle indagini su Piazza Fontana, non mancava di consegnare alla stampa le tessere del mosaico che giornalmente andava componendo. E, in un'intervista rilasciata al settimanale « Panorama » il 23 maggio 1978, anticipava quello che sarebbe diventato di lì a poco il *teorema Calogero*: « un unico vertice dirige il terrorismo in Italia. Un'unica organizzazione lega le Br e i gruppi armati dell'Autonomia. Un'unica strategia eversiva ispira l'attacco al cuore e alla base dello stato ». Da *cattivo maestro* Negri sarebbe stato il cervello pensante, Curcio il braccio armato.

Subito entrata nel cuore del dibattito sulla legislazione d'emergenza e destinata, anche per la lunghezza del dibattimento, a duratura presenza, l'intricata vicenda giudiziaria incontrava la ferma condanna soprattutto fra i giuristi della sinistra democratica o indipendente. Processo « a mezzo stampa »⁽¹⁰²⁾ ovvero a « trama prestabilita secondo la logica del fumetto »⁽¹⁰³⁾, l'inchiesta 7 aprile deviava platealmente dai principi garantisti e diventava così terreno privilegiato per ribadire, nonostante lo scetticismo dei giuristi filo-Pci, la validità del garantismo nei suoi « elementi teorici e pratici comuni » con un peso « superiore a quello delle differenze »⁽¹⁰⁴⁾. Non diversa la reazione dei giuristi della nuova sinistra: il « dispiegarsi del politico sul giuridico » denunciato dai colleghi era, anzi, già precipitato nella « tendenziale equiparazione tra responsabilità politica e responsabilità penale » inverando « la concezione schmittiana del politico ove l'unica tensione qualificante è quella tra amico e nemico »⁽¹⁰⁵⁾. Decisamente più distaccata e attendista la posizione condivisa dai giuristi della sinistra storica. In risposta ad un articolo di Umberto Eco su « la Repubblica », Pulitanò accoglieva con molte riserve la sensazione diffusa che in sede giudiziaria fossero state criminalizzate idee di puro dissenso politico. Il dubbio se si trattasse « di risposta al terrorismo o di criminalizzazione di un'area intellet-

(102) G. SCARPARI, *Processo a mezzo stampa: il 7 aprile*, in « QG », 51 (1979), pp. 228-292.

(103) P. DUSI, *Il processo « 7 aprile » e la stampa*, in *La magistratura di fronte al terrorismo*, cit., pp. 67-76.

(104) *Editoriale*, in « QC », V (1979, 2), pp. 143-146.

(105) F. STAME, *Crisi, diritto, politica*, in « QP », XVIII (1979), 72-73, pp. 3-14, in part. pp. 11-12.

tuale », si sarebbe sciolto « soltanto all'esito delle indagini »⁽¹⁰⁶⁾. Sempre alle pagine di « Democrazia e diritto » consegnava, invece, un contributo di tutt'altro tenore Marco Ramat. A suo parere, infatti, con l'inchiesta 7 aprile era andato in scena un « grande processo politico ». Processo « difficile » per la complessità del fenomeno eversivo e per il carattere inevitabilmente « indiziario ». Processo iscritto in una sorta di « costellazione polizia » dove le tre figure deputate alla fase istruttoria confondevano e doppiavano i rispettivi ruoli. Processo « ingiusto » sia per l'obiettivo difficoltà del giudice a mostrarsi imparziale, sia per l'annulare spettacolarizzazione e le fughe mediatiche. Ma, soprattutto, processo « impossibile »: lasciato solo nelle sue claustrofobiche convinzioni e spesso anche male accompagnato, il magistrato svolgeva qui una « supplenza giudiziaria ». Vincere « un disegno eversivo dell'intero sistema politico vigente » era compito della politica e di servizi segreti « efficienti, buoni ». A queste condizioni insistere col garantismo, oltretutto mai disgiunto in Italia dal forte timbro inquisitorio, sapeva di puro velleitarismo. Bisognava, piuttosto, insistere sulla riforma del codice processuale e sulla depenalizzazione, riscrivendo da cima a fondo la tavola dei beni giuridici tutelabili.

Eppure, ancora una volta, in una congiuntura segnata da una certa inversione di tendenza nella giurisprudenza costituzionale⁽¹⁰⁷⁾ nonché da un'opinione pubblica che fra l'11 e il 12 giugno 1978 aveva respinto a larga maggioranza il discusso referendum sulla legge Reale, il legislatore tornava ad attestarsi sulla linea dura col decreto-legge 15 dicembre 1979 n. 625. Nuove fattispecie aggravate dalla finalità terroristica nonché nuovi poteri agli organi di polizia, come quel fermo di sicurezza presto abbandonato « senza lasciare soverchie nostalgie »⁽¹⁰⁸⁾, aggiungevano tessere inedite ad un mosaico repressivo già sagomato dalla cattura obbligatoria, dal divieto di libertà provvisoria, dalla dilatazione abnorme della carcerazione

⁽¹⁰⁶⁾ D. PULITANO, *Osservatorio istituzionale. Giustizia penale, garanzie, lotta al terrorismo*, in « DD », XIX (1979), 3, pp. 486-489, in part. p. 486.

⁽¹⁰⁷⁾ Cfr. G. NEPPI MODONA, *La giurisprudenza costituzionale italiana in tema di leggi di emergenza contro il terrorismo, la mafia e la criminalità organizzata*, in *Democrazia e terrorismo*, a cura di T. Groppi, Napoli, Editoriale Scientifica, 2006, p. 86 e ss.

⁽¹⁰⁸⁾ Così GREVI, *Sistema penale e leggi dell'emergenza*, cit., p. 44; cfr. anche RODOTÀ, *La risposta dello Stato al terrorismo*, cit., p. 79.

preventiva. La « costellazione giustizia, nell'esperienza storica vissuta », constatava amaro Ramat, recava « ancora dentro di sé un arcaico senso di infallibilità inquisitoria » (109).

4. « *La soave inquisizione* » (1980-1984).

Coglieva e insieme esasperava lo spirito di quell'affermazione Italo Mereu. Apparentemente ai margini del dibattito, sebbene inserito nel comitato consultivo de « La Questione criminale », lo storico del diritto vi partecipava invero alla sua maniera, con una provocatoria libertà di intervento che ne avrebbe da lì in avanti marcato il tratto fino agli sferzanti trafiletti firmati, dagli anni Ottanta, per « il Sole 24 Ore » con lo pseudonimo Merit. Nell'ottobre 1979 usciva la sua fortunata, quanto controversa, *Storia dell'intolleranza in Europa*. Come egli stesso avrebbe poi precisato nella prefazione alla seconda edizione del 1988, a poca distanza dal nuovo codice di procedura penale, quel libro era stato scritto a partire dal 1974 « come contrappunto ideologico alla legislazione sull'emergenza »: un controcanto stridulo agli *uccellatori di parole* che, accordandosi alla *voce del padrone*, fingevano di « voler salvare lo Stato di Diritto trasformandolo in Stato di polizia » e perpetuavano, così, confuso nel coro di « maschere » diverse nel tempo, « un antico vizio italiano » incapace a nascondere « la fondamentale intolleranza » incistata nel « metodo inquisitorio » (110).

Se, fra il 1974 e il 1975, alcuni giuristi avevano descritto il ricorso alla legislazione emergenziale come una costante nella storia italiana a partire dall'Unità, Mereu imprimeva alla scala cronologica una più larga partitura, risalendone a ritroso i gradini sino alle soglie dell'età moderna, alle radici storiche del metodo inquisitorio di matrice cattolica, vera e parassitaria « talea del sospetto ». La sua consistenza puramente ideale gli garantiva da sempre vita eterna e santa: la *Congregatio Sanctae Inquisitionis haereticae pravitatis*, istituita nel 1542 da Paolo III, non ha rappresentato altro « che una sua contingente in-

(109) M. RAMAT, *Il grande processo politico indiziario. Venti schede per un garantismo effettivo*, in « DD », XIX (1979), 6, pp. 791-808.

(110) I. MEREU, *Storia dell'intolleranza in Europa. Sospettare e punire*, Milano, Bompiani, 1988², pp. VII-VIII. Si cita, però, dalla 1^a ed. Mondadori del 1979.

carnazione storica »⁽¹¹¹⁾. Lungo una « continuità »⁽¹¹²⁾ mai effettivamente interrotta, le leggi speciali degli anni Settanta scandivano solo le ultime oscillazioni del pendolo, in un paese dove la sola unità raggiunta era stata quella dogmatica della Chiesa dei papi e dove, sotto la facciata di una Costituzione appena sfoggiata quale effimero ornamento « nelle feste nazionali », i « sempiterni propositi di riforma penale e processuale » venivano lasciati balenare giusto il tempo di suadenti miraggi, prontamente rinnegati da gattopardesche contro-riforme. Anzi, l'unica riforma penale messa a segno dal « qualunquismo repressivo del sospetto » si risolveva in una comoda *truffa delle etichette*, qualificando « con nomi nuovi istituti vecchi »⁽¹¹³⁾. Quasi a scandire un eterno medioevo, il pendolo, perfezionato nella sua regolarità di moto da quel Galileo su cui tanto si diffondono le pagine di Mereu, fluttuava così, « come prima, più di prima », dal sospetto alla *prevenzione*, dall'eretico al *deviante*, dai fedeli alle *masse*, dal procuratore fiscale al *pubblico ministero*, dai fautores ai *fiancheggiatori*, dall'abiura all'*autocritica*, dal carcere duro al *carcere speciale*, dagli inquisitori agli *inquirenti*. Licenziato quindi nel 1979 sull'onda del decreto Cossiga, il libro di Mereu lasciava affiorare quell'« inconscio inquisitorio »⁽¹¹⁴⁾ che, con il suo retroterra, avrebbe costituito il filtro in larga parte privilegiato dalla cultura giuridica di sinistra nel leggere e restituire gli avvenimenti dell'ultimo nodo emergenziale stretto fra il 1980 e il 1984.

Anno difficile per la fine del compromesso storico e per la marcia dei 40.000, il 1980 recava impressi anche tragici segni: il terremoto nel sud Italia, le infiltrazioni camorristiche nella distribuzione degli appalti pubblici per la ricostruzione, le stragi di Ustica e di Bologna, la recrudescenza della lotta armata. A cadere erano diversi magistrati, obiettivo verso il quale convergevano le molteplici sigle del terrorismo nero e rosso. Fra le vittime: Vittorio Bachelet e Girolamo Minervini, uccisi dalle Brigate rosse, Guido Galli, assas-

⁽¹¹¹⁾ Ivi, p. 447.

⁽¹¹²⁾ Così G. CAZZETTA, *Ricordo di Italo Mereu. Storico del diritto, polemista, uomo libero*, in « Ius 17. Studi e materiali di diritto penale », 2011, pp. 203-211, in part. p. 207.

⁽¹¹³⁾ MEREU, *Storia dell'intolleranza in Europa*, cit., p. 482.

⁽¹¹⁴⁾ *L'inconscio inquisitorio. L'eredità del codice Rocco nella cultura processual-penalistica italiana*, a cura di L. Garlati, Milano, Giuffrè, 2010.

sinato da Prima linea, Mario Amato colpito a morte dai Nuclei armati rivoluzionari. L'omicidio più eclatante restava, però, quello consumato il 28 maggio a Milano nei confronti di Walter Tobagi. Ad assassinare il giornalista del « Corriere della Sera » erano terroristi nuova maniera, giovani di facoltose famiglie milanesi riuniti nella brigata *XXVIII Marzo*. Individuato fra gli esecutori e arrestato in settembre, Marco Barbone iniziava a collaborare con i magistrati. E lo stesso stava accadendo con Patrizio Peci: brigatista di spicco arrestato a Torino dal Nucleo speciale antiterrorismo del generale Dalla Chiesa. Le loro collaborazioni, precedute solo l'anno prima da quelle di Carlo Fioroni nel processo contro Autonomia operaia e di militanti marginali di Prima linea, si iscrivevano nel rovescio della legge Cossiga. Alle rodiate ma insoddisfacenti misure repressive, la legge 6 febbraio 1980 n. 15 sviluppava uno spunto appena accennato nel precedente decreto Moro ⁽¹¹⁵⁾ e aggiungeva misure invece premiali per quegli autori di reati terroristici anche gravi che tenessero comportamenti di segno opposto rispetto alla condotta penalmente illecita, o comunque dimostrassero in concreto la propria resipiscenza in ordine al disegno eversivo e il proprio distacco dalle organizzazioni di appartenenza. Intanto, Peci per le Br e Roberto Sandalo per Pl coinvolgevano con le loro dichiarazioni Marco Donat-Cattin: figlio dell'ex ministro Dc riparato in Francia anche grazie a coperture istituzionali che coinvolgevano lo stesso ministro dell'interno Cossiga. La vicenda, condivisa da altri esponenti democristiani come Taviani e Zaccagnini, metteva in circolo una diversa percezione del fenomeno terroristico: un conflitto generazionale fra padri e figli meritevole, dopo il « parricidio per eccellenza » che era stato l'omicidio Moro, di essere sanato non tanto con la repressione quanto, all'opposto, con la clemenza ⁽¹¹⁶⁾.

Sull'efficacia delle disposizioni premiali convenivano largamente i giuristi di foro. In una lunga intervista concessa a « l'Espresso » nel giugno del 1980, i magistrati da un decennio impegnati

⁽¹¹⁵⁾ Introducendo con l'art. 289-*bis* c.p. il sequestro di persona a scopo di terrorismo o di eversione, il decreto-legge 21 marzo 1978 n. 191 stabiliva per la prima volta un'importante diminuzione di pena per il concorrente che, dissociandosi dagli altri, si fosse adoperato in modo da far recuperare la libertà al sequestrato.

⁽¹¹⁶⁾ Cfr. M. GALFRÉ, *La guerra è finita. L'Italia e l'uscita dal terrorismo 1980-1987*, Roma-Bari, Laterza, 2014, pp. 22-27, in part. p. 23.

nel contrasto alla lotta armata discutevano anche il tema « disertori e amnistia » chiedendosi se, in relazione a fatti gravi come gli omicidi, fosse più sensato optare per le circostanze attenuanti piuttosto che per la non punibilità. L'obiettivo condiviso restava però quello di sconfiggere un terrorismo ancora lungi dall'essere vinto nonostante gli importanti risultati raggiunti dalle forze di polizia, « senza mai cedere alla provocazione » anzi « agendo in conformità alle leggi democratiche del nostro ordinamento » ⁽¹¹⁷⁾.

La stessa altalena « di parziali successi, di tragedie, di problemi più che mai aperti » a scandire « un anno cruciale » come il 1980, costituiva l'avvio di un primo bilancio sulla legge Cossiga che, dalla cattedra, Pulitanò schizzava per « Democrazia e diritto ». Più che per il suo portato rigoristico, colto nel fragile istituto del fermo di sicurezza, la recente legislazione speciale incontrava il plauso del giurista quanto alla nuova e promettente frontiera aperta « dal fenomeno dei cosiddetti terroristi pentiti »: quegli « imputati per delitti di terrorismo che, con le loro confessioni e dichiarazioni, hanno fornito un insostituibile contributo alle operazioni antiterrorismo dell'ultimo periodo ». A quanti, come Ferrajoli, denunciassero l'« origine medievale » delle disposizioni premiali, veicolo non solo di false dichiarazioni decisive nelle condanne anche di innocenti ma altresì lesive della « parità d'armi fra accusa e difesa », egli, oltre a sfatare di nuovo il rischio *germanizzazione* ⁽¹¹⁸⁾, replicava stemperando i pericoli reali con l'oculatezza del legislatore nella costruzione della norma, calibrata sulla combinazione del « massimo di sviluppi col minimo di rischi ». Non era, infatti, sufficiente a concedere il premio il semplice fatto « che taluno abbia parlato, accusando altri (oltre se stesso) ». Occorreva, bensì, « l'esigenza di un oggettivo riscontro d'attendibilità », « un'ulteriore concreta produzione di risultati probatori ». Certo, la « logica inquisitoria » non orientata « all'idea della parità fra le parti processuali » affiorava in tutta la sua « chiara convergenza e connessione funzionale » con altri profili della legislazione emergenziale, soprattutto « con la previsione delle

⁽¹¹⁷⁾ *A nostro modesto giudizio*, in « l'Espresso », XXVI (22 giugno 1980), 25, pp. 30-47, 191-194.

⁽¹¹⁸⁾ In Germania, la proposta introduzione di norme di favore per l'imputato collaborante non era diventata legge.

sommario informazioni di polizia presso l'arrestato o fermato, senza la presenza del difensore ». Eppure si riduceva « ad interessi ed a scelte propri dell'imputato », al di fuori di qualunque « prospettiva autoritaria ». La stessa scelta « fra il tacere e il parlare, e come parlare », restava rimessa « alla libera valutazione dell'imputato ». Ciò bastava a rendere l'istituto della collaborazione con gli organi inquirenti, senza dubbio efficace, anche valido ⁽¹¹⁹⁾.

Appena sfiorato da Pulitanò nel suo contributo, il nesso fra le ultime disposizioni premiali e il « contesto complessivo dell'ordinamento penale » diventava, viceversa, centrale nell'editoriale di un fascicolo de « La Questione criminale » sui cinquant'anni del codice Rocco. Al riparo da « grandi riforme », il codice del 1930 vedeva piuttosto crescergli accanto quell'ingombrante « monosistema costituito dalla legislazione di emergenza » rivolto, da ultimo, a implementare la « pur già esistente normativa a favore dei pentiti ». La cornice costituzionale a fatica costruita intorno si sformava sotto il peso eccessivo attribuito dal disegno di legge sulle « Misure per la difesa costituzionale » del 28 agosto 1981 al puro e semplice « ripudio della lotta armata ». Se, infatti, il codice Rocco « quanto meno si sforzava di ancorare la non punibilità a forme di contro-azione idonee ad elidere (o attenuare) le conseguenze lesive del fatto tipico », adesso l'urgenza di sconfiggere un terrorismo indebolito rafforzava « il convincimento secondo cui la ragione di Stato e le valutazioni di opportunità avrebbero sul terreno della non punibilità o delle norme di favore libero gioco (o quasi) al di fuori da vincoli di natura costituzionale ». Sommandosi alla trasfigurazione, in atto fin dalla legge Reale del giudice in « poliziotto », prendeva così pericolosamente corpo un diritto penale della « fedeltà » sorretto, infine, da un'opinione pubblica che, fra l'« esito inequivocabile del referendum sull'ergastolo » e le pulsioni alla « reintroduzione della pena di morte nell'ordinamento », pareva reclamare « un maggiore terrorismo sanzionatorio » ⁽¹²⁰⁾.

Chi più si sforzava di raffrontare le nuove fattispecie premiali con le ipotesi di ravvedimento già presenti nel codice Rocco era,

⁽¹¹⁹⁾ D. PULITANÒ, *Misure antiterrorismo. Un primo bilancio*, in « DD », XXI (1981), 1-2, pp. 77-98, in part. pp. 86-90.

⁽¹²⁰⁾ *Editoriale*, in « QC », VII (1981), 2, pp. 179-182.

sulla « Rivista italiana di diritto e procedura penale », Tullio Padovani. Muovendo dal *De jure criminali* di Cremani, quindi attraverso una rapida ma efficace incursione nel pensiero penalistico di Beccaria, Bentham e soprattutto Carmignani, sosteneva lì una tesi forte benché dai contorni inquietanti. Un doppio ma invisibile nodo legava la collaborazione alla tortura. Come ad assecondare la più elementare delle leggi fisiche, gli opposti della minaccia e della speranza, della violenza e della mitezza finivano per attrarsi e intercettare la disponibilità del terrorista pentito a confessare. Rispetto al passato, dunque, l'inquisizione « si è fatta soave », ma non per questo rinnegava la sua logica sottile, con l'imputato persuaso « a trasformarsi in mezzo di prova, a rendersi cooperatore attivo della ricerca processuale sotto la pressione di stimoli adeguati »: la stessa logica che, da circa un decennio, si annidava nella legislazione penale d'emergenza ma in un contesto ormai terribilmente normalizzato. Mentre, infatti, l'uso della carcerazione preventiva « quale mezzo di coazione a confessare » e la concessione della libertà provvisoria « in funzione premiale » comunicavano una patologia del sistema, con le recenti disposizioni premiali il legislatore non si peritava neanche più di « celare, dietro il velame della loro natura formale di circostanze o cause di non punibilità, la loro natura funzionale di strumenti processuali di ricerca probatoria »⁽¹²¹⁾.

La tesi sostenuta da Padovani faceva breccia nella cultura giuridica di sinistra. Lavorata ad affilato puntello, diventava nelle mani di molti giuristi strumento prezioso a scarnificare la logica inquisitoria sottesa alle norme sui pentiti. A denunciare i confini sempre più labili fra attività di polizia e attività giudiziaria, la compromessa terzietà del giudice inquirente, l'offuscata dialettica fra le parti nella fase istruttoria. A penetrare, risalendo il filo nascosto delle « innaturali alleanze tra giudice e criminali », la coltre di segreto, « aformalità » e incontrollabilità che, « non tradotta in processi verbali » ma, anzi, « al riparo da occhi e orecchie indiscreti » avvolgeva la « soave inquisizione ». Fino a tracciare un ritratto amaro e impietoso. Da scrupoloso e imparziale valutatore delle prove raccolte nelle prime indagini di polizia,

(121) T. PADOVANI, *La soave inquisizione. Osservazioni e rilievi a proposito delle nuove ipotesi di « ravvedimento »*, in « RIDPP », XXIV (1981), pp. 529-545, in part. pp. 540-542.

il giudice, trovandosi a gestire in luogo dell'autorità politica « un anomalo potere di grazia », mercanteggiava col confidente « offerte premiali », contrattava « confessioni e/o delazioni in cambio di clemenza », attingeva materia viva per istruire nuovi processi, poneva ai suoi imputati una secca e brutale alternativa: « aprire una trattativa con l'inquirente, o subire una condanna durissima », magari preceduta da una lunga carcerazione preventiva. Tutto in assenza di qualsiasi controllo di legalità: « la storia non deve sapere, il cittadino tanto meno » (122).

Il doppio numero speciale che, fra il 1981 e il 1982, « Critica del diritto » dedicava agli ultimi sviluppi dell'inchiesta 7 aprile, dove i giudici « hanno riscritto la storia di una vasta area del dissenso di sinistra aiutati da altri poco attendibili storici, i pentiti » (123), offriva invero ai suoi lettori qualcosa in più. Cupa « opera da Santa Inquisizione », il procedimento su Autonomia operaia, ormai alle soglie delle attese verifiche dibattimentali, diventava osservatorio privilegiato per mostrare la secolare continuità del modello inquisitorio di matrice cattolica. I *calificadores*, « gli esperti dell'Inquisizione spagnola », erano tornati — o, forse, non se ne erano mai andati — ad « estirpare « l'eresia dell'Autonomia ». Forti di una certossina esegesi testuale, provavano che gli imputati « non solo hanno violato l'ortodossia marxista [...] e sono quindi indegni di partecipare alla comunità comunista, ma sono anche responsabili dei peccati che, sotto l'influenza diabolica delle loro idee, altri hanno commesso » (124). Incompatibili con la civile convivenza, come gli untori della Colonna infame, i dissidenti confusi ai terroristi restavano vittime dello stesso antico circolo vizioso che *Il nome della rosa* di Eco uscito nel 1980 ora rispolverava al largo pubblico: « spesso sono gli inquisitori a creare gli eretici. E non solo nel senso che se li figurano quando non ci sono, ma che reprimono con tanta veemenza la tabe eretica da spingere molti a farsene partecipi, in odio a loro » (125).

(122) A. BEVERE, *Sul diritto penale*, in « CD », VII (1981), 21-22, pp. 19-28, in part. pp. 20-22.

(123) *Introduzione*, in « CD », VII-VIII (1981-1982), 23-24, pp. 5-8, in part. p. 7.

(124) A. BEVERE, *Un processo nello scacchiere della democrazia autoritaria*, ivi, pp. 73-82, in part. pp. 81-82.

(125) F. MISIANI, *La colonna infame*, ivi, pp. 83-90, in part. p. 83.

Intanto, mentre in quello stesso biennio le Brigate rosse eleggevano il sequestro a strategia della loro parabola discendente e reagivano alle defezioni interne colpendo dentro come fuori dalle carceri gli infami ⁽¹²⁶⁾, nell'ottobre del 1981, a Viterbo, durante un processo a militanti di Prima linea, in mezzo all'ormai abituale sfilata di pentiti, si inseriva un episodio anomalo. Uno degli imputati, Roberto Vitelli, ammetteva la sua responsabilità e condannava la lotta armata. Ciò nonostante, rifiutava di collaborare, convinto « che fare il pentito » non servisse a niente, soprattutto a comprendere davvero « il fenomeno eversivo e sconfiggerne la logica sanguinaria » ⁽¹²⁷⁾. Veniva così condannato all'ergastolo diversamente dalla reclusione a tredici anni inflitta, in applicazione delle norme premiali, al pentito Michele Viscardi. La palpabile disparità di trattamento sanzionatorio palesava i limiti della legge Cossiga, indifferente a distinguere dal collaboratore la figura in parte distinta del dissociato: limiti che neppure la successiva legge 29 maggio 1982 n. 304 superava. Calibrata in fase di disegno sui due percorsi differenziati della collaborazione e della dissociazione, il testo era stato infine stravolto, con l'avallo anche del Pci e della sinistra indipendente, privilegiando ancora una volta i comportamenti collaborativi. Anzi, la concessione della libertà provvisoria favoriva quei soli pentiti che avessero apportato alle indagini un contributo di « eccezionale rilevanza ». Per la seconda volta nella vicenda della legislazione penale d'emergenza sul terrorismo si era riusciti a fare « peggio del codice Rocco ». Il guardasigilli del fascismo, nella sua relazione al re sul codice penale del 1930, riferendosi alle ipotesi di non punibilità degli artt. 308 e 309, annoverava fra « i modi in cui l'esecuzione del delitto-fine può essere impedita » la « sana resipiscenza di taluni fra gli stessi colpevoli », anche in assenza di delazione ⁽¹²⁸⁾.

Questa e altre criticità della nuova legge sui pentiti erano colte, nell'imminenza della sua approvazione, da Ferrajoli in un articolo pubblicato sulla rivista che, proprio in quel 1982, mutava intitola-

⁽¹²⁶⁾ In particolare, i sequestri del giudice D'Urso, dell'assessore campano Cirillo, di Roberto Peci, del generale Nato Dozier.

⁽¹²⁷⁾ *Al processo contro Prima Linea nasce la figura del « dissociato politico »*, in « Il Giornale d'Italia », 20 ottobre 1981.

⁽¹²⁸⁾ M. BOATO, *Sinistra storica e nuova sinistra davanti al fenomeno del terrorismo*, in *La magistratura di fronte al terrorismo*, cit., pp. 98-107, in part. pp. 105-106.

zione da « Quale giustizia » a « Questione giustizia ». Non si discuteva tanto dell'indubbia efficacia registrata dalle norme premiali. Certo, di fronte al rischio « della calunnia volontaria » restava debole argine la previsione che le deposizioni degli imputati pentiti dovessero trovare conferma in riscontri probatori. Una cosa, infatti, erano i principi, altra cosa le prassi che, « presso moltissimi giudici », continuavano a inverare « l'antico valore » inquisitorio « della confessione come obiettivo primario del processo e regina delle prove ». Ma lasciava increduli la brusca inversione che il testo della legge aveva subito in ordine alla dissociazione *silenziosa* ipotizzata nel disegno iniziale: esclusi i delitti più gravi, si accordava la non punibilità a quanti avessero disciolto l'organizzazione oppure si fossero ritirati senza opporre resistenza e abbandonando le armi, restii, per paura o per convinzione, a collaborare con gli inquirenti. Nella formulazione definitiva della norma, la non punibilità restava comunque subordinata al fornire ogni informazione sulla struttura e sulla organizzazione dell'associazione o della banda, fino al paradosso di rendere non applicabili in tema di terrorismo le ipotesi di dissociazione già previste dagli artt. 308 e 309 del codice Rocco. Tornavano, infine, a preoccupare le distorsioni che pure quest'ultima legge speciale imprimeva al « delicato sistema di garanzie » alla base del « corretto processo » modellato « dalla tradizione giuridica liberale ». Non solo usciva indebolito il principio di stretta legalità e capovolta la proporzionalità della pena alla gravità del reato e al grado di colpevolezza e responsabilità, dovendosi di fatto distinguere fra pentiti grandi e piccoli. Più grave ancora era la degenerazione del processo penale a « modello triadico » in quel che Franco Cordero definiva « stile processuale monologante »: l'equilibrata dialettica fra accusa, difesa e giudice cedeva il posto al « soliloquio accusatorio del giudice inquisitore » nel corale obiettivo « di formare l'accusa » coerentemente con la logica della soave inquisizione e, cioè, affidandosi ai premi e alle promesse come raffinati strumenti di « pressione sulla coscienza e sulla volontà dell'imputato, soprattutto se detenuto » ⁽¹²⁹⁾. E, talvolta, non solo a quelli.

⁽¹²⁹⁾ L. FERRAJOLI, *Ravvedimento processuale e inquisizione penale*, in « QG », I (1982), 2, pp. 209-225.

Il confine fra soavità e violenza dell'inquisizione, come già nella ferma intuizione di Padovani, era labile e sottile. Lo paventava Ferrajoli, che chiamava in causa « la responsabilità intellettuale e professionale dei giuristi » invitandoli a non lasciar cedere « le ragioni del diritto » a quelle « dell'efficienza e dell'emergenza ». Lo paventava pure Francesco Misiani quando intravedeva nel « pentimento coatto » il filamento che legava insieme la prima all'ultima delle leggi speciali sul terrorismo. In particolare, il combinato disposto fra le norme premiali e le sommarie informazioni senza la presenza della difesa, « nel porre al centro, ancora una volta come nel passato, la confessione del reo », favoriva certe « pratiche di tortura », non solo psichica, che stavano drammaticamente venendo a galla ⁽¹³⁰⁾.

« In Italia c'è la tortura? », titolava un'inchiesta su « l'Espresso » del 21 marzo 1982 a margine del processo in corso a Verona contro i carcerieri del generale James Lee Dozier, sequestrato dalle Brigate rosse a dicembre dell'anno prima e liberato appena un mese dopo dal Nucleo operativo centrale di sicurezza coordinato da Umberto Improta. Uno degli imputati, Cesare di Leonardo, dichiarava in aula di aver subito torture e ne esibiva le tracce. Aggiungeva, quindi, che anche i suoi ex compagni Antonio Savasta, capocolonna, Emanuela Frascella e Giovanni Ciucci avevano « sofferto pesanti sevizie » ma tacevano « per rispettare il loro ruolo di pentiti ». Altre storie inquietanti affioravano in quei mesi fra l'inchiesta giornalistica e il drammatico dibattito alla Camera, intervallate financo da un intervento di Amnesty International. La storia di Giuseppe Vasco, « legato braccia e gambe con una corda » e « semisoffocato mediante la somministrazione di acqua, sale, olio di ricino e terra ». Quella di Giustino Cortiana, « tenuto nudo sull'atenti per ore e picchiato ». Quella di Anna Rita Marino, « tenuta per una notte ammanettata al termosifone », quindi « portata all'aperto », forse in una pineta dove, « denudata e picchiata alla pancia e al pube con un bastone », le venivano « torti i capezzoli con una specie di tenaglia » ⁽¹³¹⁾. Anni dopo si saprà che, per liberare

⁽¹³⁰⁾ F. MISIANI, *Il pentimento coatto*, in *La magistratura di fronte al terrorismo*, cit., pp. 108-115, in part. p. 111.

⁽¹³¹⁾ *In Italia c'è la tortura?*, in « l'Espresso », XXVIII (21 marzo 1982), 11, pp. 6-13.

Dozier, i vertici del Viminale avevano avallato la creazione di una squadra specializzata nell'interrogatorio duro con acqua e sale, andati assolti da responsabilità nei successivi procedimenti ⁽¹³²⁾. Nelle parole del funzionario che ne era a capo, Nicola Ciocia, alias professor *De Tormentis*, bisognava « avere stomaco per ottenere risultati con un interrogatorio ». Bisognava « far sentire l'interrogato sotto il tuo assoluto dominio ». In fin dei conti, « la lotta al terrorismo non si poteva fare con il codice penale in mano » ⁽¹³³⁾. Dichiarazioni non molto diverse erano state rilasciate al tempo da un agente coinvolto nella liberazione di Dozier e che, anzi, aggiungevano particolari inquietanti sul prezzo di tanti pentimenti. Era sufficiente con l'interrogato usare tecniche precise che saldassero soavità e violenza: « lo assali, lo demoralizzi, ti mostri comprensivo, gli fai un ricatto morale, gli dai l'impressione che ormai sai tutto ». La maggioranza delle collaborazioni, concludeva, « ché io ai pentimenti ci credo poco, sono nate così »: spontanee all'apparenza ma, nella segreta sostanza, psicologicamente o fisicamente coartate. La realtà che il velo del doppio celava era molto diversa dalle parole pronunciate in quei giorni alla Camera dal ministro dell'interno Rognoni. Sul piano del visibile, pentimento e dissociazione, da ascrivere alla « coerenza democratica del Governo » ⁽¹³⁴⁾, scandivano il conto alla rovescia della lotta armata quando, sul piano del potere invisibile, « il nostro secolo » guadagnava « la gloria di dar vita a forme raffinate di tortura mentale » ma gabellate « per regolari e legittimi interrogatori di polizia », con « un impudente stravolgimento di concetti a cui la coscienza giuridica e il senso di responsabilità degli uomini d'un tempo s'erano già ribellati senza mezzi termini e senza incertezze » ⁽¹³⁵⁾.

Anche per ovviare all'arresto dei poliziotti coinvolti nelle torture ai brigatisti, la legge 18 agosto 1982 n. 532 istituiva il

⁽¹³²⁾ 'Così torturavamo i brigatisti', in « l'Espresso », LVIII (12 aprile 2012), 15, pp. 70-72.

⁽¹³³⁾ "Sono io l'uomo della squadra speciale anti Br", in « Corriere della Sera », 10 febbraio 2012.

⁽¹³⁴⁾ Cfr. sul punto GALFRÉ, *La guerra è finita*, cit., pp. 72-74.

⁽¹³⁵⁾ Così P. Fiorelli in un passo richiamato da MEREU, *Storia dell'intolleranza in Europa*, cit., pp. 485-486. Sul potere invisibile, si rinvia a N. BOBBIO, *La democrazia e il potere invisibile*, in ID., *Il futuro della democrazia*, Torino, Einaudi, 1984, pp. 85-113.

Tribunale della libertà ⁽¹³⁶⁾. I risultati iniziali poco incoraggianti smorzavano appena, nel commento di Francesco Greco pubblicato su « Critica del diritto » nel 1983, « il clima da Santa Inquisizione » che animava ormai il processo penale. Come in passato si erano teorizzati e praticati l'arresto preventivo e la segregazione cellulare al fine di « favorire la confessione e/o la delazione ed impedire il passaggio alla tortura », così « la mera custodia preventiva ma soprattutto il carcere duro », unitamente alla minaccia e all'effettività della tortura, definivano sempre più un « meccanismo unitario di produzione della collaborazione ». Quanto a dire: « Persistendo il reo nella negativa si farà spogliar e legar alla corda » ⁽¹³⁷⁾. Ombre sempre più cupe si addensavano sulla realtà giudiziaria recente, con magistrati avvezzi a indagare nella coscienza e nel pensiero » di imputati forzati a confessare a colpi di carcerazione preventiva, mentre i giuristi avrebbero dovuto mostrarsi vigili « sui livelli di civiltà giuridica » nel paese. Anche fra quelle ombre, in fondo, si stava consumando, parallelo all'eversione terrorista, un momento « eversivo rispetto all'ordinamento costituzionale » ⁽¹³⁸⁾.

Intanto, l'inchiesta 7 aprile, giunta finalmente a dibattimento nel marzo del 1983, tornava a far discutere i giuristi; soprattutto su « Democrazia e diritto » che aveva in parte rivisto le sue posizioni al principio degli anni Ottanta con la fine della solidarietà nazionale e il ritorno del Pci all'opposizione. Dalla sponda legittimista, invece, il giudice Tamburino mostrava piena e convinta solidarietà al collega Calogero, smontando artificio dopo artificio lo « spettacolo pirotecnico » innalzato negli ultimi anni attraverso il concetto, fumoso quanto misterioso, di garantismo. I difetti, che pure non erano mancati, si annidavano però non nel troncone padovano dell'inchiesta, bensì nella prassi diffusa alla procura romana « di elevare imputazioni gravissime al fine di preconstituire, negli eventuali conflitti di competenza, il marchingegno per attirare nella capitale le

⁽¹³⁶⁾ Cfr. V. GREVI, *Custodia preventiva e garanzie individuali: una prima svolta dopo l'emergenza*, in *Tribunale della libertà e garanzie individuali*, Bologna, Zanichelli, 1983, in part. p. 50.

⁽¹³⁷⁾ F. GRECO, *Amministrazione/giurisdizione, oggi*, in « CD », X (1983), 29-30, pp. 36-54, in part. pp. 53-54.

⁽¹³⁸⁾ A. BEVERE, *Processo penale e delitto politico, ovvero della moltiplicazione e dell'anticipazione delle pene*, in « CD », IX (1983), 29-30, pp. 55-73, in part. pp. 72-73.

inchieste scomode, con la tacita intenzione di ridimensionarle in corso di processo». D'altronde, anche alla luce delle esperienze giudiziarie recenti, il « mito della spontaneità-genuinità » delle sigle terroristiche cedeva alla documentata presenza di un « doppio livello » con « propaggini ambigue della clandestinità » ad accomunare, pur nelle diversità, il rosso col nero: come Giovanni Senzani, legato a « mondi apparentemente agli antipodi »: le Br, il ministero di grazia e giustizia, la camorra napoletana ⁽¹³⁹⁾.

Al « sospetto di manovra e strumentalizzazione » accennava pure Ramat, riguardo al pentito Fioroni che, « specie per le imputazioni di sangue », non era mai comparso in dibattimento, « reso irreperibile ad opera dei servizi di sicurezza avallati dal Presidente del consiglio in carica ». Assai più critico e amaro, però, quasi a proseguire un discorso intrapreso qualche anno prima, era il commento sulla sentenza del processo, pronunciata il 12 giugno 1984. Confortati dai tempi lunghi di una carcerazione preventiva « inconstituzionale » e « disumana » — e, tuttavia, paradossalmente decisiva a calmierare condanne altrimenti esemplari — giudici improvvisatisi storici avevano finito per convincersi dei loro fragili teoremi entro una « clausura processuale » che continuava, malgrado certi segnali, a lasciarli impermeabili all'emergenza e alle sue logiche, quando intanto, « fuori, le cose cambiavano ». Il fatto che l'inedito atteggiamento rispettoso delle regole processuali assunto dagli imputati venisse liquidato « come strategia precostituita, al fine di inganno » tornava ad evocare seicenteschi processi per stregoneria: un retroterra inquisitorio che, intrecciando il tribunale col confessionale, non risparmiava neppure la resa stessa dei terroristi. Ben più « che suggestiva scenografia », la consegna delle armi da parte dei Comunisti combattenti per la rivoluzione all'arcivescovado di Milano mostrava il ruolo forte ritagliato dalla Chiesa verso militanti pentiti o dissociati, all'ombra di uno Stato che, se pure infine aveva perdonato, lo aveva fatto « sicuramente male », mosso solo da un deprecabile « intento di scambio » ⁽¹⁴⁰⁾.

⁽¹³⁹⁾ G. TAMBURINO, *Il 7 aprile e la storia politica del terrorismo*, in « DD », XXII (1983), 4, pp. 65-80, in part. pp. 56, 68, 72, 74-75.

⁽¹⁴⁰⁾ M. RAMAT, *Le sbarre del « 7 aprile »*, in « DD », XXIV (1984), 4, pp. 147-163.

Se per qualcuno persino curiose coincidenze di luoghi e di destini individuali tenevano saldo il filo mai interrotto con la Controriforma ⁽¹⁴¹⁾, per altri non tanto il pugno di ferro ma proprio la « logica premiale » aveva accelerato, e nel « sostanziale rispetto delle esigenze di legalità » ⁽¹⁴²⁾, l'esaurirsi del terrorismo. Alla crisi che il pentitismo apriva nella coscienza del singolo andava comunque sommata la generale crisi di coscienza collettiva vissuta da quanti avevano intravisto nella lotta armata la via ideale e pratica ad « aprire una crepa nel muro »: convinzione infine frustrata dalle profonde trasformazioni nelle condizioni politiche, economiche e sociali del paese. Forse non per caso le riviste specialistiche che dal 1974 avevano animato il dibattito nella cultura giuridica di sinistra sulla legislazione penale d'emergenza cessavano le pubblicazioni o mutavano titolo e pelle. L'edonismo craxiano, fra la corruzione magnificata a sistema e il riflusso dell'impegno nel privato, sospingevano le « masse dei giovani a rientrare enigmaticamente nell'ordine, pur conservando visibilmente i segni traumatici della rivolta di qualche anno prima ». Se davvero il terrorismo era stato anche un conflitto generazionale, condannando i loro padri quei giovani si erano preclusi con quelli « un rapporto dialettico, attraverso cui superarli, andare avanti ». Ostentando il rifiuto, « i giovani si trovarono fermi nella storia ». E ciò « implicò, fatalmente, un regresso » ⁽¹⁴³⁾.

Del resto, mancava ancora, dai giudici e dalle forze politiche, un segnale di fuoriuscita dall'emergenza davvero « nitido, maturo, sereno ». Come pure mancava un « lavoro di fondo sulla ricostruzione degli anni di piombo » ⁽¹⁴⁴⁾ la cui dilazione poteva avere per caro prezzo il sopravvivere della logica emergenziale nei processi in corso e negli altri a venire. Così, quasi ad inverare la diagnosi, nel 1983 col ministro della giustizia Martinazzoli, studioso « della strepitosa attualità della storia della colonna infame » ⁽¹⁴⁵⁾, la riforma del codice processuale aveva appena ripreso quota che già allarmava

⁽¹⁴¹⁾ Cfr. A. PROSPERI, *Terrorismo italiano. Le porte di entrata e di uscita*, in « Passato e presente », 33 (2015), 96, pp. 158-166, in part. p. 163.

⁽¹⁴²⁾ GREVI, *Sistema penale e leggi dell'emergenza*, cit., p. 54.

⁽¹⁴³⁾ PASOLINI, *Petrolio*, cit., Appunto 59, p. 281.

⁽¹⁴⁴⁾ RAMAT, *Le sbarre del « 7 aprile »*, cit., pp. 160, 162.

⁽¹⁴⁵⁾ M. MARTINAZZOLI, *Attualità della storia della colonna infame*, Atti del convegno manzoniano, Milano, Azzate, 1987, p. 22 e ss.

un'altra emergenza: quella mafiosa in Sicilia e nel napoletano. All'uscita dal tunnel della lotta armata, una nuova e tragica sequenza di gallerie avrebbe esteso ancora a lungo, insieme con le ombre delle leggi speciali, la notte della repubblica. Il 23 dicembre 1984, una bomba nella galleria di San Benedetto Val di Sambro uccideva sedici persone e ne feriva oltre trecento. Reazione di Cosa nostra alla collaborazione dei pentiti Buscetta e Contorno, ultimo o nuovo capitolo nella stagione delle stragi, la violenza del rapido 904 si compiva su un paese lacerato e mutato nel profondo: una mutazione mai nata virtuosamente dal basso bensì calata da un indefinito alto sopra una società irreversibilmente depredata della sua coscienza ⁽¹⁴⁶⁾. Quelli che invece non si rassegnavano a mutare erano i segni, *doppi*, di una ormai « perenne emergenza » ⁽¹⁴⁷⁾.

⁽¹⁴⁶⁾ Cfr. P.P. PASOLINI, *Perché il processo*, in « Corriere della sera », 28 settembre 1975.

⁽¹⁴⁷⁾ Cfr. S. MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2000.

*Il lungo medioevo del voto cittadino:
pratiche e modelli*

LUCA MANNORI

INTRODUZIONE

1. Non è una novità che negli ultimi anni la storiografia elettorale si sia impegnata ad allargare di molto lo spettro cronologico dei propri interessi. Nata e a lungo fortemente radicata sul terreno della contemporaneità, essa ha poco per volta esteso il proprio sguardo a ritroso, verso esperienze del tutto estranee all'ambito della tradizione rappresentativa solitamente indicata come 'moderna'. Elezioni regali altomedievali; pratiche selettive delle città antiche o del medioevo ecclesiastico; sistemi designativi propri del mondo urbano tardomedievale e rinascimentale — sono ambiti di questo genere a cadere sempre più spesso sotto la lente di storici pur mossi da domande e curiosità non poi troppo diverse da quelle dei loro colleghi impegnati a lavorare su fasi ben successive del tempo. A prendere corpo è insomma ormai un approccio alla storia elettorale e rappresentativa di lungo o lunghissimo periodo, in cui le ragioni profonde degli assetti moderno-contemporanei vengono cercate interrogando un passato anche molto risalente rispetto ai primi e spesso del tutto disconnesso da essi (1).

(1) A dare un'idea di questo trend è sufficiente una scorsa ai titoli di alcune ricerche collettanee uscite negli ultimi anni: *Elections before democracy. The history of elections in Europe and Latin America*, ed. E. Posada-Carbó, London, MacMillan Press, 1996; *Elections et pouvoirs politiques du VIIe au XVIIIe siècle*, sous la dir. de C. Péneau, Pompignac, Bière, 2008; *Consensus et représentation. Le pouvoir symbolique en Occident, 1300-1640*, sous la dir. de J.P. Génét, D. Le Page, O. Matteoni, Publications de la Sorbonne-Ecole française de Rome, 2017; *Cultures of voting in pre-modern Europe*, ed. by S. Ferente, L. Kunčević, M. Pattenden, London-New York, Routledge, 2018; *Political representation in the Ancien Régime*, ed. by J Albareda, M. Herrero Sánchez, London-New York, Routledge, 2019; *Histoires d'élections. Représentation et usages du vote de l'Antiquité à nos jours*, sous la dir. de C. Le Digol, V. Hollard, C. Viollot, R. Barat, Paris, CNRS Editions, 2018; *Sortition and democracy. History Tools Theories*, ed. by L.

Aperta prima ancora che dagli storici dai filosofi della politica e dai suoi analisti ⁽²⁾, questa *nouvelle vague* storiografica si configura sicuramente come un riflesso di quella cosiddetta crisi della democrazia rappresentativa che sta mutando da capo a fondo la nostra percezione della politica. Fondata o meno che sia, la diffusa sensazione che con la fine del Novecento l'Occidente sia entrato in una fase della sua esperienza democratica decisamente discontinua rispetto a quelle che esso aveva precedentemente attraversato spinge a smarcarsi da un'idea della democrazia stessa come esito di un processo genetico ascendente e progressivo, implicitamente destinato ad un perfezionamento indefinito ⁽³⁾. Quella « audience democracy » in cui siamo immersi da almeno una quarantina d'anni, infatti, potrebbe non essere più soltanto una delle varie « metamorfosi » subite dal governo rappresentativo nel corso della sua ormai lunga vicenda ⁽⁴⁾, ma corrispondere ad un più o meno radicale superamento di quest'ultimo. Essa potrebbe coincidere già, per esempio, con una « post-democrazia » di segno al tempo stesso populista e tecnocratico, nella quale si estinguerebbe completamente la fondamentale *responsiveness* propria del rapporto elettorale moderno ⁽⁵⁾; oppure introdurci ad una 'contro-democrazia' fondata sulla rabbiosa e sistematica sfiducia degli elettori verso i loro stessi eletti ⁽⁶⁾; o ancora, preludere ad una « democrazia sfigurata », in cui il collasso dei partiti organizzati porterebbe a archiviare quella dimensione autenticamente pubblica del dibattito politico che dal

Lopez-Rabatel, Y. Sintomer, Exeter, Imprint Academy, 2020; *La représentation avant le gouvernement représentatif*, sous la dir. de S. Hayat, C. Peneau, Y. Sintomer, Presses universitaires de Rennes, 2020.

⁽²⁾ Cfr. ad es. B. MANIN, *Principi del governo rappresentativo* (1995), trad. it. Bologna, il Mulino, 2010, e Y. SINTOMER, *Petite histoire de l'expérimentation démocratique. Tirage à sort et politique d'Athènes à nos jours*, Paris, La Découverte, 2011.

⁽³⁾ Per una critica a questa sorta di precomprensione storiografica, cfr. già R. ROMANELLI, *Electoral systems and social structures. A comparative perspective*, in *How did they become voters? The history of franchise in modern European representation*, a cura dello stesso, La Hague-Boston-New York, Kluwer Law International, 1992, spec. pp. 2-3.

⁽⁴⁾ Secondo la lettura offerta appunto da MANIN, *Principi del governo rappresentativo*, cit., pp. 242-260.

⁽⁵⁾ C. CROUCH, *Postdemocrazia*, trad. it. Roma-Bari, Laterza, 2003.

⁽⁶⁾ P. ROSANVALLON, *La Contre-Démocratie. La politique à l'âge de la défiance*, Paris, Seuil, 2006.

Settecento in avanti ha sempre costituito l'indispensabile complemento del secco momento elettorale (7). Quale che sia, del resto, il valore di queste prognosi, la democrazia rappresentativa che conosciamo tende sempre più a presentarsi non più in termini olistici ed assoluti, ma come uno dei casi di un vasto campionario di « electoral cultures ». Aperto ad accogliere una quantità di esperienze elettorali pregresse ed a restituire la logica interna ad ognuna di esse, un tale catalogo non punta ad ordinarle secondo gerarchie di valore predefinite o ancor meno a indicare nella 'elettività dei moderni' il punto di fuga di un qualche processo di sviluppo a carattere generale. Esso stimola piuttosto a ripensare la natura dell'atto elettorale moderno-contemporaneo in una prospettiva esterna ad esso, capace di coglierne meglio certi tratti che tendono a sfuggirci finché lo si assuma ad oggetto di un'attenzione esclusiva o troppo ravvicinata.

I saggi qui proposti, in particolare, riguardano una tra le più ricche e longeve di queste culture di voto premoderne, quale quella degli ordinamenti comunali e post-comunali italiani tra la fine del medioevo e il primo Ottocento. Si tratta di un campo di studi già molto arato, ma di cui siamo ancora lontani dal possedere un quadro d'insieme, capace di mappare le varie tradizioni e di avviare una comparazione critica tra i rispettivi percorsi. Le spigolature che qui proponiamo, relative a quell'area toско-veneto-lombarda corrispondente a una porzione essenziale di questa Italia delle città, provano a fornire qualche elemento ulteriore per procedere in tale direzione. Prima ancora, però, esse offrono un affaccio su un modo di concepire la partecipazione elettorale così lontano da quello che ci è abituale da stimolare, per questa ragione soltanto, una certa curiosità anche in un lettore non specialista. Il carattere marcatamente esotico di questo paesaggio, in effetti, spinge immediatamente a interrogarci, per differenza specifica, sui caratteri fondanti del *nostro* modo di intendere il voto e di viverlo nella sua dimensione istituzionale. Un modo che sembra quasi suscettibile di essere definito *a contrario* rispetto al tipo di esperienza premoderna di cui si occupano le pagine seguenti.

(7) N. URBINATI, *Democrazia sfigurata. Il popolo tra opinione e verità* (2014), trad. it. Milano, EGEE, 2016.

Chiunque sfogli in effetti la letteratura costituzionale contemporanea apprende immediatamente come la « propriété principale » del voto elettorale consista nell'« obliger par la puissance d'un consentement » (8). Comunque costruito, cioè, un qualsiasi rituale elettorale dei nostri giorni trova il suo specifico nel legittimare gli eletti tramite una manifestazione di volontà da parte dei cittadini: i quali, nell'atto in cui compiono una scelta tra i vari pretendenti al governo, esprimono anche una implicita 'promessa di obbedienza' nei confronti di questi ultimi, rinviando ad una sorta di sottostante rapporto contrattuale tra loro stessi e i propri governanti (9).

Manifestamente debitrice della tradizione giusnaturalista settecentesca, che fece appunto del consenso, in termini generali, la condizione dell'obbedienza, questa declinazione dell'atto elettorale era già contenuta *in nuce* in tutto quel grande filone della cultura tardo-medievale che si raccordava all'esperienza dello Stato per ceti e che trovava a sua volta le proprie matrici originarie nelle mutue obbligazioni proprie del rapporto feudale-vassallatico. E tuttavia tale filone, all'ombra del quale nascono e si sviluppano le grandi assemblee parlamentari premoderne (10), resta estraneo allo sviluppo delle pratiche rappresentative interne al mondo corporativo cittadino, tanto in Italia come nel resto del continente (11). Ad adottare una nozione di rappresentatività compatibile con la nostra idea del voto come strumento generativo di un obbligo sono state solo le costituzioni a base 'dualistica' — quelle cioè in cui il potere veniva esercitato in regime di collaborazione tra un monarca ed una certa porzione della società organizzata, che egli chiamava a condividere con lui determinate responsabilità. In contesti del genere, i rappre-

(8) O. IHL, *Le vote*, Paris, Montchrestien, 2000², p. 63: « sous son emprise, les participants habilitent une décision à laquelle ils se révèlent attachés car elle les lie à son propre résultat ».

(9) MANIN, *Principi del governo rappresentativo*, cit., p. 99.

(10) Sulle quali si può vedere ora, in termini complessivi, M. HÉBERT, *Parlementer. Assemblées représentatives et échange politique en Europe occidentale à la fin du Moyen Age*, Paris, Ed. De Boccard, 2014.

(11) La presa d'atto di questa radicale duplicità morfologica dei regimi rappresentativi premoderni, urbani e territoriali, è ben presente in tutta la storiografia sul tema (in sintesi, J. THÉRY, *Moyen âge*, in *Dictionnaire du vote*, sous la dir. De P. Perrineau, D. Reyné, Paris, PUF, 2001, pp. 667-678).

sentanti dei sudditi erano convocati proprio per consolidare ed accrescere la sfera di dominio del principe tramite l'espressione del loro consenso alle sue politiche: un effetto, questo, che sarebbe mancato del tutto se la designazione di quei rappresentanti non si fosse abbinata ad un impegno preventivo dei rispettivi elettori (chiunque essi fossero) a riconoscere la piena efficacia delle nuove obbligazioni da essi assunte di fronte al sovrano. Eleggere un deputato, in sostanza, significava in questo contesto accendere un rapporto di mandato tra elettori ed eletti ed assicurare così che gli impegni contrattuali sottoscritti dai secondi potessero trasferirsi in capo ai primi. È appunto questo carattere che ha fatto da sempre riconoscere nella elettività dei proto-parlamenti l'antecedente remoto delle costituzioni rappresentative moderne ⁽¹²⁾.

La costituzione cittadina, al contrario, affidando il suo auto-governo alla cittadinanza stessa, non rinviava ad alcun impianto dualistico e non lasciava spazio perciò, quantomeno al proprio interno, a nessuna forma di rappresentanza procuratoria. La città traeva sì dal proprio seno i consigli e i magistrati che l'amministravano, ma senza concepirne i componenti come i delegatari delle proprie parti costitutive né tantomeno come gli emissari dei singoli cittadini. Coloro che sedevano in quelle istituzioni rappresentavano la città semplicemente perché occupavano quella specifica parte del corpo collettivo deputata dagli statuti a 'stare per' il tutto e quindi a formare la volontà complessiva dell'ente. Per usare il linguaggio della dottrina corporatista valorizzato da Hasso Hofmann, la loro non era una « repraesentatio potestatis », generata dal conferimento di un incarico da parte di terzi, ma una « repraesentatio identitatis », conseguente al dato oggettivo di ricoprire un certo ruolo all'interno dell'*universitas* (il rappresentante e la comunità rappresentata si trovavano in quella relazione « corpus-caput » che faceva del secondo l'organo pensante e loquente della prima) ⁽¹³⁾. Un rapporto del genere, quindi, non solo non implicava, per essere costituito, il

⁽¹²⁾ Così, ancora per tutti, H. HINTZE, *Condizioni storiche generali della costituzione rappresentativa* (1928), in Id., *Società e Stato*, a cura di P. Schiera, Bologna, Zanichelli, 1982, pp. 102-137.

⁽¹³⁾ H. HOFMANN, *Rappresentanza e rappresentazione. Parola e concetto dall'antichità all'Ottocento* (2003), trad. it. Milano, Giuffrè, 2007, cap. V, e più in part. pp. 251-267. Un ottimo esempio di applicazione di queste categorie ad uno specifico caso di

ricorso ad una volontà umana specificamente connotata, ma tendeva anzi a presentare la volontà dei singoli membri del gruppo come un fattore potenzialmente perturbatore del processo designativo di qualsiasi rappresentante. Se il fine dei governi cittadini consisteva infatti nel garantire la pace e la giustizia ad una società strutturalmente disomogenea tramite l'esercizio di un governo imparziale, abbandonare la scelta degli ufficiali civici all'arbitrio dei tanti corpi particolari che convivevano in perenne frizione all'interno della città stessa avrebbe significato segnare immediatamente il destino di tutto l'esperimento. La direzione in cui procedere consisteva piuttosto nello sterilizzare il conflitto: depoliticizzando le scelte elettorali e minimizzandone la loro componente volontaristica, fino a trasformarle in procedure quanto più possibile impersonali ⁽¹⁴⁾.

Ciò non significa, beninteso, che il consenso non costituisse un valore fondamentale anche rispetto alla designazione delle cariche endocittadine. Solo che in questo ambito esso assumeva un aspetto più vicino a quello che i politologi indicano come 'consenso-situazione' (l'oggettiva concordanza dei membri di una certa collettività in una determinata opinione: il 'consensus' degli anglosassoni) che non a quel 'consenso-atto' (il 'consent', appunto) che troviamo invece alla base della tradizione del voto moderno ⁽¹⁵⁾. Più che ad assicurare l'adesione preventiva dei governati al risultato di una scelta, il voto serviva qui a indurre tutti i potenziali competitori ad accettare una designazione finale che si presentasse come l'esito di procedure garantiste ed obbiettive, capaci di superare il senso di sospetto e di sfiducia reciproca che caratterizzava l'atteggiamento dei vari gruppi contendenti. Di qui, la grande fortuna di metodi di selezione non volontaristici, come il sorteggio o il ricorso a superiori istanze arbitrali, destinati a smorzare il senso di frustrazione dei

studio è offerto da R. BARAT, *Repraesentatio identitatis. L'idée de représentation politique en débat dans la République de Genève lors de la crise de 1707*, in «Parliament, Estates and Representation», XXVII (2017), pp. 269-281

⁽¹⁴⁾ Il tema è ampiamente affrontato nel primo capitolo del noto volume di O. CHRISTIN, *Vox populi vox dei. Une histoire du vote avant le suffrage universel*, Paris, Seuil, 2014.

⁽¹⁵⁾ M. COTTA, *Consenso*, in *Enciclopedia delle Scienze sociali*, vol. 2, Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana, 1992; P.H. PARTRIDGE, *Consent and consensus*, London, Macmillan, 1971.

soccombenti e quindi a evitarne le reazioni violente ⁽¹⁶⁾. Certo, l'impiego di tecniche del genere, pur intrecciandosi continuamente col principio della scelta maggioritaria, non giunge mai a negare veramente quest'ultima — ch  anzi alla radice della partecipazione al potere cittadino continua a stare comunque una competizione tra gruppi concorrenti spesso estremamente dura. Ma proprio per questo, un po' tutta la cultura politica di matrice urbana s'impegn  di buon'ora a « rendere ritualmente invisibile il rapporto tra potere sociale e istituzione » ⁽¹⁷⁾, presentando la designazione dei governanti come un atto unitario, imputato alla comunit  nel suo complesso e nel quale si riassorbiva ogni spaccatura e ogni conflitto. Il voto, insomma, si configurava come luogo di costruzione del consenso pi  che come uno strumento per manifestarlo, secondo quella che   invece la percezione tipica del nostro tempo.

2. La nostra silloge di ricerche intende appunto offrire qualche carotaggio di questo vasto sottosuolo istituzionale.

I primi tre contributi, in particolare, dedicati rispettivamente ad altrettante esperienze di prima grandezza della pratica elettorale premoderna — Milano, Firenze, Venezia — ci presentano un catalogo di tipologie costituzionali molto disomogenee sul piano morfologico eppur accomunate da una stessa tendenza a neutralizzare la parzialit  delle scelte particolari. Il modello veneziano, che Alfredo Viggiano indaga a partire da un episodio di fine Settecento, a dispetto della sua estrema complessit  applicativa, sul piano concettuale resta probabilmente il pi  semplice da afferrare per un osservatore di oggi. Il compito di eleggere periodicamente le numerosissime magistrature della Serenissima   qui affidato ad una grande assemblea ereditaria (il Maggior Consiglio), comprensiva di tutte le famiglie patrizie della citt  e che pu  idealmente corrispondere alla

⁽¹⁶⁾   soprattutto questo carattere ad aver stimolato negli ultimi anni un nuovo interesse della politologia verso la tradizione comunale di voto, come un campo di osservazione utile a testare sistemi di designazione alternativi a quelli contemporanei: cfr. ad es. N. URBINATI, *Sorteggio. Miti, problemi, opportunit *, in N. URBINATI, L. VANDELLI, *La democrazia del sorteggio*, Torino, Einaudi, 2020, pp. 13-75.

⁽¹⁷⁾ L. TANZINI, *Il fantasma della rappresentanza: sorteggio e rotazione delle cariche nelle citt  comunali*, in *Cittadinanze medievali. Dinamiche di appartenenza a un corpo comunitario*, a cura di S. Menzinger, Roma, Viella, 2017, p. 169.

totalità dei cittadini attivi della Repubblica. L'«elezione» si risolve in questo caso in una scelta collettiva con cui i *cives* di pieno diritto designano i propri capi o amministratori temporanei, aggregando le loro preferenze in base al principio maggioritario. Questa apparente affinità rispetto ad un comportamento elettorale-tipo dei nostri giorni viene però oscurata del tutto dall'inserimento di una tale quantità di filtri — dal ricorso massivo alla sorte all'uso sistematico delle elezioni a più gradi — che spezzano completamente il rapporto elettore-eletto o che quantomeno rendono teoricamente impossibile, per il plenum, conoscere preventivamente le candidature su cui dovrà esprimersi. Di qui la pratica del 'broglio', come un ininterrotto dialogo collettivo interno all'élite, continuamente in bilico tra lecito ed illecito e diretto a costruire quei complicati accordi preliminari indispensabili a gestire un sistema che pur tendeva a scoraggiarli in radice. Il risultato è sì una elezione 'dal basso' (per quanto di natura ovviamente oligarchica), depurata però, per quanto possibile, da qualsiasi responsabilità diretta degli eletti verso i loro specifici elettori e nella quale le scelte definitive sembrano derivare da un verdetto complessivo del corpo.

Il modello fiorentino, invece, di cui un quadro d'insieme è proposto dal sottoscritto, si basa su una raffinata razionalizzazione del criterio cooptativo, a sua volta destinata a costituire la base di una cultura rappresentativa a spettro regionale. La premessa, qui, è che gli elettori naturali delle magistrature si debbano cercare molto più tra i governanti che tra i governati. Questi ultimi appaiono infatti portatori di un coacervo d'interessi talmente dissonanti e virulenti da escludere che le loro scelte possano approdare ad una qualche composizione unitaria. Molto meglio affidare la selezione dei futuri dirigenti a chi si è già sperimentato in un ruolo di governo e che ha potuto perciò maturare una cultura adeguata. D'altra parte, l'adozione di questo criterio fondamentale si accompagna anche qui alla messa in opera di una serie di correttivi tali da escludere non solo ogni subordinazione politica dei nuovi eletti ai loro predecessori, ma anche la formazione, quantomeno a breve, di un ceto chiuso di detentori del potere. La cooptazione fiorentina ha infatti natura eminentemente mediata (gli uscenti non designano i loro subentranti, ma solo coloro che li eleggeranno); si attua tramite procedure molto segmentate, coinvolgendo nei suoi vari step una quantità di

attori diversi; e soprattutto incrocia votazione e sorteggio, in modo che nessuno dei suoi protagonisti possa mai esercitare un controllo compiuto sui suoi esiti ultimi. Analogamente a Venezia, anche qui la vera titolare del potere elettivo è la comunità civica in quanto corpo distinto dai suoi singoli componenti.

Il caso milanese presentato da Simona Mori ci introduce a un'esperienza che vira già nel corso del Trecento verso un assetto esplicitamente signorile ed in cui quindi, almeno da un certo stadio in avanti, i meccanismi designativi dei principali ufficiali civici si basano su criteri ben più spicci di quelli ora richiamati (in sostanza, sul combinato di un consiglio vitalizio che avanza dei nomi e sull'intervento del Duca, che riserva a se stesso la scelta definitiva tra essi, assicurandosi parallelamente il controllo sui rimpiazzi dei membri via via vacanti del consiglio stesso). Questa connotazione così verticistica, d'altra parte, non vale certo ad escludere Milano dal novero delle città provviste di una loro rappresentanza; e ciò proprio in quanto la natura rappresentativa di una organizzazione civica premoderna dipendeva ben poco dalla legittimazione di una qualche volontà collettiva sottostante. A guadagnarle quel carattere era piuttosto la capacità degli organi cittadini di riflettere *oggettivamente* l'articolazione effettiva del mondo urbano, riproducendone in scala ridotta le varie componenti sociali, le diverse partizioni geografiche interne o talvolta addirittura certe suddivisioni in fazioni e partiti. Tutte queste sezioni, a ciascuna delle quali sarebbe pur risultato imprudentissimo accordare la libertà di esprimere autonomamente una propria rappresentanza, dovevano però essere tenute attentamente presenti nella composizione delle magistrature, giacché senza una tale « representacio similitudinis » la pretesa delle magistrature civiche di 'stare' per il tutto avrebbe rischiato di perdere ogni credibilità. Un principio del genere risultava osservato anche nella così poco repubblicana Milano: ed anzi esso sembra continuare a ispirare, nella ricostruzione di Mori, anche le varie riforme che interessano il capoluogo lombardo nel corso del secondo Settecento — riforme le quali, più che a sovvertire la logica rappresentativistica tradizionale, sembrano puntare ad adeguarla a quella immagine meno rigidamente cetuale che la società urbana sta acquistando nell'ultimo tratto dell'antico regime.

Siamo insomma di fronte ad un volto della rappresentanza e delle sue pratiche non solo discontinuo rispetto a quello che ci è oggi

familiare ma anche ben lontano da quello contrattualisticamente orientato tipico del medioevo ‘dei regni’ o dei grandi concili ecclesiastici del Quattrocento: trattandosi qui non di ‘presentare’ la comunità ad un terzo in una prospettiva negoziale, ma di costituire quella comunità stessa di fronte ai propri membri e di mantenerla unita in quanto soggetto collettivo.

Nella nostra raccolta, ad offrire un affaccio sul divario tra queste due tipologie di relazione rappresentativa — organicista da un lato, procuratoria dall’altro — è il saggio di Giovanni Florio sul rapporto tra Venezia e le comunità del suo « Stado di Terraferma ». Il punto di partenza è qui costituito da una celebre proposta istituzionale avanzata nel 1736 dal veronese Scipione Maffei, con la quale questo famoso erudito suggeriva di completare l’ordinamento della Serenissima con una rappresentanza di tutte quelle città venete che, da sempre tenute per « mere suddite », non si erano mai sentite parte di alcuna « patria » comune. Inserendo invece nel disegno istituzionale della Repubblica — sostiene Maffei — qualcosa di simile ad un’assemblea sovralocale sul modello inglese, in cui tutti i sudditi potessero sentirsi rappresentati tramite l’elezione di propri deputati, ne sarebbe potuta scaturire una nuova solidarietà territoriale, capace di rafforzare enormemente la posizione di Venezia tanto sul piano interno che internazionale. A stridere in questo disegno, però, è proprio il rapporto tra le due forme di rappresentanza che Maffei si sforza di combinare insieme. Senza prendere neppure in esame la possibilità di concentrare la rappresentanza procuratoria delle città suddite in un’assemblea autonoma, che non avrebbe risolto il problema della loro integrazione con Venezia e drammatizzato al massimo invece la contrapposizione tra la città dominante e il suo territorio, il nostro patrizio veronese propone piuttosto di immettere i deputati delle città in quello stesso Maggior Consiglio che costituisce l’organo sovrano della Repubblica: ottenendo così una improbabile assemblea mista, in cui ad una maggioranza di antichi membri di diritto (i patrizi veneziani) si aggiunge e si mescola un numero (alla fine prudentemente ridotto) di procuratori eletti dai territori soggetti. Un ipotetico percorso verso il governo rappresentativo s’interrompe così ancor prima di nascere: confermando in apparenza il vecchio assioma per cui, nel premoderno, è solo all’ombra dei poteri monarchici e del loro specifico

tipo di dualismo costituzionale che riuscirebbero a svilupparsi apprezzabili esperienze rappresentative di secondo livello. Eppure, la conclusione di Florio quanto alla capacità di Venezia di instaurare e mantenere certi canali di comunicazione istituzionale col proprio territorio non è negativa. Se certamente un ordinamento repubblicano come quello della città lagunare non costituiva un ambiente propizio alla nascita di diete, stati, parlamenti o cortes, fin dal Quattrocento esso aveva però consentito alle *communitates* del suo territorio di rappresentarsi davanti alle sue magistrature a titolo individuale e separatamente le une dalle altre: e ciò tramite il regolare mantenimento a Venezia di certi ambasciatori o « nunzi », incaricati appunto di curare stabilmente gli interessi di ciascuna località nei suoi rapporti con la dominante. Ne era nato così un sistema di « rappresentanza senza incorporamento », destinato a funzionare come una specie di diplomazia interna allo Stato e basato su uno stabile vincolo procuratorio tra le singole città e i loro rispettivi oratori ⁽¹⁸⁾ (vincolo non poi troppo diverso da quello che legava un deputato paleo-parlamentare ai propri committenti locali nel quadro di un coevo sistema rappresentativo regnicolo). Insomma: anche all'interno di uno Stato a morfologia squisitamente cittadina come quello veneto, una pratica rappresentativa di base a carattere organico non escludeva di potersi completare con il ricorso all'uso del mandato — solo che, conclude Florio, essa si collocava nel quadro di una concezione della costituzione territoriale ben più « atomistica » che « composita ».

La questione ulteriore su cui il nostro dossier ci stimola a interrogarci è l'individuazione del termine *ad quem* di questa lunga vicenda di una rappresentanza cittadina a carattere organologico. Una datazione, questa, che non ha niente di ovvio. Sia il contributo su Milano che quello su Firenze segnalano intanto come il punto di crisi di quella antica cultura non possa certo essere indicato nelle riforme settecentesche. Se il loro tornante, infatti, segnò il primo sbiadire dell'antica immagine della comunità quale sodalizio inter-

(18) Per una esperienza del medesimo genere nel limitrofo scenario lombardo (ancorché studiata per il secondo Quattrocento), M. DELLA MISERICORDIA, *Como se tuta questa universidade parlasse. La rappresentanza politica delle comunità nello Stato di Milano (XV secolo)*, in « Ad fontes. Associazione culturale », www.adfontes.it, 2010.

parentale a favore di un'altra che la vedeva piuttosto come una società di contribuenti fondiari, un tale passaggio non spianò certo la strada ad un voto individuale dalle chiare vocazioni legittimanti. In Toscana, anzi, la riforma comunitativa di Pietro Leopoldo finì per enfatizzare al massimo il carattere inintenzionale della selezione dei gruppi dirigenti locali, affidandola ora completamente al sorteggio tra i proprietari di ciascun comune; e se in Lombardia il principio elettivo fu recepito sì in certi ambiti (come nella designazione delle « deputazioni » esecutive di tutte quelle piccole comunità « a convocato » pur ancora basate sulla partecipazione diretta dei censiti), esso risultò largamente pretermesso in altri (così appunto nel caso di Milano, dove i decenni prerivoluzionari assistettero al susseguirsi di una girandola di regimi designativi, prevalentemente basati su riadattamenti del vecchio meccanismo semicooptativo). Benché insomma la capacità di autoamministrarsi tendesse ora a presentarsi come una diretta conseguenza della responsabilità fiscale, la conseguenza che se ne trasse non fu per lo più il diritto del contribuente a vedersi rappresentato da qualcuno immediatamente delegato da lui. Né si può dare per acquisito, senza altri elementi di supporto, che uno strappo culturale del genere si sia consumato in corrispondenza dello stesso Triennio rivoluzionario — un tornante, quest'ultimo, che, sul piano delle culture elettorali, attende ancora il suo storico, ma che certamente non offrì agli italiani molte occasioni per sperimentarsi nel ruolo effettivo di moderni elettori. Di qui, lo sguardo nuovo con cui si tende oggi guardare alle istituzioni rappresentative dell'età napoleonica prima e della Restaurazione poi: non più cioè — o non più soltanto — come ad esperienze di retroguardia rispetto ai punti d'arrivo rivoluzionari né tantomeno come a surrogati fittizi del suffragio popolare, ma piuttosto come a strumenti per aggiornare un'antica tradizione partecipativa in Italia tutt'altro che esaurita.

È appunto questa la prospettiva adottata dal successivo contributo di Angelo Muoio, dedicato ad analizzare le prassi di voto delle città lombarde nei decenni immediatamente preunitari. Incardinate ora in un sistema rappresentativo a tre gradi — comunale, provinciale, centrale —, quelle città risultavano ancora rappresentate da Consigli formati tramite un sistema misto di cooptazione e nomina governativa — sistema evidentemente in linea (al netto di

una composizione interna basata adesso su un compromesso tra ceti patrizi e interessi fondiario-manifatturieri) con quello dell'antico regime. L'analisi, poi, offerta dall'autore, degli output di quel sistema, sembra rivelare anch'essa una naturale continuità con le prassi autoriproduttive precedenti (a fronte di un intervento delle autorità centrali di solito limitato alla mera ratifica delle scelte consiliari, le classi dirigenti cittadine continuarono ad assicurare un più o meno cauto rinnovo della propria composizione storica, realizzato all'insegna di una costante difesa della loro antica preminenza sui rispettivi contadi). Non solo: ma, stando alla cernita di testimonianze a cui Muoio si affida nell'ultima parte del suo saggio, il pur indubbio disagio che questi stessi ceti dirigenti manifestarono all'altezza del 1847-48 verso tutto l'impianto istituzionale della monarchia asburgica non sarebbe derivato essenzialmente da un rigetto dei suoi meccanismi rappresentativi di base, comunque solidali con un « costituzionalismo municipale » (secondo l'espressione coniata da Marco Meriggi) ⁽¹⁹⁾ costituente da sempre il loro habitat naturale. A determinare un tale rifiuto sarebbero stati piuttosto altri fattori: quali anzitutto, sul piano istituzionale, proprio la loro insofferenza verso uno Stato ormai inaccettabilmente centralizzato, che nell'era metternichiana era giunto a negare del tutto quella stessa libertà nel locale la cui garanzia stava invece alla base del patto storico tra l'élite ed i suoi governanti. La rivendicazione, dunque, da parte del proto-liberalismo lombardo, di un voto individuale 'moderno', inteso come necessaria espressione del libero consenso di ogni cittadino nei confronti del potere, verrebbe a configurarsi non tanto come un obiettivo primario del programma politico quarantottesco, ma quasi come una componente secondaria di un progetto i cui pregi essenziali stanno nel recupero di una libertà dal colore molto più tradizionale.

Chiude infine la raccolta un saggio di Giacomo Carmagnini certamente esterno al tema generale della nostra sezione, ma utile quale contrappunto rispetto ai percorsi che si sono su richiamati. Dedicato alla riflessione elettorale sviluppata in Francia dal celebre *idéologue* Pierre Daunou a cavallo tra Rivoluzione, Impero e Restau-

⁽¹⁹⁾ M. MERIGGI, *Gli stati italiani prima dell'unità*, Bologna, il Mulino, 2002, cap. V.

razione, questo contributo concorre a sfatare il luogo comune che vede nell'89 la nascita di una nuova cultura rappresentativa già perfettamente definita nei suoi fondamenti ed in grado di proporsi come modello 'universale' di una ricostruzione della politica. Il percorso di Daunou ci ricorda al contrario quanto sofferta, e alla fine, anzi, senz'altro fallimentare, sia risultata la sperimentazione di nuove tecniche elettorali condotta dagli uomini della Rivoluzione. Anche in quella Francia, cioè, che pure tanto prima del nostro paese aveva cominciato a guardare al voto individuale come alla possibile fonte generatrice di un nuovo genere di legittimità, quel principio si mostrò ben poco capace di fornire risposte efficaci ai problemi della governabilità. La progressiva scoperta di Daunou fu appunto che il nuovo modello di voto consensualistico forgiato dalla Rivoluzione, ormai divenuto irrinunciabile come criterio di legittimazione del potere, non riusciva però affatto a produrre « des bons choix » — cioè ad esprimere quella rappresentanza conforme al 'vero' ed univoco interesse generale della nazione che all'altezza del 1789 molti si erano attesi di veder uscire dalle urne in virtù della semplice aggregazione delle preferenze individuali. Daunou sa bene, fin dall'inizio, che le cose sono ben altrimenti complesse; ma al tempo stesso non riesce a liberarsi da certe scorie culturali che, cedendo alla suggestione dei saggi precedenti, potremmo definire qui 'corporatiste'. È al modello del corpo, in definitiva, che si rapporta la sua immagine della nazione (come quella del resto di tanti altri suoi compagni di strada); ed è forse proprio per questo che egli tanto fatica ad ammettere che la volontà elettorale del popolo possa esprimersi in termini plurali, dando luogo ad una fisiologica convivenza di maggioranze e opposizioni.

Pretendere di estrarre una qualsiasi conclusione da una serie di assaggi così eterogenei sarebbe quantomeno incauto. La loro lettura ci spinge però se non altro a ripensare la genesi del governo rappresentativo in una prospettiva ormai libera da qualsiasi residuo teleologico. Il « trionfo » del voto moderno — per usare un'espressione resa popolare qualche anno fa ancora da Bernard Manin — è un fenomeno di cui oggi non possiamo più limitarci a prendere atto, ma che reclama uno sforzo di comprensione nuovo e specifico, capace in primo luogo di misurarsi con la lunghissima sopravvivenza di una diversa cultura della rappresentanza, ancora tutt'altro

che spenta all'inizio dell'era contemporanea. Più ancora: l'intenso ripensamento critico, che ha investito ormai da molto tempo la natura del rapporto rappresentativo moderno, tende per forza di cose a porre in una luce nuova il passato che sta dietro alle sue spalle. La lettura classica del voto democratico come strumento conferito all'elettore per ottenere dai rappresentanti un comportamento conforme al suo interesse appare oggi in via di forte problematizzazione ⁽²⁰⁾. Secondo molte analisi, anzi, la relazione rappresentativa moderna si sarebbe svolta fin dall'origine secondo un andamento discendente, nel quale sarebbe stato sempre il pretendente alla rappresentanza a costituire il rappresentato, e non viceversa ⁽²¹⁾. Il contenuto consensualistico del voto, allora, non andrebbe visto tanto come una risorsa realmente a disposizione dell'elettore, bensì come l'oggetto di una contesa tra diversi 'imprenditori politici' in competizione tra loro, che cercano di 'imporre' alla platea dei rappresentati per sottoporla a quella che si configurerebbe come una vera e propria forma di dominio ⁽²²⁾. Una prospettiva, questa, che non può non stimolare a riconsiderare in modo meno liquidatorio tutte quelle precedenti culture politiche fondate sull'idea che il consenso non fosse il presupposto di ogni processo politico, ma semmai il suo risultato.

⁽²⁰⁾ Per una breve presentazione delle diverse posizioni teoriche sul punto, V. DUTOYA, S. HAYAT, *Prétendre représenter. La construction sociale de la représentation politique*, in « Revue française de science politique », 66 (2016), pp. 7-25.

⁽²¹⁾ A. MASTROPAOLO, *Fare la guerra con altri mezzi. Sociologia storica del governo democratico*, Bologna, il Mulino, 2023, cap. II; ma già ID., *Le acrobazie della rappresentanza*, in « Comunicazione politica », 2018, pp. 317-332.

⁽²²⁾ Questo, almeno, secondo le prospettive più radicalmente decostruzionistiche, come quella risalente a P. BOURDIEU, *La représentation politique: éléments pour la construction du champ politique*, in « Actes de la recherches en science sociale », 36-37 (1981), pp. 3-24.

SIMONA MORI

RAPPRESENTANZA CIVICA E SISTEMI ELETTIVI A MILANO: SCENARI PREMODERNI

1. Il Consiglio grande tardo-medievale, fra istanze repubblicane e signorili. — 2. Un consiglio patrizio in regime monarchico, dalle guerre d'Italia agli Austrias. — 3. Continuità e riforme nella crisi dell'antico regime. — 4. Linee di sviluppo post-cetuali.

Ai fini della ricca riflessione in corso da alcuni anni sulle pratiche deliberative e sulle concettualizzazioni e le tecniche di produzione della rappresentanza comunitaria premoderna nei contesti italiani, il caso di Milano merita una ricognizione, tanto per ciò che lo accomuna ad altre realtà, quanto per le sue singolarità ⁽¹⁾.

La città, malgrado le sue ambizioni egemoniche, non assurse mai davvero a dominante, figurando piuttosto nel quadro dello stato regionale come suddita rispetto al potere signorile o ducale e come prima fra pari rispetto alle altre città sottoposte al medesimo potere ⁽²⁾. E tuttavia, esauritasi l'esperienza comunale, la condizione di

⁽¹⁾ Per il tema storiografico v. in generale O. CHRISTIN, *Vox populi. Une histoire du vote avant le suffrage universel*, Paris, Seuil, 2014, e la messa a punto di L. MANNORI, *Votare nei corpi. Ricerche recenti sulle pratiche elettorali prima della modernità*, in «Quaderni fiorentini», 45 (2016), pp. 667-682. Sui contesti urbani medievali italiani, che danno una forte impronta, L. TANZINI, *A consiglio. La vita politica nell'Italia dei comuni*, Bari, Laterza, 2014. Importanti avvertenze sull'impiego del concetto di rappresentanza, desunte non tanto dalla teoria politica quanto dalla tecnica giuridica, si traggono da ID., *Il fantasma della rappresentanza: sorteggio e rotazione delle cariche nelle città comunali (secc. XIII-XIV)*, in *Cittadinanze medievali. Dinamiche di appartenenza a un corpo comunitario*, a cura di S. Menzinger, Roma, Viella, 2017, p. 145 e ss.

⁽²⁾ Sul ridimensionamento tardo-medievale di Milano, F. COGNASSO, *Istituzioni comunali e signorili di Milano sotto i Visconti*, in *Storia di Milano*, VI. *Il Ducato visconteo e la Repubblica ambrosiana*, Milano, Treccani, 1955, p. 476; G. CHITTOLINI, *Governo ducale e poteri locali*, in *Gli Sforza a Milano e in Lombardia e i loro rapporti con gli stati italiani ed europei (1440-1530)*, Milano, Cisalpino-Goliardica, 1982, pp. 27-41. Di diverso avviso,

capitale di una compagine territoriale a vertice monocratico la espose eccezionalmente alla volontà di controllo del potere centrale. Furono i Visconti in specifico, nel corso del Trecento, a rimodellarne il profilo istituzionale, ridimensionandone drasticamente le potestà di autogoverno.

Con le guerre d'Italia l'ingresso del Ducato in sistemi politici assai più solidi e vasti, dislocando il rapporto centro-periferia, restituì spazi di manovra alle istituzioni milanesi, appoggiate da parte loro a un'élite prospera di rilevanza sovraregionale. Seguì una lunga fase di stabilità delle stesse istituzioni, che fu intaccata solo indirettamente dalle politiche di riforma della Monarchia asburgica nel secondo Settecento. Assai più incisiva fu l'azione decostruttiva dell'esperienza innescata dall'occupazione francese, che in più passaggi arrivò a regolare l'intera amministrazione territoriale con norme di carattere generale. Il mutamento del quadro costituzionale però, combinandosi con la forte esigenza di ordine interpretata dal governo napoleonico, anziché approdare a soluzioni radicalmente nuove, si tradusse nell'aggiornamento di forme e procedure già sperimentate nel tardo antico regime. Questa linea poté così agevolmente superare la nominale frattura della Restaurazione e riproporsi in termini simili di continuità con la tradizione premoderna e di cauta innovazione, beneficiando semmai sotto l'impero austriaco di uno sfondo ideologico più coerente e di un raccordo più organico con le istituzioni amministrative provinciali e regionali, che tornarono fra l'altro a riconoscere qualche tratto di distinzione alle due capitali.

La relazione fra il centro ambrosiano e le sue istituzioni di governo si modificò secondo la scansione storica ora richiamata, risultando dall'interazione dei diversi soggetti coinvolti nella politica locale: la comunità nella sua universalità, la pluralità dei corpi urbani e trans-cittadini, il governo centrale e i suoi delegati. Tale relazione può essere interpretata in chiave di rappresentanza, a patto che

F. SOMAINI, *Processi costitutivi, dinamiche politiche e strutture istituzionali dello Stato visconteo-sforzesco*, in *Storia d'Italia*, dir. G. Galasso, VI. *Comuni e signorie nell'Italia settentrionale: la Lombardia*, a cura di G. Andenna, R. Bordone, F. Somaini, M. Vallerani, Torino, Utet, 1998, pp. 681-786 (728 e ss.). Sugli equilibri territoriali più tardi, G. SGNOROTTO, *Milano spagnola*, Milano, Sansoni, 1996, pp. 219 e ss., 306.

questo concetto sia valorizzato nelle sue accezioni arcaiche e non appiattito sull'idea moderna di un mandato volontariamente conferito da una moltitudine di individui (3). Altre culture presiedono alla formazione del corpo municipale, ravvisabili per noi nelle procedure e nelle pratiche, che per brevità possiamo dire 'elettive', da cui il governo cittadino scaturiva. Queste pagine ne tentano una ricostruzione, tenendo sullo sfondo il mutare degli assetti costituzionali e confrontandosi con uno strumentario tecnico largamente condiviso entro gli ordinamenti cittadini italiani ed europei (4). Contrattati prima fra le articolazioni interne all'*élite* locale, poi anche con i poteri signorili e principeschi in ragione dei contingenti rapporti di forza, tali metodi si combinarono per rispondere a specifiche esigenze di costruzione della rappresentanza civica e di interazione con i vari livelli del potere politico, nelle situazioni storiche che la città e lo Stato si trovarono ad attraversare.

1. *Il Consiglio grande tardo-medievale, fra istanze repubblicane e signorili.*

Un primo tratto morfologico di lunga durata del corpo rappresentativo milanese originava dall'articolazione dello spazio civico nei sei spicchi della *forma urbis* concentrica, corrispondenti alle porte principali della cinta medievale. Ai sestieri era riconosciuta, almeno dall'XI secolo, una soggettività istituzionale, di rilievo innanzitutto militare, giacché le porte reclutavano le unità della milizia cittadina, che combattevano ciascuna sotto il proprio stendardo. Il nesso fra assemblea urbana plenaria e chiamata del popolo alle armi

(3) La ricca semantica del termine è indagata in chiave filosofica da H. HOFMANN, *Rappresentanza — rappresentazione. Parola e concetto dall'antichità all'Ottocento*, Milano, Giuffrè, 2007. Il concetto è ammesso dalla storiografia medievistica, con riferimento al contesto locale o regionale in esame, per esempio da L. ARCANGELI, *Esperimenti di rappresentanza e identità cittadina*, in « Società e storia », 104 (2004), pp. 225-266; M. DELLA MISERICORDIA, « *Como se tuta questa universitade parlasse* ». *La rappresentanza politica delle comunità nello stato di Milano (XV secolo)*, in *Avant le contrat social: le contrat politique dans l'Occident médiéval (XIIIe-XVe siècle)*, Paris, Foronda, 2011, pp. 117-170.

(4) Sulla latitudine spazio-temporale del fenomeno e sull'opportunità di sistematizzarne gli aspetti, MANNORI, *Votare nei corpi*, cit.

in difesa della città apparteneva pienamente alla cultura politica della prima età comunale (5).

La modularità in base sei si incise profondamente nelle istituzioni milanesi, condizionando sia l'articolazione degli organi comunali, sia le pratiche elettorali. Essa conservò fin dentro l'età moderna un'effettiva valenza corporativa, per poi sedimentare come fattore di moltiplicazione sancito e quasi sacralizzato dalla lunga consuetudine. Data al 1228 l'istituzione dei Sei Savi della Camera, magistratura addetta all'amministrazione finanziaria e formata da un eletto per porta (6). Alla fine dell'antico regime campeggia il longevo consiglio dei Sessanta decurioni, massima istituzione civica fra XVI e XVIII secolo, replicata nuovamente nel numero dal Consiglio comunale della seconda età austriaca, all'indomani della Restaurazione.

I sestieri erano composti da contrade, cinque per ciascuno, digradanti dal centro alla periferia, mentre l'unità elementare, politicamente rilevante, era la parrocchia, responsabile tramite propri organi di sanità, ordine pubblico e corresponsione dei tributi straordinari. È bene menzionare le circa cento parrocchie e le trenta contrade, perché esse segnavano i primi due passaggi delle procedure di formazione dell'assemblea, formalmente anche dopo la fine del Medioevo. Nel comune popolare erano i consigli degli Anziani di parrocchia l'anello primario del procedimento elettorale (7).

La dimensione territoriale concorreva dunque significativamente alla costruzione dell'assemblea e delle magistrature civiche. Già in età comunale fu soprattutto la componente popolare a riconoscersi in quella griglia, mentre le famiglie magnatizie privilegiavano altri reticoli, vassallatici, consortili o fazionari, per lo più sviluppati sul livello regionale e sovraregionale, e tramite quei canali, variamente formalizzati, accedevano ai consigli (8). La fondamentale declinazione spaziale della rappresentanza interagì infatti con altre,

(5) TANZINI, *A consiglio*, cit., p. 9.

(6) P. GRILLO, *Milano in età comunale, 1183-1276. Istituzioni, società, economia*, Spoleto, Centro italiano di studi sull'alto Medioevo, 2001, p. 464.

(7) N. COVINI, *Milano capitale dello Stato regionale (1385-1447)*, in *Storia illustrata di Milano*, a cura di F. Della Peruta, Milano, Sellino, 1993, vol. III: *Milano antica e medievale*, pp. 781-800.

(8) GRILLO, *Milano in età comunale*, cit.

in un quadro tipicamente misto che si delindeva già con lo strutturarsi del consiglio nel Comune duecentesco, allorché la consuetudine della convocazione generale dei capifamiglia fu definitivamente abbandonata a favore di consultazioni più ristrette, disposte dal Podestà in quanto figura *super partes* e inizialmente denominate « credenza », poi « consiglio generale » ⁽⁹⁾.

Al principio del XIII secolo, il disegno istituzionale mirava soprattutto a preservare la pace fra aristocrazia e popolo, adottando una distribuzione paritetica delle cariche. Tale regola rimase valida per tutto il secolo, ma la parte popolare, in crescita, cercò di forzarla mutando le proporzioni con l'impiego di una molteplicità di formule più o meno larghe. La rappresentanza, a vocazione descrittiva, era infatti pensata come elastica e componibile, in funzione del quadro politico contingente o della natura delle decisioni da assumere ⁽¹⁰⁾. Elementi corporativi diversi potevano essere combinati affinché l'assemblea aderisse alle articolazioni politiche e sociali che si riteneva opportuno ammettere alle deliberazioni, in ossequio al principio romanistico della competenza di tutti gli interessati ⁽¹¹⁾. Così, un consiglio dei Cento, fiduciari del Podestà, poteva essere integrato da una figura più larga di carattere territoriale, il consiglio dei Trecento, eletto dai sestieri. È attestata un'ulteriore addizione, selezionata per censo, dei Quattrocento, che potevano essere deputati alle finanze in seduta separata oppure essere immessi nel corpo generale per far pesare gli interessi economici. La somma di tali organi minori avrebbe prodotto un consesso di ottocento individui, destinato a stabilizzarsi nel Trecento e a dare luogo a una rappresentazione plenaria della città destinata a durare fino alle guerre d'Italia.

Inclusività e articolazione crescenti sono riscontrabili nelle assemblee politiche di diversi contesti europei del XIII secolo, a giudicare dalla storia parlamentare inglese e castigliana, o dall'evoluzione istituzionale delle città tedesche, spagnole, fiamminghe. I centri italiani si distinsero in questo scenario per un'accentuata

⁽⁹⁾ Ivi, p. 464 e ss. V. inoltre C. SANTORO, *Gli uffici del Comune di Milano e del dominio visconteo sforzesco, 1216-1515*, Milano, Giuffrè, 1968.

⁽¹⁰⁾ Un tratto diffuso secondo TANZINI, *A consiglio*, cit.

⁽¹¹⁾ SANTORO, *Gli uffici*, cit., p. 19 e ss.; A. GAMBERINI, *La legittimità contesa. Costruzione statale e culture politiche (Lombardia, XII-XV sec.)*, Roma, Viella, 2016, p. 63.

mobilità sociale e una fluidità politica che scongiurarono per il momento irrigidimenti in senso cetuale ⁽¹²⁾. Ciò d'altra parte non impedì che nei governi di popolo maturi si affermassero delle strutture gerarchiche, che il potere effettivo si concentrasse in organi ristretti e che emergessero figure signorili ⁽¹³⁾. Tali istanze di verticalizzazione convissero anzi con un intenso negoziato volto a definire e a ridefinire le fattezze della rappresentanza comunitaria, nella quale si individuava pur sempre la fonte di legittimazione del sistema.

Le pulsioni trasformative vennero in quella fase segnatamente dal Popolo, insofferente della vecchia regola dell'eguale bipartizione dei posti, non più rispondente ai rapporti di forza. Non riuscendo a incidere sul consiglio maggiore, esso lo marginalizzò politicamente, valorizzando le proprie istituzioni di parte, fra cui l'Anzianato del Popolo, che offrì la leva istituzionale per la lunga transizione alla signoria, prima a opera dei Della Torre, poi dei Visconti ⁽¹⁴⁾. Ciononostante, il Consiglio generale resse come cuore istituzionale della città, di cui rappresentava l'universalità e l'equilibrio complessivo, grazie alla composizione plurale e al presidio di garanzia impersonato dal Podestà.

All'inizio del Trecento la massima assemblea risentiva ancora di tendenze contrapposte, quella ad allargarsi fino a toccare i 1300

⁽¹²⁾ Sulla vitalità istituzionale del periodo E. ARTIFONI, *Tensioni sociali e istituzioni nel mondo comunale*, in *La Storia. I grandi problemi dal medioevo all'età contemporanea*, a cura di N. Tranfaglia, M. Firpo, vol. II, Torino, Utet, 1986, pp. 461-491; TANZINI, *A consiglio*, cit., pp. 36 e ss., 67.

⁽¹³⁾ G.M. VARANINI, *Aristocrazie e poteri nell'Italia centro-settentrionale dalla crisi comunale alle guerre d'Italia*, in *Le aristocrazie dai signori rurali al patriziato*, a cura di R. Bordone, G. Castelnuovo, G.M. Varanini, Roma-Bari, Laterza, 2004, pp. 121-193; R. RAO, *Signori di Popolo. Signoria cittadina e società comunale nell'Italia nord-occidentale (1275-1350)*, Milano, FrancoAngeli, 2011, p. 41 e ss. Per una messa a punto sul tema, A. POLONI, *Il comune di popolo e le sue istituzioni fra Due e Trecento. Alcune riflessioni a partire dalla storiografia dell'ultimo quindicennio*, in «Reti Medievali Rivista», XIII (2012), 1, pp. 3-27.

⁽¹⁴⁾ GRILLO, *Milano comunale*, cit., pp. 471 e ss., 666; ID., *Milano guelfa*, Roma, Viella, 2013, p. 35 e ss. Un quadro comparativo in G. MILANI, *I comuni italiani*, Roma-Bari, Laterza, 2005, p. 113 e ss. Per la dialettica fra unità e molteplicità nella cultura del comune di Popolo, GAMBERINI, *La legittimità*, cit., p. 58 e ss.

componenti e quella a contrarsi, talvolta al di sotto del centinaio ⁽¹⁵⁾. L'assetto si consolidò a metà secolo sui novecento elementi, « qui sunt consillium majus dicte civitatis, comitatus et districtus Mediolani », come chiosava il preambolo degli statuti del 1396 ⁽¹⁶⁾. I Novecento contavano per l'1% circa della popolazione residente prima della peste, e il rapporto si alzava se si escludevano dal computo i non eleggibili, cioè forestieri, donne, minori di venti anni, famiglie prive del domicilio trentennale. Essi costituivano perciò a tutti gli effetti un corpo cospicuo, « una grande adunanza », una sorta di porzione numericamente significativa, se non la *pars maior* ⁽¹⁷⁾. Nel singolo sestiere si aveva un consigliere ogni venti eleggibili, che in un contesto di vicinato era compatibile con il contatto personale. Il numero elevato, realistico se vogliamo, dei componenti, non eccezionale nel panorama delle città italiane ⁽¹⁸⁾, era importante per la funzione primaria assolta dalle convocazioni nella lunga fase in cui il comune popolare si integrò con la signoria, ovvero la legittimazione del Signore. Né i Torriani, né i Visconti rinunciarono infatti a ottenere il consenso popolare alle cariche ordinarie da loro acquisite a tempo indeterminato, o all'esercizio da parte della signoria di poteri *extra ordinem*, o infine alla riforma degli statuti ⁽¹⁹⁾. In tali frangenti, il migliaio di cittadini chiamato a esprimere la propria adesione stava per la città intera come una larga

⁽¹⁵⁾ Ivi, pp. 56, 183, 204.

⁽¹⁶⁾ *Statuti di Milano*, 1396. La prima traccia dei Novecento risale al 1330 (SANTORO, *Gli uffici*, cit., p. 61).

⁽¹⁷⁾ Sul punto, B. ACCARINO, *Rappresentanza*, Bologna, il Mulino, 1999, p. 50. Cit. da G. GIULINI, *Continuazione delle memorie spettanti alla storia, al governo, alla descrizione della città e della campagna di Milano nei secoli bassi*, 3 voll., Milano, appresso Giambattista Bianchi, [1771], II, Libro LXVII, p. 506 (anno 1351).

⁽¹⁸⁾ TANZINI, *A consiglio*, cit., p. 70.

⁽¹⁹⁾ Cfr. COGNASSO, *Istituzioni comunali*, cit., p. 456, ma già SANTORO, *Gli uffici*, cit., p. 62. Inoltre, ivi, p. 64, sul caso di Azzone nel 1330; GIULINI, *Continuazione delle memorie*, cit., II, Libro LXVIII, p. 1, sull'arcivescovo Giovanni Visconti e discendenti, 1354; ivi, L. LXVII, p. 506, sulla riforma degli statuti. Sul tema del consenso collettivo nella cultura corporativa medievale insiste A. PODLECH, *Repräsentation*, in *Geschichtliche Grundbegriffe. Historisches Lexikon zur politisch-sozialen Sprache in Deutschland*, hrsg. von O. Brunner, W. Conze, R. Koselleck, Stuttgart, Klett-Cotta, vol. 5, 1984, pp. 509-547 (512).

parte per il tutto, nel rispetto di certe proporzioni politicamente rilevanti, con un marcato effetto di rispecchiamento ⁽²⁰⁾.

Per venire ai metodi di elezione, occorre premettere che la distruzione delle fonti municipali durante le guerre d'Italia non consente di approfondire il tema come si vorrebbe. Si ipotizza comunque che in origine il consiglio, pensato come organo dell'assemblea di tutti cittadini, fosse eletto dai capifamiglia di ciascuna parrocchia, con o senza il passaggio intermedio per i consigli degli Anziani ⁽²¹⁾. È però dubbio che si trattasse di elezione in senso moderno, considerato l'uso alla latina del termine « eleggere » che ricorre nelle fonti, mentre è probabile che si estraesse a sorte. Gli statuti del 1272, deliberati dal Consiglio generale degli Ottocento in occasione dell'accordo del popolo con una parte dell'aristocrazia, con cui si conferì ai Torriani la guida della città, a quanto riporta Bernardino Corio stabilivano che il podestà dovesse,

con quello consiglio che meglio gli parrebbe, con due huomini per porta eleggere la metà della metà del Concilio degli ottocento, che spettava alla società de' Capitani, & Valvasori, cioè ducento dei predetti, e ducento fossero eletti a sorte, secondo la consuetudine. Et in questa forma fossero eletti i quattrocento, che appartenevano alla società di Motta, e Credentia ⁽²²⁾.

La norma, più che innovare, codificava una consuetudine che ci è già nota, combinando diverse esigenze. Anzitutto veniva la coesistenza di Nobiltà e Popolo come componenti distinte e paritetiche dell'assemblea, che idealmente richiamava l'assetto dualistico della Roma antica. Tale riferimento è evidente, ancorché implicito, nell'orazione tenuta dall'arcivescovo Ottone Visconti nel 1267 per ricapitolare al cospetto del papa Clemente IV le persecuzioni rice-

⁽²⁰⁾ Sulla rappresentanza mimetica nell'età comunale, TANZINI, *Il fantasma*, cit., p. 149.

⁽²¹⁾ SANTORO, *Gli uffici*, cit., p. 58.

⁽²²⁾ B. CORIO, *Storia di Milano*, a cura di A. Morisi Guerra, Milano, Utet, 1978, p. 258. SANTORO, *Gli uffici*, cit., p. 17, anticipa l'adozione di quel protocollo a metà secolo. Sulle *societates*, Capitanei e Valvasori per la nobiltà, Motta e Credenza di S. Ambrogio per il popolo (mercanti, notai, arti), *ivi*, p. 21. Gli statuti in parola andarono perduti.

vute dall'aristocrazia milanese da parte dei Torriani alleatisi con il Popolo:

Et hanno esso il nome Patricio [...] ad odio esitiale [...], come assai non constasse che la Nobiltà non avesse alquanta potestà sopra de' sudditi, ovvero tal cosa esser concessa per ragione vetustissima, e gentile, ovvero esser data per indulgenza, e benignità de gl'Imperatori, i quali [...] havendo spartiti gl'amici da gli nemici, diviserò a i Cittadini gli honori, e dignità. E così le Città sono state più opulente, e più illustre, & anche l'antiche famiglie conservate, et i Cittadini novicij sono assonti nel patriciato in ordine honesto per la dignatione delle Republiche [...] Che mi conviene di presente comemorare queste cose, come non si sapesse che la Città non sia bene amministrata senza il Senato, il quale non può essere costituito se non da i primarij Patritij (23).

Il secondo elemento era la presidenza del procedimento assegnata al Podestà come figura di garanzia (24), mentre il terzo era il coinvolgimento nell'operazione dei rappresentanti dei sestieri. Infine interveniva la sorte a dettare l'identità della metà dei componenti, ma sempre nel rispetto dell'equa bipartizione. L'integrazione del fattore aleatorio serviva a bilanciare il potere del Podestà e dei Dodici delle porte, in una prospettiva di pari opportunità realizzata sottraendo la scelta a qualsiasi volontà soggettiva immanente e permettendo l'ingresso del trascendente (25).

(23) Cfr. l'orazione dell'arcivescovo Ottone Visconti in CORIO, *Storia di Milano*, cit., 1648, p. 244. G. VERRI, *De origine, et progressu juris mediolanensis*, in *Constitutiones domini mediolanensis, decretis et senatusconsultis*, Mediolani, MDCCXLVII, cap. II, p. LXXXVII, chiarificava il riferimento all'antichità, basandosi sullo stesso Corio, e specificamente sul passo menzionato qui alla n. 22, « ex quo intelligimus, regimen Civitatis aequo Jure inter Nobiles, & Plebejos (*quemadmodum ad plures annos Romae factum est, exactis Regibus*) divisum fuisse » (corsivo mio).

(24) TANZINI, *A consiglio*, cit., pp. 25, 32, 41.

(25) Cfr. *Sorteggio pubblico e cleromanzia, dall'antichità all'età moderna*, a cura di F. Cordano, C. Grottanelli, Milano, ET, 2001. Sulle implicazioni politiche del sorteggio in contesti classici e pre-moderni, S. FERENTE, *Introduction*, in *Cultures of Voting in Pre-modern Europe*, ed. by S. Ferente, L. Kunčević, M. Pattenden, Abingdon (UK) — New York, Routledge, 2018. Varie riflessioni sull'opportunità di attualizzare questo antico metodo 'antipartitico' in Y. SINTOMER, *Il potere al popolo. Giurie cittadine, sorteggio e democrazia partecipativa* (2007), trad. it. Bari, Dedalo, 2009; F. LANCHESTER,

Possiamo ipotizzare che il ruolo riservato al podestà con il concorso dei Dodici delle porte perdurasse nel primo XIV secolo fin oltre l'avvento dei Novecento ⁽²⁶⁾. Il significato politico del metodo tuttavia dovette mutare per il fatto che la nomina del podestà stesso, dall'essere di competenza del predecessore nell'ufficio, sul finire del Duecento era passata alla Signoria. Con il consolidamento del potere visconteo sotto Matteo (1311-1322) crebbe il ruolo dei Dodici, divenuti però anch'essi fiduciari del Signore, il quale, su proposta dei sindaci del Comune, li designava a rappresentarlo nel governo della città ⁽²⁷⁾. Questi « Sapiienti », in carica per un bimestre sotto la presidenza di un priore, poi ridenominato « Vicario », erano emersi dalle vicende del comune popolare come addetti all'ufficio di Provvisione (1279), che svolgeva rilevanti compiti amministrativi ⁽²⁸⁾. Dopo un'eclissi nella fase guelfa, erano tornati in auge con l'avvallo dei Visconti ⁽²⁹⁾.

Declinata l'istituzione podestarile alla metà del XIV secolo, il compito di selezionare i Novecento si concentrò nei Dodici coordinati dal Vicario, che ne sottoponevano i nomi al Signore per la sanzione finale ⁽³⁰⁾. In questi termini, che segnano ormai il compiuto assoggettamento delle istituzioni municipali al regime monocratico, si trova prescritta la procedura nei primi statuti a noi pervenuti, quelli revisionati da Gian Galeazzo Visconti nel 1396, alla vigilia dell'investitura ducale, ma il cui *Liber primus, iurisdictionum*, contenente gli ordinamenti del governo, ricalcava probabilmente senza modifiche quello già approvato nel 1351 da Giovanni Visconti:

Il sorteggio in campo politico come strumento integrativo dell'attività delle assemblee parlamentari, in « Nomos. Le attualità nel diritto », 2 (2016), pp. 1-7; N. URBINATI, L. VANDELLI, *La democrazia del sorteggio*, Torino, Einaudi, 2020.

⁽²⁶⁾ SANTORO, *Gli uffici*, cit., p. 61, ritiene invece poco credibilmente che con i Novecento si tornasse all'elezione da parte dei capifamiglia.

⁽²⁷⁾ COGNASSO, *Istituzioni comunali*, cit., p. 458; A. GAMBERINI, *Milan and Lombardy in the era of the Visconti and the Sforza*, in *A companion to Late Medieval and Early Modern Milan. The distinctive features of an Italian State*, ed. by Id., Leiden-Boston, Brill, 2015, p. 23.

⁽²⁸⁾ SANTORO, *Gli uffici*, cit., p. 75.

⁽²⁹⁾ GRILLO, *Milano guelfa*, cit., p. 57.

⁽³⁰⁾ C. SANTORO, *I registri dell'ufficio di provvisione e dell'ufficio dei sindaci sotto la dominazione viscontea*, Milano, 1929, vol. I, p. 47.

Per dominum Mediolani et duodecim sapientes presidentes pro-
 vixionibus comunis Mediolani, una cum illis sapientibus, quos se-
 chum habere voluerint, elligatur consilium noningentorum virorum,
 scilicet centum quinquaginta pro qualibet porta, qui omnes suo
 credere eorum eligentium sint de melioribus, ditioribus et utilioribus
 ipsius civitatis, et maiores annis viginti pro quolibet, et sint suppositi
 iurisdictioni comunis Mediolani, et substineant onera comunis Me-
 diolani et non clerici beneficiati, et qui omnes diligant statum paci-
 ficum domini et comunis Mediolani; quod consilium duret per
 annum unum et ultra, donec fuerit mutatum ⁽³¹⁾.

Il giuramento di lealtà imposto all'assemblea, la cui agenda era
 sottomessa al controllo signorile, con divieto ai consiglieri di deli-
 berare su quanto non fosse autorizzato, combinato con l'inclusione
 di diritto di giureconsulti collegiati e di cavalieri, avrebbe ulterior-
 mente ristretto i margini di autogoverno. Il che ha indotto la
 storiografia a parlare per l'età ducale di « inconsistenza » degli
 organi municipali milanesi ⁽³²⁾.

Merita ugualmente osservare che sia i Visconti, sia gli Sforza,
 liquidata l'esperienza comunale preferirono legare a sé il consiglio,
 diradarne le convocazioni e assorbire il collegio dei Dodici nel
 proprio apparato di potere, senza però rinunciare all'ampia rappre-
 sentazione della città che aveva tratto origine dal comune popolare.
 Non perché avessero ancora necessità di un atto formale di legitti-
 mazione comunitaria, essendo ormai la Signoria ereditaria e fondata
 su un'investitura imperiale, ma per dare sostanza alla professione di

⁽³¹⁾ Statuto XIV (1396), in *Statuta iurisdictionum mediolani saeculo XIV lata*, Augustae Taurinorum, ex typis regis, MDCCCLXIX, pp. 15-19 (trascrizione a cura dell'archivista della Biblioteca Ambrosiana Antonio Ceruti). Cfr. anche gli statuti XII, XV, XVI, XVII, XX, XXI. Sulla datazione del Libro I al 1351, A. LATTES, *Degli antichi statuti di Milano che si credono perduti. Nota*, in « Rendiconti del Reale Istituto lombardo di scienze e lettere », s. 2, XXIX (1896), 18, p. 1057 e ss. (1062). La precoce subalternità del Consiglio è sottolineata da F. CENGARLE, *La signoria di Azzone Visconti tra prassi, retorica e iconografia (1329-1339)*, in *Tecniche di potere nel tardo medioevo. Regimi comunali e signorie in Italia*, a cura di M. Vallerani, Roma, Viella, 2010, p. 89 e ss.

⁽³²⁾ F. SOMAINI, *Il binomio imperfetto: alcune osservazioni su guelfi e ghibellini a Milano in età visconteo-sforzesca*, in *Guelfi e ghibellini nell'Italia del Rinascimento*, a cura di M. Gentile, Roma, Viella, 2005, pp. 131-215 (163).

obbedienza della città, lasciandola esprimere da un corpo non simbolicamente, ma realisticamente rappresentativo ⁽³³⁾.

Cosicché nel XV secolo l'istituzione resse, malgrado nuove esigenze entrassero in tensione. Come accadeva altrove, i duchi iniziarono a considerare l'opportunità di organi municipali più maneggevoli ⁽³⁴⁾. Giovanni Maria Visconti ridusse dapprima il consiglio a settantadue membri per comprimerne il potere nuovamente cresciuto (1408), mentre Filippo Maria ripristinò i Novecento, affiancando loro però un consesso elettivo di centocinquanta cittadini entro i quali sorteggiare i Dodici (1412) ⁽³⁵⁾. Quel livello intermedio del sistema piramidale concepito dall'ultimo Visconti era articolato in tre classi censuarie di pari peso, la ricca, la mediocre e la minore, ciascuna delle quali doveva fornire un terzo degli ufficiali di provvisione. L'interessante soluzione, intesa a ridimensionare l'ingerenza delle fazioni con il rilancio del dato economico, fu presto travolta dall'energia delle fazioni stesse e dal profilarsi di un dualismo ideologico fra valori civici e cavallereschi ⁽³⁶⁾.

In quel clima, il contesto municipale non riuscì a trarre slancio durevole dalle due occasioni in cui le crisi dinastiche sembrarono aprire spazi di recupero per le forme repubblicane, sia dopo la scomparsa di Gian Galeazzo (1402), sia soprattutto dopo la morte senza eredi di Filippo Maria (1447). La triennale esperienza della *Communitas libertatis Mediolani*, più nota come Repubblica ambrosiana, promossa da un gruppo ufficiali viscontei, di giuristi, di nobili e di *cives*, vide il ritorno ai consigli e a pratiche collegiali di selezione per la copertura delle cariche ⁽³⁷⁾. Alla notizia della dipartita del duca, un gruppo auto-convocato di maggiorenti formò il massimo

⁽³³⁾ GIULINI, *Continuazione delle memorie*, cit., II, libro LXXVIII, pp. 171 e 228; G. VISMARA, *Le istituzioni del patriziato*, in *Storia di Milano*, XI: *Il declino spagnolo (1630-1706)*, Milano, Treccani, 1958, pp. 225-334 (234). Sulla trasformazione della fedeltà, F. CENGARLE, *Immagine di potere e prassi di governo. La politica feudale di Filippo Maria Visconti*, Roma, Viella, 2006, pp. 54, 78 e ss.

⁽³⁴⁾ TANZINI, *A consiglio*, cit., p. 141, 172.

⁽³⁵⁾ VISMARA, *Le istituzioni del patriziato*, cit., p. 235.

⁽³⁶⁾ GAMBERINI, *La legittimità*, cit., p. 182; ID., *Milan and Lombardy*, cit., pp. 24-25; COGNASSO, *Istituzioni comunali*, cit., p. 484 e ss.

⁽³⁷⁾ F. COGNASSO, *La Repubblica di S. Ambrogio*, in *Storia di Milano*, VI, cit., pp. 387-449 (399).

organo di governo, i ventiquattro Capitani e Difensori della Libertà, quattro per porta, successivamente ridotti. Questi nominarono *ex novo* il Vicario, un suo Luogotenente e i Dodici di provvisione, i quali tutti esercitarono l'antico diritto spettante alla magistratura e, coadiuvati da due giurisperiti e da due cittadini, su proposta dei consigli degli Anziani di parrocchia riuniti per porta, « elligerunt et elligunt Consilium infrascriptorum Nonigentorum virorum, scilicet centum quinquaginta pro qualibet Porta dicte civitatis Mediolani »⁽³⁸⁾.

Ma il nuovo governo repubblicano non riuscì a contrastare né la disgregazione dello Stato visconteo, né l'esplosione di tumulti popolari e l'acutizzarsi della conflittualità interna ed esterna. In particolare, la nomina bimestrale dei Dodici e del Vicario, che sarebbe dovuta avvenire consultando « ogni porta [...] et co' suffragi del popolo », cadde sotto il controllo della fazione di volta in volta prevalente, ora la nobile e ghibellina, ora la popolare e guelfa, la prima legata a Francesco Sforza, la seconda a Carlo Gonzaga⁽³⁹⁾.

Con l'esaurirsi della *libertas* milanese e l'instaurarsi della signoria sforzesca (1450), le istituzioni cittadine furono nuovamente ridimensionate. Riconfermato nella sua funzione legittimante, il Consiglio grande fu riunito di rado, perché la sua formazione comportava pur sempre il coinvolgimento del tessuto parrocchiale nell'estrazione dei consiglieri, evidentemente retaggio della prassi reintrodotta dalla repubblica⁽⁴⁰⁾. Un documento del 1474 ci presenta il duca Galeazzo Maria impegnato a convocare i Novecento

(38) Documento notarile datato 17.8.1447, in A. COLOMBO, *Vigevano e la Repubblica ambrosiana nella lotta contro Francesco Sforza*, in « Bollettino della società pavese di storia patria », III (1903), pp. 449-516, cit. a p. 450. Cfr. inoltre J. BLACK, *Absolutism in Renaissance Milan: Plenitude of Power Under the Visconti and the Sforza (1329-1535)*, Oxford, Oxford University Press, 2009, p. 78, e per l'elezione nei Novecento, N. COVINI, *Dugnani, Giacomo*, in *Dizionario Biografico degli Italiani*, vol. 41, 1992.

(39) CORIO, *Storia di Milano* (1648), cit., p. 382 verso. Sullo sviluppo degli eventi, F. COGNASSO, *L'età sforzesca*, in *Storia di Milano*, VII: *L'età sforzesca dal 1450 al 1500*, Milano, Treccani, 1956, p. 85 e ss.

(40) C. BELLONI, *Milano in età sforzesca (1450-1499)*, in *Storia illustrata di Milano*, cit., pp. 841-860.

per ottenere l'accettazione di un decreto su monete e imposte ⁽⁴¹⁾. Ebbene, lo scambio preoccupato di lettere con il segretario lascia intendere che né il profilo del Consiglio, né l'esito della convocazione erano prevedibili: mentre erano in corso le rituali elezioni da parte dei consigli di parrocchia, il fiduciario ducale cercava una via per manovrare i lavori, incaricando due o tre notabili per porta di sicura lealtà di « instruire li electi de le parrochie de le porte loro circa quello se haverà praticare et persuadere in populo ». Mentre i nomi di questi personaggi erano sottoposti al Duca, non altrettanto si poteva fare con la lista dei novecento eletti, che non era dato conoscere in anticipo: « La electione de li Novecento in questa hora è in opera. Credo sarà finita questa sera. Poi se attenderà al resto, senza perdimento de tempo ».

Abbiamo dovuto seguire con una certa minuzia questa complicata fase tardo medievale, caratterizzata da una profonda inquietudine quanto alla scelta di forme e procedure. Di contro alla volatilità degli assetti, il percorso evidenzia il perdurare di una visione altamente mimetica della rappresentanza. Essa è condivisa culturalmente dalle diverse componenti comunitarie, così come dai governanti, i quali, dopo averne compresso le attribuzioni, si avvalgono delle istituzioni civiche come fonti primarie di legittimazione di un potere monocratico assai instabile. A tutti i soggetti preme in ugual modo che il corpo rappresentativo rifletta la comunità nelle sue effettive articolazioni topografiche e sociali, più ancora che nei suoi rapporti di forza. Per quanto concepita organicamente come *universitas*, la città appare altresì come un mosaico di elementi collettivi minori, non di rado conflittuali, ma tutti idealmente meritevoli di rappresentazione. Ciò stimola la ricerca di un rispecchiamento realistico, che prevale su considerazioni gerarchiche, di agilità istituzionale e di efficienza procedurale. Anche la disputa sulla titolarità del controllo degli accessi all'assemblea, in vista della sua *performance* futura, passa in second'ordine rispetto all'esigenza di fedeltà della rappresentazione all'oggetto rappresentato. Sarà il tor-

(41) Fabricius o Fabrianus al Duca, 6.4.1474 e 10.4.1474, in Archivio di Stato di Milano [ASMi], *Atti di governo-Uffici civici* [UC] parte antica, busta 129. Cfr. P. GHINZONI, *L'inquinto, ossia una tassa odiosa del secolo XV*, in « Archivio storico lombardo », 1884, 3, pp. 499-532 (ringrazio Maria Nadia Covini per la segnalazione).

nante epocale del primo Cinquecento a segnare una svolta, che determinerà un cambio di scala.

2. *Un consiglio patrizio in regime monarchico, dalle guerre d'Italia agli Austrias.*

Con le vicende belliche del primo terzo del secolo XVI, la tendenza a sfoltire la rappresentanza civica milanese, già affiorata in precedenza, prese il sopravvento. Gli Statuti riformati da Luigi XII di Francia nel 1502 riproponevano invero il Consiglio dei Novecento, « scilicet centum quinquaginta pro qualibet Porta consueta », con la clausola però che esso tornasse a essere nominato « per prelibatum Dominum Ducem Mediolani, seu eius Sacrum Consilium Mediolani, eligatur » (42). L'esistenza del *consilium maius* cittadino non sarebbe mai stata formalmente smentita, nemmeno con l'avvento del più snello Consiglio decurionale: il *Liber Iurisdictionum* non subì rimaneggiamenti e l'assemblea dei Novecento continuò a essere pensata come quiescente, in quanto non convocata, ma pur sempre rappresentata dai Sessanta. Questo mantenere formalmente in vita le norme antiche era funzionale a legittimare esistenza e poteri tanto del nuovo regime, quanto del patriziato milanese, riconnettendolo alle sue onorevoli radici comunali (43).

L'ossequio alla consuetudine non impedì di rilanciare la sperimentazione di un'istituzione più compatta con Massimiliano Sforza, nella breve parentesi fra i due regni Valois. Il Duca, bisognoso di risorse militari, nel 1515 restituì alla città con un atto di vendita il diritto di eleggere i Dodici e il Vicario, a parziale soddisfazione di richieste già in precedenza avanzate da Milano (44). All'epoca la comunità era interinalmente amministrata da un consi-

(42) *Statuta Mediolani*, Mediolani, 1502, titolo *Iurisdictionibus, Rubrica generalis de Sapientibus, et Consilio; et aliis accidentibus*.

(43) F. LEVEROTTI, *Leggi del principe, leggi della città nel ducato visconteo-sforzesco*, in *Signori, regimi signorili e statuti nel tardo medioevo*, Bologna, Pàtron, 2003, p. 167.

(44) Seguo la persuasiva ricostruzione di L. ARCANGELI, *Alle origini del Consiglio dei sessanta decurioni*, in *Con la ragione e col cuore. Studi dedicati a Carlo Capra*, a cura di S. Levati, M. Meriggi, Milano, FrancoAngeli, 2008, pp. 33-75. Alla luce dei documenti, lo studio smentisce alcune tesi formulate da VISMARA, *Le istituzioni del patriziato*, cit.

glio di 24 conservatori eletti dalle porte, tratti equamente dai tre 'ceti' dei gentiluomini, dei cittadini e del popolo. Benché i milanesi puntassero alla costituzione di un collegio elettorale di 150 persone, recuperando forse il progetto ventilato da Filippo Maria qualche decennio prima, Massimiliano si oppose e lasciò che l'ufficio di Provvisione fosse scelto dai soli corpi collegiati e dai luoghi pii.

Subentrato Francesco I nell'autunno di quell'anno, i milanesi riuscirono a pattuire la partecipazione della città alla scelta dei Dodici e del Vicario attraverso un sistema 'elettivo' piramidale a quattro livelli: dalle assemblee di parrocchia, già in precedenza riemerse a funzioni 'politiche', sarebbe uscito un certo numero di sindaci, i quali, riuniti per sestiere, avrebbero eletto quattro rappresentanti per porta per formare un consesso di ventiquattro individui. Questi avrebbero selezionato un collegio di centocinquanta deputati, sempre ripartiti per sestiere, cui sarebbe spettato presentare al re le candidature. L'accordo non prevedeva la costituzione di un'assemblea deliberativa per la cura degli affari cittadini, ma assegnava ai Centocinquanta quell'unica attribuzione. Francesco volle inoltre filtrare l'accesso alla magistratura civica esigendo una prova di nobiltà, condizione restrittiva ma non vincolata al possesso di un titolo, bensì comprensiva della condizione civile, senza pregiudizio per la mercatura ⁽⁴⁵⁾.

Il sistema così formulato fu sperimentato una sola volta ⁽⁴⁶⁾, per poi essere superato da un ordine del visconte di Lautrec, luogotenente del re, che, secondo l'ipotesi più accreditata, nel 1518 ridusse i centocinquanta eletti a sessanta, riconoscendo al consesso un più esteso potere decisionale sugli affari municipali. Per evitare di riconvocare le assemblee di parrocchia o addirittura il Consiglio grande dei Novecento, il governo francese stabilizzò dunque il nuovo formato, lasciando il mandato indeterminato come già era previsto per i Centocinquanta e riservandosi di rimpiazzare i posti

⁽⁴⁵⁾ ARCANGELI, *Alle origini*, cit., p. 56. Ma v. lo stesso VISMARA, *Le istituzioni del patriziato*, cit., p. 243.

⁽⁴⁶⁾ Cfr. la lista dei Centocinquanta pubblicata da ARCANGELI, *Alle origini*, cit., p. 73.

vacanti (47). In questa forma il Consiglio dei Sessanta Decurioni avrebbe attraversato l'epoca spagnola e poi quella austriaca, fino alla soppressione disposta dall'autorità militare francese il 2 pratile anno IV (21 maggio 1796) (48).

La disciplina di nomina alle magistrature civiche fu inserita nelle *Nuove Costituzioni* impartite allo Stato di Milano da Carlo V nel 1541 (49). Il capitolo intitolato al Vicario stabiliva che questi e i Dodici di provvisione fossero eletti per un anno con il concorso delle due volontà, la civica e la ducale. La prima parola spettava ai Sessanta, di cui, a scanso di questioni, il testo diceva soltanto « qui, deni ex singulis portis, generale civitatis Consilium repraesentant », evitando di richiamare sia gli statuti, sia gli ordini di Francesco I. Tanta reticenza avrebbe poi indotto Gabriele Verri, curatore dell'edizione settecentesca delle Costituzioni, a menzionare lui stesso in una nota la riserva dell'elezione decurionale al principe e il mandato vitalizio (50).

I Sessanta, riuniti al termine di ogni anno, « collatis suffragiis », avrebbero presentato al Principe o al suo Luogotenente generale una lista di sei dottori collegiati, per la nomina dell'ufficiale che l'anno seguente sarebbe diventato Vicario di provvisione. L'elezione dei Dodici ricalcava il medesimo schema, con la formazione, tramite suffragio decurionale, di una lista di diciotto nomi, tre per porta, affinché il principe ne scegliesse dieci, tra cui tassativamente un medico collegiato. Questi, con l'aggiunta di due giurisperiti scelti

(47) E. VERGA, *I consigli del Comune di Milano*, in « Annuario storico-statistico del Comune di Milano », 31 (1914), pp. 5-52 (14). La prassi della copertura dei posti vacanti per morte o per passaggio ad altro ufficio è testimoniata dalla lettera del duca Francesco II Sforza, succeduto al re di Francia, al proprio segretario, 10.1.1535, in ASMi, UC p.a., b. 132. Ivi una *Lista de li Sessanta de la Comunità de Milano*, datata 18.1.1524.

(48) Sui profili istituzionali, VERGA, *I consigli*, cit.; VISMARA, *Le istituzioni del patriziato*, cit.; C. MOZZARELLI, *Strutture sociali e formazioni statuali a Milano e Napoli tra '500 e '700*, in « Società e storia », 3 (1978), pp. 431-463; F. PINO, *Patriziato e decurionato a Milano nel secolo XVIII*, in « Società e storia », 5 (1979), pp. 339-378; F. ARESE, *Nobiltà e patriziato nello Stato di Milano*, in *Dallo Stato di Milano alla Lombardia contemporanea*, a cura di S. Pizzetti, Milano, Cisalpino, 1980, pp. 71-96; C. DONATI, *Il patriziato e le sue istituzioni*, in *Storia illustrata di Milano*, cit., vol. IV: *Milano moderna*, pp. 1041-1060.

(49) *Constitutiones domini mediolanensis*, Liber V, § *De Officio vicari provvisionum, et pertinentibus ad ipsum officium*, pp. 181-182.

(50) Ivi, p. 185.

dal loro ordine come di consueto, avrebbero costituito il tribunale. Agli eletti era fatto divieto di convocare « alios cives » senza autorizzazione del Principe.

Quest'ultimo si era dunque attribuito l'esclusivo potere di designazione dei Decurioni, man mano che ne fosse stato necessario il rimpiazzo, e un sicuro controllo sulla scelta dei Dodici, oltre che sulle convocazioni del Consiglio, come è stato rimarcato ⁽⁵¹⁾. Ciò smentisce la tesi di una sostanziale indipendenza del governo municipale affidato al ceto patrizio ⁽⁵²⁾. Peraltro l'ingerenza governativa è da leggere come un filtro a maglie larghe, non tale da determinare il profilo complessivo dell'assemblea e delle magistrature. E il diritto di presentazione degli amministratori riconosciuto ai Decurioni, eredità delle guerre d'Italia, costituitiva, insieme alla durata vitalizia della carica decurionale, una concessione importante all'autonomia cittadina rispetto all'età visconteo-sforzesca, non a caso recentemente rivisitata nei suoi profili giuridici 'assolutistici' ⁽⁵³⁾.

Lo schema binario sancito dalle Nuove Costituzioni ebbe un effetto equilibratore sul sistema di selezione del ceto dirigente municipale, poggiante sulla convergenza di fondo di monarchia e maggiori locali in difesa del carattere elitario delle istituzioni di governo. Un tratto generale della storia delle città italiane, a partire grossomodo dalla metà del Cinquecento, ma consolidatosi soprattutto nel secolo successivo, che la storiografia recente ha attenuato o variamente tematizzato, ma nel complesso non smentito ⁽⁵⁴⁾.

Nel caso milanese, le modalità di nomina, inserendosi in un più vasto disegno istituzionale che integrava tutti i livelli di governo, consentirono al nascente patriziato ampi margini di consolidamento cetuale, di manovra delle leve del governo urbano e provinciale, di predisposizione di itinerari di carriera negli uffici dello Stato, grazie

⁽⁵¹⁾ M. BENDISCIOLI, *Politica, amministrazione e religione nell'età dei Borromei*, in *Storia di Milano*, X: *L'età della riforma cattolica (1559-1630)*, Milano, Treccani, 1957, p. 3 e ss. (98).

⁽⁵²⁾ Sposata per esempio da VISMARA, *Le istituzioni del patriziato*, cit., p. 225 e ss.

⁽⁵³⁾ BLACK, *Absolutism in Renaissance Milan*, cit.

⁽⁵⁴⁾ Rinvio per brevità alla rassegna S. MORI, *I governi delle città italiane fra antico regime e unità nazionale: percorsi storiografici. Prima parte*, in « Società e storia », 95 (2002), pp. 91-140.

al raccordo instauratosi fra la sfera civica e quella regia ⁽⁵⁵⁾. Ma la fruizione di tali spazi era ovviamente condizionata dalla disponibilità a cooperare con la Monarchia, la quale, con il controllo dell'accesso alle cariche municipali aveva facoltà di escludere elementi sgraditi, di rallentare o di accelerare i percorsi in ragione della fedeltà delle famiglie, di promuovere la crescita politica di soggetti utili di recente, e magari controversa, ascrizione al ceto, di spegnere le tentazioni faziose che potessero risorgere sotto lo stimolo delle dinamiche continentali ⁽⁵⁶⁾.

La discreta permeabilità del decurionato milanese, indotta in parte da tali scelte sovraordinate, in parte da oculate strategie di auto-conservazione delle famiglie, assicurò la reintegrazione del Consiglio, anche in termini di influenza economica, e un certo ricambio sociale ⁽⁵⁷⁾.

Da parte sua, il decurionato non tardò a forzare la procedura di nomina ai seggi consiliari, del tutto riservata al Principe come detto, non solo ricorrendo a suppliche e a lettere di raccomandazione, ma pure praticando forme surrettizie di cooptazione, anche in deroga al requisito di età. Questo era stato innalzato da Filippo II, « geloso del buon governo, e del decoro di questa Magnifica e fedelissima Città », dagli originari venti anni ai trentacinque, proprio per mettere un freno ai passaggi in via ereditaria ⁽⁵⁸⁾. I quali tuttavia si ottennero sempre con una certa facilità, nonostante la prerogativa regia non fosse mai messa in discussione. La prassi prevedeva che il titolare del seggio presentasse una rinuncia scritta per ragioni di anzianità, di salute o di impegni, corredata dalla perorazione a

⁽⁵⁵⁾ Cfr. il quadro offerto da SIGNOROTTO, *Milano spagnola*, cit., e da C. CREMONINI, *Élites lombarde, corte e governo nell'epoca degli Austrias*, in *La crisi della modernità. Studi in onore di Gianvittorio Signorotto*, a cura di M. Al Kalak, L. Ferrari, E. Fumagalli, Roma, Viella, 2023, p. 141 e ss.

⁽⁵⁶⁾ Sul persistere di articolazioni interne, sia pure non più fazionarie, F. DEL TREDICI, *Nobility in Lombardy between the Late Middle Ages and the Early Modern Age*, in *A companion*, cit., p. 477 e ss. (494).

⁽⁵⁷⁾ BENDISCIOLI, *Politica, amministrazione e religione*, cit., p. 103; PINO, *Patriziato e decurionato*, cit.; ARESE, *Nobiltà e patriziato*, cit., p. 76; M. BARBOT, *Il patriziato milanese: un'élite aperta? Ricambio politico e mobilità sociale nel ceto dirigente ambrosiano*, in « Cheiron », 41 (2005), pp. 71-99.

⁽⁵⁸⁾ Decreto del governatore duca di Terranova, Milano 11.4.1584, in ASMi, UC p.a., b. 129.

favore del successore *in pectore*, come attesta un cospicuo numero di dossier datati fra gli ultimi decenni del XVI e il tardo XVIII secolo ⁽⁵⁹⁾. Nell'intero arco di vita del Consiglio, quasi un terzo dei decurioni rinunciò al seggio ⁽⁶⁰⁾.

Nel primo Seicento i governatori cercavano di soddisfare i *desiderata* dei patrizi milanesi, esigendo però che alcuni requisiti fossero soddisfatti, con riguardo sia all'età, sia all'esperienza pubblica, anche in presenza di raccomandazioni importanti ⁽⁶¹⁾. Nel procedere alle nomine essi attingevano a nutrite liste di « pretensori », non tutti destinati a essere soddisfatti ⁽⁶²⁾. In seguito tali consuetudini sembrano essere divenute più vincolanti, o forse integrate in un sistema di *patronage* centrato sulla distribuzione delle cariche. Nel 1716 venne alla luce quella che negli ambienti di governo di Carlo VI era definita la pratica delle « Future », ossia la garanzia governativa di un futuro accesso alla carica. Essa si affiancava o talvolta si combinava all'altra già menzionata della rinuncia al seggio da parte del titolare, a favore per lo più del figlio. Avendo l'imperatore domandato spiegazioni su certe scelte, la Giunta di governo, all'epoca tutta composta da patrizi milanesi di osservanza imperiale, aveva rivelato, « con tutta la maggior veneratione, [...] che da tutti li Governatori di questo Stato sono sempre state a suo arbitrio admesse indistintamente, e rinoncie, e trapassi di tali Piazze » ⁽⁶³⁾. Carlo VI emise un decreto di disapprovazione e annullò alcuni atti, ma ben presto la pratica tornò in auge, con la sola accortezza delle assegnazioni sfalsate dei posti vacanti, per dissimulare la trasmissione in linea ereditaria ⁽⁶⁴⁾.

⁽⁵⁹⁾ Ordinati alfabeticamente, essi sono contenuti in ASMi, UC p.a., b. 132-133.

⁽⁶⁰⁾ ARESE, *Nobiltà e patriziato*, cit., p. 77.

⁽⁶¹⁾ *Consulta del Gran Cancelliere al Governo, con la nomina de cavaglieri per la provisione di quatro piazze delli 60*, 12.1.1634, in ASMi, UC p.a., b. 132.

⁽⁶²⁾ *Piazze delli Sessanta Decurioni di Milano provviste dall'Eccellentissimo S. Duca di Feria alli 30 d'Aprile 1633*, ivi.

⁽⁶³⁾ La Giunta interina a Carlo VI, settembre 1716, ivi, con allegato un elenco di 18 casi fra 1692 e 1716. Su Giunta e temperie politica, C. CAPRA, *La Lombardia austriaca nell'età delle riforme (1706-1796)*, Torino, Utet, 1987, p. 29.

⁽⁶⁴⁾ Segretario de Zayas, 22.1.1744 (ASMi, UC p.a., b. 133); segretario De Pagave al reggente Corrado, 20.9.1753; cancelliere Kaunitz a plenipotenziario Firmian, 23.8.1762; Firmian a Kaunitz, 28.12.1776 (ivi, b. 132).

Il passaggio dello Stato di Milano alla Corona austro-boema non comportò dunque immediate novità. I primi decenni del nuovo regime si presentarono anzi sotto il segno della continuità per la rappresentanza milanese, ormai completamente aristocratizzata ⁽⁶⁵⁾. Nemmeno Gian Luca Pallavicini, governatore nei primi anni Cinquanta, poco legato all'alta società locale e avverso alla tradizione spagnola, poté esimersi dal comporre la sua graduatoria, pur sorvegliandone i criteri. Al cardinale Albani, che raccomandava un esponente della famiglia Annone, egli rispondeva che, trattandosi di una carica decurionale,

che è quel lustro a cui aspirano tutte le famiglie più cospicue di questa Città, vuole il caso ch'io mi ritrovi già talmente prevenuto da altri non pochi impegni di soggetti benemeriti, e della prima sfera, che non saprei promettermi di poter attendere neppur quelli che ho speranza, se si daranno vacanze in tempo del mio Governo, mentre per contentarli tutti bisognerebbe che si dassero molte aperture, le quali sono tutte incerte ⁽⁶⁶⁾.

Un'ultima notazione merita l'incidenza del criterio topografico, previsto anche dalle Costituzioni caroline. Nel 1554, allorché lo Stato di Milano era assegnato al principe Filippo d'Asburgo, futuro re di Spagna, « nonnullus nobiles cives mediolanenses » ne avevano richiesto la piena osservanza, domandando che le coperture dei posti vacanti attingessero alla stessa porta del predecessore ⁽⁶⁷⁾. La richiesta era stata accolta e soddisfatta da un rescritto del Consiglio Segreto. All'epoca la topografia cittadina conservava evidentemente una propria rilevanza politica per il ceto dirigente locale, con il corollario dell'equilibrio fra i sestieri, che, disposti come le fette di una torta, ospitavano tutti un certo numero di famiglie cospicue, per lo più disposte nel cerchio intermedio della pianta a raggiera, fra l'area interna occupata dai commerci e la fascia periferica divisa fra zone artigianali e agricole ⁽⁶⁸⁾. Nel corso del Seicento tuttavia la

⁽⁶⁵⁾ Cfr. gli elenchi a stampa, *ivi*.

⁽⁶⁶⁾ Lettera del 29.1.1752, in ASMi, UC p.a., b. 133.

⁽⁶⁷⁾ *Decreto del Consiglio Segreto*, 28.9.1554, in ASMi, UC p.a., b. 132.

⁽⁶⁸⁾ S. D'AMICO, *Le contrade e la città. Sistema produttivo e spazio urbano a Milano fra Cinque e Seicento*, Milano, FrancoAngeli, 1994, pp. 23-28, 34-35; A. COGNÉ,

cogenza di quella griglia si affievoli, per perdersi infine del tutto, come dimostrano gli elenchi decurionali settecenteschi, ormai privi della suddivisione per porte. Questa si mantenne invece, ma con minor rigore, per i Dodici di provvisione, forse perché considerata funzionale all'esercizio dei compiti amministrativi.

L'altra partita a cui vale la pena di dare uno sguardo era quella della formazione delle liste per la designazione del Luogotenente pro-vicario e della quota decurionale del Tribunale di provvisione ⁽⁶⁹⁾. L'assegnazione di quei posti era rilevante sia ai fini della carriera negli alti uffici, sia perché il ruolo delle magistrature civiche era notevolmente cresciuto dalla metà del Cinquecento, in relazione all'aumento dell'imposizione fiscale straordinaria, di fatto regolarizzata, e all'applicazione del nuovo dispositivo di riparto, basato sull'estimo appena riformato. Il Vicario, che aveva accentuato il proprio profilo civico rispetto all'età ducale, rivestiva un ruolo di primo piano come presidente della Congregazione dello Stato, l'assemblea dei procuratori delle città e dei contadi che amministrava l'esazione delle contribuzioni a livello regionale.

Per coprire le posizioni del governo locale i Sessanta formulavano le candidature da presentare al governatore per « ellettione [...] con balle secrete », graduate in base ai voti favorevoli ricevuti da ciascuno ⁽⁷⁰⁾. Con lo stesso metodo della « ballottazione » il Consiglio Segreto, facendo le veci del Governatore, sceglieva nella lista i soggetti da nominare ⁽⁷¹⁾. Un rapido esame della documentazione, distribuita lungo l'intero periodo, evidenzia, con una certa uniformità, la prevalente adesione dell'organo governativo alle preferenze indicate dai Decurioni, ma anche scostamenti non sporadici ⁽⁷²⁾. Raramente per esempio il Vicario era scelto fra i favoriti, ma anche la nomina degli ufficiali di Provvisione segnava uno scarto, grosso-

Les propriétés urbaines du patriciat. Milan, 17.e-18.e siècle, Roma, École française de Rome, 2017.

⁽⁶⁹⁾ Su questi uffici, BENDISCIOLI, *Politica, amministrazione e religione*, cit., pp. 96-100. Si ricorderà che due dei Dodici erano espressi da Collegio dei Giureconsulti, corpo patrizio anch'esso ma distinto dal decurionato.

⁽⁷⁰⁾ Cfr. il verbale del Consiglio Segreto, 31.12.1668, in ASMi, UC p.a., b. 129.

⁽⁷¹⁾ Verbale 1.1.1719, in ASMi, UC p.a., b. 136.

⁽⁷²⁾ Molte liste, soprattutto settecentesche, si trovano in ASMi, UC p.a., b. 129, 132, 136, 143-145.

modo di un terzo, rispetto alle graduatorie per porta, anche per il fatto che queste venivano scompagnate a favore di un'unica graduatoria generale. Coticché accadeva spesso che una porta non fosse rappresentata nel Tribunale, a dimostrazione della perdita di significato di quel risalente criterio distributivo.

Tanto la forma della rappresentanza civica, quanto il sistema designativo registrano dunque nel succedersi dei tre regimi monarchici un'elevata stabilità. Il Consiglio, notevolmente ridimensionato nel numero, continua a rispecchiare la comunità, ma solo applicando il criterio selettivo della *sanior pars*, la quale si staglia infatti da sola su un 'tutto' passivizzato e opacizzato. Lo dimostra il venir meno tanto dell'articolazione sociale del corpo municipale, quanto delle rilevanze topografiche. Il progressivo irrigidimento della struttura per ceti, avviato non per caso dal re di Francia e confermato dai successori, permise di semplificare il disegno rappresentativo e di orientarlo in senso gerarchico. Consentì di conseguenza al patriziato sia di monopolizzare tendenzialmente la rappresentanza civica, sia di confermare il ruolo attivo del Consiglio nella scelta dei Dodici, del Vicario e delle magistrature civiche minori, nell'ambito di una procedura condivisa con il re, sia pure sbilanciata. In cambio, il primo ceto dovette offrire una durevole fedeltà alla monarchia e accettare che le chiavi di accesso al Decurionato stessero nelle mani del Sovrano o dei suoi delegati, con un margine di discrezionalità nelle ammissioni che sul lungo periodo tornò probabilmente a maggior salute del patriziato milanese. Tale sudditanza fu inoltre temperata dalla durata vitalizia della carica decurionale e dall'elasticità con cui le regole di ammissione furono per lo più applicate, al punto tale da indurre i posterì a leggere come cooptazione quello che era formalmente un dispositivo di reclutamento della rappresentanza cittadina di marca assolutistica.

3. *Continuità e riforme nella crisi dell'antico regime.*

Novità sensibili sopraggiunsero nella costellazione delle istituzioni civiche a complemento del catasto geometrico promulgato

dall'imperatrice Maria Teresa nel 1757 (73). Alla nuova piattaforma per il riparto contributivo, che censiva con metodo eguale tutta la proprietà immobiliare esistente sul territorio lombardo, fu infatti associata una riforma dei corpi locali. Questa incise invero in misura diversa sulle comunità rurali e sulle città: alle seconde fu cautamente consentito di mantenere un ordinamento specifico, fedele ai profili maturati da ciascuna nel XVI secolo (74). Cosicché Milano conservò il proprio Consiglio dei Sessanta, il Vicario e il Tribunale dei Dodici di provvisione.

Nondimeno, l'amministrazione censuaria e tributaria, per quanto era di pertinenza civica, fu trasferita, sotto il controllo della regia magistratura camerale, a una Congregazione di Patrimonio di nuova istituzione, in carica per un quadriennio, con sostituzione di metà dei componenti ogni due anni. Poiché l'ambito di competenza era provinciale, come già era stato per il Vicario e per i Dodici, si volle conferire alla nuova istituzione una più diretta rappresentatività del territorio del Ducato di Milano, corrispondente all'antico contado del comune ambrosiano. Essa fu perciò composta dal Vicario e dal Luogotenente pro-tempore, da due dottori collegiati, da quattro decurioni e da due sindaci, tutti in rappresentanza della città, inoltre da due sindaci in rappresentanza del contado, infine da quattro estimati non decurioni, che potevano essere tratti dall'intero territorio provinciale. A tutti i componenti era richiesta una consistenza censuaria cospicua. I sindaci avevano carica vitalizia e voce consultiva; quelli del contado, o Ducato, erano già operativi nella Congregazione dello Stato.

La selezione della nutrita componente municipale non presentava problemi, in quanto si poteva ricalcare lo schema vigente per gli ufficiali di Provvisione: presentazione delle candidature da parte del Consiglio generale della città e designazione dal Governo. Più arduo individuare una procedura per la scelta dei quattro estimati, nei

(73) Sentenza generale dell'Estimo, 20.12.1757, in *Raccolta degli editti, ordini, istruzioni, riforme, e lettere circolari istruttive della Real Giunta del censimento generale dello Stato di Milano*, Milano, Regia Stamperia, 1758, p. 321.

(74) Cfr. la lettura complessiva in chiave costituzionale offerta da C. MOZZARELLI, *Sovrano, società e amministrazione locale nella Lombardia teresiana. 1749-1758*, Bologna, il Mulino, 1982.

quali consisteva la grande novità della riforma. Allo scopo si distinse fra la formazione *ex novo* del collegio e i successivi rinnovi:

Per la prima volta si farà detta nomina de' deputati delle Pievi, li quali dovranno unirsi nella sala della Città sotto il presidio del Luogo-tenente regio, coll'intervento de' due Sindaci attuali generali del Ducato, e nomineranno otto Estimati non Decurioni, che si proporranno al Governo per la detta elezione. A quest'effetto ogni Pieve darà un Deputato. Questa Deputazione si farà da' primi Deputati dell'Estimo di ciascheduna Comunità componente la Pieve (75).

In tal modo si agganciava la nuova istituzione rappresentativa all'ordinamento delle comunità rurali, che era stato interamente ripensato in chiave censuaria, e al contempo si recuperava l'antica maglia plebana per dare corpo al livello provinciale, escludendone la città. Quest'ultima sarebbe rientrata in gioco nei posteriori avvicendamenti biennali, per i quali la stessa Congregazione di patrimonio avrebbe presentato una quadrupla candidatura, entro la quale il Consiglio generale dei decurioni avrebbe individuato una dupla da presentare al governo.

L'avvento del cittadino proprietario provocato dalla riforma catastale, ovvero dalla cultura di matrice giusnaturalistica e pre-fisiocratica che quest'ultima iniettò nel contesto lombardo (76), si coniugò pertanto con la volontà politica della Monarchia asburgica di ridimensionare con cautela i privilegi dei patriziati, e segnatamente di quello milanese. Il primato della città e l'antica 'costituzione' cittadina di stampo cetuale furono perciò entrambi salvaguardati. Se ne avviò nondimeno la marginalizzazione con una strategia di duplicazione degli organi tipica del riformismo asburgico in Lombardia. L'affiancamento della nuova Congregazione di patrimonio, con l'articolata struttura aggregativa per corpi e il complesso sistema elettivo che le furono propri, significò in via di principio la

(75) *Riforma al governo della città e provincia di Milano* (10.2.1758), in *Raccolta degli editti*, pp. 325-331, sulla quale v. S. CUCCIA, *La Lombardia in età teresiana e giuseppina*, Firenze, Sansoni, 1977, pp. 15-16, non esente da imprecisioni.

(76) Cfr. F. VENTURI, *Introduzione a Riformatori lombardi, piemontesi e toscani del Settecento*, a cura di Id., Milano-Napoli, Ricciardi, 1958.

fine sia del monopolio urbano sull'amministrazione della provincia, sia della riserva di ceto a esclusivo beneficio del patriato milanese.

Il testo della riforma del resto indicava chiaramente una direzione, laddove ravvisava nel « maggior beneficio de' Censiti » lo scopo dell'istituzione della Congregazione di Patrimonio, e nella consultazione de « gl'Interessati » la necessaria precondizione. Lo scenario che così si apriva si concretizzava teatralmente nell'immagine evocata dei primi Deputati dell'estimo delle comunità della provincia riuniti per pieve in casa del collega residente nel centro maggiore, per eleggere il rappresentante plebano da inviare a Milano a formare il collegio elettorale dei quattro estimati non decurioni della Congregazione.

Procedeva sulla stessa linea un progetto dei primi anni Settanta, rimasto per il momento inattuato, mirante a rimediare al limite evidenziato dal cancelliere Kaunitz, per cui « il popolo non ha rappresentanza particolare e indipendente dal ceto civico », essendo quest'ultimo, a Milano come in tutte le città italiane, « rappresentato e governato dai nobili » (77). Il piano prevedeva la rifusione dell'antico Tribunale di provvisione e della nuova Congregazione di patrimonio in un unico corpo. Costituito da quindici componenti, compresi il Vicario e il Provicario, esso sarebbe stato accessibile per un terzo ai semplici estimati, senza alcuna condizione, rimanendo però le nomine ancorate alla procedura piramidale vigente.

L'idea fu ripresa da Giuseppe II, allorché l'imperatore mise mano all'organizzazione territoriale della Lombardia austriaca nel biennio 1784-1786 (78). Pur conservando i consigli generali patrizi, egli sostituì le magistrature civiche esistenti, di vecchio e di recente conio, con Congregazioni municipali dal profilo uniforme. Avendo competenza provinciale, esse dovettero necessariamente essere costituite per un terzo di estimati non nobili. Il numero degli assessori variava fino a un massimo di 9, nel caso di Milano, e la durata della carica era estesa a sei anni. Le nomine furono riservate per la prima volta al governo, una scelta giustificata con l'eccezionalità del momento che sarebbe stata spesso praticata dai governi filo-francesi, ma

(77) Lettera al ministro plenipotenziario Firmian, 1.6.1767, in ASMi, UC p.a., b. 136. Ivi anche il progetto, datato 20.8.1772.

(78) CAPRA, *La Lombardia austriaca*, cit., p. 372.

che qui assunse una valenza innovativa, ispirata alla volontà di dare immediata effettività alla *ratio* riformatrice, sventando eventuali manipolazioni di segno conservatore. Come regola era invece adottato il più conciliante metodo delle terne presentate al Governo dal Consiglio decurionale, senza che si giungesse a sperimentarla, data la precoce conclusione dell'esperienza, a causa della successione all'Impero. Quanto al Consiglio decurionale, dal 1786 si sospesero tacitamente i rimpiazzi, come prova la documentazione, in vista forse di una sua imminente soppressione ⁽⁷⁹⁾.

La riforma leopoldina del 1791, frutto del lavoro di un anno sui *cabiers* presentati dalle rappresentanze dei « pubblici » elette per l'occasione, introduceva, possiamo ben dire *ex novo*, il principio elettivo per le amministrazioni locali, in parte ripristinate nelle forme antecedenti l'intervento giuseppino ⁽⁸⁰⁾. Per Milano, il Consiglio, detto semplicemente 'generale', ma ancora costituito da sessanta decurioni, fu abilitato a designare in ultima istanza gli assessori e il prefetto della riconfermata Congregazione municipale, senza più necessità della sanzione governativa ⁽⁸¹⁾. In fase di applicazione del nuovo regolamento, la rappresentanza ambrosiana fu perciò invitata a reintegrare il proprio organico, con il « procedere all'elezione dei decurioni mancanti », per nominare tutti i membri della Congregazione municipale, tanto i patrizi, quanto gli estimati ⁽⁸²⁾.

Cosicché l'ordinamento faceva interagire tre metodi: la cooptazione dei nuovi decurioni da parte dell'assemblea patrizia; la designazione a opera della stessa assemblea degli assessori del collegio amministrativo provinciale, compresa la quota riservata agli estimati non iscritti al decurionato, che Leopoldo II aveva elevato alla metà del totale; infine la risalente procedura mista di presentazione consiliare e nomina governativa del prefetto della Congregazione municipale, altrimenti detto Vicario.

⁽⁷⁹⁾ Varie richieste invece si trovano in ASMi, UC p.a., b. 133.

⁽⁸⁰⁾ Sulle consultazioni a Vienna e sull'elezione dei deputati milanesi, S. CUCCIA, *La Lombardia alla fine dell'Ancien Régime*, Firenze, La Nuova Italia, 1971, p. 24n.

⁽⁸¹⁾ Dispaccio 20.1.1791, in ASMi, *Dispacci reali*, b. 203; CUCCIA, *La Lombardia alla fine dell'Ancien Régime*, cit., pp. 24, 32.

⁽⁸²⁾ Dispaccio del governatore al Consiglio di Governo, 4.3.1791; verbale del Consiglio di Governo, 8.3.1791, in ASMi, UC p.a., b. 157.

Il sistema ebbe anch'esso vita breve, giacché di lì a poco sopravvenne l'occupazione francese. Esso raccoglieva l'eredità tere-siana e giuseppina, allargando ulteriormente lo spazio di partecipazione degli estimati non nobili all'amministrazione della provincia e così confermando la vitalità ideale del nuovo soggetto politico, legittimato dalle sole condizioni di cittadino del territorio e di possessore ⁽⁸³⁾. Va però precisato che l'ingresso del censo nella costruzione della rappresentanza locale, o per meglio dire del suo braccio esecutivo, non fu affatto accompagnato dal superamento della cultura corporativa: i possessori al contrario furono pensati come ceti a sé stante, il « Corpo dei Cittadini Estimati della Città e Provincia ». Mantenendosi all'interno di questa geografia, l'imperatore volle anzi soddisfare le richieste pressanti avanzate dai decurionati lombardi nella trattativa viennese, offrendo un nuovo patto di governo. Il corpo decurionale milanese sarebbe stato premiato, e responsabilizzato al contempo, con la facoltà di eleggere il governo provinciale. Un passaggio nient'affatto scontato se pensiamo che in Toscana la visione proto-liberale dell'amministrazione locale coltivata da Pietro Leopoldo era rimasta ancorata al tradizionale sistema delle « tratte » a sorteggio ⁽⁸⁴⁾. La riconfermata sovra-ordinazione della città alla provincia e il riconoscimento del principio elettivo come diritto esclusivo dei massimi « Interessati » trovavano poi un bilanciamento nel vincolo legale che imponeva ai decurioni di ammettere gli estimati al governo provincia.

4. *Linee di sviluppo post-cetuali.*

Terminato l'antico regime, l'assemblea generale milanese perse la sua specificità per rientrare nella categoria più ampia propria dei comuni di prima classe. La soppressione dei consigli patrizi inoltre segnò il superamento dell'articolazione istituzionale per ceti. Detto ciò e malgrado le petizioni di principio della nuova dirigenza

⁽⁸³⁾ Cfr. la composizione della nuova Congregazione milanese, in cui figurano due avvocati, un negoziante e un possidente, accanto a cinque patrizi (in *UC* p.a., b. 157).

⁽⁸⁴⁾ B. SORDI, *L'amministrazione illuminata. Riforma delle Comunità e progetti di Costituzione nella Toscana leopoldina*, Milano, Giuffrè, 1991, p. 311; MANNORI, *Votare nei corpi*, cit., p. 681.

politica, non si riscontrano significativi processi di democratizzazione dei sistemi di designazione degli amministratori municipali, nel rapido avvicinarsi degli ordinamenti, affetto come noto da forti tensioni fra le istanze liberali e partecipative da un lato e le tendenze autoritarie dettate da fattori esogeni e dalla paura della reazione interna.

Con l'occupazione francese le municipalità furono sì 'democratizzate' nel profilo ideologico e sociale dei loro componenti, ma in forza di nomine disposte dall'autorità militare. Per Milano fu il generale in capo Bonaparte a sopprimere il vetusto Consiglio decurionale e a nominare una Municipalità di sedici patrioti, in larga parte borghesi o comunque fautori del nuovo ordine ⁽⁸⁵⁾. Sebbene il numero degli assessori fosse in seguito elevato a trenta, poi stabilito a ventiquattro, esso non aveva, com'è ovvio, alcuna attinenza con l'antica partizione per porte e sestieri, da ultimo sostituita da una maglia a otto rioni, raggruppati in quattro circondari.

Si dovette invece alla Costituzione cisalpina l'introduzione nel 1797 di municipalità distrettuali elettive, aventi come collegio elettorale l'assemblea primaria dei cittadini attivi del distretto ⁽⁸⁶⁾. Poiché nel caso di Milano la circoscrizione superava i centomila abitanti, il suo organo di governo locale fu articolato in quattro municipalità di circondario, di sette membri ciascuna, coordinate beninteso da un dicastero generale nominato dall'amministrazione dipartimentale. Il mandato era annuale e l'elezione doveva avvenire a scrutinio segreto, con una sola scheda per elettore. L'organizzazione di tale municipalità plurima era certamente complicata, la circoscrizione di riferimento artificiale, pressante il controllo assegnato ai livelli sovraordinati. Nondimeno, il sistema, mutuato dalla costituzione francese dell'anno III, ma ancora influenzato da quello ideato da Sieyès nel 1791, era realmente elettivo e popolare, giacché

⁽⁸⁵⁾ Il processo è ricostruito da L. GAGLIARDI, *Milano in rivoluzione. Patrioti e popolo di fronte all'invasione francese (1796-1799)*, Milano, Unicopli, 2009, p. 39 e ss. Ma v. anche VERGA, *I consigli*, cit.

⁽⁸⁶⁾ *Costituzione della Repubblica cisalpina*, 20 messidoro anno V, titolo VII, articolo 174 e ss.; *Legge di organizzazione delle Municipalità*, 29 mess. a. V. Cfr. S. MORI, *La naturalizzazione di un istituto francese nella Cisalpina: la municipalità distrettuale, in Mosaico francese. Studi in onore di Alberto Castoldi*, a cura di J. Schiavini Trezzi, Bergamo, Moretti & Vitali, 2012, pp. 351-375 (358).

non erano previste soglie censuarie per l'elettorato attivo e passivo, se si prescinde dall'esclusione di mendicanti e vagabondi, dai requisiti della maggiore età, della residenza annuale nel distretto e dell'iscrizione nel registro civico ⁽⁸⁷⁾. Com'è stato rilevato, il disegno muoveva dal riconoscimento della legittimità dell'interesse locale, della possibilità di coordinarlo con l'interesse nazionale, grazie ai controlli, e dell'utilità generale rivestita dall'auspicata rigenerazione delle città ⁽⁸⁸⁾.

La norma costituzionale non ebbe tuttavia alcuna attuazione, per la difficoltà di allestire quelle che erano le premesse necessarie per procedere alle elezioni, ovvero il disegno della maglia distrettuale e soprattutto l'attivazione del registro dei cittadini attivi, impresa che si rivelò ardua, se non addirittura impossibile, per ragioni sia tecniche, sia politiche ⁽⁸⁹⁾. Nell'attesa si instaurò un regime provvisorio, che a Milano risulta operante già prima della promulgazione della Costituzione, con la nomina dall'alto delle municipalità di circondario e successivamente dell'organo di raccordo, il dicastero centrale, a cui in definitiva risultano intestati tutti gli atti del Comune ⁽⁹⁰⁾. Essendo rinviate ormai *sine die* le elezioni, di lì a poco si stabilì che per il futuro le municipalità di circondario fossero designate dal governo direttoriale, su duple formulate dall'amministrazione dipartimentale. Una scelta confermata dopo il colpo di stato Trouvé e la revisione costituzionale dell'anno VII, tesa a restringere gli spazi di autonomia introdotti dalle istituzioni cisalpine: la caduta del principio elettivo fu conseguenza implicita della stabilizzazione per legge ordinaria del sistema delle duple già in

⁽⁸⁷⁾ Sulla scarsa funzionalità del municipio milanese, anche per le tensioni lungo la linea gerarchica, GAGLIARDI, *Milano in rivoluzione*, cit., p. 46 e ss. Riguardo alla matrice francese, incentrata sulle assemblee primarie, S. MANNONI, *Une et indivisible. Storia dell'accentramento amministrativo in Francia*, 2 voll., I. *La formazione del sistema 1661-1815*, Milano Giuffrè, 1994, p. 318 e ss.

⁽⁸⁸⁾ Ivi, p. 326.

⁽⁸⁹⁾ *Legge relativa ai registri delle nascite, de' matrimoni, delle morti e de' cittadini attivi*, 6 term. a. V (le norme sono reperibili nella *Raccolta degli ordini, avvisi, proclami ec., pubblicati in Milano*, Milano, Luigi Veladini, uno/due volumi per anno, alla data). Cfr. inoltre MORI, *La naturalizzazione*, cit., p. 360.

⁽⁹⁰⁾ *Proclama*, 11 mess. a. V; *Legge di esecuzione dell'atto costituzionale*, 21 mess. a. V; *Avviso*, 1 term. a. V.

sperimentazione, con la quale si abbandonò anche formalmente il modello francese, già smentito nei fatti ⁽⁹¹⁾.

Sotto la Repubblica italiana furono reintrodotte, dopo sei anni di vacanza, assemblee più larghe con funzione eminentemente rappresentativa. Per il reclutamento, benché in un quadro normativo più liberale di quello francese, prevalse nuovamente il ‘moto discendente’: i consigli dei comuni di prima classe, di 40 membri, per metà possidenti e per metà detentori di altri redditi, furono infatti nominati per la prima volta dal Consiglio generale di Dipartimento. Di questo era prevista l’elezione a opera dei consigli comunali del territorio provinciale, in proporzione alle dimensioni; tuttavia in forza di disposizioni transitorie lo formò una prima volta per metà (20 consiglieri) il Governo, mentre l’altra metà venne cooptato dai prescelti ⁽⁹²⁾. All’assemblea locale era consentito dalla legge presentare le terne per le proprie successive reintegrazioni, di 1/5 dei componenti ogni anno, e soprattutto eleggere l’organo esecutivo ristretto, la municipalità.

Il legislatore ricorse insomma ai complicati schemi cari al consolato, funzionali a contenere la partecipazione dal basso e a garantire all’autorità di governo un robusto controllo. Per equilibrare si reintegrarono alcuni metodi introdotti dalle ultime riforme asburgiche, come quello delle terne, e si riconobbe all’assemblea l’elezione del collegio degli amministratori, come già previsto sotto Leopoldo II.

Il Regno italico vide un’opzione più netta, giacché i consigli comunali di prima classe, in carica per un quinquennio con rinnovo a rotazione, furono nominati direttamente dal re ⁽⁹³⁾. Così selezionati all’origine, nel quadro della visione fortemente integrata e

⁽⁹¹⁾ MORI, *La naturalizzazione*, cit., p. 366.

⁽⁹²⁾ *Costituzione della Repubblica Italiana*, 26.1.1802; *Legge sull’organizzazione delle autorità amministrative*, 24.7.1802. Sul modello, MANNONI, *Une et indivisible*, cit., p. 471 e ss.

⁽⁹³⁾ *Decreto sull’amministrazione pubblica e sul comparto territoriale del Regno*, 8.6.1805, titolo VII, art. 46 (v. *Raccolta degli atti del governo e delle disposizioni generali emanate dalle diverse autorità in oggetti sì amministrativi che giudiziarij*, Milano, Imperial Regia Stamperia, ad anno e data); decreto attuativo 6.12.1806. Sugli ordinamenti locali del periodo, con enfasi critica sul centralismo, P. AIMO, *Il centro e la circonferenza. Profili di storia locale*, Milano, FrancoAngeli, 2005, p. 107 e ss.

omogenea delle istituzioni pubbliche che caratterizza la monarchia amministrativa, essi poterono poi esercitare il diritto di presentare duple di candidati alle successive reintegrazioni, di eleggere liberamente i propri amministratori e di proporre la terna per il podestà.

Ebbene, che profili sociali emersero dall'applicazione di tali metodi combinati di designazione della rappresentanza, fra nomina dall'alto e candidature plurime formulate dall'assemblea? Ne risultò una composizione articolata in tre gruppi, uno di cittadini con tratti che mescolavano proprietà, professione e una piccola minoranza di esponenti dell'impresa, uno di nobiltà recente, ossia tardo settecentesca, e uno patrizio ⁽⁹⁴⁾. Le quote rispettive variarono nel periodo 1802-1814, ma non tanto da stravolgere il volto del notabilato che all'epoca esprime il governo della città, distante tanto dal decurionato settecentesco, quanto dal gruppo dei municipalisti del Triennio. Durante la Repubblica melziana i 'cittadini', partendo dalla maggioranza relativa conquistarono quella assoluta, mentre scemava l'incidenza della nobiltà recente, che al principio si attestava poco sotto al terzo. La componente patrizia ebbe andamento più piatto, coprendo abbondantemente l'altro terzo, per arrivare a sfiorare il raddoppio nei primi anni del Regno, durante i quali essa approfittò del declino costante della quota dei cittadini. Dopo le rivolte del 1809 le tre forze sociali si riavvicinarono, perché l'incidenza dei patrizi diminuì, mentre crebbero o tennero le altre due componenti, è da presumere per il sospetto nutrito dalle autorità governative circa il coinvolgimento del vecchio ceto nelle insorgenze.

Questo blocco notabiliare attraversò la fine violenta del regime napoleonico nel 1814, non senza collusioni con il linciaggio del ministro delle finanze Giuseppe Prina, e riemerse, in sensibile continuità, dopo la restaurazione della sovranità austriaca. La quale, pur ereditando aspetti del modello della monarchia amministrativa, scelse di stabilire un maggiore equilibrio fra centro e periferie, fra volontà del governo e istanze delle *élites* territoriali. Le due capitali regionali, Milano e Venezia, ebbero entrambe un Consiglio comunale di sessanta membri, con due terzi dei seggi riservati ai maggiori estimati e il restante aperto ai commercianti e ai titolari di imprese

⁽⁹⁴⁾ Mi attengo ai dati e all'analisi di E. PAGANO, *Il Comune di Milano nell'età napoleonica (1800-1814)*, Milano, Vita e Pensiero, 1994, pp. 115-152.

ragguardevoli ⁽⁹⁵⁾. La prima nomina fu disposta dal governo in base a proposte formulate dal regio delegato posto a capo della provincia, mentre le sostituzioni successive, per un terzo ogni anno, furono assegnate alle rappresentanze provinciali, a forte connotazione nobiliare, su doppie candidature prodotte dal consiglio e approvate dal funzionario governativo. L'organo esecutivo municipale era presieduto da un podestà scelto dal governo su tripla del Consiglio e composto da sei assessori, che rispettavano la proporzione fra componente possidente e commerciante, proposti dallo stesso Consiglio e approvati dal Governo.

Si trattava insomma di un sistema più articolato, ma non dissimile da quello già adottato dal Regno italico, più elitario a causa della rigida barriera censitaria vigente per la gran parte dei seggi e quindi più sbilanciato verso la grande proprietà nobiliare, ma che nel complesso, possiamo ipotizzare, permise al notabilato formatosi in età napoleonica di assorbire senza traumi la discontinuità. Considerando i 104 consiglieri che si avvicendarono nell'assemblea milanese fra il 1815, prima della riforma austriaca, e il 1819, i nobili sono 57 (55%), mentre fra i non nobili 18 sono negozianti o banchieri (17%), 13 avvocati o professionisti (13%), i restanti possidenti ⁽⁹⁶⁾. La rappresentanza del mondo del commercio era dunque inferiore alla quota permessa dalla legge, a segno che una parte di quei seggi erano occupati dalla possidenza o dall'avvocatura. Ma, tenuto conto altresì che una quota di nobili era tale in virtù di un accesso molto recente, il Consiglio ambrosiano appare assai più moderno di quello prerivoluzionario, grazie anche al potere di prima nomina riservato al governo. Negli anni Venti il filtro della Congregazione provinciale avrebbe ingenerato un riflusso, mentre dagli anni Trenta il peso dei negozianti e delle professioni sarebbe

⁽⁹⁵⁾ Sovrana patente 12.2.1816; Istruzioni 12.4.1816. Cfr. M. MERIGGI, *Il Regno Lombardo-Veneto*, Torino, Utet, 1987, p. 60.

⁽⁹⁶⁾ Mia elaborazione sugli elenchi provenienti da Archivio Storico del Comune di Milano, *Consiglio Comunale*, b. 20. Per l'identificazione sociale dei consiglieri ho utilizzato S. LEVATI, *La nobiltà de lavoro. Negozianti e banchieri a Milano tra Ancien Régime e Restaurazione*, Milano, FrancoAngeli, 1997, all'indice, e il sito *Enciclopedia delle famiglie lombarde* della Società storica lombarda, https://famiglie.societastoricalombarda.it/index.php?title=Pagina_principale (consultato 23.1.2024).

cresciuto, rimodellando più a fondo il profilo sociale dell'istituzione e le sue scelte amministrative ⁽⁹⁷⁾.

Quest'ultimo scenario può dare il senso di un percorso compiuto quasi linearmente dal XVII secolo verso una composizione meno elitaria dell'istituzione municipale, ma suggerisce altresì un andamento circolare che si chiude tornando all'origine. Mi riferisco al prevalere nel lungo arco di tempo qui considerato di una concezione della rappresentanza come riproduzione della mappa sociale rilevante a fini politici, radicata in una visione corporativa della società, che riconosce come soggetti dell'agire politico, con Hobbes potremmo parlare di 'autori', soltanto le persone collettive.

Le riforme del secondo Settecento, a ben vedere, mirarono principalmente a integrare questa perdurante rappresentanza descrittiva, che in età moderna si era semplificata nella forma molto elitaria della *sanior pars*, ormai inattuale. Appariva infatti necessario riconoscere un ruolo alla componente censitaria, non più trascurabile per varie ragioni politiche e ideologiche. Non muta però l'approccio di fondo, la matrice culturale elementare, che resiste addirittura, con nostra sorpresa, al tornante rivoluzionario.

Se questo conduce rapidamente all'abolizione dei ceti, non determina, nel contesto italiano quantomeno, l'affermarsi del paradigma individualistico: spazzati via i vecchi ceti, emerge un notabilato pensato ancora come combinazione di classi sociali funzionalmente distinte. A questo si approda nel 1802 e lì si rimane anche all'indomani della restaurazione, paghi di avere saggiato con successo la capacità di tenuta di comparti più laschi, non più organizzati attorno ai diritti del sangue o della tradizione, ma alla ben più mobile classificazione della ricchezza.

Nella vicenda milanese è cruciale il ruolo del potere centrale, come garante e beneficiario al contempo dell'assetto sociale che il dispositivo della rappresentanza è chiamato a riprodurre. È soprattutto in ragione di questo, e non solo per assicurarsi la lealtà del governo della capitale, che esso entra, dalle prime signorie alla restaurazione, nei procedimenti designativi. Se il potere di nomina che il principe si riserva è prevalentemente interpretato dalla storiografia come occupazione autoritaria della sfera municipale, non

⁽⁹⁷⁾ LEVATI, *La nobiltà del lavoro*, cit., p. 75.

mancano occorrenze in cui tale potere fu impiegato per forzare i monopoli corporativi sulle istituzioni comunali.

I diversi scenari ora considerati, comunque, presentano dall'inizio alla fine sistemi di selezione della rappresentanza comunitaria caratteristicamente plurimi e combinati. Soltanto sotto la protezione del guscio cetuale, o nello stadio subordinato riguardante la formazione non della rappresentanza comunitaria, ma del suo organo attivo, come accade rispettivamente con l'imperatore Leopoldo II e con la Repubblica melziana, può affacciarsi quel principio elettivo, che la nostra percezione contemporanea si affretta a intercettare come annuncio della trasformazione profonda che interverrà in seguito alla frattura quarantottesca.

LUCA MANNORI

LA VICENDA DELLA 'TRATTA' FIORENTINA:
UNO SPACCATO DI LUNGO TERMINE

1. Come premessa: eleggere nel premoderno. — 2. Il primo impianto del modello fiorentino. — 3. Consolidazione del metodo e sue estensioni applicative. — 4. Lo scrutinio per i maggiori uffici e le sue torsioni. — 5. Crisi del sistema e repubblica savonaroliana. — 6. Nel principato. — 7. L'età delle riforme: un falso tramonto.

Scopo di queste pagine è gettare uno sguardo d'insieme su uno dei 'sistemi elettorali' cittadini più celebri di tutta la storia italiana, nella versione che troviamo diffusamente praticata in area fiorentina dalla prima metà del XIV secolo fino al termine dell'antico regime. Noto sotto varie etichette ('imborsazione', 'elezione per squittinio', 'recata e tratta' o semplicemente 'tratta': un pluralismo lessicale che già segnala le ambivalenze del modello, su cui torneremo), questo metodo ha già fatto oggetto di molte ricerche, tra cui alcune di altissimo livello. La maggior parte di esse, però, ne affronta l'esame in una prospettiva strumentale rispetto alla storia dei ceti dirigenti; e tutte comunque si focalizzano su specifici segmenti temporali del suo lungo percorso. Qui proveremo invece, attingendo alla letteratura esistente, a fornire un breve profilo d'insieme della sua intera parabola applicativa: e ciò nella convinzione che un approccio del genere, pur nella sua inevitabile sommarietà, possa servire a cogliere i tratti profondi di un modello destinato ad assumere funzioni e fisionomie via via cangianti nel corso del tempo pur mantenendosi fedele ad una stessa immagine fondamentale della comunità.

1. *Come premessa: eleggere nel premoderno.*

Diversamente dai lemmi riconducibili alla famiglia lessicale della 'rappresentanza', che per molto tempo si affacceranno solo sporadi-

camente nelle fonti istituzionali del medioevo cittadino ⁽¹⁾, espressioni come ‘eleggere’ ed ‘elezione’ sono invece fin dall’inizio comuni in quel linguaggio, ed anzi definiscono un tratto forte della costituzione comunale. Il fatto che per accedere a qualsiasi consiglio o magistratura fosse necessario passare attraverso una ‘elezione’ è uno dei caratteri che nella coscienza dei contemporanei più contribuivano a distinguere il « regimen politicum et civile » proprio della vita urbana da tutte le altre forme eteronome di organizzazione collettiva proprie dell’esperienza medievale e protomoderna (è questo che intendeva Bartolo quando attribuiva un carattere « magis divinum » al « regimen per electionem » rispetto a quello « per successionem » ⁽²⁾: nel senso che solo il primo permetteva ai membri di una qualsiasi comunità di trarre i governanti dal proprio stesso seno).

Detto questo, l’affinità tra l’‘elezione’ dei medievali e quella moderno-contemporanea finisce qui. Eccezion fatta per la sua incompatibilità con ogni assetto di potere a carattere ‘dominativo’, la nozione non presenta quasi nessuno dei caratteri che sono oggi propri di questo concetto: e ciò anzitutto a partire dall’idea, per noi istintiva, che ogni elezione sottenda una sorta di delega implicita, con la quale la comunità dei cittadini-elettori commette di volta in volta agli eletti la cura dei propri interessi. La storiografia ha in effetti da tempo accertato che una rappresentanza elettorale di questo genere, a base volontarista, rimase sostanzialmente estranea alla cultura politica cittadina italiana ⁽³⁾. Da un lato, la *civilitas*

⁽¹⁾ Lo rileva, in un contributo a cui le pagine che seguono devono molto, L. TANZINI, *Il fantasma della rappresentanza: sorteggio e rotazione delle cariche nelle città comunali (secc. XIII-XIV)*, in *Cittadinanze medievali. Dinamiche di appartenenza a un corpo comunitario*, a cura di S. Menzinger, Viella, 2017, spec. pp. 147-149. Dello stesso, cfr. anche *Langages et pratiques du tirage à sort dans la vie publique des communes italiennes (XIIIe-XIVe siècles)*, in « Participations », 2019, (Hors Série), pp. 195-213.

⁽²⁾ *De regimine civitatis*, § 23 (ed. critica in app. a D. QUAGLIONI, *Politica e diritto nel Trecento italiano: il De tyranno di Bartolo da Sassoferrato*, con l’edizione critica dei trattati *De guelphis et gebellinis*, *De regimine civitatis* e *De tyranno*, Firenze, Olschki, 1983, p. 166).

⁽³⁾ Cfr. per tutti M. VALLERANI, *La città e le sue istituzioni. Ceti dirigenti e oligarchia e politica nella medievistica italiana del Novecento*, in « Annali dell’Istituto italo-germanico in Trento », XX (1994), p. 227: è solo grazie ad una « indebita estensione del principio moderno della rappresentanza » che gli organi della città medievale « funzionerebbero da istituzioni rappresentative di componenti sociali più

premoderna trovava il suo *proprium* — in questo analogamente a quella antica — molto più nell'esercitare direttamente il potere che nel consentire ad esso, come accade negli odierni sistemi rappresentativi (4). « Tutta l'esperienza comunale — è stato rilevato — resta al di qua di una *Öffentlichkeit* modernamente intesa, perché tutte le forme di aggregazione della cittadinanza hanno un rilievo potenzialmente 'istituzionale' » (5). Lo spazio pubblico destinato al confronto e al dibattito coincide cioè senza residui con quello delle istituzioni (6); e il cittadino realizza la propria vocazione al vivere comune tramite una continua partecipazione alla vita politica (7) (l'alto numero delle cariche pubbliche e i loro termini brevi, così tipici della prassi comunale, si giustificano appunto con l'esigenza di massimizzare le occasioni di un loro esercizio da parte della cittadinanza). L'atto elettorale, perciò, difficilmente poteva apparire come qualcosa di simile ad una autorizzazione ad agire per altri. Esso rispondeva ad una semplice funzione selettiva — quella di stabilire chi, tra tutti i cittadini potenzialmente interessati ad accedere al potere, dovesse avere la precedenza sugli altri. Anche ammesso, del resto, che la possibilità di una specie di governo delegato abbia potuto in certi momenti affacciarsi alla coscienza politica cittadina, tutto porta a credere che essa sia apparsa più nella luce di una minaccia destabilizzante che non in quella di un'opportunità positiva. Alla base della comunità urbana, infatti, non stava l'immagine di un popolo omogeneo e compatto, capace di elaborare una saggia

vaste nel comune democratico o di gruppi di interesse particolari in quello oligarchico », mentre in realtà « in nessun comune si riscontra mai una gerarchia di deleghe che parta dal basso verso l'alto, dato che nessun consiglio viene eletto dalla popolazione, né i consigli ristretti sono espressione diretta dei consigli maggiori ».

(4) B. MANIN, *Principi del governo rappresentativo* (1997), trad. it. Bologna, il Mulino, 2010, pp. 103-104.

(5) TANZINI, *Il fantasma*, cit., p. 172.

(6) Per un censimento critico delle varie tipologie dello spazio pubblico medievale, *L'espace public au moyen âge. Débats autour de Jürgen Habermas*, sous la dir. de P. Boucheron, N. Offenstadt, Paris, PUF, 2011: dove però stenta ad emergere appunto una sfera pubblica 'spettatoriale', come quella tipica della modernità habermasiana.

(7) Sul punto cfr. ancora L. TANZINI, *La cittadinanza in età comunale*, in *Appartenere alla città. Cittadini e cittadinanza a Pistoia dall'età comunale all'Ottocento*, a cura di G. Francesconi, L. Mannori, Pistoia, Società Pistoiese di Storia Patria, 2020, spec. pp. 19-20.

opinione collettiva tramite l'aggregazione dei giudizi individuali. Il sostrato delle istituzioni cittadine appariva piuttosto costituito da una moltitudine di solidarietà interpersonali (di famiglia, di territorio, di clan, di mestiere, di fazione e via dicendo) in irriducibile contrasto tra loro e rispetto alle quali il Comune si poneva anzitutto come un'istanza di conciliazione, di giustizia e di pace⁽⁸⁾. Rimettere quindi direttamente alla libera volontà dei cittadini la formazione dei consigli e delle magistrature avrebbe significato aprire la porta ad una folla d'interessi particolari, destinati a trasferire il conflitto sociale nel cuore stesso delle istituzioni⁽⁹⁾; mentre l'obbiettivo era semmai quello di cautelare quanto più possibile le istituzioni da questi assalti, puntando a spersonalizzare al massimo il rapporto elettore-eletto tramite l'introduzione di tutta una serie di filtri e di ostacoli che garantissero la piena indipendenza morale del secondo rispetto al primo.

Di qui, il grande favore della prassi elettorale comunale per tecniche quali le elezioni a grado multiplo o il sorteggio, che la modernità ha quasi completamente bandito dal proprio spettro — tecniche alle quali va poi aggiunto almeno un terzo e forse ancor più decisivo ingrediente, quale la tendenza ad affidare la designazione, diretta o indiretta, dei nuovi ufficiali ai membri uscenti di quei corpi cittadini stessi⁽¹⁰⁾. Quest'ultima pratica, ancor più incompatibile

⁽⁸⁾ Sulla correlazione tra questa immagine e le coeve pratiche di voto cfr. per tutti H. KELLER, *“Comune”: autonomia cittadina e governo di popolo alla luce delle procedure elettorali nei secc. XIII-XIV*, in ID., *Il laboratorio politico comunale*, Napoli, Liguori, 2014, spec. pp. 180-182.

⁽⁹⁾ Tanto più che, come notava fin dagli anni Venti del secolo scorso uno dei pionieri della storiografia elettorale medievale, per la mentalità premoderna il rapporto elettore-eletto acquistava ipso facto un carattere « personale, quasi privato e contrattuale », denso di sentori di « di debito e di riconoscenza degli eletti verso gli elettori »: E. RUFFINI, *I sistemi di elezione nei Comuni* (1926), in ID., *La ragione dei più. Ricerche sulla storia del principio maggioritario*, Bologna, il Mulino, 1977, p. 272; ovvero ancora, più semplicemente, « l'eletto è al servizio dell'elettore » e reciprocamente « gli elettori formano la clientela dell'eletto » (VALLERANI, *La città*, cit., p. 129).

⁽¹⁰⁾ L'individuazione di queste tre componenti fondamentali dei sistemi elettorali cittadini risale quantomeno a D. WALEY, *Le città-repubblica dell'Italia medievale* (1969), trad. it. Torino, Einaudi, 1978, p. 51 e ss. Dello stesso cfr. ora anche *The use of sortition in appointments of the Italian Communes and despotes in Medieval and renaissance Italy*, ed. by J.E. Law, B. Paton, London, Routledge, 2010, pp. 27-34.

degli altri meccanismi ora evocati con una nozione moderna del voto, che riserva ai governati la scelta dei governanti, risultava invece del tutto in sintonia con lo spirito delle costituzioni cittadine. Per un verso, infatti, essa rifletteva lo stesso processo genetico che stava alla base degli ordinamenti comunali, nati dall'aggregazione progressiva di sempre nuovi strati sociali attorno al nucleo dei più o meno mitici sottoscrittori della *coniuratio* originaria (in una struttura del genere, era naturale che chi si veniva a aggiungere nel corso del tempo alla comunità potesse essere ammesso ai livelli superiori della partecipazione solo grazie all'atto recettivo di chi vi era giunto prima di lui). Mentre la collocazione dei collegi elettorali non all'esterno, ma all'interno delle istituzioni — e molto spesso anzi al loro vertice — era del tutto coerente con l'esigenza di proteggere queste ultime dal contatto con una realtà sociale caotica e divisiva (chi aveva già superato i filtri di accesso ai gradi più alti del governo era presuntivamente meglio attrezzato degli altri ad assolvere una missione implicante anzitutto un forte senso di equilibrio).

Voto indiretto, dunque, ricorso alla sorte, cooptazione. Incrociando tra loro queste tre tecnologie fondamentali, la fantasia dell'esperienza cittadina giunse a costruire un catalogo sterminato di sistemi selettivi ⁽¹¹⁾. Essi non puntavano affatto ad abilitare i singoli cittadini a scegliersi liberamente i propri rappresentanti né a fare di questi ultimi i corifei, all'interno delle istituzioni, dei diversi interessi sociali loro affidati dai rispettivi elettori. La 'buona' elezione era piuttosto quella che riusciva a rescindere il più possibile i legami tra le singole volontà soggettive di base e la scelta finale; scelta che proprio per questo veniva presentata come compiuta dal corpo stesso nella sua indivisibile unità.

Ciò, beninteso, non significava affatto ignorare il carattere oggettivamente composito della comunità cittadina. Quel carattere era anzi costantemente attestato dalla composizione stessa degli organismi di governo, che in un modo o nell'altro riflettevano

(11) Per una cronologia ragionata delle varie fasi della elettività comunale cfr. ancora H. KELLER, *Formes électorales et conception de la communauté dans les communes italiennes*, in « Revue française de Science politique », LXIV (2014), pp. 1087-1107; ma vedi anche, sempre in termini generali, P. GILLI, *Aux sources de l'espace politique: techniques électorales et pratiques délibératives dans les cités italiennes (XII^e-XIV^e siècles)*, in « Rivista internazionale di diritto comune », XVIII (2008), pp. 253-270.

sempre l'articolazione della società sottostante, tipicamente strutturata, per esempio, in gruppi territoriali o professionali. Ma ciò non significava affatto che ogni frammento dovesse o anche solo potesse scegliersi un proprio e specifico delegato. Gli organi comunali 'rappresentavano' sì la comunità, ma solo in senso descrittivo o riproduttivo, non procuratorio. La scelta effettiva di chi 'stava per' il quartiere, la corporazione, il 'partito' ecc. doveva tendenzialmente avvenire ad opera del 'tutto' e non del singolo gruppo (12).

2. *Il primo impianto del modello fiorentino.*

Ora, nel momento in cui, a inizio Trecento, nell'esperienza delle città italiane comincia ad affacciarsi per la prima volta la tecnica dell'imborsazione, i criteri ispiratori di cui sopra potevano già vantare un buon secolo e mezzo di sperimentazioni istituzionali. L'elezione a grado multiplo, in particolare, derivata probabilmente dal *compromissum* canonistico, aveva conosciuto un largo impiego fin dalla introduzione dei Consoli, designati un po' ovunque ad opera di certe commissioni di elettori intermedi formate dai Consoli stessi con il consenso dell'assemblea popolare di tutti i cittadini. Da inizio Duecento in avanti, poi, la scelta di questi 'elezionari' era stata complicata e resa via via più garantista dall'innesto su di essa di un ricorso alla sorte, al quale ci si affidava per rendere meno prevedibile il risultato ultimo della procedura (si pensi solo al diffusissimo sistema 'per brevìa', nell'ambito del quale la qualifica di 'elettore' spettava a quei membri del consiglio che avessero estratto da una apposita sacca particolari biglietti marcati, a cui corrispondeva appunto la facoltà di scegliere i componenti di questa o quella magistratura civica).

Man mano che ci si avvicina alla fine del XIII secolo, però, tecniche di questo genere incontrano una crescente fatica a governare il nuovo livello di conflittualità che si viene sviluppando all'interno delle

(12) Il punto è ancora ben illustrato da TANZINI, *Il fantasma*, cit., pp. 155-161 e ID., *A Consiglio. La vita politica nell'Italia dei Comuni*, Bari, Laterza, 2014, pp. 74-76. Sul rilievo di questa concezione descrittiva o 'mimetica' della rappresentanza nella cultura medievale, già B. TIERNEY, *Il concetto della rappresentazione nei concili medievali dell'Occidente*, in « Concilium. Rivista internazionale di teologia », XIX (1983), pp. 1060-1070.

città. È questa la fase in cui i cosiddetti regimi di popolo, cresciuti sullo sfondo di una forte espansione demografica ed economica della società cittadina, conseguono una piena integrazione nel corpo stesso del Comune: proponendo però al tempo stesso un'immagine di quest'ultimo molto più istituzionalizzata e compatta, che archivia il forte pluralismo interno caratteristico della fase precedente (13). L'ascesa soprattutto degli 'anzianati' o 'priorati' — cioè i collegi ristretti rappresentativi del nuovo ordine corporativo della città — tende a concentrare in questi organismi i principali poteri d'iniziativa e di direzione del Comune: per un verso subordinando a tale nuovo vertice tutte le altre autorità cittadine e per un altro però aprendo una competizione sempre più serrata tra i molti gruppi determinati ad accedervi (casati di antica origine, nuovi ceti commercianti, segmenti superiori della popolazione artigiana e via enumerando). Nella Firenze a cavallo tra Due e Trecento, in particolare, l'introduzione del priorato — i cui componenti, dato l'enorme rilievo dell'ufficio, restavano in carica per soli due mesi — si accompagnò ad una fase di intensissima sperimentazione elettorale, protrattasi per più di quattro decenni. Nel corso di questo periodo, all'inizio di ogni bimestre i priori stessi, assieme ai dirigenti delle Arti maggiori del Comune e ad alcuni *sapientes* convocati *ad hoc*, ridefinivano di volta in volta le regole di accesso al loro prossimo seggio in base ad estenuanti trattative (14). È dunque in questo contesto altamente conflittuale che le tecniche elettorali precedenti mostrarono progressivamente la corda. Puntare solo sul valore della neutralità dei meccanismi selettivi non bastava più a creare un vero affidamento reciproco tra le parti in gioco, divenute ora troppo disomogenee. Per assicurare la stabilità del nuovo vertice governativo, era indispensabile, sì, mantenere e rilanciare l'ideale di un governo di

(13) Una frattura decisiva, questa, su cui ha molto insistito la letteratura recente (A. POLONI, *Il Comune di popolo e le sue istituzioni tra Due e Trecento. Alcune riflessioni a partire dalla storiografia dell'ultimo quindicennio*, in « Reti medievali », XIII, 2012, 1, pp. 1-29).

(14) Per questa fase della vicenda, oltre ai primi capitoli della principale opera di riferimento in materia (J. NAJEMY, *Corporatism and consensus in Florentine electoral politics, 1280-1400*, University of Carolina Press, 1982, pp. 17-98), cfr. anche P. GUALTIERI, *Il Comune di Firenze tra Due e Trecento. Partecipazione politica e assetto istituzionale*, Firenze, Olschki, 2009, pp. 173-204, con rinvii alla vasta letteratura precedente.

saggi, superiore alle passioni e agli interessi particolari, ma al tempo stesso garantire la possibilità che tutti coloro che ne accettassero lealmente il principio ispiratore potessero entrare a farne parte.

La tecnica imborsatoria, che Firenze giunse a mettere a punto tra il 1323 e il 1328, fu appunto quella che consentì di risolvere il problema.

La preconditione del suo funzionamento fu intanto di lasciare immutati i termini bimestrali del priorato (la cui brevità continuò ad essere universalmente avvertita come una garanzia irrinunciabile di reale 'pubblicità' del potere), accorpando ora però le selezioni per i correlativi rinnovi su base pluriennale (da tre a cinque anni, a seconda delle prescrizioni normative, che variarono sensibilmente nel corso del tempo). Ad ognuna di queste scadenze si sarebbe dovuto selezionare un numero di nominativi almeno sufficiente a coprire tutto il fabbisogno di personale relativo alla copertura dei posti della magistratura per l'intero periodo successivo: il che permetteva di disporre di un numero elevato di posizioni da assegnare, tale da poter appagare le aspettative di molti aspiranti e quindi di rilassare le fortissime tensioni che invece si creavano, di due mesi in due mesi, nell'ambito del sistema precedente. La selezione dei prescelti (il c.d. « squittinio ») avveniva con procedure che sarebbero state spesso rimodulate, ma che mantennero sempre una base schiettamente cooptativa. In sostanza, erano i più alti magistrati in carica (come lo stesso Priorato delle Arti, i Capitani di Parte Guelfa ed i Cinque di Mercanzia) a costituire i principali membri di diritto della commissione scrutinatrice, che doveva poi completarsi attraverso la cooptazione di un certo numero di membri esterni (i c.d. « arroti »). Tale commissione, d'altra parte, non poteva scegliere a suo libito gli eligendi da votare, ma doveva limitarsi a accettare o rifiutare, a maggioranza qualificata, i nominativi che le venivano sottoposti da una serie di altri comitati, anch'essi in larga misura coincidenti con le grandi magistrature del Comune, ma che talvolta potevano aprirsi anche alla partecipazione delle gilde cittadine ⁽¹⁵⁾.

(15) Su queste complesse procedure, destinate a modificarsi continuamente nei loro dettagli nel corso del Trecento, oltre a NAJEMY, *Corporatism*, cit., *passim*, G. GUIDI, *I sistemi elettorali agli uffici della città-repubblica di Firenze nella prima metà del Trecento (1329-1349)*, in « Archivio storico italiano », CXXXV (1977), pp. 373-424.

In sostanza, la procedura si articolava in una prima fase di presentazione delle candidature (la « recata » o « nominatio »); in una seconda (lo scrutinio) nella quale si eleggevano tutti i futuri componenti del Priorato per gli anni prescritti; e in una terza (l'imborsazione vera e propria) in cui i nominativi selezionati erano trascritti su cedole e depositati in quelle borse dalle quali poi si sarebbero estratti bimestralmente i componenti di ogni seggio magistratuale, fino ad esaurimento di tutti i biglietti.

Il meccanismo — applicato fin dai suoi esordi, oltre che al Priorato, anche ai due collegi consultivi dei Dodici Buonomini e dei Sedici Gonfalonieri di compagnia (da cui la qualifica di 'Tre maggiori' per indicare complessivamente questi organismi) — si fondava sulle stesse componenti del sorteggio, della cooptazione e della designazione indiretta su cui si erano basati da almeno un secolo un po' tutti i sistemi di selezione cittadina italiani. Esso tuttavia riproponeva quegli elementi in una diversa sequenza. Il sorteggio, anzitutto, impiegato per l'avanti soprattutto per la designazione degli 'elezionari' (cioè non per scegliere gli ufficiali, ma coloro che avrebbero dovuto designarli), sembrava ora assurgere ad una funzione di maggior rilievo, dato che era appunto l'estrazione dalle borse a determinare l'entrata in carica del magistrato. Applicata però ad un gruppo di soggetti già selezionati a monte, la sorte decideva solo il momento in cui ciascuno di costoro sarebbe entrato in ufficio, senza giocare alcun ruolo nella loro scelta. Non solo: ma l'estrazione non contribuiva in alcun modo neppure a formare le commissioni elettorali, che risultavano composte dalla Signoria e dalle altre magistrature indicate dalla legge più un certo numero di « arroti » da esse prescelti. Come recitava la celebre delibera istitutiva di questo nuovo metodo elettorale ⁽¹⁶⁾, l'imborsazione dei magistrati era ora rimessa alla favorevole approvazione (« aspirante consenso ») di quei cittadini « boni et legales » il cui nucleo principale coincideva con gli occupanti dei supremi uffici. Ciò non significa, tuttavia, che il sistema mirasse a riservare il controllo sugli eligendi ai magistrati in carica, fino a creare una casta chiusa di ufficiali destinati a riprodursi in modo meccanico. La numerosità stessa delle assemblee elettorali (che arriveranno presto a comporsi

(16) NAJEMY, *Corporatism*, cit., p. 102n.

di molte decine di persone, e talvolta a toccare le centinaia), cumulandosi con lo sdoppiamento tra collegi di ‘recata’ e collegio di ‘scrutinio’ e con la notevole quantità di nominativi che occorreva designare per assicurare una completa copertura pluriennale di tutti i posti da assegnare, escludeva che i priori stessi a cui era spettato il compito di attivare la procedura potessero in alcun modo predeterminarne gli esiti (17). La ratio del sistema puntava piuttosto ad allargare la base di consenso al regime rispetto a quella cooptazione molto più stretta che aveva caratterizzato le prime prove dell’istituzione priorile alla fine del Duecento: fino a permettere la formazione di un ceto dirigente omogeneo, il cui collante era dato proprio dalla ragionevole speranza dei cittadini emergenti di riuscire ad accedere prima o poi alle cariche direttive della città, quali che fossero le rispettive provenienze familiari, sociali o professionali.

L’ammissione a questo nuovo ceto di ufficiali — a questo « reggimento », come si disse più tardi — non solo sarebbe rimasta a lungo aperta, sul piano giuridico, a qualunque cittadino, ma non avrebbe neppure implicato la necessità di passare attraverso qualcosa di simile ad una elezione competitiva. La possibilità di ottenere l’imborsazione al priorato, certo, era riservata solo a chi avesse superato lo ‘scrutinio’ del collegio elettorale. Ma quello scrutinio non dava luogo ad una valutazione di tipo comparativo, che invece di ricomporre le fratture interne al mondo cittadino le avrebbe esulcerate. I nomi degli eleggibili, proposti dai comitati delle ‘recate’, venivano sottoposti al voto del collegio uno alla volta e senza che ne fosse stata preventivamente presentata ai membri dell’assemblea scrutinante alcuna lista complessiva. Gli elettori dovevano quindi limitarsi a dichiarare — a maggioranza di due terzi e senza sapere quali e quanti altri nominativi sarebbero stati ancora loro proposti dopo ogni votazione — se essi ritenevano che quel singolo ‘nominato’ avesse o meno i requisiti propri di un cittadino « sufficiens et habilis vita et moribus » — cioè se fosse giunto a quella piena maturità civica indispensabile a rivestire gli incarichi di vertice del Comune. L’eventuale approvazione di un certo nominativo non sanciva una vittoria dell’interessato su qualcun altro,

(17) Lo spiega A. POLONI, *Potere al popolo. Conflitti sociali e lotte politiche nell’Italia comunale del Duecento*, Milano-Torino, Bruno Mondadori, 2010, pp. 115-125: la delibera citata è quella dell’8 dicembre 1328.

ma gli attribuiva una sorta di idoneità, riconoscendo che egli possedeva le doti (in primo luogo etiche) necessarie ad essere ammesso nel ceto di governo. Tale ceto presentava quindi dei confini strutturalmente fluidi, fissati solo dal giudizio collettivo di chi ne faceva già parte. Ogni nuova famiglia che si fosse segnalata per prestigio sociale, competenza ed equilibrio, e soprattutto per la sua fedeltà a questa ideologia unificante, poteva ambire ad essere cooptata, a condizione di mantenere una condotta conforme al canone ufficiale adottato dal sistema stesso.

Il risultato fu quello di un regime fortemente consociativo, che stemperava la conflittualità tra le parti in lotta, favoriva i loro accordi politici e sviluppava una generale solidarietà rispetto alle regole del gioco. Esso tendeva a rafforzare la fiducia dei consociati nell'esistenza di un ceto di governo saggio e benevolente, collocato all'apice della struttura comunale e disponibile ad accogliere chiunque condividesse i suoi valori. Un effetto, questo, alla cui consolidazione contribuì non poco il fatto che i nomi degli imborsati non fossero mai resi pubblici prima dell'estrazione. L'intera procedura selettiva si svolgeva infatti nel più totale riserbo: al punto che gli esiti dello 'squittinio' erano ignorati perfino dagli stessi membri del collegio scrutinante (solo i pochi addetti alle operazioni di conteggio e d'imborsazione, vincolati ad un segreto assoluto, erano a giorno dei risultati). Fino al momento perciò in cui le borse non si svuotavano del tutto, nessuno sapeva chi fosse risultato eletto e chi no in un determinato scrutinio. E qualunque cittadino che si fosse segnalato per spirito civico e fattiva partecipazione alla vita collettiva poteva sperare, in linea teorica, di veder estratto il proprio nome in occasione di uno dei rinnovi periodici delle magistrature di vertice: trovandosi stimolato, nel frattempo, a mantenere una condotta più conforme possibile al profilo di quella 'vita activa' che fra Tre e Quattrocento sarebbe divenuta non a caso l'ideale supremo dei ceti dirigenti fiorentini.

Questo metodo, dunque, adottato all'ingrosso negli stessi anni anche da altre città vicine, come Pisa ⁽¹⁸⁾ o Siena ⁽¹⁹⁾, marca un

⁽¹⁸⁾ Dove il sistema c.d. delle « tasche » o delle « pulizze » era stato introdotto già nel 1307: A. POLONI, *Trasformazioni della società e mutamenti delle forme politiche in un Comune italiano: il Popolo a Pisa (1220-1330)*, Pisa, ETS, 2004, pp. 197-205.

tornante decisivo nello sviluppo delle tecniche elettorali toscane. La validità di un sistema selettivo non dipendeva più, ora, solo dalla sua capacità di garantire la 'purezza' delle elezioni. Esso doveva essere anche in grado di spingere i vari gruppi in competizione a fondersi in un ceto unitario, accomunato dalla convinzione che solo la pratica di una superiore virtù civica potesse aprire l'accesso al governo.

3. *Consolidazione del metodo e sue estensioni applicative.*

Stando al grande affresco delle tecniche elettorali fiorentine offerto da John Najemy, non è escluso che tutta la vicenda avrebbe potuto imboccare anche strade diverse da quella appena richiamata: ché anzi una alternativa netta al nostro modello venne a più riprese riproposta, nel corso del Trecento, dall'ala più radicale del movimento popolare cittadino, che vedeva nel Comune una specie di federazione di gilde ed assegnava ad ognuna di esse un pari diritto ad eleggere dal basso una propria rappresentanza al vertice delle istituzioni. Sempre secondo Najemy, tuttavia, questa germinale democrazia delegata non riuscì ad affermarsi a causa delle stesse tendenze entropiche insite nel movimento popolare, che finì per sfociare nella « caotica frammentazione del potere politico in una miriade di corporazioni grandi e piccole »⁽²⁰⁾ in conflitto tra loro. A trionfare fu quindi la proposta di chi pensava al Comune come a una grande famiglia, naturalmente guidata dai casati più saggi e sperimentati. Soluzione, questa, che rispondeva a sua volta anche alla fondamentale esigenza della città di avere alla propria testa un gruppo dirigente abbastanza compatto ed omogeneo da portare avanti il processo di costruzione statutale in cui Firenze si era ormai impegnata e che l'avrebbe sempre più costretta a confrontarsi con competitori esterni molto aggressivi e fortemente specializzati.

⁽¹⁹⁾ In cui la data orientativa di messa a punto del meccanismo è il 1318: W.M. BOWSKY, *Un comune italiano nel medioevo. Siena sotto il regime dei Nove, 1287-1355* (1981), trad. it. Bologna, il Mulino, 1986, p. 101 e ss.

⁽²⁰⁾ NAJEMY, *Corporatism*, cit., p. 26.

Ciò che piuttosto emerge dal seguito della nostra storia ⁽²¹⁾ è la capacità del modello di produrre risultati istituzionali molto diversi a seconda della differente taratura, per così dire, dei suoi vari registri. Nella sua prima fase di applicazione, in particolare, compresa tra il 1328 e il 1343, l'imborsazione servì a selezionare un ceto dirigente ancora straordinariamente chiuso, dal momento che non si prevedeva di cestinare le cedole di chi veniva via via estratto per sedere nei Tre Maggiori, ma di reinserirle nelle nuove borse da utilizzare per la selezione successiva, in modo che gli scrutini ulteriori servissero soltanto a rimpiazzare i nomi di coloro che nel corso del tempo fossero venuti meno per morte o per indegnità sopravvenuta. La riscossa dei ceti popolari avvenuta nel 1343, in concomitanza al breve governo di Gualtiero di Brienne, aprì la strada ad una applicazione via via più inclusiva del sistema, che non solo eliminò la pratica dei cosiddetti « remissi » ma che aprì i comitati delle 'recate' ai rappresentanti delle corporazioni e rese molto più folto e socialmente rappresentativo il collegio scrutinante (i candidati sottoposti a scrutinio in quella occasione risultarono più di 3000 e gli approvati per l'imborsazione pluriennale circa 800). A partire da questo momento, quindi, la comunità urbana si riconfigurò sempre più come il « teatro di un conflitto » ⁽²²⁾. L'equilibrio politico non era fissato una volta per tutte, ma attendeva di essere ridefinito di volta in volta proprio attraverso gli scrutini elettorali.

Questa fase di progressiva apertura sociale — che avrebbe proseguito, pur tra alterne e tormentate vicende, almeno fino alla fine del secolo — si accompagnò nel medesimo periodo alla progressiva estensione della tratta ad una serie di ambiti ben ulteriori rispetto a quello delle magistrature di vertice, per le quali soltanto esso era stato inizialmente pensato. Anzitutto infatti il nostro metodo venne applicato poco alla volta alla copertura di molti tra quegli uffici cittadini minori (uffici 'di utile', come si disse poi) che per l'avanti venivano assegnati ad ogni scadenza dal priorato stesso o da altri magistrati centrali secondo tempi e modi variegatissimi

⁽²¹⁾ Per uno spaccato cronologico della quale, oltre alla letteratura già cit., cfr. P. VITI, R.M. ZACCARIA, *Introduzione a Archivio delle tratte*, Roma, Ministero dei beni culturali, 1989, *passim*.

⁽²²⁾ Ancora NAJEMY, *Corporatism*, cit., p. 163.

(processo, questo, che sembra concludersi agli inizi del Quattrocento, quando tutti gli uffici interni alla città, come pure le varie giurisdicenze territoriali, cominciarono ad essere assegnate tramite un unico scrutinio pluriennale) ⁽²³⁾. Ma a dover essere rimarcata è soprattutto la straordinaria diffusione della pratica imborsatoria nell'ambito del contado e del distretto — cioè tra quegli ordinamenti extraurbani che Firenze venne riconducendo progressivamente, fra Tre e Quattrocento, sotto il proprio dominio. Le dinamiche di questo processo attendono ancora di essere indagate in una prospettiva di carattere generale. Per quanto si può ricavare dalla letteratura, comunque, se la tratta già ben prima dell'assoggettamento faceva parte del corredo istituzionale di alcuni centri, come Pisa o San Gimignano ⁽²⁴⁾, altrove invece essa dovette fare la sua comparsa solo all'atto della sottomissione — talvolta, come nel caso pistoiese, venendo accettata probabilmente senza particolari resistenze da parte dei locali ⁽²⁵⁾, ma talaltra suscitando anche reazioni di rigetto abbastanza esplicite ⁽²⁶⁾. Innegabile è comunque l'esistenza di una

⁽²³⁾ La vicenda è ricostruita dettagliatamente da G. GUIDI, *Il governo della città-repubblica di Firenze del primo Quattrocento*, Firenze, Olschki, 1981, vol. I, *Tra politica e diritto pubblico*, pp. 309-335 (le elezioni 'a mano', cioè senza borsa, non scomparvero mai del tutto, ma divennero col tempo nettamente minoritarie).

⁽²⁴⁾ In quest'ultimo caso, la 'terra', pur essendo stata sottomessa formalmente a Firenze solo nel 1351, almeno a partire dal 1314 aveva cominciato ad estrarre il proprio collegio di vertice dei « Nove Expensarum », corrispondente al priorato fiorentino, da certe « taschulae » annualmente predisposte ad opera di un certo numero di elezionari estratti a sorte nell'ambito del Consiglio comunale (*Gli albori del Comune di San Gimignano e lo statuto del 1314*, a cura di M. Brogi, Siena, Cantagalli, 1995, p. 89).

⁽²⁵⁾ Cfr. D. HERLIHY, *Pistoia nel medioevo e nel Rinascimento, 1200-1430* (1966), trad. it. Firenze, Olschki, 1972, pp. 248-249: secondo il quale la città — ufficialmente ricompresa nel distretto fiorentino solo con la sottomissione del 1401 — iniziò a praticare la tratta in una versione molto simile a quella fiorentina fin dal 1330, cioè dal momento in cui cominciò a gravitare decisamente nell'orbita politica della città gliata.

⁽²⁶⁾ Così nel caso di Colle: sul quale R. NINCI, *Lineamenti dell'assetto istituzionale colligiano dalla fine del medioevo all'età moderna*, in *Colle Val d'Elsa Diocesi e città tra '500 e '600*, a cura di P. Nencini, Castelfiorentino, Società storica della Valdelsa, 1994, in part. pp. 100-107. Gli statuti locali del 1307, precedenti la sottomissione, prevedevano qui un sistema elettorale basato sì sul criterio cooptativo, ma non sulle borse pluriennali: le quali furono introdotte per iniziativa di Firenze nel 1340, in corrispondenza di una prima sottomissione della città, quindi soppresse nel '43 quando

politica generale di esportazione del modello da parte della città del giglio; politica che solo in parte corrisponde però alle motivazioni che abbiamo visto all'opera nel caso dell'ordinamento fiorentino. Se certamente, infatti, anche in periferia un punto forte della imborsazione era costituito dalla sua capacità di ridurre il livello di conflittualità intracittadina, favorendo la costituzione di una élite trasversale di governo di cui Firenze era la prima a beneficiare in termini di stabilità generale, il modello forniva anche alla dominante una preziosa opportunità di accrescere il proprio controllo diretto sulla vita locale. Un sistema infatti in cui le elezioni alle cariche maggiori si concentravano in un'unica occasione pluriennale era evidentemente molto più facile da gestire di un altro segnato invece da rinnovi quasi continui e istituzionalmente dispersi. Facendo partecipare dunque agli scrutini periodici locali il giudicante della dominante — secondo una prassi che sarebbe proseguita indefinitamente anche sotto il principato — o avocando addirittura le stesse funzioni elettorali ad una commissione di « ambasciatori » fiorentini, destinati a sostituirsi o ad affiancarsi al personale locale (come si verificherà in tante comunità soggette almeno fino a uno stadio talvolta molto avanzato del Quattrocento) ⁽²⁷⁾, ci si poteva garantire, con la massima economia di mezzi, un ceto di governo fidelizzato e ragionevolmente coeso; e ciò assecondando talvolta l'orientamento stesso dei governati, così divisi al loro interno da salutare come una specie di beneficio un autorevole arbitrato esterno in una materia

Colle recuperò per un breve periodo la sua indipendenza e infine restaurate definitivamente nel '49, in occasione dell'assoggettamento definitivo.

⁽²⁷⁾ A quest'ultima fattispecie corrispondono sicuramente, per es., i casi di Colle Val d'Elsa (NINCI, *Lineamenti*, cit., *passim*), di Prato (G. PAMPALONI, *L'autonomia pratese sotto Firenze*, in *Prato. Storia di una città*, vol. I, t. I, *Ascesa e declino del centro medievale dal mille al 1494*, a cura di G. Cherubini, Prato, Le Monnier, 1991, p. 741 e ss.), o di Pistoia (GUIDI, *Il governo*, cit., vol. III, *Il Contado e Distretto*, pp. 19-29); mentre altrove (come a Cortona, sottoposta a Firenze nel 1411: C. PÉROL, *Gli autori di un compromesso: i riformatori di Cortona*, in *Lo Stato territoriale fiorentino (secoli XIV-XV) Ricerche, linguaggi, confronti*, a cura di A. Zorzi, W.J. Connell, Pisa, Pacini, 2001, pp. 461-471) dopo pochi anni dall'assoggettamento l'autorità di « riformare » le borse viene restituita, almeno sul piano formale, agli organi cittadini. Non esiste cioè, in questa materia, uno schema politico rigido, quanto piuttosto un continuo adattamento alle circostanze locali.

così delicata ⁽²⁸⁾. Se poi dalle città spostiamo l'attenzione sulle periferie rurali, dove da fine Trecento Firenze s'impegna a sviluppare un autogoverno modellato sugli stessi stilemi di quello urbano, la penetrazione del nostro modello risulta ancor più evidente, diffondendosi essa a macchia d'olio anche nelle comunità più modeste. Ogni medio o piccolo centro del dominio, in effetti, inizia da questa fase in avanti a selezionare i propri amministratori estraendoli regolarmente dalle sue borse e consolidando così una propria micro-élite artigiana o piccolo-possidente, capace d'impersonare unitariamente la comunità al di là delle sue articolazioni interne in popoli o in parrocchie ⁽²⁹⁾. Una diffusione, questa, ben attestata dal grande *boom* quattrocentesco di quella nuova tipologia documentaria che il gergo legale toscano avrebbe denominato « riforme degli uffizi »: ad intendere con ciò i verbali delle commissioni di « riformatori » chiamate appunto a 'ri-formare' le borse alle loro periodiche scadenze e a riprofilare continuamente le norme correlative, che poco a poco si autonomizzeranno anche fisicamente dalla tradizionale sede statutaria ⁽³⁰⁾.

Ciò detto, solo una attenta comparazione tra le varianti della tratta applicate nelle comunità soggette e il modello-base praticato a Firenze potrà permettere di capire esattamente quale volto essa assunse realmente nelle diverse aree del territorio. Differenze tecniche in apparenza secondarie, infatti, potevano produrre divaricazioni applicative probabilmente piuttosto rilevanti. Si pensi solo al dualismo tra il sistema fiorentino, a cedola individuale, e quello invece di tipo senese, dove i nomi degli scrutinati venivano riuniti, già all'atto della imborsazione, in tante 'ballotte' cumulative, ognuna delle quali comprendente un numero di nominativi pari ai posti da

⁽²⁸⁾ Si pensi ancora, tipicamente, al caso pistoiese: dove, nonostante il fatto che la commissione scrutinatrice sia qui per lo più a composizione mista centrale-locale, capita non di rado che i fiorentini si vedano richiesti di far tutto da soli, visto che i locali, come si esprime un testimone dell'epoca, « per la loro partialità » non sono « d'accordo eglino a niente » (cit. in GUIDI, *Il governo*, cit., vol. III, p. 20).

⁽²⁹⁾ Per una proposta classificatoria delle varie tipologie d'imborsazione nei comuni rurali cfr. ancora GUIDI, *Il governo*, cit., vol. III, pp. 79-154.

⁽³⁰⁾ Sulle « riforme » e sulla loro crescente importanza documentale basti qui il rinvio a L. TANZINI, *Alle origini della Toscana moderna. Firenze e gli statuti delle comunità soggette tra XIV e XVI secolo*, Firenze, Olschki, 2007, pp. 136-146.

coprire per ogni singolo turno; questo secondo, che Firenze praticò solo per una breve fase tra il 1343 e il 1348 ⁽³¹⁾ e che da qualche sondaggio pare fosse invece applicato con una certa larghezza nell'ambito del dominio, permetteva un controllo a monte di sicuro più efficace sulla formazione delle magistrature e sulla loro equilibrata composizione.

4. *Lo scrutinio per i maggiori uffici e le sue torsioni.*

D'altra parte, questi stessi decenni fra Tre e Quattrocento non assistettero solo al capillare diffondersi della prassi imborsatoria in periferia. Tornando a Firenze, essi furono anche testimoni del primo affiorare di alcuni fenomeni distorsivi nell'applicazione del nostro metodo, destinati ad emergere soprattutto nel meccanismo selettivo del Priorato delle Arti e dei suoi due consigli consultivi, costituenti a loro volta gli organismi attorno ai quali continuava a svilupparsi la vera lotta politica tra i vari segmenti della élite fiorentina.

Tali fenomeni furono figli di quel progressivo allargamento della classe dirigente di vertice che, come si è visto, aveva preso il via già a metà Trecento, per poi intensificarsi soprattutto all'indomani della pur fallita rivolta dei Ciompi del 1378 ⁽³²⁾. Con il dilatarsi infatti dei collegi di recata, si verificò un grosso aumento delle candidature, il cui numero in certi casi si avvicinò addirittura al totale degli iscritti di ciascuna corporazione. E dal momento, poi, che anche il collegio scrutatore si fece via via più folto e 'popolare', lo si vide sposare un atteggiamento sempre più liberale nell'approvazione di questi stessi candidati: col risultato che il numero degli imborsati, corrispondente di regola a un 10% circa dei 'nominati', finì per risultare abbondantemente eccedente rispetto ai posti da coprire nelle tre magistrature di vertice durante l'arco temporale compreso tra uno scrutinio e l'altro. All'approssimarsi perciò di ogni scrutinio, solitamente stabilito a distanza di quattro o cinque anni dal precedente, divenne normale constatare che le vecchie borse contenevano ancora molte cedole non ancora estratte. Eliminarle d'auto-

⁽³¹⁾ NAJEMY, *Corporatism*, cit., pp. 140-141.

⁽³²⁾ Per tutta la vicenda riassunta di seguito, ancora NAJEMY, *Corporatism*, cit., pp. 263-300 e GUIDI, *Il governo*, cit., vol. I, pp. 203-267.

rità, cominciando subito ad attingere alle nuove borse appena formate, avrebbe significato sconfessare la credibilità di tutto il sistema (« tratto » o meno che fosse, il cittadino imborsato era sostanzialmente già un membro del « reggimento » e il suo affidamento di riuscire prima o poi a sedere nell'ufficio non poteva essere tradito); ma non si poteva venir meno neppure al principio della periodicità degli scrutini, che garantiva ai nuovi aspiranti la stessa probabilità di accedere al reggimento di cui avevano goduto i loro predecessori. Si seguì allora la strada di continuare a tenere i nuovi scrutini alle scadenze legalmente prefissate, ma senza cominciare ad usare le nuove borse prima di aver svuotato completamente quelle precedenti: col risultato che, sommandosi insieme tutti questi ritardi, le borse iniziarono ad essere regolarmente usate molti anni dopo il momento della loro confezione (con gli inizi del Quattrocento, lo scarto arrivò a superare regolarmente il ventennio). Ciò, a sua volta, rese normale per quelle famiglie di lungo corso che potevano contare su un consenso legato più al nome che alla persona, candidare i loro membri minorenni e talvolta addirittura gli infanti; mentre correlativamente si fece sempre più acuta l'esigenza, almeno da parte di chi invece partecipava da adulto, di anticipare in qualche modo il momento della propria estrazione. A quest'ultimo genere di pressioni si rispose coi cosiddetti scrutini « di rimbotto »: procedure autorizzate in via straordinaria dai consigli legislativi, con le quali le cedole dei neo-scrutinati venivano immesse nelle vecchie borse ancora in uso, attribuendo loro una efficacia retroattiva ⁽³³⁾. Si trattava di una forzatura per un verso giustificata, ma che incrinava il fondamentale principio della intangibilità delle borse, sacrificando palesemente la posizione dei vecchi imborsati rispetto a quella dei nuovi. La fiducia nel rispetto delle regole, fondamentale per la legittimazione del sistema, cominciò così ad accusare le prime crepe.

Ancor più distorsiva risultò però l'introduzione di alcuni filtri che le classi superiori riuscirono ad imporre per far fronte alla pressione esercitata dalle corporazioni minori e dalle famiglie di

⁽³³⁾ Il primo scrutinio di questo genere — che non dette luogo cioè alla confezione di borse nuove, ma solo a una implementazione di quelle preesistenti — fu quello del 1387 (GUIDI, *Il governo*, cit., vol. I, pp. 223-224).

origine più recente ⁽³⁴⁾. La vicenda ha una storia complicata; ma certamente il suo punto di svolta decisivo lo si può collocare nel 1382, quando si stabilì che almeno due — e in seguito tre — degli otto posti di ogni priorato (oltre a quello del suo presidente, il Gonfaloniere di Giustizia) dovessero venire estratti da una speciale serie di borse riservate — i c.d. « borsellini » — che appositi ufficiali scrutinatori (i celebri « accoppiatori ») vennero autorizzati a riempire discretivamente con i nomi dei « prudentiores ex imburse ». Il « reggimento », che fino a quella altezza era apparso come un gruppo omogeneo di cittadini, si spezzò così orizzontalmente in due sottofasce distinte: una corrispondente ai cinque seggi ordinari del priorato conferiti unicamente dal collegio scrutinate ed a cui avevano accesso tutti gli iscritti alle corporazioni, ed un'altra molto più ridotta in cui si entrava solo se ammessi dagli accoppiatori. Benché mai ufficialmente formalizzata, questa distinzione finì per creare davvero un sistema 'a due ceti'. Quello inferiore, corrispondente alla facciata 'democratica' del regime, avrebbe sì continuato ad aprire le sue porte a strati sociali sempre più ampi e diversificati ⁽³⁵⁾, ma assicurando alle famiglie correlate solo presenze assolutamente sporadiche sugli scranni dei 'Tre Maggiori'; mentre l'altro, prelezionato all'origine, venne a corrispondere a un gruppo di casati molto più ristretto e proprio per questo infinitamente più assiduo nella frequentazione delle magistrature di vertice. Dall'inizio del Quattrocento in avanti, l'effettiva direzione dello Stato passò nelle mani di questo nucleo di « uomini principali », o di « ydonei et confidentes », che si sarebbe smarcato dall'immagine ancora tutta medievale del 'ceto dirigente' in senso sociale per assumere la veste di una vera e propria 'classe politica', dedicata tutta all'esercizio del

⁽³⁴⁾ In aggiunta ai contributi già cit., ancora R. NINCI, *Tecniche e manipolazioni elettorali nel Comune di Firenze tra XIV e XV secolo (1382-1434)*, in « Archivio storico italiano », CL (1992), pp. 735-760; ID., *Lo scrutinio elettorale nel periodo albizzesco (1393-1434)*, in *Istituzioni e società in Toscana nell'età moderna*, Roma, Ministero per i beni culturali, 1994, vol. I, pp. 39-60.

⁽³⁵⁾ Nel corso del '400, in particolare, il numero degli imborsati non fece che aumentare, venendo così ad allargare il perimetro teorico del « reggimento » (per tutti, A. MOLHO, *Politics and the ruling class in early renaissance Florence*, in « Nuova Rivista Storica », LII (1968), pp. 401-420; D. KENT, *The Florentine Reggimento in the Fifteenth century*, in « Renaissance Quarterly », XXVIII (1975), pp. 575-638).

potere e capace di confrontarsi efficacemente con le élite degli altri Stati italiani ed europei ⁽³⁶⁾; mentre la partecipazione al governo di tutti gli altri ‘beneficiati’ (come cominciarono a chiamarsi allora i cittadini tutti appartenenti alle famiglie ammesse almeno una volta alle borse degli uffici di vertice) si convertì in una funzione di sostegno, di legittimazione e di controllo collaborativo nei confronti di questa stessa classe: ruolo non troppo diverso da quello di chi era chiamato a occupare un semplice seggio consiliare o a far parte più o meno occasionalmente di una « pratica » cittadina.

Ciò minò non poco, già in età albizzesca, la credibilità del sistema selettivo affidato alle borse. Per un verso, era ormai chiaro che esso poteva funzionare in modo efficiente solo a prezzo di evidenti forzature, che contraddicevano ai suoi principi d’impersonalità; mentre altrettanto evidente era la sua insufficienza ad onorare la promessa iniziale d’includere qualsiasi cittadino meritevole nel cerchio magico degli uffici apicali. E a ciò si aggiunga che, se quello stesso sistema aveva escluso in radice ogni forma di competizione aperta per il conseguimento del potere, non perciò era stato ovviamente in grado di spegnere effettivamente le ambizioni e le gare corrispondenti. Esso aveva piuttosto spinto i cittadini a investire tutti loro sforzi nella inesausta ricerca di protezioni e di appoggi clientelari da parte dei ‘grandi’, finendo così per alimentare un’etica sociale dal segno addirittura opposto a quella nobile abnegazione civica celebrata da tanta retorica quattrocentesca.

5. *Crisi del sistema e repubblica savonaroliana.*

Non stupisce allora che fin dagli anni '20 del Quattrocento quella stessa tecnica imborsatoria che per l’avanti aveva raccolto soltanto giudizi elogiativi nell’ambito della letteratura umanistica, cominci invece a presentarsi in una luce diversa. Se Leonardo Bruni, per esempio, le riconosceva ancora il merito storico di aver superato le conflittualità interne che avevano rischiato di travolgere la Firenze di primo Trecento, egli le rimproverava anche di aver aperto le porte

⁽³⁶⁾ Il punto è stato ben lumeggiato già da R. FUBINI, *Dalla rappresentanza sociale alla rappresentanza politica: alcune osservazioni sull’evoluzione politico-costituzionale di Firenze nel Rinascimento*, in « Rivista storica italiana », CII (1990), pp. 279-301.

degli uffici a troppi « indegni », e soprattutto di aver soffocato nei cittadini quel gusto per la « virtù » che può radicarsi soltanto in un sano ambiente competitivo: « quia si suffragiis certandum foret, et aperte in periculum famae veniendum, multo magis sese homines circumspicerent »⁽³⁷⁾. La conclusione di Bruni era dunque che la tratta costituiva un metodo sicuramente molto meno efficiente rispetto all'elettività diretta (di cui egli indicava l'esempio più illustre nel voto comiziale della Roma repubblicana) per selezionare una vera élite repubblicana. Se esso riusciva ancora a sostenersi a Firenze, ciò era dovuto soltanto al favore (« popularitas quaedam ») di cui essa godeva nell'ambito degli strati intermedi del corpo sociale cittadino, ai quali il sistema delle borse assicurava bene o male una regolare partecipazione all'esercizio del potere.

La criptosignoria medicea, affermata nel 1434 con la presa di potere di Cosimo il Vecchio, si baserà tutta sulla disincantata presa d'atto della sostanziale insostituibilità della tecnica imborsatoria, ma al tempo stesso anche sulla constatazione della sua palese insufficienza a creare una vera classe governante. La politica dei Medici consisterà di conseguenza nel mantenere ferma la tratta come irrinunciabile strumento per crearsi un consenso, ma utilizzandola ora per reclutare al vertice una ristrettissima cerchia di esperti d'alto livello, « molto confidenti allo stato loro », e di cui essi si serviranno per gestire qualcosa di ben più simile ad una sovranità principesca che a un governo repubblicano. Una tale operazione, d'altra parte, si poté realizzare solo tramite quell'ormai del tutto esplicito stravolgimento dei vecchi metodi selettivi di cui il sessantennio mediceo offre un così vasto catalogo (sistematiche elezioni a 'mano' dei 'Tre Maggiori' ad opera degli accoppiatori; sospensioni degli scrutini ordinari a favore di quelli realizzati tramite una fitta serie di docili 'balie'; attribuzione del potere elettorale a consigli speciali vitalizi di strettissima fiducia medicea, come quello dei Settanta, e via enumerando)⁽³⁸⁾.

(37) L. BRUNI, *Historiarum Florentini populi LL. XII*, a cura di E. Santini, Città di Castello, Lapi, 1926, p. 122.

(38) Per un'analisi di questi *escamotages*, ancora insuperato N. RUBINSTEIN, *Il governo di Firenze sotto i Medici (1434-1494)* (1966), trad. it. Firenze, La Nuova Italia, 1971.

Abbastanza naturale, allora, che l'improvvisa caduta di Piero di Lorenzo, nell'autunno del 1494, nel travolgere tutto il castello di consigli e di magistrature eretto dai Medici nei sessant'anni precedenti, abbia trascinato con sé anche l'istituto dell'imborsazione, ormai da tutti associato alla manipolazione e all'inganno. Dopo una breve fase d'incertezza iniziale, infatti, la nuova repubblica decise di rompere del tutto con il passato, scegliendo il modello costituzionale d'ispirazione 'veneziana' proposto da Savonarola⁽³⁹⁾. Essa collocò cioè alla propria base un vastissimo consiglio legislativo a partecipazione diretta, aperto a tutte le oltre tremila famiglie 'beneficiate' fiorentine (quelle cioè capaci di vantare un qualsiasi loro antenato tra i membri dei Tre Maggiori) e, dopo aver affidato a quest'ultimo il compito di eleggere di volta in volta tutti i principali magistrati tramite una procedura competitiva, lasciò in vita la vecchia tratta solo per distribuire alcune cariche minori⁽⁴⁰⁾. L'antico « reggimento », inteso come tutto il gruppo largo dei cooptabili ai maggiori uffici cittadini, si era ora convertito in una enorme assemblea ereditaria, legiferante ed elettorale a un tempo; mentre l'individuazione della classe politica vera e propria, corrispondente alla cerchia più stretta di chi era chiamato agli incarichi di governo, sarebbe dovuta avvenire tramite una continua selezione elettorale dei rispettivi magistrati da parte di quella medesima assemblea⁽⁴¹⁾.

⁽³⁹⁾ F. GILBERT, *The Venetian Constitution in Florentine Political Thought*, in *Florentine studies in Renaissance Florence*, ed. by N. Rubinstein, London, Faber & Faber, 1968, spec. pp. 477-482.

⁽⁴⁰⁾ Su questo tornante, ancora insuperato N. RUBINSTEIN, *I primi anni del Consiglio Maggiore a Firenze*, in « Archivio storico italiano », CXIII (1954), pp. 151-194 e 321-347 e ID., *Politics and constitution in Florence at the end of XVth century*, in *Italian Renaissance studies*, ed. by E.F. Jacob, London, Faber and Faber, 1960, pp. 148-184; ma cfr. anche G. GUIDI, *Ciò che accadde al tempo della Signoria di novembre-dicembre in Firenze l'anno 1494*, Firenze, Arnaud, 1988 e ancora ampiamente ID., *Lotte, pensiero e istituzioni politiche nella Repubblica fiorentina dal 1494 al 1512*, Firenze, Olschki, 1992, vol. I, *Tra politica e diritto pubblico*, p. 183 e ss.

⁽⁴¹⁾ Si noti peraltro che anche in questa fase di massimo favore per l'elettività, le cariche continuarono ad essere assegnate tramite un sistema complesso, che continuava a conservare un ruolo non irrilevante alla sorte. La designazione delle candidature spettava infatti ad una commissione di « elezionari » sorteggiati dal seno stesso del Consiglio; questi nomi venivano tuttavia approvati o respinti dal plenum « alle più fave », cioè appunto a maggioranza, ed era questo che nella coscienza dei contemporanei

D'altra parte, questo nuovo favore per l'elezione maggioritaria, molto ampio nei primi due anni del nuovo regime e sostenuto da argomenti in cui risuonavano forti gli accenti bruniani di settant'anni prima (« chi desidera la sorte desidera la pernitie sua, perché viene a desiderare l'otio, che è cosa non laudabile in un cittadino »⁽⁴²⁾), prese a assottigliarsi già a partire dal 1497. I popolari, infatti, si accorsero ben presto di trovarsi pesantemente svantaggiati nelle loro competizioni elettorali con le famiglie ottimatizie, alle quali l'ampia notorietà e le molte clientele procuravano degli *atouts* decisivi sul piano del confronto politico. E di qui prese avvio un moto di ritorno, che in capo ad un ulteriore biennio ed a prezzo di un duro braccio di ferro tra i gruppi aristocratici da un lato ed i fautori del « governo largo » dall'altro, portò a riestendere di nuovo a tutti quanti gli uffici dello Stato il sistema dell'imborsazione⁽⁴³⁾.

Quest'ultima, certo, aveva assunto ora un aspetto assai diverso da quello tradizionale; nel senso che essa non prevedeva più il ricorso a borse di carattere pluriennale, ma soltanto liste specifiche di idonei ai singoli uffici, che il Maggior Consiglio preparava in occasione di ogni rinnovo di questa o quella carica, per poi distruggerle una volta effettuata l'estrazione⁽⁴⁴⁾. Il nocciolo del meccanismo era però sempre lo stesso. Le cariche, che per un breve periodo erano state assegnate « alle più fave » — cioè in base ad un giudizio comparativo espresso tramite un voto maggioritario —, erano tornate ad essere distribuite invece per sorte nell'ambito di gruppi di cittadini dichiarati genericamente idonei a coprire l'incarico. Un metodo non competitivo, questo, che nella prospettiva degli aristocratici poteva sì temperare la conflittualità interna e diminuire il

ne faceva un sistema nettamente 'elettivo' sul piano concettuale (GUIDI, *Lotte*, cit., vol. II, *Gli istituti di governo*, p. 630 e ss.).

(42) Così il filo-savonaroliano Francesco Valori nel corso del dibattito (cit. in G. CADONI, *I fautori della "tratta" e i fautori delle "più fave", 1494-1499*, in ID., *Lotte politiche e riforme istituzionali a Firenze tra il 1494 e il 1502*, Roma, Istituto storico italiano per il medioevo, 1999, p. 52).

(43) Ciò, appunto, con una provvisione del 31 maggio 1499, di poco successiva alla esecuzione di Savonarola, che della tratta era stato tra i principali avversari (CADONI, *I fautori*, cit., p. 75).

(44) Una esposizione lineare di questo metodo è offerta da Donato GIANNOTTI, *Discorso sulla forma del governo di Firenze (1494-1512)*, in ID., *Opere politiche e letterarie*, 1850, vol. I, pp. 17-28.

dissenso sociale, ma non sarebbe mai riuscito a creare quella vera élite politica da cui lo Stato fiorentino non poteva ormai più assolutamente prescindere.

Questa è appunto la tesi che Francesco Guicciardini affidò in quegli anni ad un suo famoso discorso nel quale, forse per la prima volta nell'ambito della tradizione qui esaminata, il concetto di 'elezione' sembra autonomizzarsi compiutamente, anche sul piano lessicale, da quello di 'sorteggio' ⁽⁴⁵⁾. Senza passare sotto silenzio le ragioni dei popolari, che non a torto vedevano nell'elezione maggioritaria una tecnica destinata a premiare la ricchezza e il prestigio familiare almeno quanto il merito individuale, Guicciardini rilevava però che la buona costituzione non era affatto quella che s'impegnava a « consolare tucti », ma piuttosto ad estrarre dal corpo sociale una classe governante di livello più alto possibile. E quando questa classe fosse stata scelta liberamente dal popolo tutto, « che è el principe ed è senza passione » ⁽⁴⁶⁾ — come accadeva appunto nella Firenze del Consiglio Maggiore —, quali altre garanzie od assicurazioni si potevano mai pretendere?

6. *Nel principato.*

L'ultimo scorcio del Quattrocento sembra dunque corrispondere al momento in cui Firenze si avvicinò maggiormente ad una specie di democrazia elettorale (anche se ovviamente a carattere non rappresentativo: il voto del Consiglio maggiore non avrebbe dovuto servire a sostituire il popolo sulla scena politica, ma solo ad affiancargli i magistrati di cui esso aveva bisogno per completare se stesso). Chiusasi questa breve finestra, la storia della città non offrì più altri affacci su una possibile alternativa del genere. Ma neppure l'imborsazione riuscì a risalire la china che aveva disceso ed a riproporsi come un metodo davvero credibile di selezione di una

⁽⁴⁵⁾ [*Del modo di eleggere gli uffici nel Consiglio Grande*], ora nella riedizione commentata da Bernard Manin, in app. a ID., *La democrazia dei moderni*, Milano, Anabasi, 1992, pp. 199-218; e cfr. anche, in margine al medesimo testo, Y. SINTOMER, *De Leonardo Bruni à Francesco Guicciardini. Actualité de l'humanisme civique?*, in « *Raisons politiques* », 34 (2009), pp. 5-23. Per quanto steso in un periodo successivo, il discorso si riferisce per certo al tornante 1497-1498.

⁽⁴⁶⁾ [*Del modo*], cit., p. 202.

dirigenza politica. La repubblica fondata da Savonarola, infatti, continuò sì fino alla sua caduta a basarsi sulla particolare selezione per tratta di cui si è detto; ma essa riuscì a tenersi in piedi solo in quanto a partire dal 1502 puntellò bene o male la sua evidente debolezza costituzionale con l'introduzione del Gonfalonierato a vita (47), che ne alterò non poco la natura originaria; mentre la prima restaurazione medicea, intervenuta nel 1512, reintrodusse il vecchio modello dell'imborsazione pre-savonaroliana solo per finire di screditarlo del tutto, esasperandone ulteriormente, se possibile, i tratti opachi e manipolatori (48).

Nel 1530 dunque, quando, dopo l'ultimo scossone repubblicano del '27, i Medici rientrarono definitivamente a Firenze, la loro scelta fu quella di puntare senz'altro su una esplicita monocrazia ereditaria, che separasse del tutto il vertice politico dal corpo sociale, sostituendo il principe al vecchio Gonfaloniere di Giustizia, sopprimendo del tutto la Signoria e creando un nuovo apparato centrale tutto di nomina sovrana. E ciò, a sua volta, lasciò intravedere per un attimo la possibilità di archiviare completamente il metodo imborsatorio, giunto ormai estenuato all'inizio dell'età moderna. Non fu però questa la direzione in cui s'incamminò il principato. Come notava ancora Guicciardini, che ritroviamo in questo frangente come uomo di punta del fronte filomediceo, « certo è che se gli uffizi tutti si distribuissino a mano [cioè per scelta del principe] con la diligenza e considerazioni debite, se ne farebbe più frutto che rimetterli alla sorte ». Ma una soluzione siffatta, oltre a non tener conto delle « specialità » e delle « importunità degli uomini », finirebbe per porre in concorrenza tra loro gli stessi « amici » del regime e creerebbe imbarazzi insuperabili a tutti coloro che, « per non parere troppo cupidi o meschini, massime se sono uomini qualificati », non oserebbero mai aspirare apertamente alle cariche (49).

Il mantenimento del vecchio sistema selettivo s'impose quindi come condizione inevitabile per garantire al nuovo sovrano un

(47) Sul quale ancora D. CADONI, *La crisi istituzionale degli anni 1499-1502*, in *Id.*, *Lotte politiche*, cit., pp. 101-175.

(48) J.N. STEPHENS, *The fall of the Florentine Republic (1512-1530)*, Oxford, Clarendon Press, 1983, pp. 65-69.

(49) F. GUICCIARDINI, *Parere all'Arcivescovo di Capua*, 30 gennaio 1531, in « Archivio storico italiano », I (1842), pp. 455-56.

equanime consenso sociale. E tale rimase in sostanza, in Firenze, la funzione della tratta per tutto il corso dell'antico regime: non più quella di selezionare un ceto direttivo efficiente (di ciò semmai si sarebbe fatto carico il sovrano, che affiancò poco per volta alle vecchie magistrature di origine repubblicana un nuovo apparato protoburocratico, che ne controllò e ne assorbì sempre più le funzioni), ma di distribuire piuttosto nel modo più convenevole tra i cittadini quella vasta congerie di uffici « di utile », centrali e periferici, su cui questi ultimi avevano da sempre potuto contare per distinguersi dalla massa e integrare i propri redditi con qualche entrata aggiuntiva. Gli scrutini generali, che fin quasi alla fine dell'età moderna si sarebbero tenuti a Firenze a scadenze quindicennali, assunsero fin dall'inizio l'aspetto di grandi liturgie collettive, affidate a collegi elettorali amplissimi ed ai quali potevano essere sottoposti non solo tutti i discendenti dei beneficiati tardo-repubblicani, ma anche gli appartenenti alle molte, nuove famiglie a cui i sovrani medicei vennero concedendo la cittadinanza per grazia, nell'ambito di una politica di sistematico svilimento di quella aristocrazia fiorentina che essi continuarono a lungo ad avvertire come una potenziale minaccia al loro potere ⁽⁵⁰⁾.

Ancor più dolce risultò la transizione dalla repubblica al principato per quanto riguarda le tecniche selettive praticate dalle comunità soggette. Le vicende dell'ordinamento fiorentino infatti non produssero alcuna ripercussione formale sull'assetto interno di queste ultime; ed in particolare i Medici ostentarono, per tutta la durata della dinastia, un atteggiamento di rigorosa « estraneità rispetto all'attribuzione delle cariche comunali » ⁽⁵¹⁾, rimettendola completamente alle prassi e agli statuti locali. Estraneità, beninteso, che non divenne mai sinonimo d'indifferenza. Ben consapevole che dal corretto funzionamento del sistema riproduttivo dei ceti dirigenti locali dipendeva la tenuta di tutto il suo progetto di governo, il centro non solo fu sempre attentissimo nel tenere sotto controllo

⁽⁵⁰⁾ Su questa prassi imborsatoria più tarda, VITI, ZACCARIA, *Introduzione*, cit., pp. 64-81.

⁽⁵¹⁾ E. FASANO GUARINI, *Principe e oligarchie nella Toscana del Cinquecento* (1980), poi in EAD., *L'Italia moderna e la Toscana dei principi. Discussioni e ricerche*, Firenze, Le Monnier, 2008, in part. p. 231.

i conflitti derivanti dalla distribuzione degli uffici su tale scala, ma profuse un costante impegno nel far osservare in modo stringente le prescrizioni statutarie relative ai rinnovi delle borse ⁽⁵²⁾: col risultato di mantenere in piena efficienza le prassi selettive tre-quattrocentesche fino al secondo Settecento in tutte le circa 650 comunità generali dello 'Stato Vecchio'. Tali prassi, a loro volta, seguendo una tendenza di livello europeo, assunsero una curvatura sempre più marcatamente oligarchica: e ciò sotto il duplice impulso di un preciso interesse del potere centrale a cercare l'appoggio di gruppi locali il più possibile stabili e coesi e di una parallela tendenza di questi ultimi a trovare ora nella copertura degli uffici cittadini il segno ascrittivo ad una nuova nobiltà patrizio-repubblicana, considerata equipollente a quella signorile propria degli ordinamenti regnicoli. In Toscana, questo trend portò solo in alcuni casi alla creazione di vere e proprie aristocrazie ereditarie, come quelle tipiche invece di altre aree italiane del centro-nord ⁽⁵³⁾. Per lo più, cioè, il meccanismo della cooptazione mediata continuò a funzionare senza bisogno di affidarsi a saracinesche giuridiche troppo rigide e assicurando un più o meno continuo ricambio dei ceti dirigenti

⁽⁵²⁾ Cfr., per es., la cosimiana *Istruzione ai Cancellieri comunitativi* del 1575: che tra i primi doveri di questi ufficiali periferici annovera quello di ricordare costantemente ai rappresentanti locali quali siano gli uffici comunitativi da coprire e di « procurare che nelli tempi debiti si facciano secondo li ordini loro » (per il testo del documento, cfr. ora L. MANNORI, *Lo Stato del Granduca 1530-1859*, Pisa, Pacini, 2015, pp. 114-115). Le medesime prescrizioni sono ribadite e svolte diffusamente nell'ancora successiva *Istruzione ai Cancellieri de' Comuni e Università del Dominio fiorentino* del 1636, volante a stampa s.d. né l., Cap. II, *Della deputazione degli Uffiziali*, artt. 3-34 (da notare la grande cura posta da quest'ultimo testo nel contrastare il fenomeno della rinuncia agli uffici da parte degli estratti, e ciò sia tramite la puntuale pretesa delle « pene per i rifiuti » statutariamente previste a carico dei renitenti sia attraverso la messa in opera di nuove imborsazioni quando le borse precedenti si fossero svuotate a seguito delle rinunce degli squittinati; segno, questo, di come buona parte dell'autogoverno periferico si reggesse ormai grazie all'intervento coattivo dello Stato).

⁽⁵³⁾ Lo nota di nuovo FASANO, *Principe ed oligarchie*, cit., richiamando per *differentiam* le esperienze cittadine della Terraferma veneta e della Marca pontificia, analizzate a suo tempo da A. VENTURA, *Nobiltà e popolo nella società veneta del '400 e '500*, Bari, Laterza, 1964 e da B.G. ZENOBI, *Ceti e potere nella Marca pontificia: formazione e organizzazione della piccola nobiltà fra '500 e '700*, Bologna, il Mulino, 1976.

locali ⁽⁵⁴⁾. Sul lungo periodo, tuttavia, anche da noi la logica del sistema portò ad una forte sclerotizzazione dei ceti dirigenti; la quale, a sua volta, abbinandosi ad un processo accentratore che ridusse fortemente le reali capacità decisionali di quelle medesime élites, finì per lasciare alle procedure d'imborsazione soprattutto una funzione di riproduzione cetuale.

7. *L'età delle riforme: un falso tramonto.*

Fino alla metà del Settecento, d'altra parte, la progressiva perdita di prestigio dei nostri meccanismi selettivi non si tradusse in alcun attacco esplicito a loro danno. La cultura della Reggenza, in particolare, cresciuta alla scuola del contrattualismo, denunciò senza mezzi termini nel gioco della tratta la sopravvivenza di un medioevo repubblicano del tutto incompatibile con l'architettura di un vero Stato monarchico e rivendicò in via esclusiva al principe tanto il diritto di attribuire i gradi di nobiltà quanto quello di distribuire gli uffici pro tempore tra i sudditi ⁽⁵⁵⁾; ma non riuscì ancora a trarre da queste premesse un progetto capace di sostituire del tutto i pur evidentemente ossidatissimi ingranaggi ereditati dal passato. Fu solo con la grande riforma leopoldina delle comunità del 1774 che si giunse davvero a smarcarsi da quella eredità: e ciò facendo leva su una nuova immagine della comunità politica, concepita non più nei termini tradizionali di un consorzio interfamiliare bensì in quelli di un'associazione di proprietari. Accolto il principio di derivazione fisiocratica che il cittadino non fosse più tale per diritto di discendenza, ma solo in quanto titolare di una porzione del suolo contribuente, veniva necessariamente meno tutto l'impianto cooptativo

⁽⁵⁴⁾ Non è qui possibile ovviamente addentrarsi nel dedalo delle varie modulazioni locali del sistema della tratta. Un caso per tutti, comunque, studiato in modo esemplare ed atto a confortare la valutazione generale espressa nel testo, resta quello pratese (F. ANGIOLINI, *Il ceto dirigente a Prato in età moderna*, in *Prato. Storia di una città*, cit., vol. II, *Un microcosmo in movimento, (1494-1815)*, a cura di E. Fasano Guarini, Firenze, Le Monnier, 1986, p. 343 e ss.).

⁽⁵⁵⁾ Sono questi i grandi temi che troviamo al centro dei dibattiti degli anni '50, aperti con la promulgazione della celebre legge sulla nobiltà e cittadinanza (sulla quale basti qui il rinvio a M. AGLIETTI, *Le tre nobiltà: la legislazione nobiliare toscana tra Magistrature civiche, Ordine di Santo Stefano e diplomi del principe*, Pisa, ETS, 2000).

che fin dalle origini del Comune era stato alla base dei sistemi selettivi toscani. La chiave d'accesso alle rappresentanze locali non stava più in tasca di coloro che da sempre se ne erano arrogata la titolarità. Il governo della comunità doveva piuttosto spettare a chi contribuiva a sostenerne le spese — ed in particolare a quei proprietari fondiari che, secondo i canoni della dottrina fisiocratica, costituivano gli unici veri produttori della ricchezza tassabile ⁽⁵⁶⁾.

Si trattava di un principio economicistico senza dubbio rivoluzionario sul piano concettuale e capace di spazzar via finalmente quella tendenza del gruppo dominante a chiudersi in se stesso che aveva innervato in un modo o nell'altro l'intera parabola della società comunale.

E tuttavia neppure l'adozione di questo nuovo criterio fu sufficiente a rompere davvero il filo dell'esperienza precedente. Soppressa, certo, tutta la parte dell'antico sistema corrispondente alla selezione preliminare degli imborsabili, la legislazione leopoldina confermò però in pieno il principio della tratta: disponendo che tutte le principali cariche comunitative, ora di durata annuale, dovessero essere semplicemente assegnate mediante estrazione a sorte tra tutti i « possessori dei beni stabili » di ciascun territorio ⁽⁵⁷⁾. Quel sorteggio che nel modello trecentesco non ad altro era servito, in definitiva, se non a stabilire un ordine di precedenza tra i cooptati, non solo non venne abbandonato, ma vide anzi di molto potenziato il suo ruolo, divenendo ora l'unica porta d'accesso all'amministrazione della comunità.

Le fonti ad oggi disponibili non permettono di capire attraverso quali percorsi i riformatori del '74 giunsero a questa scelta. Se

⁽⁵⁶⁾ Nell'ambito della vasta letteratura in materia, ancora fondamentale B. SORDI, *L'amministrazione illuminata. Riforma delle comunità e progetti di costituzione nella Toscana leopoldina*, Milano, Giuffrè, 1991, spec. pp. 151-184.

⁽⁵⁷⁾ Cfr. i due *Regolamenti generali* per il Contado della città e per il Distretto fiorentino, rispettivamente del 23 maggio e del 29 settembre 1774, ai loro artt. 5-6 per il primo e 3 per il secondo (L. CANTINI, *Legislazione toscana*, Firenze, Stamperia Albizziniana, 1800-1808, vol. 31, p. 219 e vol. 32, p. 110). Il sistema prevedeva in realtà la confezione di borse differenziate per i Consigli generali da un lato e per le « magistrature » priorili di vertice dall'altro (solo queste ultime prevedevano in effetti un peraltro abbastanza blando discrimine censitario); ma la logica del sistema era nei due casi identica.

da una parte essa presenta un lato ‘moderno’ (il sorteggio non era più usato come un mezzo per comporre interessi, ma rifletteva ora l’assoluto rapporto di equivalenza esistente tra i nuovi cittadini-proprietari), per un’altra testimonianza come, in tema di rappresentanza, la cultura di quegli uomini si trovasse, nonostante tutto, più in asse con la tradizione medievale che con i futuri orizzonti della ‘libertà dei moderni’. Per Pietro Leopoldo e i suoi collaboratori, rappresentare la comunità significava ancora riprodurne dall’alto la fisionomia complessiva, e non permettere a chi vi apparteneva di delegare alcuni di loro ad agire per tutti gli altri. Per quanto ormai immaginata come un’omogenea società di proprietari, e non più come una stratificazione di ceti diversi, quella comunità era ancora ben lontana dall’individuare la sua cifra costitutiva nell’autonomia del volere dei propri membri. Non solo: ma un’autonomia di questo genere continuò a rimanere estranea alla cultura politica toscana anche nel corso degli ultimi vent’anni del Settecento, quando pure si scoprì che un meccanismo selettivo affidato al puro caso, al di là della sua plausibilità teorica, non era assolutamente sostenibile in pratica.

Trascorsi in effetti due o tre lustri dal 1774, quella medesima classe dirigente che aveva tenuto a battesimo la grande riforma delle comunità si trovò a dover ammettere che, alla prova dei fatti, quest’ultima si era mostrata molto inferiore alle aspettative: e ciò in primo luogo perché, abbandonata totalmente al caso la scelta degli amministratori locali, essa aveva spalancato la porta ad una folla d’incapaci, di profittatori e di seminatori di « zizzania », che avevano finito per sovraccaricare di debiti i bilanci comunitativi, e spesso con ben poco vantaggio delle popolazioni corrispondenti ⁽⁵⁸⁾. Nonostante questa unanime presa d’atto, tuttavia, nessuno dei consiglieri di Ferdinando III che si applicarono a studiare il problema nel corso dei primi anni Novanta prese in seria considerazione la soluzione ai nostri occhi più semplice e ovvia — quella cioè di rimettere la scelta dei rappresentanti locali al voto maggioritario dei cittadini-

⁽⁵⁸⁾ Su questo dibattito, impossibile qui da riassumere anche per sommi capi, cfr. L. MANNORI, *Dopo la riforma. Comunità locali e rappresentanza in Toscana al tramonto dei lumi (1788-1795)*, in « Quaderni fiorentini », XLVIII (2019), pp. 221-253: è alle fonti ivi citate che si riferiscono i virgolettati delle righe seguenti.

proprietari. Per alcuni di quei consiglieri, una tale soluzione continuava ad essere semplicemente inconcepibile (il « corpo » della comunità non poteva esprimere alcuna volontà al di fuori degli organi che già lo rappresentavano istituzionalmente); per altri, essa avrebbe violato invece il principio di assicurare ad ogni proprietario una pari possibilità di accesso agli uffici locali (la libera scelta elettorale dei rappresentanti avrebbe infatti implicato l'ingiustificata « esclusione dalle magistrature di quelli che non godono della pubblica fiducia »); mentre altri ancora, per quanto disposti a riconoscere un qualche peso alla diversa « capacità » e al differente « credito » delle persone, continuarono però a sostenere che affidare l'apprezzamento di queste qualità ad una pura e semplice elezione dal basso avrebbe inquinato la vita pubblica con i vizi cronici che alla pratica elettorale da sempre erano stati giustamente associati — cioè la corruzione, gli intrighi e le « cabale ». Ciò che dunque si finì per proporre fu il ritorno a sistemi misti di sorte e di elezione, a forme di cooptazione più o meno mediata o alla correzione del puro sorteggio mediante l'introduzione di alte soglie censitarie, capaci quantomeno di tagliar fuori dalla gestione comunale tutti quei piccoli proprietari che un livello contributivo troppo modesto rendeva poco sensibili, sul piano personale, ai contraccolpi di una cattiva amministrazione. Soluzioni tutte che restarono al momento lettera morta, ma che sarebbero tornate a galla all'indomani del 1814, in occasione di quella riprofilatura del modello leopoldino destinata a rimanere in vigore fino al 1859 e che a sua volta si basò appunto sull'incrocio tra sorteggio, sbarramenti censitari e nomine dall'alto ⁽⁵⁹⁾.

Ma per chiudere la nostra rassegna non è necessario spingerci così oltre. La conclusione che emerge chiarissima già a fine Settecento è che il tramonto della società di corpi non aprì in nessun

⁽⁵⁹⁾ Si tratta della legge 16 settembre 1816: sulla cui architettura basti qui il rinvio a A. CHIAVISTELLI, *Dallo Stato alla nazione. Costituzione e sfera pubblica in Toscana dal 1814 al 1849*, Roma, Carocci, 2006, pp. 23-42. Da notare che, tra i sistemi designativi comunali dell'Italia preunitaria, quello toscano è l'unico che continui ad assegnare un ruolo di rilievo alla sorte (P. AIMO, *Elezioni, nomina, cooptazione e sorteggio: modalità di composizione dei consigli comunali in Italia dalla Rivoluzione alla Restaurazione, in Autonomia, forme di governo e democrazia nell'età moderna e contemporanea*, Pavia University Press, 2014, pp. 1-10).

modo la strada, nell'esperienza toscana, ad una qualche forma di rappresentanza delegata. Quello che a noi appare come l'impiego più naturale del voto elettorale continuò a rimanere al di là non solo dell'interesse, ma forse della stessa capacità di comprensione dei contemporanei: e ciò anche nel quadro di un ordine che pure aveva cominciato a pensarsi in termini individualistici. L'unico che forse riuscì a intravedere qualcosa delle straordinarie possibilità di utilizzo che la storia aveva in serbo per il nostro strumento fu lo stesso Pietro Leopoldo: che nel suo famoso progetto costituzionale per il Granducato, redatto tra il 1779 e il 1782 sulla falsariga dei coevi progetti francesi per le Assemblee provinciali, sembra davvero pensare all'atto elettorale come al fondamento di un embrionale governo rappresentativo ⁽⁶⁰⁾. È notevole però che proprio questo punto nevralgico del progetto sia stato uno di quelli che sollevarono maggiori perplessità tra i pochi collaboratori a cui il principe lo sottopose; collaboratori che in buona misura riproposero al sovrano, in quella occasione, gli stessi stereotipi negativi che da sempre avevano accompagnato l'utilizzo della tecnica elettorale. Come ebbe a scrivere per tutti Francesco Maria Gianni, se « nulla vi è di più lusinghevole in un modello di governo che l'elezione dei rappresentanti libera al voto dei loro costituenti..., nulla riesce in fatto né più fecondo di mostruosità né più esposto all'insulti dell'artificio che profitta dell'ignoranza e della malizia per giungere alla corruzione » ⁽⁶¹⁾.

È con questo saldo, dunque, che si chiude la nostra ricostruzione. Ammesso che ve ne sia ancora bisogno, essa conferma come

⁽⁶⁰⁾ Per tutti, ancora SORDI, *L'amministrazione*, cit., pp. 293-345.

⁽⁶¹⁾ *Memorie in selva per l'erezione di un corpo di rappresentanza pubblica in Toscana* (1779), ora parz. riprodotto in MANNORI, *Lo Stato*, cit., p. 198. Conformemente a queste riserve, Gianni proponeva al principe di preparare egli stesso delle liste di eleggibili da sottoporre poi alla « ballottazione » dei Consigli comunali, oppure che venisse costituito « un corpo numeroso di soggetti scelti da V.A.R. perché dal medesimo venissero poi eletti i rappresentanti delle province », o quantomeno che l'elezione venisse compiuta sì dai Consigli comunitativi, ma riservando al governo l'approvazione finale dei deputati (*ibidem*).

la traiettoria del voto non abbia seguito, anche in Italia, alcun percorso incrementale ⁽⁶²⁾. Pur screditata da tante *débâcles* e da un interminabile logoramento, ancora alla fine dell'antico regime l'imborsazione continua a presentarsi come un metodo selettivo a suo modo razionale e comunque manifestamente preferibile ad una scelta degli amministratori abbandonata alla entropica e conflittuale volontà dei governati.

Per cogliere le prime testimonianze esplicite, in Toscana, di un vero rovesciamento di clima culturale, capace di denunciare senza mezzi termini la cieca ottusità del sorteggio e di esaltare invece la naturale saggezza del suffragio popolare, occorrerà attendere il biennio immediatamente prequarantottesco. Questa svolta, contestuale alla concessione di una primissima forma di libertà di stampa, si sarebbe innestata sulla emersione di quel germe di opinione pubblica borghese che la Toscana leopoldina non aveva mai veramente conosciuto ⁽⁶³⁾ ed il cui referente empirico venne ora rinvenuto nel nuovo pubblico di consumatori di libri e giornali costituitosi, nel Granducato come altrove in Italia, durante i decenni della Restaurazione ⁽⁶⁴⁾. Questo pubblico virtualmente consapevole, esterno alle istituzioni, ma presentato dalla pamphlettistica di quegli anni nell'atto di esercitare su di esse il proprio continuo ed illuminato giudizio, fornì ai liberali toscani degli anni Quaranta la premessa per progettare una prima forma di governo rappresentativo, anche se inizialmente circoscritta alla sola sfera comunale. Come avrebbe rilevato per tutti Leopoldo Galeotti nel 1847, il « sistema delle borse, che presuppongono piuttosto un diritto personale che l'esercizio di un diritto di rappresentanza » ⁽⁶⁵⁾, stava per cedere finalmente il posto alla elezione di un « consiglio di deputati », espresso da una cittadinanza non più di attori, ma di spettatori critici della politica; mentre l'esercizio effettivo delle cariche civiche si

⁽⁶²⁾ Sul punto, in termini generali basti il rinvio a O. CHRISTIN, *Vox populi. Une histoire du vote avant le suffrage universel*, Paris, Seuil, 2014, *passim*.

⁽⁶³⁾ Come dimostrato da S. LANDI, *Il governo delle opinioni. Censura e formazione del consenso nella Toscana del Settecento*, Bologna, il Mulino, 2000.

⁽⁶⁴⁾ Per tutti, CHIAVISTELLI, *Dallo Stato*, cit., pp. 119-180.

⁽⁶⁵⁾ L. GALEOTTI, *Della riforma municipale. Pensieri e proposte*, Firenze, Al Gabinetto scientifico-letterario, 1847, p. 42.

apprestava a divenire appannaggio dei « più capaci soltanto », autoproclamatasi naturali portavoce della pubblica opinione.

La elezione popolare è il mezzo più sicuro perché al potere giungano i più capaci ed i più meritevoli della fiducia pubblica, e perché più facilmente sieno osservate ed obbedite le risoluzioni del potere pubblico [...]. L'eguaglianza rigorosa, che si ottiene mediante il sistema delle borse, è un'eguaglianza che consuma se stessa, mentre la disuguaglianza che può comodamente stabilirsi mediante il sistema delle elezioni, corrisponde mirabilmente all'ordine gerarchico delle capacità ⁽⁶⁶⁾.

L'archiviazione definitiva del sorteggio avvenne dunque in perfetta sincronia con l'uscita di scena del cittadino antico, titolato ad esercitare direttamente una frazione di potere; e altrettanto puntualmente l'apertura dell'era della politica elettorale coincise con l'inizio della scalata a quel potere stesso lanciata dalle nuove élite intellettuali ottocentesche, che trovarono appunto nel discorso della rappresentanza delegata il loro nuovo e specifico strumento di legittimazione.

⁽⁶⁶⁾ *Ibidem.*

ALFREDO VIGGIANO

I LUOGHI DEL BROGLIO.
PRASSI E RETORICHE ELETTORALI
A VENEZIA NEL SETTECENTO

1. Discipline e istituzioni. — 2. Questioni di ermeneutica. — 3. Un cambio di paradigma? — 4. Dai confini.

1. *Discipline e istituzioni.*

Venezia, 1791: gli Inquisitori di Stato — il tribunale cui era affidata la tutela della sicurezza della Repubblica da minacce interne ed esterne — istituiscono un'inchiesta che ha lo scopo di far luce sulla diffusione di pratiche elettorali incompatibili con lo spirito e la lettera delle leggi ⁽¹⁾. A sollecitare l'attenzione degli Inquisitori erano state alcune *voci* (era questo il termine neutro che indicava nell'idioma burocratico repubblicano il recepimento di *riferte*, brevi dispacci compilati da squadre di informatori, o da delatori ⁽²⁾). L'inchiesta condotta dal 'Supremo Tribunale' era indirizzata a chiarire i contorni della vicenda, alimentata confusamente dal gossip cittadino. Al tal fine erano stati chiamati a deporre in giudizio numerosi nobili, in qualche modo coinvolti nelle pratiche di scambio elettorale, e un consistente numero individui, appartenenti al ceto dei cittadini, che svolgevano una serie di incombenze rituali e burocratiche inerenti alla preparazione e allo svolgimento delle operazioni elettorali.

(1) L'incartamento processuale è conservato in Archivio di Stato di Venezia (da qui in avanti ASVe), *Inquisitori di Stato*, b. 1163, fasc. 1156.

(2) Sull'incidenza politica della comunicazione esterna al patriato della Repubblica, l'opera di riferimento è F. DE VIVO, *Patrizi, informatori, barbieri. Politica e comunicazione a Venezia nella prima età moderna*, Milano, Feltrinelli, 2012; A. COWAN, *Gossip and Street Culture in Early Modern Venice*, in « Journal of Early Modern History », XII (2008), 3-4, pp. 313-333.

I nobili convocati a testimoniare appartengono tutti ad una frazione del patriziato veneziano; erano compresi in una specie di compagine microcetuale, i cui caratteri peculiari e identitari si definiscono nel corso dell'età moderna. I principali attori del caso di corruzione del 1791 gravitano infatti attorno al cosmo dei tribunali d'appello delle Quarantie — la Criminal, la Civil Vecchia, la Civil Nuova — le cui peculiari funzioni sono state illustrate, già a partire dal Cinquecento, da autori veneziani interessati ad amplificare il mito veneziano come Marin Sanudo o Paolo Paruta, e da osservatori esterni come Donato Giannotti ⁽³⁾. I seggi di ciascuna delle tre corti erano occupati da quaranta nobili; tre di essi figuravano come presidenti. I presidenti della Quarantia Criminal avevano diritto di accesso al Senato. Piero Del Negro ha dedicato a Zorzi Baffo, poeta libertino e componente delle Quarantie, una ricerca di grande interesse ⁽⁴⁾. Una minuziosa ricognizione delle fonti archivistiche ha consentito di evidenziare la realtà di endemici e radicatissimi conflitti ogniqualevolta il Maggior Consiglio veniva convocato per eleggere, questa era la prassi, cinque componenti della Quarantia civil. Per non creare l'eccesso ingestibile di una macroballottazione di quaranta individui le leggi veneziane avevano infatti prescritto di procedere alla sostituzione dei 'Quaranta' in otto settimane. Dobbiamo ricordare che la prassi istituzionale veneziana stabiliva un itinerario preordinato. L'eletto dalla Civil Vecchia transitava alla Civil Nuova e da qui raggiungeva la Criminal: di fatto si garantiva due anni ininterrotti di occupazione. La competizione per ottenere uno dei suoi seggi si presentava accecissima e innescava cacce di consensi di cui la documentazione archivistica ufficiale consente di intravedere — come nel caso di Zorzi Baffo — alcuni passaggi.

Non è questa, naturalmente, la sede in cui offrire un'immagine compiuta del complicatissimo meccanismo elettorale che presiedeva alla designazione delle magistrature veneziane. Basterà qui ricordare

⁽³⁾ Sulla procedura del processo in Quarantia, sono da vedere: G. BUGANZA, *Le complessità dell'ordine. Il processo penale e le ragioni del principe, tra diritto, società e destino*, Venezia, Marsilio, 1998, e G. COZZI, *Giustizia «contaminata». Vicende giudiziarie di nobili ed ebrei nella Venezia del primo Seicento*, Venezia, Marsilio, 1996.

⁽⁴⁾ P. DEL NEGRO, *La «poesia barona» di Giorgio Baffo «Quarantiotto»: politica e cultura nella Venezia di metà Settecento*, in «Comunità. Giornale mensile di politica e cultura», XXXVI (1982), 184, pp. 312-425.

come il cuore elettorale della Repubblica fosse costituito dal celebre Maggior Consiglio — la grande assemblea in cui sedevano, a titolo ereditario, tutte quante le famiglie patrizie della Serenissima (esso raccoglieva, a fine Settecento, circa 1100 capofamiglia maggiori di 25 anni). Era questo l'organismo, in effetti, a cui spettava il compito di 'ballottare' tanto le cariche maggiori e minori della Terraferma quanto quelle dello *stato da mar*, assieme ad una miriade di altri uffici e benefici della città capitale, per un totale che si aggirava sulle ottocento posizioni ⁽⁵⁾. La tecnica generalmente seguita per l'assegnazione di questi incarichi si basava su quel sistema misto di elezione in senso stretto e di sorteggio già praticato in tanti ordinamenti cittadini del medioevo italiano, ma che l'esperienza veneziana aveva condotto ad un grado eccezionale di formalizzazione. In sostanza, il plenum del Consiglio si pronunciava 'ballottando' a maggioranza, per ogni posto da coprire, un certo numero di candidature che gli venivano sottoposte da varie commissioni elettorali operanti autonomamente, formate tutte per sorteggio nell'ambito del Consiglio stesso ed i cui lavori si svolgevano a loro volta in base a procedure destinate a rendere il meno predeterminabile possibile la selezione dei concorrenti. Scopo di questo meccanismo era di prevenire il rischio tipico di ogni selezione per scelta — cioè il formarsi di quegli accordi collusivi tra elettori e eligendi, funzionali a promuovere l'uso privato del potere pubblico, nei quali la cultura premoderna indicava da sempre il principale limite del metodo elettorale. Nel caso dell'ordinamento veneziano, in particolare, che identificava il nucleo stesso dei propri valori repubblicani nel mantenere una perfetta eguaglianza tra i membri del patriziato, questo impegno a difendere la sincerità e la trasparenza delle elezioni costituiva un obiettivo prioritario rispetto ad ogni altro.

Tale impegno, d'altra parte, non equivaleva certo ad interdire ogni confronto, all'interno del patriziato, circa la petizione delle cariche — ché anzi partecipare attivamente e con autentico spirito civico al grande gioco della distribuzione dei pubblici onori costituiva in certo modo il primo dovere di ogni membro dell'aristocrazia

(5) La più completa rassegna sulla questione è A. ZANNINI, *L'impiego pubblico*, in *Storia di Venezia*, vol. IV, a cura di A. Tenenti, U. Tucci, *Il Rinascimento. Politica e cultura*, Roma, Istituto dell'Enciclopedia Treccani, 1997, pp. 415-463.

cittadina. Era appunto questa pratica, funzionale in sostanza a consentire ai nobili di essere costantemente informati sugli appuntamenti elettorali e a tessere le intese indispensabili alla loro messa in opera, che il gergo istituzionale veneziano abbracciava col termine 'broglio'. Originariamente riferito a quella porzione di Piazza San Marco tradizionalmente riservata a questi contatti tra i membri dell'élite, il vocabolo venne a designare appunto di buon'ora tutta l'attività (che oggi diremmo di corridoio) diretta a preparare le elezioni e a costruirne le strategie correlative; fino ad evocare sempre più spesso e sempre più consapevolmente, nel corso dell'età moderna, tutto il lato oscuro di quell'attività stessa, corrispondente agli intrighi e alle brighe illecite di cui si alimentava il sottobosco politico veneziano (6).

Ora, la scelta esercitata in questo saggio di porre al centro dell'attenzione il ruolo delle Quarantie ha lo scopo di affrontare alcune questioni di ordine politico e costituzionale che incrociano direttamente le pratiche elettorali veneziane e la trama del *broglio*. Mi sembra che tale nodo sia stato trascurato, o relegato in secondo piano, dalla storiografia che si è occupata con ottimi risultati delle *cultures of voting* a Venezia, dal medioevo all'età moderna (7): dai sondaggi condotti da Claire Judde de Larivière che hanno giustamente allargato l'obiettivo a spazi esterni alle contese del patriziato per l'accaparramento di uffici e benefici (parrocchie, corporazioni di mestiere, confraternite) (8), alle approfondite ricerche di Dorit Raines che, allo scopo di comprendere il fondamento di legittimità dell'aspirazione da parte di soggetti, lignaggi e clientele verso l'of-

(6) Sulla definizione e sul contenuto della nozione di 'broglio', basti qui il rinvio all'analisi recente di M. HARIVEL, *Les Élections politiques dans la République de Venise (XVI-XVII siècle). Entre Justice distributive et corruption*, Paris, Les Indes Savantes, 2019, con ampi rinvii alla storiografia precedente.

(7) U. TUCCI, *I meccanismi dell'elezione ducale*, in *I Dogi*, a cura di G. Benzoni, Milano, Electa, 1982, pp. 107-124; M. VAN GELDER, *Protest in the Piazza: Contested space in early modern Venice*, in *Popular Politics in an Aristocratic Republic: Political Conflict and Social Contestation in Late Medieval and Early Modern Venice*, M. van Gelder, C. Judde de Larivière (eds.), London, Routledge, 2020, pp. 129-157.

(8) C. JUDDÉ DE LARIVIÈRE, *Du Broglio à Rialto: cris et chuchotements dans l'espace publique à Venise (XVIIe siècle)*, in *L'espace publique au Moyen Âge. Débat autour de Jürgen Habermas*, sous la direction de P. Boucheron, P. Offenstadt, Paris, PUF, 2011, pp. 125-136.

ferta di uffici e benefici, hanno studiato i modi conservazione di testimonianze genealogiche e di trasmissione di memorie ⁽⁹⁾; dagli studi di Donald Queller, così ricchi di riscontri archivistici ma allo stesso tempo così viziati da una serie di pregiudizi 'neocalvinisti' che, accentuando il carattere generale di corruzione dell'intero sistema politico aristocratico-repubblicano, bloccano la ricerca in una specie di circolo vizioso ermeneutico ⁽¹⁰⁾, alla più recente monografia di Maud Harivel, che offre una considerazione complessiva del sistema elettorale veneziano sul lungo periodo, dal primo Quattrocento alla caduta delle Repubblica, dedicando una particolare attenzione, attraverso uno studio di casi, agli usi politici e funzionali della corruzione ⁽¹¹⁾.

Le competenze giurisdizionali delle Quarantie erano amplissime. La loro autorevolezza è paragonabile a quelle dei grandi tribunali d'appello italiani: la Rote, quella fiorentina, genovese, romano-pontificia, il Senato milanese ⁽¹²⁾. Nel corso del Settecento i verdetti dei *Quaranta* circoleranno a stampa e in raccolte manoscritte nel mondo dei giurisperiti della capitale e delle province, legittimando la funzione di un diritto pragmatico, casuistico, giurisprudenziale ⁽¹³⁾.

⁽⁹⁾ D. RAINES, *Office seeking, Broglio and the political guidebooks in Cinquecento and Seicento Venice*, in «Studi Veneziani», 1991, 22, pp. 137-193; EAD., *Ludovico Manin, la rete dei sostenitori e la politica del broglio nel Settecento*, in *Al servizio dell'«amatissima patria»*. *Le Memorie di Ludovico Manin e la gestione del potere nel Settecento veneziano*, a cura di Ead., Venezia, Marsilio, 1997, pp. 121-165.

⁽¹⁰⁾ D.E. QUELLER, *The venetian patriciate: reality versus myth*, Chicago, University of Illinois, 1986.

⁽¹¹⁾ HARIVEL. *Les Élections politiques*, cit.

⁽¹²⁾ Per un'ampia rassegna critica del tema, *Grandi Tribunali e Rote dell'Italia di antico regime*, a cura di M. Sbriccoli, A. Bettoni, Milano, Giuffrè, 1993.

⁽¹³⁾ Fra le raccolte a stampa che riportano esempi tratti da decisioni delle Quarantie si distingue la *Miscellanea Penale*, in ASVe, *Inquisitori di Stato*, bb. 1264-1268, di Andrea Radi, giudice assessore nella terraferma veneta. Sulla diffusione di pratiche legali e sul loro utilizzo si distinguono i recenti studi di C. PASSARELLA, *Interessi di parti e logiche del processo. La giustizia civile a Venezia in età moderna*, Torino, Giappichelli, 2018. Sulle questioni qui accennate restano fondamentali le ricerche di G. COZZI, *La società veneta e il suo diritto. Saggi su questioni matrimoniali, giustizia penale, politica del diritto, sopravvivenza del diritto veneto nell'800*, Venezia, Marsilio, 2000; C. POVOLO, *Retoriche giudiziarie, dimensioni del giuridico e prassi processuali nella Repubblica di*

La prassi giudiziaria applicata dalle Quarantie, la discussione pubblica delle cause in una peculiare sopravvivenza di modalità di dispute *adversarial* entro le maglie del sistema legale veneziano, favoriva nei giudici d'appello una inclinazione culturale che accentuava la qualità vernacolare del fare e del concepire la giustizia. Allo specifico tratto procedurale i Quaranta aggiungevano una seconda motivazione di tipo giuridico/ideologico: si attribuivano il ruolo privilegiato di custodi e protettori dell'antico diritto veneto — fondato sull'amplessissima applicazione dell'*arbitrium* — di fronte alle intrusioni del diritto romano ⁽¹⁴⁾. Ma tale rivendicazione, ribadita con perseveranza dai magistrati delle Quarantie, doveva misurarsi con l'incombenza istituzionale che consisteva nel recepire appelli su sentenze dei rappresentanti veneziani da Verona, Brescia, Verona, Padova, Zara, Corfù, Capodistria. Nella prospettiva dei criteri di autolegittimazione delle Quarantie, più che nel senso di un radicato, strutturale conflitto fra due sistemi normativi inconciliabili, la tensione esposta può essere interpretata nei termini di un originale paradosso istituzionale. L'articolazione di una mitologia costituzionale arcaizzante si confrontava infatti con il quotidiano riscontro della forza dei diritti locali diffusi nei *Dominii*. In appello, così avevano stabilito le convenzioni pattizie stipulate fra Venezia e i territori a lei soggetti al momento della loro aggregazione alla Repubblica, si doveva giudicare secondo le tradizioni legali autotone (diritto comune nella terraferma veneta, Assise di Romania, statuti e consuetudini delle province marittime). Tendenze isolazionistiche e cosmopolitismo giuridico, un interessante ossimoro costituzionale, potevano dunque convivere? E, passando alla dimensione della scelta dei rappresentanti della Repubblica, quanto l'intrico di conoscenze e di favori, di reti di parentela e di pressioni che caratterizza il cosmo delle Quarantie, condizionava i meccanismi elettorali? Per un nobile che sedeva in Maggior Consiglio e che apparteneva ad uno dei lignaggi che Giacomo Nani, sui cui presto

Venezia. Da Lorenzo Priori ai pratici settecenteschi, in *L'amministrazione della giustizia penale nella Repubblica di Venezia*, a cura di G. Chiodi, C. Povolo, vol. 1, Verona, CIERRE, 2004, pp. 19-170.

⁽¹⁴⁾ La più chiara definizione di tale contrasto è in G. Cozzi, *Repubblica di Venezia e stati italiani. Politica e giustizia dal secolo XVI al secolo XVIII*, Torino, Einaudi, 1982.

torneremo, poneva nel mezzo della sua piramide, quali meccanismi retorici era opportuno innescare per ottenere un seggio nelle corti d'appello, o per raggiungere l'elezione ad un reggimento negli Stati *da Terra* o *da Mar*? Tali interrogativi intrigavano anche Nicolò Donà, autore di un interessantissimo esame della costituzione veneziana: i *Ragionamenti politici intorno al governo della Repubblica di Vinegia*, composti fra 1736 e 1738 ⁽¹⁵⁾. Donà ritiene che le Quarantie costituiscano il vero *punctum dolens* di tutta la macchina: difensore del potere delle grandi famiglie, egli non poteva tollerare che le incursioni di una plebe nobile, la quale disponeva di un potere di orientamento degli scrutini del Maggior Consiglio, potessero deformare l'iter di designazione degli elementi più capaci.

Giacomo Nani, un nobile che fra 1770 e 1780 occupa importanti cariche di governo dei territori, Capitano a Padova, Provveditore da Mar nelle isole del Levante, è autore di un *Saggio politico*, rimasto inedito, in cui anatomizza il corpo sociale del patriziato, sforzandosi di disporre le famiglie che lo componevano lungo una scala gerarchica dai vertici alla base che comprende cinque *classi*. In diverse colonne erano disposte, di ogni Casa, capacità di accesso a ruoli istituzionali, ammontare delle ricchezze, attitudini intellettuali ⁽¹⁶⁾. Nani pone all'apice del suo sistema i *Signori*, i *Primi della Terra*, un limitato numero di lignaggi che occupavano i ruoli di Savi del Consiglio (una specie di direttivo della Repubblica, deputati a filtrare e organizzare le materie da sottoporre al vaglio del Senato, soprattutto nel campo della politica estera), o da cui erano selezionati gli Ambasciatori. Nell'ultimo gradino erano collocati i *poveri vergognosi*; individui che vivevano della carità pubblica e che erano ovviamente esclusi dal gioco elettorale. Al centro della piramide galleggiava con alterne fortune la grandissima parte delle famiglie appartenenti al ceto privilegiato della repubblica: i *mediani*, nel vocabolario di Nani. Sociologicamente impediti ad accedere ai

⁽¹⁵⁾ Ne ho letto la copia in Biblioteca del Civico Museo Correr di Venezia, cod. Cicogna 2586. Per un preciso inquadramento del testo di Donà e dei testi di G. Nani utilizzati in questo saggio, P. DEL NEGRO, *La distribuzione del potere all'interno del patriziato veneziano del Settecento*, in *I ceti dirigenti in Italia in età moderna e contemporanea*, a cura di A. Tagliafferi, Udine, Del Bianco, 1984, pp. 311-337.

⁽¹⁶⁾ P. DEL NEGRO, *Giacomo Nani: appunti biografici*, in « Bolletino del Museo civico di Padova », 60 (1971), 2, pp. 115-147.

vertici del sistema, soprattutto quanti si trovavano sistemati al terzo e al quarto livello rischiavano di perdere i loro incerti capitali, materiale e immateriali. Nelle reti di quest'ampio segmento si muovevano i *Quarantiotti*: Eletti dal Maggior Consiglio, l'assemblea plenaria che riuniva tutti i nobili della Serenissima, questi costituivano un vero e proprio ordine. Nella lettura di Nani, i *Quarantiotti* possedevano, rispetto a tutte le altre componenti, una sorta di ideologia identitaria, un *habitus* connotato noi diremmo in senso antropologico, modellata dalla funzione di 'oracoli della legge' assunta dai componenti delle corti di appello. I componenti di tale nucleo si sforzavano di controllare gli accessi agli stessi tribunali di appello, creando dei veri e propri cartelli, e allo stesso modo di influenzare una risorsa di prima importanza: l'elezione alle podesterie dello stato *da terra* e dello stato *da mar*.

Fra la gestione oligarchica, da parte del numero ristrettissimo di grandi casate che occupava con continuità le cariche di Savio del Consiglio, di Procuratore di san Marco e di Ambasciatore, e la vivace intraprendenza dei 'mediani' a caccia di prebende e di onori correva una sorta di tacito patto. Le due sfere di attribuzioni dovevano restare ben distinte, impermeabili l'una all'altra. Fortune economiche, memorie familiari, tradizioni istituzionali avevano modellato nel corso del tempo due antropologie del potere. Le contese elettorali costituivano occasione di interferenze e possibili cortocircuiti fra i due sistemi. Le pratiche del broglio, come avremo modo di constatare, offrivano una possibile soluzione all'insorgere di tensioni che attraversavano il ceto patrizio. Il confronto elettorale, nell'ampio spettro che va dalle elaboratissime ritualità prescritte per la nomina dogale agli affollatissimi scrutini che potevano sottoporre i componenti del Maggior Consiglio all'intensiva performance di dodici-quindici ballottazioni nel corso dello stesso giorno, impone continue mediazioni.

Il campo della negoziazione è quello appunto definito dal termine *broglio*. Uno spazio metaforico, uno spazio d'azione, uno spazio fisico: se volessimo accostare il fascicolo processuale di cui ci stiamo occupando a quello aperto in occasione della contrastata elezione dell'ultimo doge, Ludovico Manin, potremmo elencare i molteplici luoghi pubblici e privati quali farmacie, botteghe di caffè,

palazzi aristocratici, osterie ⁽¹⁷⁾. Gesti e parole che le leggi tendono a codificare allo scopo di punirne gli autori, ma che mutano nel tempo. L'impressione che ne deriva, nel momento in cui si prova a mettere a fuoco, è che il broglio costituisca certo un elemento strutturante il sistema politico veneziano, ma permanga sempre un residuo di incertezza determinato da una serie di fattori imprevedibili, casuali. Sono più numerose le domande che si possono porre delle risposte convincenti. Perché a periodi in cui il broglio si presenta come un metronomo che scandisce i ritmi degli avvicendamenti elettorali seguono fasi in cui esso viene criminalizzato? Che rapporto corre fra lo stesso broglio e la corruzione elettorale? Perché, nella produzione normativa e nei provvedimenti disciplinari veneziani, ora appaiono come due realtà nettamente distinte, ora del tutto sovrapponibili? Fino a che punto il broglio, nelle sue diverse dimensioni, legittima e delegittima i suoi autori? L'inchiesta condotta nel 1791 dal tribunale degli Inquisitori di Stato può fornire qualche utile indicazione.

2. *Questioni di ermeneutica.*

La prima deposizione trascritta nel *file* degli Inquisitori di Stato è quella del *ballotin*, Tomaso Calcinoni. Interrogato « se vi sia o no alcuna persona che si prende l'arbitrio di concertare e prestabilir le disposizioni e gli aspiri dei NN. HH. Veneti ai vari magistrati che si eleggono dal magnifico Maggior Consiglio », cerca di non comprometersi:

Mi è noto che tra di loro i NN. HH concertano e stabiliscano chi debba concorrer a questo o a tal altro Magistrato o Reggimento che fanno talvolta anche dei cambi. Ma non so dire che vi sia tra essi alcuno che particolarmente si applichi a questo. Una volta tenevano nota delle dichiarazioni i NN.HH s. Vincenzo Morosini, che abita a san Giovanni Grisostomo, s. Marco Barbaro qm. Francesco che ha casa a santo Stefano e s. Rizzardo Badoer attual rappresentante pubblico a Montona.

(17) Per l'elezione di Manin, D. RAINES, *Al servizio dell'« amatissima patria »*. *Le Memorie di Ludovico Manin e la gestione del potere nel Settecento veneziano*, Venezia, Marsilio, 2000.

Montona d'Istria era una delle podesterie minori che costituivano terreno di caccia della nobiltà minore: ad essa si aggiungereanno nel corso dell'inchiesta, per rimanere nella penisola istriana, Pola, Parenzo, Valle, Umago, e passando nell'entroterra veneziano e veneto Gambarare, Portobuffolè, Oderzo, Cavarzere, Torcello, Marano, Cividale del Friuli, Ceneda, Mestre, a Noale, Soave, per toccare infine i limiti mediterranei della Repubblica con i ruoli di Provveditore a Cefalonia, o di Consigliere a Corfù. Per uffici di minor peso e rendita, diversi da quelli di podestà — il governatore in civile e in criminale delle comunità — compaiono nella ricognizione processuale le cariche di Camerlengo (il responsabile della camera fiscale) a Lesina, in Dalmazia, a Feltre, a Vicenza e Padova, Brescia e negli spazi marittimi di Sebenico. A queste cariche definite 'da fuori', collocate negli stati *da terra* e *da mar*, si sovrapponevano quelle veneziane, 'di dentro': quelle contabili e fiscali del Dazio al Vin e del Sopragastaldo, quelle delle arcaiche magistrature di polizia dei Signori di Notte al civil e al criminal, e dei Cinque alla Pace. Il campione definito dal processo era certo ampio, ma si può immaginare che l'estensione delle pratiche di accomodamento e di manipolazione elettorale sottoposte al giudizio degli Inquisitori di Stato avesse una latitudine ancora maggiore ⁽¹⁸⁾.

Come funzionasse il sistema di *lobby* dedicata alla distribuzione degli uffici, per tornare al processo del 1791, lo spiega con ricchezza di particolari Lorenzo Balbi. Funziona tutto bene, afferma Balbi, quando i nobili veneziani, « per non restar troppo tempo fuori d'impiego », si rivolgono ad esperti, loro pari. A dei boss elettorali. Questi non si propongono attivamente alla platea del patriziato nella formazione di cartelli, o nella scelta di soggetti capaci e dignitosi, « sufficienti » secondo il termine d'uso, ma sono piuttosto riconosciuti per la loro disponibilità e autorevolezza. Balbi non nasconde di essere stato interessato all'elezione per rettore di Valle in Istria; ma era stato informato che, nello stesso tempo, si era aperto un corridoio per poter concorrere alla carica di Provveditore a Gambarare. Quest'ultimo ruolo era entrato nelle mire di Zorzi Bon, un altro nobile appartenente al giro delle Quarantie, che aveva appena terminato il suo incarico come componente della magistratura fiscale

(18) ASVe, *Inquisitori di Stato*, b. 1163, fasc. 1156, cc. 9r-10v.

e di controllo contabile del Sopragastaldo. Anche Bon, come Balbi, si guardava intorno: era infatti prossima la ballottazione per il reggimento di Ceneda. Di fronte ad un conflitto che era in tutta evidenza sul punto di esplodere, Balbi, utilizzando un'antica consuetudine, aveva richiesto l'intervento di due giudici di Quarantia, in funzione di « arbitri mediatori ». Questi avevano emesso il loro verdetto: Balbi sarebbe stato posto in aspettativa per Valle e Gambarare; Bon per Ceneda. Tutto a posto? La mattina seguente a tale informalissima decisione, il protagonista della vicenda incrocia al livello delle Procuratie di Piazza san Marco Zan, Alvise Minio e Orseolo Partecipazio Badoer: i « quali mi rinfacciarono — spiega agli Inquisitori — che in sul calar della stola facessi queste novità, minacciandomi e prognosticando che sarei stato sballotato ». Il « calar della stola » era un gesto preciso — il nobile abbassava appunto la stola che contraddistingueva la sua appartenenza al corpo nobile — che ha un significato metaforico: potremmo tradurre così: « le partite sono chiuse ». Non c'è più spazio per contrattazioni di alcun tipo. Di fronte alla minaccia, Balbi non recede e proclama il principio della « libertà di concorso ». Siamo in uno stato repubblicano o no? E poi, a proposito di pratiche repubblicane, come non riconoscere la forza di una sentenza arbitrale? ⁽¹⁹⁾

L'avvertimento di Minio e Badoer presentava anche un elemento che potremmo definire pedagogico. Il cortocircuito fra ambizioni elettorali e fallimenti era determinato evidentemente da una carenza comunicativa e informativa. Balbi ne conviene. I suoi interlocutori, allo scopo di convincerlo a recedere dal suo proposito, avevano promesso di mostrargli la prova materiale di quale fosse il corretto funzionamento del sistema elettorale. Tale evidenza consisteva in:

una nota di tutti li Reggimenti, dove avrei veduto tutti li dichiariti e quali fossero i Magistrati o Reggimenti ai quali avrei potuto applicare e che essi mi saprebbero dire i Magistrati o Reggimenti ai quali i dichiariti medesimi non possono concorrer né notarsi e così avrei

⁽¹⁹⁾ Ivi, cc. 10v, 31 giugno 1791. Sulla diffusione di pratiche arbitrali, e sulla tipologia dei *compromessi more veneto*, cfr. M. BELLABARBA, *Le pratiche del diritto civile: gli avvocati, le « Correzioni », i « conservatori delle leggi »*, in *Storia di Venezia. Dalle origini alla caduta della Serenissima*, vol. VI, *Dal Rinascimento al Barocco*, a cura di G. Cozzi, P. Prodi, Roma, Istituto dell'Enciclopedia Italiana, 1994, pp. 795-824.

potuto io entrar in que' luoghi; mentre è questo il disordine maggiore in dette dichiarazioni che si sentono le persone dichiarite a un Magistrato o a un Reggimento e poi se ne vedono ballotate altre per sostituzioni che si fanno privatamente a persone che sebbene sono dichiarite non si possono ballottare.

Questa 'nota', i due si sono comunque ben guardati dall'esibirla. Tale scrittura riporta l'attuale occupazione di uffici e magistrati, e le date delle scadenze elettorali di un numero ingentissimo di cariche pubbliche; la trascrizione dei nominativi dei singoli patrizi con la destinazione desiderata e l'articolata tassonomia delle precedenti, e dunque degli eventuali tempi di attesa. I convocati dagli Inquisitori aggiungono particolari di grande interesse al quadro dei rapporti fra i *dichiariti*, che, come appare chiaramente dal contesto, sono coloro i quali hanno ottenuto di essere accettati come degni di godere di una precedenza nel corso dei ballottaggi ⁽²⁰⁾.

Già a inizio Cinquecento l'anonimo autore francese dell'interessantissimo *Traité du gouvernement de la cité et seigneurie de Venise* aveva colto una fissione all'interno delle cellule base del corpo politico repubblicano. Si potevano contare centoventicinque Case composte da individui che discendevano da un unico stipite, che avevano in comune il medesimo cognome, che si riconoscevano nel medesimo stemma ⁽²¹⁾.

L'interna coesione del lignaggio appariva tuttavia scossa dalla spinta centrifuga dei suoi ceppi: tramontato l'istituto della fraterna, individui che si riferivano ad una comune appartenenza vivevano staccati gli uni dagli altri in diversi luoghi della città con la loro discendenza. Tale tendenza che sovrappone una linea di frattura che potremmo definire genealogico/agnatizia a quelle segnate dall'incidenza dal prestigio e dalla ricchezza non poteva non ripercuotersi nei comportamenti elettorali ⁽²²⁾.

⁽²⁰⁾ Ivi, c. 11v.

⁽²¹⁾ *Descripcion ou traicté du gouvernement et régime de la cité et seigneurie de Venise. Venezia vista dalla Francia ai primi del Cinquecento*, a cura R.C. Mueller, Ph. Braunstein, Venezia, Istituto Veneto di Scienze, Lettere ed Arti, e Paris, Publications de la Sorbonne, 2015.

⁽²²⁾ O.T. DOMZALSKI, *Politische Karrieren und Machtverteilung in Venezianischen Adel (1646-1797)*, Sigmaringen, Jan Thorbecke, 1996; V. HUNECKE, *Il patriziato vene-*

Un'ulteriore evidenza del processo di differenziazione interno al patriziato è data dalla prassi, che comincia a manifestarsi nei primi anni del Settecento, per cui la legittimità dei lignaggi non è più semplicemente assicurata dalla generica appartenenza ad un unico capostipite. Nei documenti pubblici e negli atti notarili, infatti, all'indicazione del cognome seguirà la connotazione territoriale: i Barbarigo della Terrazza a san Polo, gli Zen a santa Caterina, i Grimani a santa Maria Formosa, i Contarini di san Stin⁽²³⁾. Era l'attribuzione topografica o l'allusione al carattere o allo splendore del palazzo di Casa a definire ora lo status degli individui. Ma, scorrendo la ricca casistica messa in luce dalle recenti ricerche che abbiamo già avuto modo di citare, sembra che tale marchio di identità si sia progressivamente stinto.

Tradizionali sistemi di classificazione, elaborazioni di tassonomie interne al patriziato appaiono usurate, monete fuori corso. Pensiamo alla distinzione fra Case cosiddette *Longhe* e *Curte* che segmentava, secondo il criterio dell'antichità dell'origine delle stesse famiglie, l'intero campo dei lignaggi aristocratici. I *Longhi* vantavano la loro appartenenza al gruppo ristretto di tribuni che avevano acclamato il primo *Dux* veneziano nel 697, o ai lignaggi dei fondatori, anno 892, del monastero benedettino dell'isola di Giorgio. In tutto dodici stirpi, a cui si dovevano aggiungere altre otto schiatte registrate dalle cronache più risalenti. Il nucleo più rappresentativo della compagine dei *Curti* si riconosceva nelle novantadue schiatte aggregate al Maggior Consiglio al tempo della 'Serrata' del 1297; a queste si era aggiunto un manipolo di una ventina di Case che si erano distinte nel corso della guerra di Chioggia sostenuta dal *commune Veneciarum* contro Genova⁽²⁴⁾. Infine, fra i *Curti*, sono da

ziano alla fine della Repubblica, 1646-1797. *Demografia, famiglia, ménage*, Roma, Jouvence, 1997, pp. 130-146.

(23) G. TREBBI, *La società veneziana*, in *Storia di Venezia dalle origini alla caduta della Serenissima*, vol. 6, a cura di G. Cozzi, P. Prodi, *Dal Rinascimento al Barocco*, Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana, 1994, pp. 129-214.

(24) L'interpretazione della cosiddetta Serrata del Maggior Consiglio — l'atto di nascita di un sistema di rappresentanza sostanzialmente chiuso all'immissione di nuovi lignaggi se non attraverso forme di cooptazione — è uno dei temi più frequentati in sede storiografica. Un'ampia panoramica storiografica di tale atto d'origine di un sistema costituzionale che detiene amplissimi poteri elettivi di una miriade di magistrature, ma

annoverare anche i componenti delle famiglie che avevano donato alla Repubblica cospicue somme di denaro in tempi di gravi crisi finanziarie (ad esempio, nel corso della guerra di Candia, 1645-1669) ⁽²⁵⁾. Tale ripartizione aveva fornito, fino ai primi decenni del Seicento, sostanziosi appoggi e uno strumento di legittimazione a chi si presentava allo scrutinio, come appartenente all'uno o all'altro di tali estesi clan ⁽²⁶⁾. In seguito, il riferimento a differenti miti di fondazione (quello che insisteva sull'*origo* della città lagunare e quello incardinato alla data dell'atto di fondazione costituzionale del corpo aristocratico) si affievolirà, riducendosi a motivo di elaborazione antiquaria ⁽²⁷⁾.

Nel contesto di una progressiva dissoluzione dei tradizionali legami verticali di deferenza e di fiducia, sembra tenere l'arcaica prassi del padrinnaggio politico. Testimonianze di fine Cinquecento e di inizio Seicento certificano la prassi che gli stessi nobili che avevano accompagnato l'infante al fonte battesimale si assumessero l'obbligo di introdurlo, raggiunta la maggior età, nel sistema del cosiddetto broglio *onesto*. Antonino Collaruffi, nel suo *Il nobile veneto*, nota fra « le consumate consuetudini di questa bene instituta repubblica » quella per cui « la prima volta che si vesta la toga, il nobile non è egli da' precettori, ma da' nobili al broglio condotto » ⁽²⁸⁾. Una forma peculiare di *parentela* politica si legittima

il cui accesso era consentito solo in congiuntura segnate da straordinarie necessità, è fornita da D. RAINES, *Cooptazione, aggregazione e presenza al Maggior Consiglio: le casate del patriziato veneziano, 1297-1797*, in « Storia di Venezia, rivista elettronica », 2003, 1, pp. 38-40 (www.storiadivenezia/rivista/rivista0103.html); V. CRESCENZI, *Esse de Maiori Consiglio. Legittimità civile e legittimazione politica nella Repubblica di Venezia (secc. XIII-XVI)*, Roma, Istituto storico italiano per il Medio evo, n. 34, 1996, pp. 325-350; D. ROMANO, 'Quod sibi fiat gratia'. *Adjustment of Penalties and the Exercise of Influence in Early Renaissance Venice*, in « Journal of Medieval and Renaissance Studies », XIII (1983), pp. 251-268.

⁽²⁵⁾ R. SABBADINI, *L'acquisto della tradizione. Tradizione aristocratica e nuova nobiltà a Venezia*, Udine, Istituto editoriale veneto-friulano, 1995.

⁽²⁶⁾ TREBBI, *La società veneziana*, cit., pp. 165-168, evidenzia l'eclissi a metà Cinquecento dell'istituto della *fraterna*: i fratelli non condividono più il medesimo tetto, né associano i loro capitali in comuni investimenti commerciali.

⁽²⁷⁾ G. ORTALLI, *Venezia inventata. Verità e leggenda della Serenissima*, Bologna, il Mulino, 2021.

⁽²⁸⁾ HARIVEL, *Les Élections*, cit., p. 144.

appoggiandosi alla *parentela spirituale* (29). Anche le pratiche elettorali repubblicane pagano.

La presentazione al *broglia* assume in tale contesto la fisionomia di un rito di riconoscimento e accettazione: da parte del giovane delle regole del gioco, da parte degli altri patrizi della sua volontà di partecipazione alla vita della Repubblica. E il rito assume il suo significato solo se viene ribadito nel tempo. Il *broglia* non costituisce solo la porta di accesso al sistema, ma rappresenta il cardine dell'ordinamento repubblicano. Per rendere più evidente la connessione fra ordine costituzionale e disposizione alla socievolezza, Collaruffi estrae un significativo esempio dalla storia civile romana. Lucio Emilio Paolo, sconfitto nella corsa al Consolato, « non s'invilì d'animo », continuando a frequentare le « pratiche e le piazze ». Grazie alla sua disponibilità « vinse poi il popolo con l'importunità e la pazienza, che né lo splendore della sua nobiltà, né con la forza de' suoi meriti e virtù aveva haveva potuto vincere né piegare ». Collaruffi mescola nei suoi precetti frammenti boteriani prescrizioni controriformistiche, elementi tratti dalla letteratura politica veneziana del Cinquecento di stampo moderato ed encomiastico, da Gasparo Contarini a Paolo Paruta.

Risiedeva nell'assenza di un riconoscimento collettivo, nell'eccesso di individualismo, nello smarrimento di un *habitus* tradizionale l'emergere delle tensioni attorno al broglia nel tardo Settecento veneziano? Un'altra scheggia del processo del 1791 ci permette proporre una prima risposta.

Incalzato dai giudici, uno degli inquisiti Giacomo Contarini, afferma: « io ho maneggiato solo per me stesso ». Fra la sua vicenda e molte altre raccolte nel fascicolo degli Inquisitori di Stato possiamo notare molte analogie, un'aria di famiglia che permette di isolare elementi microstrutturali: l'alternanza fra reggimenti esterni e uffici della capitale; la pluralità delle cariche che entrano nel mirino dei candidati. Giacomo Contarini ha appena terminato il suo incarico di camerlengo a Vicenza; le sue competenze fiscali lo spingono a

(29) G. ALFANI, *Padri, padrini, patroni. La parentela spirituale nella storia*, Venezia, Marsilio, 2007. Sul padrinnaggio politico veneziano, A. VIDALI, *Political and social aspects of godparenthood in early modern Venice: spiritual kinship and patrician society*, in « Journal of early modern history », XXVI (2022), 5, pp. 429-455.

considerare la sua candidatura all'ufficio del sopragastaldo che, occupato da tre nobili, aveva il compito di rendere esecutive le sentenze e di conservare i documenti relativi agli atti ducali, le decisioni del doge connesse al suo giuspatronato sulla chiesa di san Marco, e l'esecuzione di atti notarili. Nella preparazione della sua candidatura, Giacomo ha ricevuto la visita di un competitore, Santo Contarini attuale provveditore a Marano, il quale afferma di vantare una precedenza sullo stesso ufficio e propone una specie di scambio compromissorio, esibendo « una nota di magistrati che teneva perché mi adattassi ad alcuno di quelli, nominandomi al Dacio del Vin che aveva una scadenza contemporanea a quella del Sopragastaldo ». Portare il medesimo cognome non impedisce la manifestazione del conflitto.

La resistenza di Giacomo Contarini produce, nell'effettuazione delle ballottazioni in Maggior Consiglio, un piccolo cortocircuito su una scacchiera di ruoli che finisce per essere tutto a suo danno. Il carattere che emerge con coerenza da questa e numerose altre evidenze del processo è quello di una intensa e continuativa comunicazione orizzontale, che mette in relazione soggetti che dispongono di un analogo deposito di risorse materiali e simboliche. Rivolgiamo ancora la nostra attenzione alla deposizione di Contarini che precisa nel dettaglio le regole del gioco:

Adesso si vede costantemente che tutti questi aspiri procedono per via di dichiarazioni, le quali si fanno ricercando all'attuale se alcuno sia dichiarato in suo luogo; se dice di no si prega il medesimo a dichiarir se stesso in quel luogo; se dice che vi è alcun dichiarato se parla con questo dichiarato per che dichiarir in suo luogo e così di mano in mano. Nel che può succedere com'è successo a me stesso che alcuno si scordi della dichiarazione e dichiarir un altro, ma il fatto sta che questa dichiarazione ha sempre prevalso e l'esperienza dimostra che chi concorre contro un dichiarato ha sempre mala sorte.

3. *Un cambio di paradigma?*

Il titolo di 'letteratura dell'antimito' con cui in sede storiografica è stata etichettato un ampio e diversificato repertorio di opere,

edite e inedite, dovrebbe essere messo in discussione ⁽³⁰⁾. Le numerose descrizioni del corpo politico veneziano che si succedono negli anni che vanno dal tracollo della guerra di Candia (1645-1669) alla fine del Settecento, non sembrano avere il progetto polemico di decostruire la *legacy* umanistica del mito repubblicano. Ai loro autori non interessa dunque prospettare l'impianto di un antimito da contrapporre ad un mito. Una lettura d'insieme anche cursoria dell'insieme di opere e pamphlet che mirano a fornire una descrizione realistica della costituzione veneziana sollecita piuttosto l'impressione dell'avvenuta sostituzione di un paradigma della rappresentanza politica, ormai disfunzionale, con un altro più efficace. In tale scivolamento da una forma ad un'altra prende rilievo la figura del broglio come elemento costitutivo dell'agire politico.

Un'aria di famiglia caratterizza certo le opere inserite in tale tassonomia; ed è possibile ravvisare numerosi imprevisti e tracce che si rincorrono dall'una all'altra. L'analisi ravvicinata degli elementi principali di tali scritture potrebbe rivelare alcuni aspetti che fino ad ora non sono stati considerati da chi si è occupato di esse: la presenza criptica o nicodemitica di frammenti del pensiero di Paolo Sarpi dedicati ai fondamenti del potere ⁽³¹⁾; l'adattamento in ambito veneziano della riflessione italiana ed europea intorno ai congegni operativi della Ragion di Stato, dalla manipolazione delle coscienze alla formazione del consenso ⁽³²⁾; la recezione nel circuito della riflessione sulla natura delle istituzioni dei trattati dedicati all'arte dei cenni e alla fisiognomica ⁽³³⁾. L'aspetto che interessa maggiormente sottolineare in questa sede è lo spazio amplissimo dedicato al tema delle amicizie, della tenuta delle relazioni di ceto. Il lemma broglio assume un nuovo rilievo semantico: esso non indica più lo

⁽³⁰⁾ P. DEL NEGRO, *Forme e istituzioni del discorso politico veneziano*, in *Storia della cultura veneta*, 4/II, *Il Seicento*, a cura di G. Arnaldi, M. Pastore Stocchi, Vicenza, Neri Pozza, 1984, pp. 407-436.

⁽³¹⁾ A. BARZAZI, *Immagini, memoria, mito: l'ordine dei serviti e Sarpi nel Seicento*, in *Ripensando Paolo Sarpi*, a cura di C. Pin, Venezia, Ateneo Veneto, 2006, pp. 489-517.

⁽³²⁾ G. BORRELLI, *Ragion di Stato e Leviatano: Conservazione e scambio alle origini della modernità politica*, Bologna, il Mulino, 1993.

⁽³³⁾ Qualche accenno in proposito in J.J. MARTIN, *Francesco Casoni and the Rhetorical Forensic of Body*, in «Journal of Medieval and Early Modern Studies», XLV (2015), 1, pp. 103-130.

spazio soltanto materiale, l'area della piazzetta denominata dei Leoni, posta a fianco della chiesa di San Marco, in cui i nobili si incontravano a pochi metri quindi dall'ingresso in Palazzo ducale, né serve a stigmatizzare la contrattazione illecita attorno alla gestione di un pacchetto di voti, né connota la realizzazione di vere e proprie frodi. Accanto a tali significati più risalenti nel tempo si è aggiunta ora una valenza più ambigua e vasta.

Prendiamo in considerazione quello che è forse il più suggestivo dei trattati uscivi nella seconda metà del Seicento: *La Copella Politica* (1675) ⁽³⁴⁾. La scrittura anonima, ma forse attribuibile a Giovanni Sagredo, che eletto doge nel 1676 fu costretto a rinunciare per indegnità alla prestigiosissima carica, è dedicata al ritratto « dei cento più eminenti soggetti » del Senato veneziano ⁽³⁵⁾. Un breve *excursus* fra gli efficaci schizzi dell'autore, potremmo definirli dei capricci intessuti di ironie e di impuntature alla Gregorio Leti, rende meglio di ogni descrizione le ragioni dell'efficacia del nuovo intreccio narrativo. Girolamo Barbarigo è il « primogenito di una famiglia di quattro senatori ». La presenza nel prestigiosissimo consesso veneziano di un numero tanto consistente di fratelli è decisamente inusuale: « non è cosa cotanto ordinaria in questa patria che una sol Casa habbia quattro componenti in Senato, perché con questa proportione a tanto per una (Casa) i senatori si moltiplicherebbero a dismisura ». Ma, qui la sottolineatura è evidentemente ironica, è noto che l'aristocratica repubblica intende premiare il merito e la virtù. In realtà tali fortune non erano ascrivibili a « forti parentelle, copiose fortune, peregrini sapere »: i Barbarigo in questione ne erano del tutto sprovvediti. La « calamita del pubblico favore » risiede in tutt'altro genere di capacità:

Alla fine per dir tutto dirò che la protezione degli amici, coltivati dall'uno e dall'altro di questi fratelli secondo il loro genio, habbino il braccio de' morigerati e de' dissoluti, de' gravi e de' leggeri, de' critici e de' criticati. Può esser che abbino a loro fine interpretato il senso dell'apostolo: con greci, greco; con giudei, giudeo; con liberi,

⁽³⁴⁾ *La copella politica. Esame istorico-politico di cento soggetti della Repubblica di Venezia* (1675), a cura di V. Mandelli, Roma, Viella, 2012.

⁽³⁵⁾ Ivi, p. 95.

libero; con servi, servo per accumulare in un solo guadagno tutta la serie di queste condizioni diverse.

Un'abilità metamorfica di adattamento alla contingenza, all'emergenza: qui, nelle pagine della Copella risiede uno delle chiavi del successo. I Barbarigo, costituendosi attori in grado di indossare le più diverse maschere, sono stati in grado di gestire con successo le loro carriere e dei loro consociati.

4. *Dai confini.*

I frammenti dell'inchiesta del 1791 hanno messo in evidenza il rapporto fra gestione degli uffici 'di fuori', nello stato *da terra* e nello stato *da mar*, e la definizione di equilibri all'interno del patriziato di minori fortune. Alcuni appunti manoscritti firmati da Giacomo Nani, prodotti sul finire degli anni Settanta del secolo, confermano e consentono di precisare la questione del sistema elettorale nei suoi rapporti con le forme di rappresentanza, veneziane e locali, nelle province di Levante. Giacomo Nani ha conosciuto da vicino le tensioni dislocate in una zona di confine terrestre e marittima che comprende l'Albania, il Peloponneso, Corfù, Zante, Cefalonia, compiendo il tragitto dalle cariche minori dell'armata marittima — capitano di galera e capitano di galeazza — fino a raggiungere la dignità prestigiosa di provveditore generale da mar ⁽³⁶⁾. In uno dei manoscritti cui si è fatto cenno, i *Divisamenti e confronti con le province d'Oltremare*, Nani propone un originale esame della costituzione coloniale veneziana, usando la finzione retorica della redazione di un piano di governo determinato dall'occupazione e dalla colonizzazione della Morea, del Peloponneso ⁽³⁷⁾. Una finzione, appunto: dopo la pace di Passarowitz Venezia ha perso definitiva-

⁽³⁶⁾ A. VIGGIANO, *Lo specchio della Repubblica. Venezia e il governo delle Isole Ionie nel Settecento*, Verona, CIERRE, 1998.

⁽³⁷⁾ G. NANI, *Divisamenti e confronti con le province d'Oltremare*. Sulla vicenda di questo manoscritto e sull'attribuzione a Giacomo Nani, cfr. E. MUIR, *The Leopold von Ranke Manuscript Collection of Syracuse University*, Syracuse (NY), Syracuse University Press, 1983, pp. 10-12. Il ms. 13 vi figura con l'intestazione « ex libris dr. Leopoldi von Ranke. Dr. Joannes Reid et Carolina S. Reid donaverunt ». Ringrazio il personale della biblioteca di Syracuse University di avermi fornito copia del manoscritto.

mente ogni illusione sulla penisola greca. Ma è interessante il fatto che, partendo da una prospettiva tanto periferica, prendano forma ipotesi, critiche, analisi di notevole interesse.

Nani si sforzava di collegare la perdita di « elasticità » del ceto dirigente della Serenissima, la « disolatiòn » di governo ⁽³⁸⁾, ad un processo che era insieme di natura sociale e costituzionale. La causa dell'« infermità » dell'intero apparato amministrativo è rinvenuta nell'assenza a Venezia « di persone di autorità che regolino e che diano il tuono al modo di pensare del commune ». Le leggi 'anti-broglio' emanate alla fine del Seicento erano dirette ad emancipare il « Corpo Nobile dalla dipendenza dei Capi broglio, ossia dei più vecchi » a causa degli abusi che da quella pratica derivavano. Tale lodevole asserto, oltre a raggiungere l'obiettivo che si era proposto di emendare « il paese da quei mali », aveva però prodotto « il cattivo effetto d'esentare li giovani dalla dipendenza dei loro maggiori ».

Se la corruzione dei provveditori veneziani nelle isole del Levante non era altro che il segno della più organica sepsi che minava il sistema amministrativo veneziano ai suoi diversi livelli, a causa dei troppi legami di interesse che si erano creati tra Venezia e province del Dominio, era auspicabile che la dissoluzione di quella rete di intermediazioni apportasse giovamento al governo del nuovo Regno.

I rappresentanti di « prima istanza » sarebbero stati estratti tra quei condottieri e feudatari che si fossero « portati effettivamente ad occupare il Regno » ⁽³⁹⁾. Il diritto di nomina dei nuovi rappresentanti dell'autorità veniva comunque al corpo patrizio veneziano e delegato alle rappresentanze locali: i « voti liberi dei consigli delle popolazioni » avrebbero prescelto dal corpo dei « nobili e condottieri » i nuovi governanti. I nobili veneziani nella lontana Morea sarebbero risultati finalmente « separati dal ceto delle loro famiglie ». Gli appartenenti al patriziato di minori fortune avrebbero così avuto facoltà di rescindere il perverso legame tra povertà e illeciti guadagni a spese dell'amministrazione: si sarebbe infatti presentata loro l'opportunità di accumulare beni « che non avevano prima del loro passaggio in Morea ». Infine, solo la « fama del giusto loro

⁽³⁸⁾ NANI, *Divisamenti*, par. 54, c. 72v.

⁽³⁹⁾ Ivi, c. 77r.

governo » avrebbe consentito la loro elezione a « rappresentanze e governi » della Morea.

Il circolo virtuoso così avviato avrebbe permesso di risolvere la conflittualità tra cariche 'superiori' e cariche 'inferiori', sanare il contrasto tra nobili « mediani » e « barnabotti ». Nani suggerisce l'istituzione di una struttura di comando in Morea formata da un « generale straordinario » e da quattro provveditori generali per le quattro province in cui era diviso il Regno. A questi non veniva attribuito alcun potere di intrusione sulla nomina dei loro sottoposti, spettante al « dritto dei popoli »; ma proprio la scomparsa dei presupposti di quel sistema di *patronage*, che in molte occasioni aveva caratterizzato il rapporto nelle isole del Levante tra provveditore generale e provveditori particolari, e la « separazione » di questi ultimi da Venezia consentiva ai patrizi nominati alle cariche più prestigiose di avere le mani maggiormente libere nel caso volessero procedere disciplinarmente nei confronti dei loro dipendenti.

La corresponsabilizzazione dei nuovi colonizzatori nella scelta dei loro collaboratori (importante, a tale proposito, la delega loro attribuita dell'elezione dei « ministri »⁽⁴⁰⁾) e la ricaduta locale delle colpe per una eventuale cattiva azione di governo (« goderano li paesi di una buona e tranquilla amministrazione di giustizia, poiché sarà sempre a colpa e peso dello istesso Paese se coi liberi voti delli propri nobili, averà scielto un cattivo rappresentante o ministro per l'amministrazione della propria giustizia ») di fatto affievolivano, rendendola quasi pleonastica, la figura del provveditore generale.

(40) Ivi, c. 78r. Ai nobili e feudatari « per il rispettivo loro luogo » veniva attribuito il diritto di eleggere « tra le persone Latine del secondo ordine li Ministri e Cancellieri colle medesime strettezze, con le quali sono state tra le persone del primo ordine eletti li primi ». Continuava a sussistere, in tale soluzione, una sorta di pregiudizio antigreco. Il problema del conflitto di interessi tra politica e amministrazione, e della connivenza tra burocrati e comunità, non veniva risolto con una proposta radicale, quanto piuttosto con una indicazione in linea con l'intenzione dell'autore di rafforzamento dei poteri decisionali delle rappresentanze locali. Per evitare che si creasse un ceto autonomo di ministri in grado di condizionare negativamente la vita politica e giudiziaria, Nani riteneva fosse necessario imporre una forte contumacia, che valeva tanto per i « principali » (rettori) che per gli stessi ministri: « li rappresentanti eletti dovranno durare un solo anno nel loro impiego, affinché il loro giro sia più frequente. Non dovrebbero essere ammessi alla ballottazione che dello stesso impiego che 5 anni dopo ».

Nani sembra intenzionato, in altri frammenti manoscritti, a seguire la moda seicentesca dello schizzo biografico. In uno di essi racconta quali siano state le ragioni e le occasioni che hanno consentito ad Alvise Zen di pervenire al grado di provveditore a Zante ⁽⁴¹⁾. La microstoria di Zen, assai più che racconto morale o cammeo di un destino straordinario nella costituzione politica veneziana, presenta nella sua spregiudicatezza un esempio di come ricerca di *patronage* e tecniche di persuasione e di conquista del consenso siano nitidamente coniugate ⁽⁴²⁾. « Un raggio del vero, un principio di vanità e di necessità » ⁽⁴³⁾: è quest'investitura di natura quasi provvidenziale a spingere il giovane patrizio alla corte di Piero Barbarigo da s. Maria Zobenigo, uno dei *signori* più influenti della vita veneziana, destinato di lì a qualche anno a fallire di poco l'elezione al dogado. Servendogli da « maestro, precettore di compagno, di servo, d'aiuto » nella miriade di occorrenze economiche, giudiziarie e familiari — fino a riuscire a facilitare il matrimonio di un fratello —, ma anche conviviali — come la frequentazione alla « commedia », ai « balli » al « teatro » — Alvise Zen riesce ad allargare la rete delle sue conoscenze. La « vivacità di spirito » cementa le « amicizie »: la condizione di dipendenza si esplicita nelle due direzioni in un articolato minuetto di favori e reciproci vantaggi. Gli uffici di Piero Barbarigo, « una specie quasi di pieggio al corpo tutto de' Signori », consente allo Zen l'accessione al mondo degli « onori » e delle confidenze:

⁽⁴¹⁾ Biblioteca civica, Padova, ms. 214. In realtà il trattato è diviso in due sezioni intitolate la prima *Reggimento di Alvise Zen Provveditor a Zante*, cui segue *Carattere fisico e morale di S.r Alvise Zen; Prima causa del suo avanzamento e di altri buoni ballottatori*.

⁽⁴²⁾ DEL NEGRO, *La « poesia barona »*, cit., pp. 411-421, offre numerosi particolari a proposito del ruolo di Alvise Zen tra i Correttori alle leggi del 1761-2, vicinissimo ad Angelo Querini ed intransigente difensore delle sue ragioni. Le pagine di Nani su ci stiamo soffermando indicano la possibilità che alcuni componenti della *ruling class* potessero cogliere i motivi della lotta politica veneziana del periodo secondo categorie ermeneutiche e modalità di aggregazioni differenti di quelle tradizionali del tipo *querinisti/tribunalisti*. Accanto alle categorie forti che prefigurano una pur scheletrica organizzazione partitica, munita di un'ideologia e parole d'ordine comuni, corre la più fluida e meno appariscente logica del *patronage* e delle fedeltà. Il trattato di Nani ci indica la possibilità di cogliere la frattura del legame tra nobiltà mediana a nobiltà « barnabotta » e la gestione del potere da parte dell'oligarchia secondo il filo della costruzione e della legittimazione di reti clientelari.

⁽⁴³⁾ NANI, *Reggimento di Alvise Zen*, c. 96r.

Il modo con cui conquistava gli animi di tutti era il seguente. Egli non era di nessuna Religione e di nessun Paese. Pieno di principi in testa egli poteva parlar in tutte le lingue e trovar argomenti grati. Pieno di eloquenza egli sapeva tutto cambiare e barattare. Trovava il debole e il forte. Parlando con chi che si sia egli accennava che poteva provare differentemente da quello con cui parlava, riconoscerne il debole e metterlo in discredito. Dopo questo adoperava altro discorso in cui lodava un qualunque che gli fosse simile di carattere, scusava in qualunque error suo giustificava ogni apparenza con che conciliava a sé l'onore di quelli da cui fatto si avea rispettare in prima ⁽⁴⁴⁾.

L'artificio e la rottura con la tradizione che così si configurano consentono di realizzare diverse discontinuità con la tradizione lagunare. La dissimulazione (« egli non diceva mai il vero, ma il verisimile ») tradotta in tanti « discorsi » consente a Zen di conquistare spazi di protezione sia tra membri delle case « nuove » che di quelle « vecchie », di quelle « povere » e di quelle « ricche ». Ma non solo. La capacità camaleontica del suo linguaggio consente a Zen di muoversi con agilità attraverso le tante chiusure settoriali determinate delle eredità familiari e dai legami di sangue riattivandoli e indirizzandoli a tutto suo vantaggio: « egli nell'amicizia sua coltivò quelle più attive in ogni ordine di persone per avere amici non tanto tutti quei singolari, ma ancora gli amici degli amici » ⁽⁴⁵⁾.

Il processo di emancipazione e promozione sociale perseguito da Zen risulta originale anche nella capacità di distacco rispetto al sistema familiare, presentandosi come individuo isolato dalla nebulosa dei legami di sangue e dalle politiche delle alleanze matrimoniali del ceppo agnatizio. Gli artifici retorici ed una forte propensione all'individualismo forgiarono nella pagina di Nani un nuovo modello di politico. Quelli che nel trattato sono definiti come i *discorsi* vengono alleggeriti dal peso della tradizione, dal confronto con le memorie e con la storicità. L'ingresso di Zen nella nobiltà delle Quarantie premia unicamente il suo « spirito », in quanto doveva ritenersi « superiore alla condizione della sua famiglia » ⁽⁴⁶⁾. Anche l'attrazione di una elementare fisiognomica collabora all'imprevedi-

⁽⁴⁴⁾ Ivi, c. 97v.

⁽⁴⁵⁾ Ivi, c. 98r.

⁽⁴⁶⁾ Ivi, c. 98v.

bile successo: le cariche collegate alle Quarantie consentono infatti a Zen « di dimostrarsi maggiormente e crescendo la buona, rispettosa e niente urtante maniera che in lui era facile a vestirsi per essere esile di natura, e d'una ciera pallida piuttosto et oscura » era rimasto eletto alla prestigiosa carica di Avogadore di comun:

Fece che l'Avogaria gli servisse di Broglio per l'Universale del Paese. Faceva servizio a tutti li NN.HH. indistintamente. In vista che volea sempre qualche cosa di più era eccellente nel dar rimproveri; nel veder il giusto, il retto, il rigoroso dava sempre ragione ai NN.HH, e quel ch'è più particolare si coltivò ancora l'amore del Popolo, in modo che alcun non v'era che non fosse interessato per lui. Nel dar giustiza ai NN.HH. non si faceva pregare [...], ma egli prevenivali e onoravali in modo che credessero di non parlare col giudice in quella tale materia ⁽⁴⁷⁾.

Per uomini della sorte di Alvise Zen ottenere una carica di governo al di fuori della capitale può essere interpretato come il trofeo più prestigioso, il segno del controllo sicuro delle opportunità che il sistema elettorale offre. « Volendo avanzare di deve essere padroni della Piazza », afferma Nani a proposito della riuscita di Zen alla carica di provveditore a Zante ⁽⁴⁸⁾. La capacità di « blandire » e « infiammare », di « infamare » e di « mentire » rimarcate dal nostro autore al proposito, assai più che riprovazioni deontologiche, vanno colte come moduli retorici con cui *homines novi* rivestono la loro personale abilità di sfruttare il raggio non illimitato di opportunità politiche che il sistema può consentire. « In concorrenza di fortissima persona » per la nomina a rettore nella giurisdizione ionia, Alvise Zen mette in opera i « mezzi » che ben conosceva e che aveva adoperato in precedenti occasioni: « gli amici suoi, che erano tutti facilmente infiammabili, infiammò, servì, pregò, adulò ».

⁽⁴⁷⁾ *Ibidem.*

⁽⁴⁸⁾ Ivi, c. 100r.

GIOVANNI FLORIO

RIFORMARE IL MONDO O CONSERVARE LO STATO?
ELEZIONI E RAPPRESENTANZA POLITICA
NEL VENETO DI SCIPIONE MAFFEI

1. Miti e antimiti. — 2. Il *Suggerimento* di Scipione Maffei. — 3. Oltre il *Suggerimento*: rappresentanza senza incorporamento.

1. *Miti e antimiti.*

Nel corso dell'età moderna, in un'epoca segnata da cambi di regime e profonde discontinuità istituzionali, nella quale la carta politica globale viene disegnata e ridisegnata sotto il peso specifico delle grandi monarchie europee, la Repubblica veneziana permane in uno stato di apparente serenità. La stabilità del suo regime stupisce gli osservatori stranieri, fonda l'autocoscienza repubblicana e ne alimenta il *mito*. Nemmeno i traumi più violenti sembrano poterlo scuotere. In un Cinquecento aperto dalla disfatta di Agnadello e idealmente chiuso dalla perdita di Cipro ⁽¹⁾, autori come Gasparo Contarini e Donato Giannotti, Paolo Paruta e Francesco Sansovino spiegano l'imperturbabilità dello Stato veneziano alla luce della teoria, già polibiana, del governo misto: miscelando le forme pure della politica aristotelica (democrazia, aristocrazia e monarchia) in un perfetto equilibrio costituzionale, Venezia si pone al di fuori del processo anaciclico che interessa ciascuna di esse ⁽²⁾.

⁽¹⁾ Su questa congiuntura cfr. 1509-2009. *L'ombra di Agnadello. Venezia e la Terraferma*, a cura di G. Del Torre e A. Viggiano, Venezia, Ateneo Veneto, 2011 e *Celebrazione e autocritica. La Serenissima e la ricerca dell'identità veneziana nel tardo Cinquecento*, a cura di B. Paul, Roma, Viella, 2014.

⁽²⁾ Con riferimento alla declinazione costituzionale del *mito* di Venezia cfr. F. GAETA, *Alcune considerazioni sul mito di Venezia*, in «Bibliothèque d'Humanisme et Renaissance», 23 (1961), 1, pp. 58-75. Più in generale, cfr. *Le Gouvernement mixte: de*

Procedure elettorali altamente ritualizzate sostanziano il sistema repubblicano, ne informano l'etica e ne garantiscono la tenuta: attraverso meccanismi rigidamente normati e dotati di alta efficacia performativa ⁽³⁾, l'elemento 'democratico' del sistema (patriziato riunito nel Maggior Consiglio) vaglia e seleziona la sua 'aristocrazia' di governo (senatori, consiglieri, procuratori *ecc.*) e financo il suo pseudo-monarca (doge). Determinato dal processo elettorale, il vorticoso avvicinarsi dei patrizi nelle diverse cariche di governo premia la virtù, fuga gli accentramenti di potere e si esprime, infine, nel buongoverno dello Stato ⁽⁴⁾.

Sollecitati dalla critica bodiniana e della centralità assunta dalla nozione di sovranità ⁽⁵⁾, nel corso del primo Seicento i materiali mitologici messi a sistema dai cantori del governo misto si complicano e si ibridano, incontrano la nascente riflessione sulla ragion di Stato e dimostrano, infine, una certa duttilità ⁽⁶⁾. Licenziata dal governo veneziano dopo un meticoloso processo di revisione e censura ⁽⁷⁾, la *Relatione della Repubblica venetiana* di Giovanni Botero (1605) spiega come la stabilità dell'ordinamento repubblicano (ora riconosciuto come perfettamente aristocratico) dipenda solo in parte dai meccanismi elettorali che ne regolano l'autopoiesi;

l'idéal politique au monstre constitutionnel en Europe (XIII^e-XVII^e siècle), a cura di M. Gaille-Nikodimov, Saint-Étienne, Publications de l'Université de Saint-Étienne, 2005.

⁽³⁾ M. O'CONNELL, *Representative Spaces of Republicanism: Constitutional Thinking, Virtue Politics, and Venice's Great Council Hall in Early Modern Europe*, in *Contending Representations II: Entangled Republican Spaces in Early Modern Venice*, a cura di G. Florio e A. Metlica, Turnhout, Brepols, 2024, pp. 66-77.

⁽⁴⁾ V. CONTI, *The Mechanisation of Virtue: Republican Rituals in Italian Political Thought in the Sixteenth and Seventeenth Centuries*, in *Republicanism: A Shared European Heritage*, a cura di M. van Gelderen, Q. Skinner, Cambridge, Cambridge University Press, 2002, vol. II, pp. 73-84. Ma vedi anche J. POCOCK, *The Machiavellian Moment. Florentine Political Thought and the Atlantic Republican Tradition*, Princeton, Princeton University Press, 1975, pp. 283-285.

⁽⁵⁾ *Il "Principe repubblicano". Paolo Sarpi e altri teorici della sovranità (sec. XVI-XVII)*, a cura di A. Ceccarelli, sezione monografica di «Dimensioni e problemi della ricerca storica», 2 (2023).

⁽⁶⁾ F. GAETA, *Venezia da "Stato misto" ad aristocrazia "esemplare"*, in *Storia della cultura veneta*, a cura di G. Arnaldi e M. Pastore Stocchi, vol. IV/2: *Il Seicento*, Vicenza, Neri Pozza, 1984, pp. 437-494.

⁽⁷⁾ B.A. RAVIOLA, *Giovanni Botero. Un profilo tra storia e storiografia*, Milano, Mondadori, 2020, pp. 77-100.

altresì determinanti sono le *forze* (economiche, demografiche, militari) degli Stati territoriali sui quali la Repubblica di Venezia ha esteso la sua autorità, la loro collocazione geopolitica (*sito*) e, ancor più, la tecnologia di governo (*mezzi*) dispiegata dal corpo patrizio al fine di mantenere *fermo* il suo *dominio* sopra i *popoli* sottomessi (8).

Tale tecnologia si muove in consonanza con quanto postulato dal benese nel quarto libro della *Ragion di Stato* (9): corpo di governo *serrato* sin dal tardo Duecento, anche il patriziato veneziano, come qualsivoglia altro Principe, predispone una « gerarchia differenziata di poteri » e ne concede l'accesso a quei « corpi aristocratici » e « strati del popolo che », esclusi dal governo della Repubblica e dai meccanismi elettivi che ne determinano la composizione, possono comunque « contribuire alla conservazione della situazione di comando esistente ». Attraverso questa gerarchia, ad « individui e corpi » sudditi è infatti consentito « attuare positivamente i propri interessi, in questa maniera contribuendo alla conservazione dei poteri in campo » (10). A partire dalla città di Venezia, l'attribuzione di specifiche e differenziate prerogative disegna delle precise tassonomie della sudditanza che si collocano, puntellandolo, al di sotto dell'ordinamento patrizio: al *popolo* veneziano sono riservate posizioni chiave nell'autorità portuale, nella gestione dell'Arsenale e nella sicurezza urbana, mentre i *cittadini* — specialmente se *originari* — ricoprono per privilegio ruoli apicali nella principali confraternite assistenziali (*scuole*), nei commerci e nella burocrazia di Stato. Le élite provinciali degli stati *da Terra* e *da Mar* sono invece depositarie di poteri, funzioni e « carichi di governo » che la più recente storiografia ha riconosciuto come delegati, esercitati su concessione di una Repubblica che, anche in ragione di questa autorità di delega, si afferma e si conferma Dominante. Nodi del sistema, le comunità urbane e semi-urbane del Dominio eleggono,

(8) G. BOTERO, *Relatione della Republica Venetiana*, in Venetia, appresso Giorgio Varisco, 1605.

(9) Si considera l'edizione critica G. BOTERO, *Della ragion di Stato*, a cura di P. Benedettini, R. Descendre, Torino, Einaudi, 2016.

(10) Mutuo dalla lettura del pensiero boteriano offerta da G. BORRELLI, *Attualità conservativa della « ragion di Stato »: il governo dei popoli tra crisi della decisione sovrana e razionalità governamentale*, in « Laboratoire italien », 1 (2001), pp. 127-40 (<http://journals.openedition.org/laboratoireitalien/403>; consultato il 20 febbraio 2024).

attraverso i loro consigli civici, magistrature responsabili della loro amministrazione e di quella del territorio che, nonostante l'inquadramento nei domini veneziani, continua ad essere il loro contado ⁽¹¹⁾.

Patrizi, sudditi *naturali* (cittadini e popolari) e sudditi *d'acquisto*: Botero adotta queste stanche categorie sociopolitiche in maniera del tutto originale. Facendo leva su di esse, egli interpreta il tessuto sociale veneziano alla luce di quella gerarchia differenziata di poteri che, nell'apertura di interessati margini di partecipazione politica a beneficio della sudditanza conosce un mezzo funzionale alla conservazione della Repubblica aristocratica e del suo dominio sugli Stati *da Terra e da Mar*. Come i « popolari » veneziani che hanno « molti carichi et maneggi » e i burocrati « cittadini » che « partecipano di tutti gli secreti et affari della Republica », anche le élite *d'acquisto*, in virtù delle autonomie e delle prerogative loro delegate, possono dirsi « come in parte del governo » ⁽¹²⁾.

Perfetto bilanciamento dell'ordinamento aristocratico e capacità di interessare i suoi sottoposti in una gestione dello Stato che si traduce, in sintesi, nella conservazione degli equilibri intercettuali e delle gerarchie di potere che ne costituiscono la struttura: apparentemente solidi, a cavallo tra Sei e Settecento i cardini della mitologia costituzionale veneziana iniziano a lanciare scricchiolii sempre più evidenti. Le guerre con il Turco, i contraccolpi della perdita di Creta (1669) e dell'effimera conquista del Peloponneso (1685-1715) complicano, ampliano e colorano di sfumature ideologiche le ataviche divaricazioni economiche, antropologiche e politiche che animano la società veneziana a partire dal suo patriziato ⁽¹³⁾. Il discorso politico e politologico interno al ceto di governo — la costante dialettica tra « spinta verso l'oligarchia e la reazione a tutela dell'aristocrazia » in

⁽¹¹⁾ BOTERO, *Relatione*, cc. 42v-44v.

⁽¹²⁾ Ivi, cc. 44v.

⁽¹³⁾ Cfr. G. COZZI, *Dalla riscoperta della pace all'inevitabile sogno di dominio*, in *Storia di Venezia*, vol. VIII: *La Venezia barocca*, a cura di G. Benzoni e G. Cozzi, Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana, 1997, pp. 3-104; G. CANDIANI, *Conflitti d'intenti e di ragioni politiche, di ambizioni e di interessi nel patriziato veneto durante la guerra di Candia*, in « Studi Veneziani », n.s., 36 (1998), pp. 145-275; *Venezia e la guerra di Morea. Guerra, politica e cultura alla fine del '600*, a cura di M. Infelise e A. Stouraiti, Milano, FrancoAngeli, 2005.

cui si risolve la « storia costituzionale veneziana » (14) — assume in quegli anni connotazioni ‘antimitiche’, se non apertamente eterodosse. Affidata alla produzione politico-letteraria, un’effervescente riflessione di tono autocritico palesa l’emergere di una crescente sfiducia nei confronti delle procedure elettorali su cui si fonda la riproduzione dell’assetto aristocratico. Gli autori dell’antimito le osservano con disincanto: agli occhi dello stesso patriziato esse appaiono ormai svuotate di significato, non più ispirate dall’etica repubblicana né in grado di alimentarla, incapaci, in ultima analisi, di garantire un’efficace selezione della *sanior pars* a cui affidare le redini dello Stato. Erosive, in nome di una maggiore governabilità, nei confronti delle prerogative delle grandi assemblee di governo (Maggior Consiglio, Senato, Quarantie), le magistrature apicali (Consiglio dei dieci, Collegio) sono divenute appannaggio di circoli sempre più chiusi, definiti non più dalla virtù, ma dalla disponibilità economica e dalla capacità di mobilitazione elettorale di una base patrizia sempre più frammentata. La riflessione tassonomica che sino ad allora aveva interessato la sudditanza finisce con l’investire il corpo sovrano, ora sottoposto, dall’interno, ad impietose anatomie. Prodotte da soggetti interni al sistema elettorale patrizio, le scritture dell’antimito descrivono un corpo sovrano tutt’altro che monolitico: le tradizionali partizioni (*longhi e curtì, case vecchie e nuove, vecchi e giovani, grandi, mezzani, e piccoli*) appaiono ulteriormente variegata al loro interno. Più sottili si fanno queste categorie, più raffinata è la lettura delle gerarchie del potere repubblicano e del loro traslato elettorale: a ciascuna categoria patrizia — che è categoria socio-antropologica prima ancora che politica — corrisponde una diversa disponibilità politica e, quel che più conta, una diversa collocazione nell’economia del *broglìo* (15).

Queste considerazioni antimitiche e le loro vivaci confutazioni animano istanze di riscoperta dell’eguaglianza aristocratica e di affinamento di procedure elettorali in grado di (ri)bilanciare l’or-

(14) G. Cozzi, *Repubblica di Venezia e Stati italiani. Politica e giustizia dal secolo XVI al secolo XVIII*, Torino, Einaudi, 1982, p. 175.

(15) Sull’antimito veneziano, oltre al saggio di Alfredo Viggiano in questo volume, cfr. l’imprescindibile P. DEL NEGRO, *Forme e istituzioni del discorso politico veneziano*, in *Storia della cultura veneta*, cit., vol. 4/II: *Il Seicento*, pp. 407-436.

dinamento repubblicano, di distillarne le virtù e sterilizzarne le tensioni ⁽¹⁶⁾. A questo coro di voci veneziane che invocano una riforma della Repubblica aristocratica per linee interne (agendo, dunque, sul corpo patrizio e sulle sue manifestazioni istituzionali) fa eco, negli anni '30 del Settecento, l'acuto di un solista, il nobile e letterato veronese Scipione Maffei ⁽¹⁷⁾, fautore di una rivitalizzazione della Serenissima condotta dal suo esterno.

2. *Il Suggerimento di Scipione Maffei.*

Maffei compone il suo *Suggerimento per la perpetua preservazione ed esaltazione della Repubblica Veneta* intorno al 1736, di ritorno da un tour europeo durato quattro anni ⁽¹⁸⁾. Redatto in forma anonima, il *Suggerimento* mette a sistema le osservazioni politico-costituzionali condotte durante il viaggio con intuizioni già espresse nella maffeiana *Verona illustrata* (1732) ⁽¹⁹⁾, opera storico-antiquaria dal tono militante, dedicata all'analisi del governo romano sui territori sudditi ma contenente « evidenti riferimenti all'attualità politica della Repubblica di Venezia » ⁽²⁰⁾.

Al cuore del *Suggerimento* si pone un'idea forte: la perpetuazione della Serenissima passa da un ripensamento del rapporto che lega la repubblica città-Stato di Venezia e i territori da essa dominati. Rivolto all'intero patriziato veneziano e forse pensato per essere ufficializzato al governo della Serenissima, il *Suggerimento* conoscerà, in ragione della drasticità della sua proposta, una circolazione manoscritta limitata al ristretto entourage dell'autore e dei suoi protettori patrizi. Bisognerà attendere l'occupazione napoleonica

⁽¹⁶⁾ P. DEL NEGRO, *Proposte illuminate e conservazione nel dibattito sulla teoria e la prassi dello Stato*, in *Storia della cultura veneta*, cit., vol. 5/II: *Il Settecento*, pp. 123-145, p. 137.

⁽¹⁷⁾ Per un profilo bio-bibliografico cfr. G.P. ROMAGNANI, *Maffei, Scipione*, in *Dizionario Biografico degli Italiani*, Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana (d'ora in poi DBI), 67, 2006, *ad vocem*.

⁽¹⁸⁾ P. ULVIONI, « *Riformar il mondo* ». *Il pensiero civile di Scipione Maffei. Con una nuova edizione del Consiglio politico*, Alessandria, Edizioni dell'Orso, 2008, p. 279.

⁽¹⁹⁾ S. MAFFEI, *Verona illustrata*, 4 voll., In Verona, Per Jacopo Vallarsi e Pierantonio Berno, 1731-1732.

⁽²⁰⁾ ROMAGNANI, *Maffei, Scipione*, cit.

del 1797 per vedere il *Suggerimento* dapprima mandato a stampa e infine dibattuto, seppur senza esito, in Maggior Consiglio. La riscoperta del *Suggerimento* durante la stagione giacobina ne influenzerà la successiva ricezione, accentuando in senso radicale le sue rivendicazioni di un maggiore spazio politico ed elettorale per le comunità della Terraferma veneta ⁽²¹⁾. Sin dalla sua pubblicazione il *Suggerimento* è stato presentato e letto, in via preferenziale, come un frutto precoce e inascoltato di quell'illuminismo riformatore che scarsa accoglienza ebbe da parte delle istituzioni della Serenissima ⁽²²⁾.

Tuttavia, analisi filologiche più ravvicinate consentono di apprezzare la complessità di una proposta che rimane problematicamente ancorata a retoriche e orizzonti politologici risalenti ⁽²³⁾. Apparentemente piana e schietta, quasi oggettiva nell'inanellare la sua teoria di *exempla* classici e contemporanei, la prosa del *Suggerimento* non è esente da reticenze e prudenti dissimulazioni. Su quale sia il vero obiettivo della riforma propugnata da Maffei, gli storici ancora si arrovellano: il rafforzamento militare della Repubblica o la riforma del suo corpo politico? Il definitivo superamento del sistema Dominante/dominati o il suo consolidamento sotto altri presupposti politico-costituzionali ⁽²⁴⁾? La rivitalizzazione in senso civico-repubblicano di un'etica nobiliare ormai languente ⁽²⁵⁾ o l'abolizione dei governatorati (reggimenti) veneziani in Terraferma ⁽²⁶⁾? Inserita in questa pluralità di istanze, la spinta riformatrice maffeiana, indubbiamente orientata verso una maggiore inte-

⁽²¹⁾ P. ULVIONI, *Scipione Maffei: La solitudine dell'intelligenza. Un nuovo contributo*, in « Rivista storica italiana », 121 (2009), 1, pp. 121-149. Sulla vicenda editoriale del *Suggerimento*, cfr. ULVIONI, « *Riformar il mondo* », cit., pp. 277-324 e 349-352.

⁽²²⁾ Di « Illuminismo senza riforme » parla P. DEL NEGRO nella sua recensione a F. Venturi, *Settecento riformatore*, V, *L'Italia dei lumi*, 2, in « L'Indice », 6 (1990), p. 26.

⁽²³⁾ Già in questo senso D. CARPANETTO, G. RICUPERATI, *L'Italia del Settecento: crisi, trasformazioni, lumi*, Roma-Bari, Laterza, 1990, p. 158.

⁽²⁴⁾ E. PII, *Il pensiero politico di Scipione Maffei: Dalla Repubblica di Roma alla Repubblica di Venezia*, in *Scipione Maffei nell'Europa del Settecento*, a cura di G.P. Romagnani, Verona, Consorzio editori veneti, 1998, pp. 93-117.

⁽²⁵⁾ C. DONATI, *Scipione Maffei e la Scienza chiamata cavalleresca: saggio sull'ideologia nobiliare al principio del Settecento*, in « Rivista storica italiana », 90 (1978), pp. 30-71, p. 70.

⁽²⁶⁾ ULVIONI, « *Riformar il mondo* », cit., pp. 312-313.

grazione tra la repubblica città-Stato di Venezia e la *respublica* costituita dai suoi domini, stride e si stempera nell'incontro con un apparato concettuale dai tratti ancora barocchi.

Conservazione e fermezza del dominio sopra popoli; forze e interessi; sovranità come effettiva *indipendenza* e indipendenza come *potenza* sul piano internazionale. L'armamentario concettuale adottato da Maffei è di palese derivazione boteriana, come boteriano è l'assunto dal quale il *Suggerimento*, punto d'arrivo della riflessione politica maffeiana, prende le mosse: « per mantenersi liberi e dominanti è necessario crescer di forze »⁽²⁷⁾. Maffei concorda con Botero nell'ammettere come tale *accrescimento* debba essere orientato, in via preferenziale, alla conservazione più che all'ampliamento⁽²⁸⁾. Del resto, se inteso in termini territoriali ed economici, esso è ormai precluso a Venezia, la quale, dopo la pace di Passarowitz (1718), si trova schiacciata da potenze egemoni in un'asfittica dimensione adriatica. La diagnosi di Scipione Maffei è impietosa: in un'Europa in vertiginosa crescita per forza economica e militare, il destino della ridimensionata Serenissima, incapace di finanziare un adeguato apparato bellico, pare ormai dipendente « dall'arbitrio altrui »⁽²⁹⁾.

Il discorso mitico sull'incorruttibilità della *libertas veneta*⁽³⁰⁾ lascia spazio, nel *Suggerimento*, ad una lucida analisi dei rapporti di forza regolanti la geopolitica europea. La ricetta individuata da Maffei per il ristabilimento di un'effettiva indipendenza veneziana non si rifà ai materiali mitologici messi a sistema nel lungo Cinquecento ma ricalca, ancora una volta, il dettato della *Ragion di Stato*: nell'impossibilità di « accrescer » le proprie forze « estensivamente » — per mezzo, dunque, di acquisti territoriali — il Principe deve studiare il modo di « accrescerle intensivamente », aumentandone il « valore », l'efficienza e, quel che più conta, il grado di adesione al

(27) S. MAFFEI, *Suggerimento per la perpetua preservazione [ed esaltazione] della Republica Veneta atteso il presente stato d' [dell'] Italia e d' [dell'] Europa*, ed. critica a cura di P. Ulvioni in ULVIONI, « *Riformar il mondo* », cit., pp. 353-420, p. 353.

(28) R. DESCENDRE, *Lo stato del mondo. Giovanni Botero tra ragion di Stato e geopolitica*, Roma, Viella, 2022, pp. 115-121.

(29) MAFFEI, *Suggerimento*, cit., p. 363.

(30) Su questo tema mi limito a rimandare all'aggiornato G. ORTALLI, *Venezia inventata. Verità e leggenda della Serenissima*, Bologna, il Mulino, 2021.

suo progetto politico ⁽³¹⁾. Attraverso la riflessione conservativa della *Ragion di Stato*, Maffei si ricollega alla polemica, già machiavelliana, contro le milizie mercenarie ⁽³²⁾. Il Principe che aspiri a una vera « indipendenza » — non basata, quindi, su una astratta nozione di sovranità ma su un'effettiva potenza sul piano internazionale — deve dotarsi di « forze proprie », provenienti dal dominio e *interessate* alla sua conservazione ⁽³³⁾. Da questo punto di vista la demografia dello Stato da Terra gioca, secondo Maffei, in favore della Serenissima: i domini italici contano un milione e mezzo di persone; senza costi di arruolamento, se ne potrebbero ricavare « 400 milla uomini atti all'armi ». Non solo quest'ultimi, ma financo le donne sarebbero pronti a « sacrificar tutto per difesa della Repubblica » qualora si riuscisse a interessarli nella sua difesa come se si trattasse di « cosa anche propria » ⁽³⁴⁾.

L'*interesse* è, per Maffei, forza motrice dell'azione umana in tutte le sue forme. Gli interessi privati e corporativi possono agire come dirompente forza centrifuga ma anche come formidabile fattore di coesione qualora il Principe sappia governarli, facendo della loro gestione un mezzo funzionale alla conservazione dello Stato ⁽³⁵⁾. Anche in questo Maffei si conferma debitore del dettato boteriano: il Principe che voglia render fermo il suo dominio deve riuscire ad agglutinare gli interessi particolari in interesse di Stato o, per meglio dire, ad orchestrare una perfetta identità tra la conservazione degli uni e dell'altro. Per Maffei come per Botero, l'opportunità di interessare i sottoposti nella conservazione del dominio diviene regola imperativa nel momento in cui ad essere preso in considerazione è il governo dei sudditi d'acquisto ⁽³⁶⁾: « pianta senza radice » e sottoposta all'arbitrio altrui è il « precipitato » del « pren-

⁽³¹⁾ BOTERO, *Della ragion di Stato*, cit., p. 213.

⁽³²⁾ J.L. FOURNEL, *Stratégie des citoyens: la question des "armes propres" chez Machiavel et Guicciardini*, in *Les Guerres d'Italie: histoire, pratiques, représentations*, a cura di D. Boillet e M.F. Piéjus, Paris Presses Sorbonne Nouvelle, 2002, pp. 74-87.

⁽³³⁾ BOTERO, *Della ragion di Stato*, cit., pp. 213-219.

⁽³⁴⁾ MAFFEI, *Suggerimento*, cit., p. 373.

⁽³⁵⁾ Ivi, p. 377.

⁽³⁶⁾ DESCENDRE, *Lo stato del mondo*, cit., p. 100.

cipe » incapace di « procurare che i sudditi d'acquisto abbiano interesse nel suo dominio e governo » (37).

Tale è, per Maffei, lo Stato veneto: una « disposizione d'animo » in grado di commuovere « tutta la Terraferma » a mobilitarsi per la « conservazione del dominio » veneziano non solo non esiste ma non è nemmeno pensabile dato « il presente sistema » regolante le relazioni tra Venezia e i suoi domini (38). Fondata sull'apertura di limitati margini di partecipazione al governo dello Stato a beneficio di circostanziate categorie di sudditi, la tecnologia di governo territoriale decantata da Botero — o dal suo censore? — nella *Relatione della Repubblica Venetiana* non sembra più rispondere alle esigenze di una ragion di Stato fondata sulla creazione di un perfetto senso di identità tra gli interessi dei dominanti e quelli dei dominati. Addotta da molti a motivo di piacevolezza e efficienza del dominio veneziano sopra popoli (39), la delegazione 'a geometria variabile' che regola la surrogata partecipazione dei sudditi al governo dello Stato territoriale contiene, secondo Maffei, il germe della sua decadenza (40).

Facendo proprie critiche che, muovendo dalla *Relatione boteriana*, avevano trovato precoce accoglienza nella letteratura antimittica (41), Maffei evidenzia come, esercitata sui territori sudditi da una « Repubblica aristocratica », la « sovranità » porti con sé rigide « esclusioni »: l'espansione in Terraferma, l'estensione dell'autorità della *Respublica Veneciarum* su una più vasta *respublica* non aveva comportato l'assimilazione delle aristocrazie locali con quella della Serenissima, né un loro coinvolgimento nel governo dello Stato veneto nel suo complesso. Vale anzi il contrario. Fondato su un confinamento municipale dell'azione politica delle élite suddite, il processo espansivo aveva finito con l'esaltare l'impermeabilità politica e sociale del patriziato veneziano: saldamente installato sulle magistrature repubblicane, esclusivo detentore della signoria di Venezia e del dominio sul suo Stato territoriale, ancora nel '700 esso

(37) BOTERO, *Della ragion di Stato*, cit., p. 123.

(38) MAFFEI, *Suggerimento*, cit., p. 375.

(39) BOTERO, *Relatione*, cit., c. 43v.

(40) MAFFEI, *Suggerimento*, cit., p. 375.

(41) ULVIONI, « *Riformar il mondo* », cit., pp. 249-250.

si erge su una pluralità di corpi sudditi come unico corpo sovrano. In un simile « sistema », scrive Maffei, « le città e i popoli [...] son tenuti in condizione di meri sudditi, sono esclusi da ogni comunicazione della Repubblica, da ogni apparenza di società e da qualunque partecipazione di libertà ». La Repubblica di Venezia rimane, rispetto a loro, un'autorità sovraordinata, loro Dominante e non certo *patria*: al suo destino essi guardano, dunque, con rassegnata indifferenza, se non « alienazione » (42).

Questa condizione — che una storiografia più recente ha letto nei termini di 'mancata inclusione' (43) — deve, secondo Maffei, essere superata attraverso un *incorporamento* della Terraferma nella Repubblica, nelle sue istituzioni sovrane e nei loro processi elettivi e decisionali (44). Sul fatto che questo incorporamento — nel senso di farsi medesimo corpo — debba realizzarsi in forma sostanziale o apparente, il *Suggerimento* conserva una certa ambiguità. È stato notato che per Maffei « la politica si nutre anche di immaginazione », mentre la « libertà », intesa in senso positivo, « è un miscuglio di realtà e finzione » (45). Ciò che conta è che il composito corpo politico della Terraferma si senta chiamato a partecipare del corpo sovrano della Dominante e del suo apparato elettivo-decisionale: solo così i sudditi sentiranno propria la Serenissima al punto da mobilitarsi spontaneamente per la conservazione del suo dominio (46).

Dettato da esigenze conservative, l'incorporamento perorato da Maffei non deve essere « così tenue e superficiale che sembri una beffa » ma non deve nemmeno apportare « variazion veruna [...] al presente sistema del governo » veneziano (47). A tal fine, si procederà con « l'imitare gli antichi » ma « usandovi la correzione de' moderni » (48). L'esempio antico è quello offerto da Roma, la repubblica dominante per eccellenza, la cui tecnologia di governo sulle province suddite era già stata presa in considerazione da Maffei nella *Verona illustrata*, opera che il *Suggerimento* dichiara di voler

(42) MAFFEI, *Suggerimento*, cit., pp. 375-376.

(43) Vedi *infra*.

(44) MAFFEI, *Suggerimento*, cit., p. 414.

(45) ULVIONI, « *Riformar il mondo* », cit., p. 304.

(46) MAFFEI, *Suggerimento*, cit., p. 414.

(47) Ivi, p. 377.

(48) Ivi, p. 413.

compendiare ⁽⁴⁹⁾. Già svelato nella boteriana *Ragion di Stato* ⁽⁵⁰⁾, « l'arcano del dominio » ⁽⁵¹⁾ brevettato dai romani per accrescere le loro forze e rendere inespugnabile il loro « imperio » consta nel chiamare i vinti « socii » e non « sudditi », partecipi del dominio romano e non passivo oggetto della sua applicazione ⁽⁵²⁾. Applicato in origine alle sole popolazioni italiche, tale incorporamento nella Repubblica avviene tramite la concessione della « romana cittadinanza »; grazie ad essa i sottomessi vengono chiamati a partecipare della « libertà romana » che si esprime, secondo Maffei, in forma positiva, attraverso l'attiva partecipazione ai comizi e, quindi, ai meccanismi che regolano il processo legislativo ed elettorale delle magistrature repubblicane. Per Maffei è libero chi ha piena cittadinanza e ha piena cittadinanza chi ha capacità di voto nell'assemblea che si pone alla base dell'ordinamento repubblicano con funzione comiziale ⁽⁵³⁾: nel caso veneziano, il Maggior Consiglio.

Il « gius di suffragio » consente ai popoli sottomessi di partecipare della Repubblica, della sua cittadinanza, della sua libertà e, infine, dell'eleggibilità alle sue magistrature (« gius degli onori » ⁽⁵⁴⁾): è questa *comunicazione* a far sì che i sottomessi siano interessati nella difesa di Roma e, in ultima analisi, nella conservazione del dominio che Roma esercita su di essi. Paradossalmente, l'effetto finale ingenerato dalla concessione della cittadinanza ro-

⁽⁴⁹⁾ Quanto meno nella sua prima stesura (ivi, p. 416) e nella sua tarda versione a stampa (S. MAFFEI, *Consiglio politico finora inedito presentato al governo veneto nell'anno 1736*, in Venezia, dalla Stamperia Palese, 1797, pp. 117-118).

⁽⁵⁰⁾ « Accrebbero dunque i Romani il suo con l'altrui, prima con l'aggregare a sé i nemici vinti [...]. Oltre di ciò comunicavano la cittadinanza romana et in particolare a persone innumerabili di valore e di qualità eccellenti, et in commune alle città » (BOTERO, *Della ragion di Stato*, cit., pp. 200-201).

⁽⁵¹⁾ MAFFEI, *Suggerimento*, cit., p. 393.

⁽⁵²⁾ Ivi, p. 388.

⁽⁵³⁾ Ivi, p. 380. Sulla dialettica tra libertà positiva, negativa e repubblicana, mi limito a rimandare ai fondamentali POCOCK, *The Machiavellian Moment*, cit.; P. PETTIT, *Republicanism: A Theory of Freedom and Government*, Oxford, Clarendon Press, 1997; Q. SKINNER, *Liberty before Liberalism*, Cambridge, Cambridge University Press, 1998. Ma vedi anche M. GEUNA, *La tradizione repubblicana e i suoi interpreti: famiglie teoriche e discontinuità concettuali*, in « Filosofia Politica », XIII (1998), 1, pp. 101-132 e E.I. MINEO, *La repubblica come categoria storica*, in « Storica », XV (2009), 43-44-45, pp. 125-167.

⁽⁵⁴⁾ MAFFEI, *Suggerimento*, cit., p. 386.

mana è la cooptazione delle forze dei sottomessi nella conservazione delle gerarchie di potere esistenti:

siccome gran vantaggio era d'ogni gente l'esser sottoposta a' Romani, perché con ciò non perdeano libertà ma più tosto l'assicuravano e si facean partecipi di così gran Republica, così l'ammetterle in società era incomparabil vantaggio de' Romani, i quali, con questo quella superiorità che non si potea perdere conservando, acquistavano le forze di tutte per lor difesa ⁽⁵⁵⁾.

La decadenza di Roma e il collasso del suo impero pongono tuttavia dei dubbi sull'efficacia dell'arcano politico individuato dai romani. Per Maffei «l'idea di Roma d'ampliar se stessa con la comunicazione di se stessa» ⁽⁵⁶⁾ è eccellente di per sé ma fallace nella sua messa a terra. Sulla scorta della *Verona illustrata*, il *Suggerimento* attribuisce la caduta di Roma all'indiscriminata applicazione del sistema di incorporazione dei sudditi:

conferita ad una città o ad una regione la cittadinanza, permettevano a tutti gli uomini di quella città e di quella regione il venir a Roma, l'intervenir ne' comizj e il dar voto ⁽⁵⁷⁾.

La parabola della Repubblica romana ammonisce circa i rischi di un'apertura del sistema politico-elettorale a una «illimitata e plebea quantità di votanti»: nel caso specifico, essa aggravò le disfunzioni proprie del regime repubblicano-popolare, a cominciare dalla sua 'naturale' inclinazione a corrompersi in «principato» ⁽⁵⁸⁾. Agli imperatori romani si deve, infine, il definitivo svilimento del concetto di cittadinanza: inflazionandone ulteriormente la concessione, essi finirono col deprimerne la connotazione politico-partecipativa ⁽⁵⁹⁾. Con Caracalla, denuncia Maffei, la cittadinanza romana si svincola definitivamente dall'esercizio della facoltà di voto: concessa *erga omnes*, essa cessa di essere un «privilegio»

⁽⁵⁵⁾ Ivi, p. 382.

⁽⁵⁶⁾ Ivi, p. 383.

⁽⁵⁷⁾ Ivi, p. 397.

⁽⁵⁸⁾ Ivi, p. 398.

⁽⁵⁹⁾ Ivi, p. 392.

attraverso il quale cooptare e selezionare, attraverso il voto, le forze migliori dei domini; l'imperatore la usa, al contrario, in forma tirannica, come strumento di asservimento dei domini e assoggettamento dei popoli ad un unico regime giurisdizionale e fiscale ⁽⁶⁰⁾.

Alla corruzione sperimentata dalla Repubblica romana si può tuttavia porre rimedio guardando all'esempio dei moderni. Nella terza e ultima parte del *Suggerimento*, Maffei disegna due Europee repubblicane: la prima, anacronistica e da riformare, ormai confinata alla penisola italiana, si fonda sul modello civico-rinascimentale della repubblica città-Stato, retta in forma aristocratica e dominante su territori e popoli sudditi. Se Venezia è l'archetipo di tale fattispecie, ad essa corrisponde anche Genova, evocata da Maffei in chiusura della prima versione del suo scritto ⁽⁶¹⁾. Il secondo modello repubblicano interessa, invece, l'Europa centrale e la Gran Bretagna: esso accomuna esperienze repubblicano-federali ma anche tutti quei sistemi monarchici nei quali a fianco del Principe si installano istituti assembleari rappresentativi — in senso cetuale e/o territoriale — verso i quali viene sempre più a gravitare il baricentro di una sovranità intesa, ancora una volta, nei termini di effettiva *pote-stas* ⁽⁶²⁾. Il pensiero politico di Maffei è ormai completamente scevro di qualsivoglia dilemma machiavelliano. L'osservazione degli effettivi rapporti di forza interni ai singoli Stati permette di risolvere l'antinomia repubblica/principato: dove la responsabilità di governo è affidata a un'assemblea costituita su base cetuale e/o territoriale, là vi è una repubblica.

⁽⁶⁰⁾ Ivi, pp. 392-393.

⁽⁶¹⁾ Ivi, pp. 415-416.

⁽⁶²⁾ Osservata attraverso il prisma della partecipazione politica, la geografia politica scorticata da Maffei appare più vicina a quella tracciata in H.G. KOENIGSBERGER, *Parlamenti e istituzioni rappresentative negli antichi Stati italiani*, in *Storia d'Italia, Annali, 1: Dal feudalesimo al capitalismo*, a cura di R. Romano, C. Vivanti, Torino, Einaudi, 1978, pp. 575-613, che a quella evocata nell'introduzione a *The Republican Alternative. The Netherlands and Switzerland Compared*, a cura di A. Holenstein, T. Maissen, M. Prak, Amsterdam, Amsterdam University Press, 2008. Più sensibili alla compenetrazione tra i modelli (non solo) repubblicani P.P. PORTINARO, *Il labirinto delle istituzioni nella storia europea*, Bologna, il Mulino, 2007 e M. HERRERO SÁNCHEZ, *Urban Republicanism and Political Representation in the Spanish Monarchy*, in *Political Representation in the Ancien Régime*, a cura di J. Albareda e M. Herrero Sánchez, London-New York, Routledge, 2019, pp. 319-332.

Tra queste ‘repubbliche’, due spiccano agli occhi di Maffei: la Gran Bretagna monarchico-parlamentare e l’ordinamento repubblicano-federale delle Province Unite. Si tratta di sistemi politici ed elettorali diversissimi tra loro ma accomunati, secondo Maffei, da un significativo aspetto, cruciale per la costruzione delle loro forze: essi sono governati da assemblee ristrette (Parlamento in Gran Bretagna; Stati provinciali e generali nelle Province Unite), la cui composizione è però demandata a una base elettorale vastissima e territorialmente diffusa, quantomeno per i parametri dell’epoca ⁽⁶³⁾. In questa sproporzione tra corpo elettorale e corpo di governo (nonché nella scissione dell’uno e dall’altro) consiste « il ripiego che non sovvenne a Romani » ⁽⁶⁴⁾. Le disfunzioni della democrazia diretta trovano correzione nell’istituzione di una sorta di aristocrazia rappresentativa costituita su base corporativa e cetuale e legittimata attraverso la votazione:

in Inghilterra [e Scozia] non tutti vanno in Parlamento, ma tutti concorrono ad elegger que’ deputati che da ogni paese vi si mandano e che non v’entrano come tali e tali, ma come rappresentanti quelle città, quella terra, quel corpo ⁽⁶⁵⁾.

Affidato all’elezione, il processo di creazione di delegati cetuali e territoriali risponde a una duplice esigenza: da un lato, galvanizza il senso di partecipazione alla *respublica*, necessario all’interessamento dei popoli nella sua conservazione; dall’altro, limita la portata di tale partecipazione, confinandola, per l’appunto, all’azione elettorale. Pratica e al contempo discorso, il processo elettorale agisce nei sistemi britannico e neerlandese come una sorta di dispositivo foucaultiano: nel conferire soggettività politica a molti, la capacità di voto legittima il governo di pochi garantendo, in ultima analisi, la perpetuazione dell’ordinamento, delle gerarchie sociali e dei rapporti di dominio esistenti. Intorno al dispositivo elettorale si attiva una rete di elementi, discorsivi e non, in grado di controllare e dirigere la condotta degli individui, di regolarne le

⁽⁶³⁾ MAFFEI, *Suggerimento*, cit., pp. 398-408.

⁽⁶⁴⁾ Ivi, p. 402.

⁽⁶⁵⁾ *Ibidem*.

pulsioni e, quel che più conta, di orientarne il potenziale eversivo facendone forza funzionale alla conservazione dello Stato ⁽⁶⁶⁾. Maffei lo sostiene a più riprese: l'elezione, intesa come processo di selezione e designazione di un delegato, è parvenza di partecipazione ad un governo dello Stato che rimane, di fatto, in mano ad un ristretto novero di *aristoi*:

ogni semplice particolare *crede* d'influire nelle pubbliche deliberazioni, e pure poche centinaia d'uomini sono in consiglio. Tanto basta perché interessato nella libertà e sommamente appassionato per la patria si mantenga ogn'uno ⁽⁶⁷⁾.

Una simile soluzione ben si attaglierebbe, secondo Maffei, alle esigenze del sistema aristocratico veneto-veneziano: a suo dire, si tratterebbe di concedere ai corpi urbani e semi-urbani della Terraferma la « nobiltà veneta » e, con essa, la facoltà di accedere al Maggior Consiglio veneziano; tuttavia, tale incorporamento non dovrebbe seguire il modello comiziale romano, bensì la correzione apportatavi dai moderni. L'accesso dei corpi sudditi in Maggior Consiglio dovrebbe dunque avvenire tramite l'elezione di delegati cetuali e territoriali selezionati secondo stringenti criteri di eleggibilità. Molti dovranno eleggere pochi, e questi pochi dovranno essere selezionati in via esclusiva tra gli esponenti delle élite civiche di Terraferma, confermate da Maffei nel loro ruolo di nodo del rapporto Dominante/dominio. Il pensiero costituzionale di Maffei è tenacemente corporativo. L'individuo partecipa al governo dello Stato in forma comunque mediata, tramite l'azione politica del corpo in cui è inserito per nascita o afferenza professionale: a contribuire all'elezione dei delegati destinati al Maggior Consiglio dovrà essere « ogni condizione di persone » ma, ancora una volta, in forma delegata, per mezzo di rappresentanti cetuali, territoriali e professionali incorporati, a loro volta, nel collegio elettorale.

⁽⁶⁶⁾ Sulla nozione foucaultiana di dispositivo mi limito a rimandare alla sintesi critica e bibliografica offerta in A. BIANCHI, *Che cos'è un dispositivo?*, in « AdVersuS », X (2013-2014), 25, pp. 220-230. Per una lettura in termini di dispositivo della nozione boteriana di *interesse* cfr. BORRELLI, *Attualità conservativa*, cit.

⁽⁶⁷⁾ MAFFEI, *Suggerimento*, cit., p. 403, corsivo mio.

In cosa si traduca, in termini fattivi, questa rappresentanza di Terraferma una volta entrata in Maggior Consiglio, Maffei non lo chiarisce: egli « sembra più interessato al valore formale, di certificato di 'libertà' della Terraferma che al contenuto della rappresentanza » (68). Forse per ragioni prudenziali, Maffei sminuisce a più riprese il carattere comunque innovatore della sua proposta, enfatizzandone, piuttosto, gli aspetti conservativi: il suo riformar lo Stato si ripropone, comunque, di perpetuarne le strutture profonde. Prevedendo due delegati per ciascuna delle maggiori città di Terraferma e uno per ciascuna delle minori, Maffei stima un totale di venti rappresentanti da aggregare ad un Maggior Consiglio composto, a quell'altezza, da un migliaio di patrizi veneziani. La sproporzione tra quest'ultimi e i nuovi arrivati metterebbe al sicuro il sistema, ribadendo la centralità di Venezia e rafforzandone la costituzione aristocratica (69). Ciò che cambia, e su cui Maffei glissa, è il criterio di legittimazione di tale costituzione. Esso si complica e si moltiplica, mutando, infine, il senso della *Respublica Veneciarum*: esito poco considerato del *Suggerimento* è l'accomunamento al patriziato veneziano di una nuova aristocrazia repubblicana, definita non più su base etnica e di privilegio di nascita ma a partire da un sistema di delega, attraverso il voto, di una ben determinata capacità rappresentativa. Tra le poste in gioco del *Suggerimento* vi è la progressiva trasformazione del Maggior Consiglio da assemblea civico-repubblicana a istituzione di governo di tipo proto-parlamentare.

3. *Oltre il Suggerimento: rappresentanza senza incorporamento.*

Inascoltato nel Settecento, riscoperto in età napoleonica e apprezzato, seppur sottotraccia, dall'anima federalista del Risorgimento italiano (70), il *Suggerimento* di Scipione Maffei dovrà attendere il secondo Novecento per conoscere un'analisi più propria-

(68) ULVIONI, « *Riformar il mondo* », cit., p. 312.

(69) MAFFEI, *Suggerimento*, cit., p. 414.

(70) G.G. BEDUSCHI, « *To Imitate the Ancients, Having Adopted the Corrections of the Moderns* ». *Scipione Maffei's Consiglio politico*, in « *Storia della Storiografia* », 77 (2020), 1, pp. 27-52.

mente storiografica. Lo scritto ha interessato la storia delle idee (71), del pensiero e delle istituzioni politiche (72), ma anche tutta quella storiografia politica e sociale che, a partire dalla lezione di Marino Berengo, ha elevato a tratto peculiare dello Stato veneto la strutturale assenza di assemblee rappresentative di tipo proto-parlamentare (73). L'immagine che ne è derivata è quella di uno Stato territoriale caratterizzato

by power sharing between Venice and its subjects, with considerable delegation by the former to the latter, but also by clear separation of their spheres of influence, almost totally excluding provincial elites from mainline political activity (74).

Palazzo Ducale e la sala del Maggior Consiglio non ospitarono mai seggi destinati a delegati sudditi, né mai si ebbero strutture polisindacali o assemblee pluricetuali e sovramunicipali in grado di agire da « istituzioni di secondo livello » intorno alle quali costruire identificazioni politiche sovralocali o, quanto meno, di esprimere a loro volta una qualche rappresentanza negli apparati di governo 'centrali', agendo così da raccordo tra i separati piani istituzionali di uno edificio territoriale — e costituzionale — dalla struttura atomistica più che composita (75).

Affine alla proposta maffeiana, il paradigma che ha guidato

(71) F. VENTURI, *History and Reform in the Middle of the Eighteenth Century*, in *The Diversity of History: Essays in Honour of Sir Herbert Butterfield*, a cura di J.H. Elliott e H.G. Koenigsberger, Ithaca, Cornell University Press, 1970, pp. 223-244, p. 230.

(72) DEL NEGRO, *Forme e istituzioni*, cit.; ID., *Proposte illuminate*, cit.

(73) M. BERENGO, *La società veneta alla fine del Settecento: ricerche storiche*, Firenze, Sansoni, 1956; A. VENTURA, *Nobiltà e popolo nella società veneta del '400 e '500*, Bari, Laterza, 1964. Per una ricognizione storiografica cfr. M. KNAPTON, « Nobiltà e popolo » e un trentennio di storiografia veneta, in « Nuova Rivista Storica », 82 (1998), I, pp. 167-192.

(74) M. KNAPTON, *The Terraferma State*, in *A Companion to Venetian History, 1400-1797*, a cura di E. Dursteler, Leiden-Boston, Brill, 2013, pp. 85-124, p. 86.

(75) In questa prospettiva, la peculiarità del caso veneto è ben evidenziata in L. MANNORI, *Tra nazione e nazioni, una riflessione introduttiva*, in *Nazioni d'Italia. Identità politiche e appartenenze regionali fra Settecento e Ottocento*, a cura di A. De Benedictis, I. Fosi, L. Mannori, Roma, Viella, 2012, pp. 7-32 (citazione tratta da p. 14).

questa analisi è quello della ‘mancata inclusione’ (76): esso legge lo Stato veneziano *ex negativo* e a posteriori, enfatizzandone, per l’appunto, le mancanze e gli attardamenti.

L’enfasi attribuita all’assenza di assemblee proto-parlamentari ha offuscato la capillare presenza di altri istituti di rappresentanza, fondati su altri principi giuridici e legittimati da altre pratiche della comunicazione politica. Deputato del Regno d’Italia, intellettuale sensibile al problema dell’integrazione politica delle ‘periferie’, già Emilio Morpurgo (1836-1885) (77) suggerì l’esistenza di una correlazione tra la struttura diadica dei rapporti tra Dominante e domini e lo sviluppo di specifiche forme della rappresentanza suddita (78). Al loro interno e di fronte a loro stesse le diverse *communitates* suddite — siano esse urbane, semiurbane o rurali — sono rappresentate da cariche e istituti collegiali (*consilia*) che pretendono di rappresentare la collettività in senso identitario, permettendo alla sua *persona ficta* di agire e di manifestarsi. Sempre più esclusiva, la partecipazione ai processi di elezione a tali cariche definisce un’élite interna alla comunità stessa, una *sanior pars* che, ingaggiando con la *communitas* un rapporto sineddochico, si arroga la capacità di rappresentarla in senso organico, agendo per essa in maniera immediata (79). Una seconda forma di rappresentanza, di matrice procuratoria, interviene nel momento in cui la *communitas* è chiamata a rendersi presente (re-presentare) presso la Dominante o, in generale, nei confronti di una realtà esterna ad essa. A fronte di tale evenienza, la rappresentanza organica interna alla comunità procede all’elezione di un *procuratore* al quale trasferire, tramite mandato imperativo, una ben circoscritta porzione della sua capacità rappresentativa

(76) BERENGO, *La società veneta*, cit.

(77) G. FAVERO, *Morpurgo, Emilio*, in DBI, 77, 2012, *ad vocem*.

(78) E. MORPURGO, *Le rappresentanze delle popolazioni venete presso il governo della Dominante*, in «Atti del Regio Istituto Veneto di Scienze, Lettere ed Arti», 4 (1877-78), pp. 869-880.

(79) Sono dinamiche analoghe a quelle evidenziate, ad esempio, in E.I. MINEO, *Le parti e il tutto. La memoria dei Ciompi e la semantica del popolo*, in *Al di là del Repubblicanesimo. Modernità politica e origini dello Stato*, a cura di G. Cappelli, Napoli, Unior Press, 2020, pp. 107-130.

e di azione ⁽⁸⁰⁾. Espresso nella forma diplomatica della commissione ⁽⁸¹⁾, il ricorso al mandato consente al corpo politico della *communitas*, costituito nella sua *sanior pars*, di rimanere « signore della sua volontà e [...], in quanto appunto *dominus*, superiore al suo procuratore, che quella volontà » è tenuto ad « eseguire usando dei mezzi tecnici e giuridici propri della sua competenza » ⁽⁸²⁾.

Soprattutto, a questi procuratori non è dato costituirsi in un ulteriore corpo rappresentativo: a differenza di quanto accade in altri contesti europei, i rappresentanti delle comunità venete non confluiscono in assemblee pluricetuali e sovramunicipali in grado di associarsi e competere con il Principe nell'effettivo esercizio di prerogative sovrane ⁽⁸³⁾, né tantomeno di legittimare l'esistenza di una comunità politica latamente 'nazionale', non data, quindi, dalla semplice giustapposizione di corpi sottoposti alla medesima autorità dominante ⁽⁸⁴⁾. È il problema che sta al cuore della riflessione maffeiana: diete, stati generali, parlamenti, cortes *et similia* sono istituti pressoché ignoti al caso veneto ⁽⁸⁵⁾. Dal punto di vista della

⁽⁸⁰⁾ La dialettica tra queste due concezioni e pratiche della rappresentanza è al cuore dell'imprescindibile H. HOFMANN, *Repräsentation: Studien zur Wort- und Begriffsgeschichte von der Antike bis ins 19. Jahrhundert*, Berlin, Duncker & Humblot, 1974. Ma vedi anche A. MULIERI, *Hasso Hofmann and the Polysemy of Representation*, in « Redescriptions », 19 (2016), 2, pp. 127-45. Per una storicizzazione della dialettica tra processi elettorali e costruzione della rappresentanza cfr. *Cultures of Voting in Pre-Modern Europe*, a cura di S. Ferente, L. Kunčević, M. Pattenden, London-New York, Routledge, 2018.

⁽⁸¹⁾ D. FEDELE, *Naissance de la diplomatie moderne (XIII^e-XVII^e siècles). L'ambassadeur au croisement du droit, de l'éthique et de la politique*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2017, pp. 233-250.

⁽⁸²⁾ G. DUSO, *Introduzione all'edizione italiana*, in H. HOFMANN, *Rappresentanza rappresentazione. Parola e concetto dall'antichità all'Ottocento*, Milano, Giuffrè, 2007, pp. V-XII, p. VI.

⁽⁸³⁾ Oltre a H.G. KOENIGSBERGER, *Monarchies and Parliaments in Early Modern Europe — Dominium Regale or Dominium Politicum et Regale*, in « Theory and Society », 5 (1978), 2, pp. 191-217, cfr. *Political Representation. Communities, Ideas and Institutions in Europe (c. 1200-c. 1690)*, a cura di M. Damen, J. Haemers, A.J. Mann, Leiden-Boston, Brill, 2018; *Political Representation in the Ancien Régime*, cit.

⁽⁸⁴⁾ Nella prospettiva indagata, ad esempio, nei saggi raccolti in *Nazioni d'Italia*, cit.

⁽⁸⁵⁾ Fa eccezione, più nella forma che nella sostanza, il Parlamento della Patria del Friuli (cfr. *Rappresentanze e territori. Parlamento friulano e istituzioni rappresentative territoriali nell'Europa moderna*, a cura di L. Casella, Udine, Forum, 2003, pp. 285-310

rappresentanza politica dei corpi sudditi, lo Stato veneto non si scosterà mai dai suoi presupposti tardo medievali e primorinascimentali: ancora nel maturo Settecento esso rimane un sistema estremamente composito, nel quale le diverse *communitates* suddite interloquiscono autonomamente con la Dominante e, quel che più conta, come corpi *altri* rispetto ad essa ⁽⁸⁶⁾. Nel farlo esse mutano, non a caso, istituti della comunicazione politica ormai propri della diplomazia internazionale, del dialogo tra poteri, comunità e autorità tra esse straniere ⁽⁸⁷⁾: sino alla caduta della Repubblica la comunicazione politica tra Venezia e le comunità suddite si fonderà in massima parte sull'istituto della legazione ⁽⁸⁸⁾. Non che la creazione di diplomazie interne sia ignota agli altri conglomerati statuali di Antico regime ⁽⁸⁹⁾; tuttavia, se nel contesto italo ed europeo tale

e con riferimento ai temi in analisi L. CASELLA, *Un laboratorio politico di confine: la Patria del Friuli prima dell'Italia (secc. XVIII-XIX)*, in *Nazioni d'Italia*, cit., pp. 151-178.

⁽⁸⁶⁾ W. PANCIERA, *La Repubblica di Venezia nel Settecento*, Roma, Viella, 2014, pp. 33-42 e con diretto riferimento ai temi e alle fonti in analisi C. POVOLO, *Identità frammentate: le appartenenze territoriali nel Veneto del Sette-Ottocento*, in *Nazioni d'Italia*, cit., pp. 125-150.

⁽⁸⁷⁾ I. LAZZARINI, *Communication and Conflict. Italian Diplomacy in the Early Renaissance, 1350-1520*, Oxford, Oxford University Press, 2015; FEDELE, *Naissance de la diplomatie*, cit.

⁽⁸⁸⁾ C. SCROCCARO, *Dalla corrispondenza dei legati veronesi: aspetti delle istituzioni veneziane nel secondo Quattrocento*, in «Nuova Rivista Storica», 70 (1986), 5-6, pp. 625-636; G.M. VARANINI, *Il giurista, il comune cittadino, la Dominante. Bartolomeo Cipolla legato del Comune di Verona a Venezia (1447-1463)*, in ID., *Comuni cittadini e Stato regionale. Ricerche sulla Terraferma veneta nel Quattrocento*, Verona, Libreria Editrice Universitaria, 1992, pp. 361-384; G. FLORIO, *Micropolitica della rappresentanza. Dinamiche del potere a Venezia in età moderna*, Roma, Carocci, 2023.

⁽⁸⁹⁾ Vastissima la bibliografia sul tema. Per necessità di sintesi mi limito a segnalare A. ÁLVAREZ-OSSORIO ÁLVARINO, *Corte, reinos y ciudades en la monarquía de Carlos II: las legaciones provinciales*, in «Pedralbes: Revista d'Història Moderna», 18 (1998), 2, pp. 221-250; E. IRACE, *Una voce poco fa. Note sulle difficili pratiche della comunicazione tra il centro e le periferie dello Stato ecclesiastico (Perugia, metà XVI-metà XVII secolo)*, in *Offices, écrits et papauté (XIII^e-XVIII^e siècle)*, a cura di A. Jamme, O. Poncet, Roma, École française de Rome, 2007, pp. 273-299; M. BREEN, *Law, City and King. Legal Culture, Municipal Politics and State Formation in Early Modern Dijon*, Rochester, University of Rochester Press, 2007; M. DELLA MISERICORDIA, «*Como se tuta questa universidade parlasse*». *La rappresentanza politica delle comunità nello Stato di Milano (XV secolo)*, Ad Fontes, s.l., 2010 (<http://www.adfontes.it/biblioteca/scaffale/mdm-mixv/principi.pdf>; consultato il 21 febbraio 2024); I. MAURO, *La rete diplomatica*

fenomeno si affianca e si alterna alla creazione di apparati polisindacali e alla sofferta persistenza di istituzioni rappresentative di tipo proto-parlamentare intorno alle quali potranno agglutinarsi, tra Sette e Ottocento, più o meno solide autocoscienze ‘nazionali’⁽⁹⁰⁾, in quello veneziano esso si costituisce come scenario pressoché obbligato, ineludibile portato della separatezza e del particolarismo politico-istituzionale caratterizzanti i rapporti tra Dominante e domini.

È questa necessità strutturale a far sì che, a partire dal tardo Quattrocento, all’intermittente invio di legati (detti *oratori* o *ambasciatori*) in laguna si affianchi l’istituzione di procuratori di rango inferiore, insediati stabilmente a Venezia ma dotati — quanto meno formalmente — di minore capacità rappresentativa e negoziale. A partire dal secolo successivo essi saranno conosciuti con il titolo di *nunzi*⁽⁹¹⁾. Parallelo a quello che interessa la diplomazia propriamente detta⁽⁹²⁾, questo processo di stabilizzazione alimenta una riflessione giuridica e antropologica sull’istituto della rappresentanza suddita presso il Principe. In un primo momento essa si traduce in un vivace dibattito sulla nomenclatura della rappresentanza: così come nel resto d’Europa⁽⁹³⁾, anche nei domini veneti il lessico della rappresentanza si iscrive entro il perimetro disegnato dai termini

delle capitali senza re. Il sistema di “delegazioni interne” della monarchia spagnola, in Capitali senza re nella monarchia spagnola. Realtà, relazioni, immagini (sec. XVI-XVIII), a cura di R. Cancila, Palermo, Mediterranea, 2020, pp. 471-494; A. ANGULO MORALES, *Representación y negociación. Agencias y embajadores provinciales de los parlamentos vascos en el Madrid del Seiscientos*, in *Los embajadores. Representantes de la soberanía, garantes del equilibrio, 1659-1748*, a cura di C. Bravo Lozano e A. Álvarez-Ossorio Alvariano, Madrid, Marcial Pons, 2021, pp. 295-316.

⁽⁹⁰⁾ Cfr. MANNORI, *Tra nazione e nazioni*, cit.

⁽⁹¹⁾ Da non confondere, è bene precisarlo, con l’omonima istituzione della diplomazia pontificia. Sulle nunziature suddite a Venezia cfr. MORPURGO, *Le rappresentanze*, cit.; M. BORGHERINI-SCARABELLIN, *Il nunzio rappresentante di Padova in Venezia durante il dominio della Repubblica con speciale riguardo al ’700*, in « Nuovo Archivio Veneto », n. s., XI (1911), 22/I, pp. 365-412; G. FASOLO, *Il nunzio permanente di Vicenza a Venezia nel secolo XVI*, in « Archivio Veneto », XVII (1935), pp. 90-178; A. PINETTI, *Nunzi ed ambasciatori della Magnifica Città di Bergamo alla Repubblica di Venezia*, in « Bergomum », XXIII (1929), 1, pp. 33-57; FLORIO, *Micropolitica*, cit.

⁽⁹²⁾ C. FLETCHER, *Diplomacy in Renaissance Rome: The Rise of the Resident Ambassador*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015.

⁽⁹³⁾ FEDELE, *Naissance de la diplomatie*, cit.

oratore, nunzio e procuratore ⁽⁹⁴⁾. All'interno di questo campo semantico si esprime una tensione più profonda, data dallo sforzo profuso dalle comunità suddite per trascendere una concezione della rappresentanza presso la Dominante che mai si sarebbe affrancata dalla sua originaria matrice privatistica e procuratoria: l'*orator* suddito non sarà mai « un ufficiale dotato di ruolo pubblico e piena autonomia decisionale »; ciononostante in esso si insisterà a voler vedere qualcosa di diverso dal *nuntius*, rappresentante sì permanente, ma che si cercherà sempre di confinare al ruolo di portavoce e « semplice strumento nelle mani del suo mandante ». Di contro, l'ubiquo ricorso allo strumento giuridico del mandato avrebbe fatto sì che tanto il nunzio quanto l'oratore non cessassero mai di essere, nei fatti, dei *procuratores*, intendendo qui il procuratore quale « agente dotato di autonomia definita dal mandato » ⁽⁹⁵⁾. Declinato nel contesto veneto, lo spurio ricorso ai termini *nuntius* e *orator* sembra alludere all'esistenza di diverse sfumature e gradazioni all'interno della medesima concezione procuratoria della rappresentanza: da un lato *essere* il corpo politico municipale, sua *pars* incaricata di recarsi a Venezia al fine di re-presentare la *communitas* al cospetto del Principe e di assumere specifiche obbligazioni nei suoi confronti (*orator*); dall'altro agire quale porta-voce della *communitas*, mero strumento comunicativo al servizio delle sue istituzioni di governo (*nuntius*).

Su questa irrisolta dialettica si innesta una riflessione sui criteri di eleggibilità del rappresentante suddito destinata ad esiti di lungo periodo. In alcuni casi essa si fa piuttosto evidente. Il 30 gennaio 1562, all'atto di dotarsi di una nunziatura stabile, il Consiglio civico di Padova motivò in questi termini l'elezione di Antonio Carriero: « persona pratica, diligente et fidele », egli era « cittadino padovano » ma abitava « de continuo con la sua famiglia in Venetia ». Suddito di Terraferma ma ben inserito nel tessuto sociale della Dominante, Carriero vantava « molti mezi, amici et parenti » in

⁽⁹⁴⁾ FLORIO, *Micropolitica*, cit., pp. 35-90.

⁽⁹⁵⁾ LAZZARINI, *Communication and Conflict*, cit., p. 34, nella traduzione proposta in D. FEDELE, *Isabella Lazzarini, Communication and Conflict. Italian Diplomacy in the Early Renaissance, 1350-1520*, in « Laboratoire italien », 2016 (<http://journals.openedition.org/laboratoireitalien/1010>; consultato il 21 febbraio 2023).

laguna. Per loro tramite, la comunità patavina confidava di ottenere « facile introduzione » presso quelle magistrature patrizie che le erano formalmente precluse. Carriero, inoltre, non era « persona graduata », essendo privo di titoli nobiliari, cavallereschi o dottorali: per tale ragione, la rappresentanza interna alla comunità (deputati *ad utilia*) e la sua più diretta emanazione esterna (oratori) non avrebbero dovuto « haverli molto rispetto a comandarli » ⁽⁹⁶⁾.

Nel legittimare con il vigore della norma l'esistenza di un'ideale gerarchia tra le diverse forme della rappresentanza suddita, la delibera del Consiglio patavino tratteggia una sorta di profilo antropologico dei suoi detentori. Rappresentante della *communitas* presso la Dominante, anche il nunzio, come l'oratore, deve essere eletto in via esclusiva da e tra i suoi *cives*; tuttavia, a differenza dell'oratore, il nunzio non deve essere una persona di particolare rilievo sociale, così da potersene servire senza troppe remore.

Marginale in patria, il nunzio ideale non deve però esserlo a Venezia: da esso ci si aspetta una disponibilità ad agire come procuratore presso il governo della Dominante, ma anche come mediatore presso quell'umanità che ne costituiva il *milieu* antropologico e sociale. Prestando il suo corpo fisico al corpo politico della comunità suddita, dando concretezza e fisionomia umana alla sua *persona ficta*, il rappresentante stabile permette alla comunità stessa di varcare il diaframma che la separa dalla Dominante, di manifestarsi e agire nell'arena politica veneziana, partecipando a dinamiche della politica e della socialità patrizia che le sono formalmente precluse. Più ancora dell'oratore, il nunzio è declinato, anche dal punto di vista normativo, come mediatore e al contempo ricettacolo di uno scambio di risorse materiali e immateriali che coinvolge governanti e corpi governati secondo schemi di natura clientelare: la sua costante presenza a Venezia permette alla comunità suddita di tradurre in favore politico le *amicizie* godute entro la sfera patrizia; al contempo, essa consente ai patroni patrizi di incassare un credito

⁽⁹⁶⁾ Archivio di Stato di Padova, *Archivio Civico Antico, Atti del Consiglio* (d'ora in poi ASPD, ACA, Atti), reg. 17, cc. 59r-60r, alla data 30 gennaio 1562.

di *onorabilità* — o capitale simbolico — spendibile nell'economia immateriale del *broglio* (97).

Se la prima normativa padovana sulla nunziatura insiste sulle capacità micropolitiche del suo detentore (98), quella successiva si interroga sulle sue competenze tecniche. Criticità diffuse nell'intera Terraferma veneta (99) conoscono a Padova una più esplicita declinazione. Almeno sino all'inizio del Seicento il Consiglio civico si arrovela sull'opportunità di eleggere un nunzio « che habbia pratica particolare dell'avocare » o se possa « esser a bastanza uno soggetto pratico alli magistrati dell'inclita città di Venetia » da ingaggiare con minor spesa (100). Mai chiaramente risolto, il dilemma informa le candidature alla nunziatura e ne determina gli esiti. A Padova come altrove, la commistione tra empirica conoscenza del foro veneto (*pratica*) e disponibilità micropolitiche (essere *pratico*) viene elevata a principio attraverso il quale avviare al diaframma politico, antropologico, giuridico e sociale imposto dalla costituzione materiale dello Stato veneto. Di norma, i consigli civici prediligono quei candidati il cui profilo pare prestarsi a infrangere la cortina frapposta tra Dominante e dominati e a creare intersezioni tra gli interessi e le « spheres of influence » (101) dell'una e degli altri.

Tra le prime comunità suddite a dotarsi di una nunziatura, sin dal primo Cinquecento Vicenza circostrive la selezione dei suoi

(97) Riassumo qui temi affrontati con maggiore dettaglio in FLORIO, *Micropolitica*, cit. Ma cfr. anche C. POVOLO, *Suoi amorevoli. Relazioni di amicizia e politica nella Venezia del Cinquecento*, in *Ciutats mediterrànies: l'espai i el territori*, a cura di F. Sabaté, Barcelona, Institut d'Estudis Catalans, 2020, pp. 181-90; ID., *Il protettore amorevole (Magnifica Patria della Riviera del Garda. 1570-1630)*, in *Sul Lago di Garda tra passato e futuro. Storia, lingua, letteratura*, 2 voll., Salò, Liberedizioni, I, pp. 87-124; M. BELLABARBA, *Power, Friendship, and Protection: Venetian Rectors in Verona Between the Sixteenth and Seventeenth Centuries*, in *Contending Representations II*, cit., pp. 128-137.

(98) Nell'accezione proposta in W. REINHARD, *Amici e creature. Micropolitica della curia romana nel XVII secolo*, in « Dimensioni e problemi della ricerca storica », 2 (2001), pp. 59-78. Ma vedi anche ID., *Politica e storia alla luce dello sguardo micropolitico*, in *Democrazia. Storia e teoria di un'esperienza filosofica e politica*, a cura di C. Altini, Bologna, il Mulino, 2011, pp. 17-61.

(99) FASOLO, *Il nunzio*, cit.; FLORIO, *Micropolitica*, cit., pp. 59-65.

(100) ASPD, *ACA, Atti*, reg. 19, c. 360r-v, alla data 20 maggio 1588. L'intera normativa padovana sulla nunziatura è regestata in Biblioteca Civica di Padova, *Biblioteca Padovana*, ms. 963.

(101) KNAPTON, *The Terraferma State*, cit., p. 86.

nunzi agli avvocati berici già residenti e operanti in laguna (102). Chiamata ad eleggere il suo primo nunzio, nel 1565 la Magnifica Patria della Riviera di Salò adotta analoghi criteri (103). Tra Cinque e Seicento, a contendersi la nunziatura di Padova sono professionisti del diritto padovani (notai, legisti, avvocati, sollecitatori, causidici) trasferitisi da generazioni a Venezia e con esperienza nel suo foro (104). Su tutti spiccano i Buttiron, famiglia dotata di triplice cittadinanza (padovana, veronese e veneziana) e imparentata con diversi cittadini *originari* attivi nella Cancelleria ducale (105). Padre e figlio, Flaminio e Giovanni Buttiron dettennero la nunziatura padovana dal 1606 al 1621 e dal 1631 al 1651: per quasi quarant'anni i Buttiron furono il volto della comunità di Padova presso la Dominante e il suo ceto patrizio (106).

Figure di tal sorta, rispondenti all'archetipo dato dal 'proto-nunzio' Antonio Carriero, continuano ad agitarsi nei corridoi di Palazzo Ducale anche nel maturo Settecento: tra il 1734 e il 1739, negli anni in cui Maffei si affatica per dar seguito al suo *Suggerimento*, nunzio di Padova a Venezia è il legista Bartolomeo Falghera (107), esponente di una famiglia *originaria* veneziana che, lasciata la laguna e gli impieghi nella Cancelleria ducale, aveva trovato un veicolo di riabilitazione sociale negli investimenti fondiari e nell'acquisizione della cittadinanza colognese prima e padovana poi (108). Nel 1744 Bartolomeo Falghera contribuirà all'aggregazione al Consiglio patavino di Paolo Barbarossa, nunzio della medesima città tra il 1750 e il 1755. Anche in questo caso un padovano dotato di un qualche statuto di venezianità: trasferitasi a Padova a fine Seicento, la famiglia Barbarossa era originaria di Colonia Ve-

(102) FASOLO, *Il nunzio*, cit.

(103) Archivio della Comunità di Riviera di Salò, b. 531, fasc. 2, cc. 63r-65v, 75v-76r.

(104) FLORIO, *Micropolitica*, cit., pp. 91-128.

(105) ASPD, *ACA, Prove di nobiltà* (d'ora in poi: *Prove*), b. 23.

(106) BORGHERINI-SCARABELLIN, *Il nunzio*, cit., p. 402.

(107) Ivi, p. 403.

(108) *Prove*, b. 42.

neta (109), cittadina aggregata, per privilegio di dedizione, al sestiere veneziano di Dorsoduro (110).

Ancora in pieno Settecento, il nunzio ideale si colloca negli interstizi di una tassonomia sociale che, alla prova dei fatti, appare meno rigida di quanto i suoi coevi descrittori lascino intendere: egli è una figura anfibia, originaria della Terraferma ma con diversi addentellati in laguna, un suddito *d'acquisto* ormai veneziano, un pratico del diritto pronto a mettere a disposizione della sua *communitas* non solo il proprio sapere tecnico ma anche le proprie entrate negli ambienti di Palazzo Ducale. Nell'impossibilità di sedere in Maggior Consiglio e di essere così pienamente *incorporate* nella Repubblica veneziana, le comunità suddite procurano di insediare figure di tal sorta sulla sua soglia e su quella delle dimore patrizie. Ai loro rappresentanti esse chiedono di realizzare un incontro tra gli interessi locali e quelli di Venezia, tra le ragioni dello Stato territoriale e la ragion di Stato della sua Dominante. Le normative locali insistono sulla doppia natura di questa azione di rappresentanza: nunzi e oratori non sono solamente chiamati a presentare suppliche e a negoziarne gli esiti con le magistrature lagunari; essi devono sfruttare la loro collocazione a cavallo tra ambiente veneziano e ambiente veneto per costruire, giorno dopo giorno, una tessitura micropolitica di mezzi, amici e parenti da attivare, all'occorrenza, a sostegno delle istanze avanzate dalla loro *communitates*. Per come plasmata dai criteri che ne regolano l'elezione, questo tipo di rappresentanza opera in una prospettiva rovesciata rispetto a quella auspicata da Maffei nel suo *Suggerimento* e adottata come criterio interpretativo dalla storiografia sulla 'mancata inclusione': la funzione assolta da nunzi e oratori non è interessare i sudditi nel governo della Dominante ma, al contrario, interessare la Dominante e il suo corpo patrizio nel governo dei sudditi (111).

(109) *Prove*, b. 8; BORGHERINI-SCARABELLIN, *Il nunzio*, cit., p. 403.

(110) B. CHIAPPA, *Statuti di Cologna Veneta del 1432 con le aggiunte quattrocentesche e la ristampa anastatica dell'edizione del 1593*, Roma, Viella, 2005.

(111) FLORIO, *Micropolitica*, cit., pp. 157-230.

ANGELO MUOIO

TRA MODERNITÀ E TRADIZIONE:
VOTO E RAPPRESENTANZA IN LOMBARDIA
PRIMA DELL'UNITÀ

1. Riflessioni introduttive. — 2. Da Maria Teresa a Napoleone: l'attacco ai privilegi municipali. — 3. Una « finta » Restaurazione? — 4. In equilibrio tra antico e moderno: le elezioni nei capoluoghi di provincia lombardi tra 1830 e 1859. — 5. Le condizioni per il voto individuale. — 6. Dopo il '48.

1. *Riflessioni introduttive.*

Le istituzioni municipali rappresentarono uno dei campi principali in cui l'élite dirigente lombarda esercitò il potere e costruì la propria identità prima del Risorgimento. Il controllo delle modalità di formazione delle istituzioni rappresentative locali, ossia dei sistemi di voto, rappresentò il nodo intorno a cui si strutturò il rapporto con il potere di queste classi dirigenti. Nel corso dell'Ottocento, prima con Napoleone e poi con la Restaurazione, i meccanismi di selezione della classe dirigente subirono una profonda trasformazione e con essi mutò anche il modo di intendere la rappresentanza politica. Prima dello spartiacque napoleonico la formazione delle istituzioni municipali veniva gestita attraverso meccanismi strettamente corporativi per cui l'eletto rappresentava la parte degli elettori con i maggiori interessi; dopo, cambiarono le modalità di voto e incominciò a emergere un nuovo tipo di legame tra eletto e elettore ⁽¹⁾. Nonostante la crisi del voto corporato fosse iniziata già nella seconda metà del Settecento, i meccanismi elettorali

⁽¹⁾ Sull'affermarsi del moderno voto individuale cfr. le osservazioni di L. MANNORI, *Votare nei corpi. Ricerche recenti sulle pratiche elettorali prima della modernità*, in « Quaderni fiorentini », 45 (2016), pp. 667-682, che offre un'ampia bibliografia, anche internazionale, sull'argomento.

che sovrintendevano alla rappresentanza locale non rispondevano ancora alle esigenze del voto individuale che si affermerà solo con l'annessione al Regno d'Italia.

È possibile leggere la storia delle vicende municipali di quel periodo alla luce delle trasformazioni degli assetti istituzionali e dei meccanismi di formazione delle classi dirigenti comunali. Le vicende dei comuni lombardi venivano utilizzate da autori, sia democratici che moderati, per sostenere proposte che avessero l'autonomia municipale al centro dell'ordinamento amministrativo del futuro stato italiano. Una narrazione sostenuta dalla memoria della contrapposizione dei comuni lombardi a Federico Barbarossa, che ha rappresentato fino ai tempi recenti strumento utile a supportare le posizioni di gruppi politici con forte radicamento territoriale ⁽²⁾.

L'obiettivo di questo contributo è capire se e in che modo il rapporto tra classi dirigenti locali lombarde, rappresentanza politica e potere nel corso del trentennio che precede l'unità si trasformi rispetto al periodo pre-napoleonico. Con riferimento alla relazione rappresentanti-rappresentati, quali furono le strategie politiche e culturali che le classi dirigenti adottarono per conservare il proprio potere a livello locale e proiettarlo poi sul nuovo piano nazionale? A questa domanda cercherò di rispondere facendo dialogare gli effetti dei meccanismi di voto sulla composizione delle classi dirigenti locali con il discorso pubblico su municipio e voto, seguendo la storia delle élite dei capoluoghi di provincia lombardi nel trentennio che precede l'annessione della Lombardia al Regno d'Italia e negli anni successivi.

Nella Lombardia austriaca dell'Ottocento il tema del municipio, delle storie e delle culture locali era molto dibattuto. Nella riflessione di molti patrioti lombardi, la storia dei municipi assumeva un valore universale, trasformandosi in incarnazione istituzionale delle radici identitarie della nazione italiana. Un'identità che aveva avuto origine nelle antichissime comunità italiche pre-romane ⁽³⁾, ma che allo stesso tempo era proiettata nel futuro come motore

⁽²⁾ Si pensi per esempio al ricorrere dell'iconografia di Alberto da Giussano e del Carroccio.

⁽³⁾ Così Gabriele Rosa in *Bollettino Bibliografico Italiano*, in « Il Crepuscolo », VIII (1° febbraio 1857), 5, p. 86.

essenziale del contributo italiano al processo di civilizzazione europea (4). I municipi, parte integrante del « principio europeo » (5), finivano così per astrarsi dalle diverse manifestazioni storiche che li avevano caratterizzati dall'antichità fino all'età moderna, per diventare « elementi primi [...] indistruttibili, infusibili, immutabili », fondamenti della « Nazionalità » (6) italiana. Promuoverne la memoria significava così contribuire alla costruzione del « futuro edificio della storia nazionale » (7).

Ovvio quindi che la scelta centralistica adottata dal governo del nuovo regno d'Italia suscitasse reazioni negative nei patrioti lombardi. Cesare Correnti, membro della Commissione Giulini, deputato prima al Parlamento subalpino e poi a quello italiano, senatore del Regno e due volte Ministro dell'Istruzione, si faceva interprete dello sgomento seguito alla « finis Longobardiae », alla cancellazione cioè di « quella comunione » che « sotto nome o di Ducato Visconteo e Sforzesco, o di dominio spagnolo e di casa d'Austria, o di repubblica cisalpina, di repubblica italiana, di Regno d'Italia, o di governo e luogotenenza dell'Impero d'Austria » era durata « tanti secoli, e si era cementata per mezzo di tanti interessi e tradizioni e memorie » (8). Qualche anno dopo Carlo Cattaneo, che nel 1858 aveva pubblicato il saggio *La città considerata come principio ideale delle storie italiane*, in una serie di articoli sul periodico « Il Diritto », confrontandolo con l'ordinamento del Regno d'Italia, stabilito dal decreto Rattazzi nel 1859, esaltava la libertà e l'autonomia garantita dall'ordinamento municipale istituito da Maria Teresa d'Austria in Lombardia a metà Settecento (9). Lo stesso ordinamento che cinquant'anni prima Giacomo Mellerio,

(4) Così Cattaneo in C. CATTANEO, *Considerazione sul principio della filosofia*, in « Il Politecnico », VII (1844-1845), p. 297.

(5) *Ibidem*.

(6) « Il comune italiano: gazzetta universale di politica e scienze sociali », anno 1 (1850, lug.), 29, fasc. 1. Scopo del quotidiano, pubblicato tra luglio e dicembre del 1850, era quello di promuovere lo sviluppo economico e civile dei comuni italiani.

(7) « Il Crepuscolo », IV (28 agosto 1853), 35, p. 1.

(8) « La Perseveranza », I (23 dicembre 1859), 34, p. 1.

(9) Per un'analisi di questi articoli cfr. E. ROTELLI, *L'alternativa alle autonomie*, Milano, Feltrinelli, 1978, pp. 30-31. Più di recente A. KÖRNER, *The 1848 Revolutions and European Political Thought*, in *The 1848 Revolutions and European Political Thought*, a cura di D. Moggach, G. Stedman Jones, Cambridge University Press, 2018, pp. 345-382,

inviato lombardo a Vienna per discutere le sorti del nuovo Lombardo-Veneto, aveva proposto nell'ottica della restaurazione del primato dei ceti patrizi dopo la parentesi napoleonica ⁽¹⁰⁾. A fronte di questa memoria contesa, cos'erano i municipi e come funzionarono nella prima metà dell'Ottocento? In che modo servivano a tutelare la libertà e l'autonomia dei territori e in che misura erano funzionali al mantenimento del potere di un'élite?

2. *Da Maria Teresa a Napoleone: l'attacco ai privilegi municipali.*

Nell'ambito di un processo europeo di riorganizzazione e rafforzamento delle strutture amministrative, la dominazione austriaca della Lombardia settecentesca intervenne sulle istituzioni municipali. Prima della riforma degli ordinamenti locali di Maria Teresa del 1755, l'accesso alle assemblee municipali era governato dagli statuti comunali, stabiliti dagli stessi esponenti delle classi dirigenti locali e diversi per ogni comunità. Era l'accesso a queste istituzioni a definire i confini del patriziato cittadino. Queste norme garantivano la possibilità di amministrare la città autonomamente e regolavano allo stesso tempo i meccanismi di auto-riproduzione del patriziato all'interno delle istituzioni municipali. Se all'inizio del basso medioevo le istituzioni municipali erano state aperte agli esponenti del commercio e delle professioni successivamente, a partire del Trecento e con un'accelerazione nel corso del Quattrocento, si diffuse l'abitudine di restringere l'accesso ai consigli con le serrate, grazie alle quali solo ai patrizi era concesso accedere a uffici e collegi elettivi ⁽¹¹⁾. Il sistema rimaneva flessibile perché l'obiettivo primario era quello di salvaguardare gli assetti patrimoniali delle oligarchie cittadine. Per questo motivo quando sussisteva una co-

evidenzia il ruolo del riformismo asburgico nel definire la contrapposizione di Cattaneo ai progetti di unificazione piemontesi basati su un modello centralistico. Sul carattere cantonale della concezione federalista di Cattaneo vedi S. MORI, *I governi delle città italiane fra antico regime e unità nazionali: percorsi storiografici*, seconda parte, in « Società e Storia », XXVI (gennaio-marzo 2003), 99, p. 132.

⁽¹⁰⁾ Ne ricostruisce i lavori M. MERIGGI, *Amministrazione e classi sociali nel Lombardo-Veneto 1814-1848*, Bologna, il Mulino, 1983, pp. 28-85.

⁽¹¹⁾ Ricostruisce questa trasformazione L. TANZINI, *A consiglio. La vita politica nell'Italia dei comuni*, Bari, Laterza, 2014, pp. 137-162.

munanza di interessi tra patrizi e *uomini nuovi* era possibile aprire le assemblee anche a questi ultimi, che a loro volta accedendo alle cariche pubbliche intravedevano la possibilità di vedere legittimata la propria posizione sociale ⁽¹²⁾. In Lombardia, questo sistema aveva garantito fino a metà Settecento la preminenza dei centri urbani sui rispettivi contadi, e quella di Milano sugli altri centri urbani. Dopo il catasto, la riforma teresiana degli ordinamenti locali tentò di legare la partecipazione alle istituzioni locali a un requisito uniforme e valido per tutte le comunità, il possesso fondiario. In questo modo la riforma mirava a riequilibrare i rapporti tra città e campagna, ma questo risultato fu raggiunto solo in parte. Mentre la norma generale infatti istituiva il convocato dei possessori nella maggior parte dei territori, a causa delle pressioni centrifughe esercitate dai ceti patrizi più potenti, il governo adottò delle normative di specie per le diciassette comunità più importanti. Esse prevedevano, contemporaneamente, le vecchie assemblee tradizionali accanto alle nuove assemblee censitarie. In questo modo i ceti patrizi cittadini conservarono il monopolio del governo cittadino e la propria supremazia sul contado ⁽¹³⁾.

Negli anni di Giuseppe II e Leopoldo II, la politica istituzionale asburgica in Lombardia assunse aspetti contraddittori. Giuseppe voleva modernizzare l'amministrazione accentrando le funzioni statali, ampliando il controllo governativo sugli atti municipali, limitando i poteri dei consigli decurionali, il centro del potere locale dei patriziati urbani, e abolendo la Congregazione di Stato, organo di rappresentanza dei ceti a livello centrale. Leopoldo tentò invece di coinvolgere di nuovo i patrizi nella gestione dello stato, ricostituendo la Congregazione di Stato con il nome di Rappresentanza

⁽¹²⁾ Per una rassegna sull'argomento vedi S. MORI, *I governi delle città italiane fra antico regime e unità nazionale: percorsi storiografici*, prima parte, in « Società e Storia », XXIV (gennaio-marzo 2002), 95, pp. 100-150.

⁽¹³⁾ Sulla riforma teresiana degli ordinamenti locali vedi E. ROTELLI, *Gli ordinamenti locali nella Lombardia preunitaria 1755-1859*, in « Archivio Storico Lombardo », 5 (1975), pp. 174-234, e C. MOZZARELLI, *Sovrano, società e amministrazione locale nella Lombardia teresiana (1749-1758)*, Bologna, il Mulino, 1982, pp. 120-185.

generale dello Stato e riformando le istituzioni di alcune comunità maggiori sulla base delle istanze degli stessi patriziati locali ⁽¹⁴⁾.

L'arrivo di Napoleone in Italia comportò una decisa accelerazione della trasformazione istituzionale della Lombardia. Anche in questo caso però discontinuità e continuità coesisterono: da un lato, il governo impose strutture amministrative calate dall'alto per imbrigliare le autonomie locali, dall'altro però salvaguardò la supremazia patrizia a livello sociale. In generale, dopo il triennio giacobino, le riforme napoleoniche continuarono quel processo di statalizzazione del municipio inaugurato nei decenni precedenti. Le circoscrizioni territoriali lombarde vennero riformate sulla base della costituzione francese dell'anno VIII, prevedendo dipartimenti, distretti, cantoni e comuni, tutti guidati da figure di nomina governativa. I comuni furono accorpati e divisi in tre classi in base al numero di abitanti: nei comuni di prima e seconda classe, con popolazione da 3000 a oltre 10000 abitanti, il podestà era nominato dal viceré (o vicepresidente) su proposta del consiglio comunale, in quelli di terza classe, invece, era nominato dal prefetto. Per il rinnovo dei consigli comunali il nuovo sistema elettorale prevedeva che i consiglieri inviassero una dupla, l'elenco dei candidati più votati di numero doppio rispetto ai posti disponibili, dalla quale il governo nominava poi i nuovi consiglieri ⁽¹⁵⁾. In questo sistema il comune diventava ingranaggio periferico dell'amministrazione statale, perdendo la tradizionale autonomia, sia a livello di gestione amministrativa, sia a livello di rappresentanza politica. Rimaneva la dupla come elemento di coinvolgimento delle élite nei meccanismi di rappresentanza, che consentiva anche la costituzione di un ceto di notabili che autoriproducendosi all'interno delle istituzioni municipali aveva la possibilità di consolidare il proprio potere a livello locale ⁽¹⁶⁾. Una

⁽¹⁴⁾ I governi di Giuseppe II e Leopoldo II in Lombardia sono al centro dell'analisi di S. CUCCIA, *La Lombardia alla fine dell'ancien regime*, Firenze, La Nuova Italia, 1971, pp. 5-13, e Id., *La Lombardia in età teresiana e giuseppina*, Firenze, Sansoni, 1977.

⁽¹⁵⁾ Sulle istituzioni napoleoniche cfr. E. PAGANO, *Enti locali e Stato in Italia sotto Napoleone*, Roma, Carocci, 2007.

⁽¹⁶⁾ Sulla cooptazione e la possibilità di applicarla ai regimi napoleonici e post-napoleonici cfr. P. AIMO, *Elezioni, nomina, cooptazione e sorteggio: modalità di composizione dei consigli comunali in Italia dalla Rivoluzione alla Restaurazione*, in

prospettiva presente nella convocazione da parte di Napoleone a Lione di delegati da ogni parte della Repubblica Cisalpina. I comizi di Lione del 1802, che avrebbero dovuto svolgere un ruolo consultivo nella preparazione della nuova costituzione, si limitarono in realtà a ratificare la proposta di Napoleone che in quella sede proclamò la nascita della Repubblica italiana tra gli applausi dei delegati italiani. Il grande impianto simbolico e cerimoniale che caratterizzò questo evento è spia dell'obiettivo reale di Napoleone: riunire intorno a sé una élite numericamente consistente — sono 452 i delegati convocati — e politicamente affidabile che potesse agire da referente locale in grado di assicurargli il controllo dell'Italia.

3. *Una « finta » Restaurazione?*

La sconfitta di Napoleone e il Congresso di Vienna segnarono il ritorno al potere delle vecchie dinastie. Nei territori asburgici la Restaurazione poneva la monarchia di fronte a un dilemma identitario. Centralismo napoleonico o decentramento? La rinuncia nel 1806 da parte del sovrano asburgico alla corona del Sacro Romano Impero era un segnale della volontà di andare nella seconda direzione, rimodulando il ruolo della monarchia nei territori germanici e facendo di Vienna il centro di un grande impero multinazionale. L'istituzione di un Regno Lombardo-Veneto, il mantenimento della Corona di Ferro dei Re d'Italia, la promessa di conservare « ad ogni città tutti i vantaggi de' quali godeva, e ai sudditi italiani di S. M. quella nazionalità che a ragion tanto apprezzano »⁽¹⁷⁾ sembravano altri segnali in tal senso. Un'inversione di rotta rispetto al progetto napoleonico ma anche alle riforme di Maria Teresa e Giuseppe II. Al di là della retorica, Vienna era però davvero disposta a invertire questo processo? I lavori della Central-Organisierungs-Hof-Commission (COHC), la Commissione deputata alla riorganizzazione dei territori ex-napoleonici, mostrano l'esistenza di spinte divergenti, che porteranno a un compromesso: il mantenimento di

Autonomia, forme di governo e democrazia nell'età moderna e contemporanea, Pavia University Press, 2014, pp. 1-10.

⁽¹⁷⁾ *Atti del Governo*, parte prima, Imperial Regia Stamperia, Milano, 1815, p. 45.

una amministrazione centralizzata ispirata a quella napoleonica, a fianco dell'istituzione di un sistema cetuale a tre livelli per la rappresentanza degli interessi locali, richiesto esplicitamente dall'Imperatore e dai delegati italiani (18). Da un lato, il vecchio compartimento territoriale settecentesco fu restaurato (19), ma il nuovo ordinamento comunale riprendeva molti elementi di quello napoleonico: si applicava indistintamente a tutti i comuni, prevedeva la divisione dei comuni in tre classi di popolazione, e limitava il convocato generale — l'assemblea che riuniva tutti i proprietari terrieri del paese — solo ai comuni con popolazione inferiore ai 3 mila abitanti (20).

I consigli comunali di Milano e Venezia erano composti da sessanta membri, quelli delle città regie e dei capoluoghi provinciali da quaranta consiglieri, in tutti gli altri comuni da trenta. I due terzi dei seggi erano occupati da possidenti: a Milano e Venezia, essi erano selezionati tra i possidenti con almeno due mila scudi d'estimo, negli altri consigli comunali invece dovevano essere tra i cento maggiori possidenti del comune. Il restante terzo dei seggi doveva essere scelto tra i titolari di una ditta commerciale; se questo non fosse stato possibile, anche questo terzo di consiglieri avrebbe dovuto essere nominato tra i possidenti. I consigli comunali si rinnovavano ogni anno di un terzo e la carica durava tre anni; alla fine del mandato il consigliere non poteva essere ricandidato per un anno. La nomina spettava al livello di rappresentanza superiore, la congregazione provinciale, su una dupla elaborata dallo stesso consiglio comunale, ma era necessaria l'approvazione del delegato provinciale rappresentante locale del governo centrale. Un sistema simile veniva utilizzato anche per la formazione della congregazione municipale, l'organo titolare dell'amministrazione comunale che era

(18) Sulla natura del sistema lombardo-veneto vedi M. MERIGGI, *Il Regno Lombardo-Veneto*, Torino, Utet, 1987, pp. 16-25, e MORI, *I governi delle città italiane*, seconda parte, cit., pp. 113-116.

(19) La riorganizzazione dei comuni in età napoleonica è ricostruita da PAGANO, *Enti locali*, cit., pp. 118-127. Il numero di comuni dopo la riforma del 1816 è tratto da A. LORENZONI, *Istituzioni del diritto pubblico interno pel Regno Lombardo-Veneto*, Padova, Minerva, 1835, p. 41.

(20) *Atti del Governo*, parte seconda, Imperial Regia Stamperia, Milano, 1835, p. 57. Negli anni successivi il convocato fu ulteriormente limitato.

formato da un podestà e quattro assessori, dei quali tre scelti tra i possidenti e uno tra i maggiori imprenditori. La nomina del podestà era riservata al sovrano su lista tripla proposta del consiglio comunale; ai consiglieri era delegata la nomina degli assessori che però doveva anch'essa essere approvata dal governo.

Al livello superiore, quello provinciale, i compiti di rappresentanza degli interessi locali erano affidati alle Congregazioni provinciali, organismi collegiali presieduti dal delegato regio e composti da un numero variabile di membri: otto per le province di Milano e Brescia, sei per quelle di Mantova, Cremona, Bergamo, Como, Pavia e Lodi, quattro per quella di Sondrio. Di questi, una metà doveva essere scelta tra candidati nobili, l'altra metà tra candidati non-nobili. Ai deputati nobili e non-nobili si aggiungevano poi quelli delle città regie: Milano, Brescia, Mantova, Cremona, Bergamo, Pavia, Lodi, alle quali vennero poi aggiunte Crema, Casalmaggiore, Monza e Sondrio. L'incarico durava sei anni e non prevedeva soldo. Per essere eleggibili i candidati dovevano possedere un estimo di almeno due mila scudi. La nomina dei candidati spettava al Governo, sentita la Congregazione centrale, su una lista tripla della stessa Congregazione provinciale ed elaborata sulla base delle liste proposte dai comuni.

Il livello apicale del sistema di rappresentanza erano le Congregazioni centrali, una per la Lombardia e una per il Veneto, presiedute dal governatore del rispettivo territorio. Le province esprimevano ognuna due deputati, uno nobile e uno non-nobile. Le città-regie eleggevano il proprio deputato, ma non partecipavano alle votazioni per i deputati della provincia. I deputati delle province erano nominati dall'imperatore, previo parere della Congregazione centrale, su lista tripla redatta dalle Congregazioni provinciali sulla base delle indicazioni dei consigli comunali. Le città-regie inviavano invece la propria tripla direttamente alla Congregazione centrale che a sua volta dava il proprio parere consultivo all'imperatore per la nomina. Tutti i deputati ricevevano un onorario di 2 mila fiorini all'anno: una cifra necessaria soprattutto a sostenere i costi del trasferimento a Milano o a Venezia. La carica durava sei anni e potevano essere nominati deputati tutti i cittadini dai trent'anni in su, con domicilio nel regno e con un censo di almeno quattro mila scudi.

Il nuovo ordinamento asburgico ereditava dal modello napoleonico l'uso di duple e triple combinato alla nomina governativa e il coinvolgimento dei deputati delle assemblee stesse o di quelle superiori nei procedimenti di voto. Il voto nei consigli comunali inoltre seguiva il metodo del suffragio per ballottazione: nella prima fase, ogni consigliere proponeva la propria lista di tredici o quattordici nomi da eleggere, selezionandoli tra i primi cento possidenti cittadini; nella seconda fase, ogni consigliere esprimeva il proprio voto, positivo o negativo, sui candidati più presenti nelle schede consegnate precedentemente. Venivano inseriti nelle duple solo i candidati con la maggioranza di voti favorevoli. Per essere inserito in duple un candidato doveva quindi essere sostenuto da almeno la metà dei consiglieri che sedevano in assemblea. Per la selezione dei nomi da inserire nelle triple per le Congregazioni provinciale e centrale, i consiglieri dovevano effettuare un'ulteriore votazione per stabilire l'ordine dei nomi all'interno della tripla. Nonostante la nomina fosse effettuata sempre dal potere tutorio superiore, i consiglieri disponevano degli strumenti elettorali per controllare la selezione del gruppo dirigente e tutelarne la coesione.

Sul piano formale, la centralità assicurata ai possidenti locali nelle istituzioni comunali e ai livelli superiori di rappresentanza rispondeva abbastanza bene ai progetti di costituzionalismo municipale sostenuti da una vasta e trasversale parte delle élites lombarde e italiane. Da questo punto di vista la richiesta di un nuovo equilibrio tra stato centrale e dimensione locale caratterizzava, al di là dell'appartenenza politica, tutti coloro che vedevano nell'istituzione comunale il luogo in cui poter tutelare e difendere le libertà locali dall'ingerenza della monarchia amministrativa modellata sull'esempio napoleonico ⁽²¹⁾. La critica dei sostenitori del costituzionalismo municipale alla pervasività dell'amministrazione statale si accompagnava poi alla richiesta di rivitalizzare le strutture rappresentative corporativo-cetuali tipiche della tradizione politica italiana tardo-medievale, indebolite ma non eradicite dalle riforme settecentesche e dall'esperienza napoleonica. Il sistema delle congregazioni lombardo-venete, nonostante l'elezione-nomina di ispirazione napo-

(21) M. MERIGGI, *Gli stati italiani prima dell'Unità*, Bologna, il Mulino, 2011, pp. 172-179.

leonica, rispettava quella tradizione: non solo manteneva, con la divisione tra deputati nobili, non-nobili e delle città-regie, elementi prettamente cetuali, ma attraverso i meccanismi di cooptazione salvaguardava la naturale funzione di comando della classe dirigente cittadina. A fondamento di queste assemblee corporativo-cetuali stava cioè un'idea di rappresentanza per la quale era naturale affidare alla *pars valentior* il compito di governare e di rappresentare la comunità cittadina organizzata e concepita non come insieme di individui, bensì come organismo unitario, secondo lo schema tipicamente medievale del rapporto *corpus-caput* (22). Una concezione profondamente diversa dall'idea di rappresentanza moderna, indissolubilmente legata a una concezione individualistica della società.

Il momento della nomina governativa introduceva in questo modello un elemento di novità che, in contrasto con la tutela degli equilibri locali garantita dalla cooptazione, affermava al contrario l'idea, propria del moderno stato amministrativo, dell'assoluta supremazia del centro sui territori. Vedremo ora come concretamente si realizzò nelle prassi e nei risultati delle procedure di voto l'equilibrio dinamico tra questi due principi.

4. *In equilibrio tra antico e moderno: le elezioni nei capoluoghi di provincia lombardi tra 1830 e 1859.*

I risultati delle procedure di voto si rivelano un valido supporto per determinare il grado di accessibilità delle assemblee, misurare il livello di coinvolgimento del governo centrale nella selezione dei deputati locali e valutare i cambiamenti sociali all'interno del gruppo degli eletti.

La frequenza della rielezione e la durata dei mandati sono indicatori utili per valutare l'accessibilità delle assemblee, in termini di apertura o chiusura rispetto all'immissione di candidati mai eletti in precedenza (23). Le diverse assemblee presentavano gradi diversi di accessibilità. A Bergamo, il ricorso alla rielezione era frequente:

(22) H. HOFMANN, *Rappresentanza-rappresentazione: parola e concetto dall'antichità all'Ottocento*, Milano, Giuffrè, 2007, pp. 253-254.

(23) L'analisi non ha incluso Lodi per mancanza della documentazione archivistica necessaria a ricostruirne la composizione del consiglio comunale.

ben il 20 per cento dei consiglieri fu eletto almeno quattro volte, rimanendo in carica per più di dieci anni. La tendenza a una gestione conservatrice dell'assemblea è confermata dalla prevalenza della componente nobiliare, che rappresentava il 50 per cento dei nominati. All'interno di questa componente possiamo poi distinguere due sottogruppi: uno formato dai patrizi decurionali, di antica nobiltà, e un altro composto da famiglie divenute nobili più di recente ma in grado di consolidare in poco tempo la loro presenza nell'assemblea. Gli interessi nel settore tessile erano quelli maggiormente rappresentati in consiglio ⁽²⁴⁾. I consiglieri laureati erano invece pochi, ma in media rieletti più frequentemente, quasi sempre esponenti delle principali famiglie cittadine.

Più accessibile rispetto a quello bergamasco e meno monopolizzato dalle storiche famiglie cittadine era il consiglio di Brescia. Il 71 per cento di consiglieri era nominato per almeno tre mandati, ma solo il 20 per cento di questo gruppo era nobile, nonostante questi ultimi rappresentassero il 40 per cento del totale dei consiglieri. Nella maggior parte dei casi, infatti, i più rieletti erano esponenti del mondo dell'imprenditoria e delle professioni. Diverso il caso dell'incarico di podestà, occupato continuativamente da esponenti del patriato cittadino. Gli interessi economici rappresentati erano eterogenei, mentre alcuni dei professionisti presenti in consiglio, come l'avvocato Giuseppe Saleri, sembrano assolvere alla funzione di mediazione tra i differenti interessi dei vari gruppi sociali cittadini. Nonostante la perdurante influenza patrizia, l'asse dell'assemblea bresciana sembra quindi spostarsi verso gli interessi del ceto imprenditoriale e dei suoi progetti di modernizzazione economica ⁽²⁵⁾.

A Como il ricorso alla rielezione era massiccio: il 65 per cento di consiglieri risulta rieletto almeno tre volte. Solo nel decennio

⁽²⁴⁾ Su Bergamo e l'importanza degli interessi tessili vedi A. LIVA, *Dalla fine del Settecento all'avvio dello stato unitario*, in *Storia economica e sociale di Bergamo*, a cura di A. Cova, Fondazione per la storia economica e sociale di Bergamo, 1994, e C. BESANA, *Tradizione e innovazione in un'area lombarda nell'Ottocento. I protagonisti dell'attività manifatturiera nel Bergamasco tra restaurazione e primi decenni postunitari*, in *Le vie dell'industrializzazione europea. Sistemi a confronto*, a cura di G.L. Fontana, il Mulino, Bologna, 1997, p. 764.

⁽²⁵⁾ Lo sviluppo economico di Brescia è descritto da S. ONGER, *Verso la modernità*, Milano, FrancoAngeli, 2010, pp 223-283.

finale le percentuali di consiglieri rieletti diminuirono e aumentò il numero di consiglieri eletti in consiglio per un singolo mandato. Una soluzione probabilmente motivata dalla crescente tensione con il governo, che negli anni successivi al 1848 esercitava la sua tutela negando spesso la nomina ai candidati più votati della dupla. Prima del 1848 le immissioni di 'nuovi' erano state limitate solo a pochi candidati; in seguito, sia per il restringimento dell'elettorato passivo, sia per il nuovo atteggiamento del governo, l'accessibilità del consenso aumentò, senza tuttavia stravolgere gli equilibri sociali dell'assemblea. Da questo punto di vista, mentre i nobili erano relativamente pochi, gli interessi maggiormente rappresentati in assemblea erano quelli dell'industria tessile, affiancati da molti professionisti, in alcuni casi nobili, tra i quali venivano spesso selezionati assessori e podestà. In questo senso, essi sembrano non solo assolvere funzioni di supporto all'azione amministrativa ma anche quella di mediazione tra le esigenze dei diversi gruppi sociali cittadini.

Limitato uso della rielezione e maggiore accessibilità caratterizzavano il consiglio di Cremona. I nobili erano poco più del 15 per cento e le scelte cooptative sembra che premiassero competenze amministrative e rilevanza degli interessi economici, favorendo anche candidati entrati solo recentemente a far parte dei maggiori possidenti, come l'avvocato Maffino Maffi o l'appaltatore Enrico Gnerri, entrambi eletti per sette mandati. Il fatto che il calcolo dell'estimo comprendesse anche i possedimenti extra-murari favoriva l'accumulazione di proprietà immobiliari in poco tempo, più mobilità sociale e quindi maggiore accessibilità dell'assemblea ⁽²⁶⁾. Possesso fondiario e competenze professionali facevano parte di una strategia che consentiva a molti di entrare a far parte della classe dirigente cittadina e di accedere alle istituzioni municipali. Presenza che consentiva ad alcuni di loro, come Giuseppe Mina e Enrico

⁽²⁶⁾ Lo conferma l'analisi delle centuple degli estimati. I Rizzini e i Bellini accumulano proprietà per oltre 6000 scudi (quasi tutti nei Corpi Santi); Pietro Vigorelli che fino alla fine degli anni '40 è il primo stimato della città, è in grado di accumulare, al 1849, 7015 scudi (di cui 5824 scudi sono nei Corpi Santi).

Gnerri, di allargare ulteriormente il proprio giro di affari, influenzando gli appalti comunali (27).

A Mantova un gruppo molto ristretto di individui controllava l'accesso in consiglio e occupava gli incarichi venendo costantemente rieletto. I consiglieri nobili rappresentavano il 25 per cento degli eletti ma la città non disponeva di un vero patriziato urbano, essendo l'aristocrazia prevalentemente legata alla corte gonzaghesca. Nonostante questo tipo di famiglie marchionali fossero tradizionalmente disinteressate alla gestione delle istituzioni municipali, nel periodo considerato esse rappresentavano la maggioranza tra i nobili in consiglio. Molto presente era la componente imprenditoriale e commerciale, mentre marginale era la presenza dei professionisti, pochi e poco rieletti (28). Assetti sociali tradizionali che si riflettevano dunque in una gestione conservatrice dell'accesso al consiglio. Solo la fine della dominazione austriaca nel resto della Lombardia, tra il 1859 e il 1866, produsse una maggiore accessibilità, con l'immissione di consiglieri alla prima esperienza: ma più che rinnovamento, questo fenomeno sembra segnalare il disimpegno dell'*inner circle* che deteneva il controllo dell'amministrazione municipale.

A Pavia il 32 per cento di consiglieri fu eletto per almeno tre mandati. In questo gruppo fondamentale era la componente legata all'università. La carriera universitaria consentiva in questo caso, soprattutto per i docenti di origine pavese, di raggiungere uno status che poi poteva essere trasmesso ai figli. Mentre la presenza nobiliare era in linea con il resto delle città parte del Ducato di Milano settecentesco, ridotta era quella imprenditoriale e commerciale, a causa della generale depressione economica della città seguita al

(27) Il primo è titolare dell'appalto per la fornitura di viveri e foraggi ai militari della provincia, mentre il secondo detiene quello per la caccia e pesca sul Po. Sulla Cremona preunitaria cfr. S. LEVATI, *Cremona dalla Restaurazione all'Unità: una città in lento mutamento*, in *Storia di Cremona. L'Ottocento*, a cura di M.L. Betri, Bergamo, Bolis, 2005, e M.L. BETRI, *Ottocento*, in *Cremona e il suo territorio*, a cura di G. Rumi, G. Mezzanotte, A. Cova, Milano, Cariplo, 1998.

(28) Sulla nobiltà mantovana cfr. S. MORI, *Il ducato di Mantova nell'età delle riforme (1736-1784): Governo, amministrazione, finanze*, Firenze, La Nuova Italia, 1998, pp. 1-29, mentre sulla Mantova ottocentesca vedi M. VAINI, *La società censitaria nel Mantovano, 1750-1866*, Milano, FrancoAngeli, 1992.

distacco dalla provincia dell'Oltrepò e della Lomellina e al conseguente frazionamento dei patrimoni ⁽²⁹⁾.

A Sondrio i consiglieri eletti per più di due mandati erano solo il 20 per cento della rappresentanza municipale. Possiamo individuare solo un piccolo gruppo di cinque individui, eletti per cinque volte, in grado di consolidare la propria posizione nell'assemblea. Frequente era la trasmissione dell'incarico di consigliere all'interno della famiglia, favorita dall'abitudine dei sondriesi a dividere i possedimenti famigliari tra diversi parenti ⁽³⁰⁾. In questo modo venivano cooptati in consiglio più esponenti della medesima famiglia, spesso nobile. I pochi professionisti, quasi esclusivamente giuristi, appartenevano alle stesse famiglie. Terra e famiglia erano quindi gli elementi che meglio definivano l'appartenenza del ceto dirigente alle istituzioni municipali.

Il quadro dei consigli comunali così delineato fotografa una situazione molto eterogenea ma che permette alcune generalizzazioni. In primo luogo, rispetto al ruolo giocato dalla nomina governativa i dati riflettono una certa riluttanza da parte del governo a intervenire sulle indicazioni dei consiglieri comunali, che infatti sono rispettate nel 90 per cento dei casi, anche se questa percentuale subisce una prevedibile ma minima flessione dopo il 1848.

I risultati delle elezioni possono essere letti attraverso diversi punti di vista. Il dato dell'accessibilità evidenzia l'esistenza di diverse strategie messe in atto dai ceti dirigenti per controllare le istituzioni municipali. In questo senso possiamo distinguere: consigli chiusi con una vasta presenza di consiglieri storici (Bergamo, Como); assemblee più accessibili, ma con un numero limitato di consiglieri di lunghissimo periodo (Brescia, Pavia); assemblee caratterizzate da un gruppo ristretto di consiglieri storici intorno ai quali si alternano consiglieri eletti per pochi mandati (Cremona, Mantova, Sondrio).

Se invece prendiamo in considerazione la rilevanza della componente nobiliare è possibile individuare due aree: una orientale,

⁽²⁹⁾ Su Pavia vedi G. VIGO, *Una provincia, tre economie. La produzione urbana tra la metà del Settecento e la metà dell'Ottocento*, in *Pavia e il suo territorio*, a cura di G. Rumi, G. Mezzanotte, A. Cova, Milano, Cariplo, 2000, e G.E. DE PAOLI, *Pavia dall'età francese all'unità d'Italia*, in *Storia di Pavia*, V, Pavia, Banca Regionale Europea, 1995.

⁽³⁰⁾ Come spiegato da S. JACINI, *Sulle condizioni economiche della provincia di Sondrio*, Milano, Civelli, 1858, pp. 35-41.

corrispondente ai territori appartenuti un tempo alla Repubblica di Venezia (Brescia, Bergamo) e ai Gonzaga (Mantova) caratterizzati da una forte presenza nobiliare e un'area occidentale (Pavia, Como, Cremona) dove invece la presenza nobiliare era più limitata ⁽³¹⁾.

Pure le condizioni economiche erano rilevanti per la composizione dei consigli: i consigli dei centri più grandi ed economicamente vivaci (Brescia, Cremona e Mantova) presentavano una rilevante e diversificata componente imprenditoriale, assente invece a Pavia o a Sondrio che, per ragioni diverse, vivevano decenni di grave stagnazione economica; in mezzo, le assemblee di Como e Bergamo esibiscono un discreto numero di imprenditori, le cui attività si concentravano però quasi esclusivamente in un settore, quello tessile.

La componente professionale risultava fondamentale in tutti i consigli comunali, ma era numericamente rilevante specialmente nella parte occidentale: a Pavia, dove era favorita dalla presenza dell'università, vera e propria fucina di consiglieri comunali; a Como e Cremona, in cui accanto ai giuristi tipicamente deputati a funzioni di intermediazione politica intra-cetuale, troviamo molti ingegneri, probabilmente a causa della necessità di competenze specialistiche per la gestione delle acque. Non si trattava comunque di una novità: i patriziati urbani dei comuni del nord Italia si erano sempre serviti di esperti per curare gli affari municipali.

Le classi dirigenti locali si riproducevano all'interno delle istituzioni municipali in continuità con i caratteri storici della loro tradizione politica municipale, per difendere la coesione del gruppo e gli assetti patrimoniali del patriziato. Anche la composizione delle Congregazioni provinciali e della Centrale rimandava a schemi di funzionamento tipici dell'antico regime e riproduceva la tradizionale supremazia sul contado delle città principali. Tenuto conto che le città principali già avevano dei seggi riservati (quelli delle città-regia), nondimeno i rappresentanti delle loro classi dirigenti erano in

⁽³¹⁾ Per effetto delle caratteristiche eterogenee dei diversi patriziati, problema affrontato anche dagli Asburgo come descritto in S. LEVATI, *Nuova vasta e scabrosa materia: la revisione della nobiltà lombarda (1814-1828)*, in « Il Risorgimento », 1 (1997), 2, pp. 143-173. La crisi del patriziato pavese tra Cinquecento e Settecento è analizzata in C. PORQUEDDU, *Istituzioni e società tra l'inizio del dominio spagnolo e la fine del dominio austriaco*, in *Storia di Pavia*, IV, II, Pavia, Banca Regionale Europea, 1995, p. 11.

grado di farsi eleggere anche nei posti riservati alla provincia: nella Centrale, il 42 per cento dei posti riservati ai nobili erano occupati dall'aristocrazia cittadina, mentre nei seggi non-nobili della provincia sedeva la borghesia cittadina nel 47 per cento dei casi; nelle provinciali le percentuali aumentavano ulteriormente e la componente cittadina occupava quasi il 62 per cento dei seggi nobili e il 55 per cento degli scranni riservati ai non-nobili ⁽³²⁾.

5. *Le condizioni per il voto individuale.*

Scarso interventismo del centro, rispetto delle tradizionali strategie di accesso all'assemblea, difesa della supremazia cittadina sul contado: questi mi sembrano gli elementi che indirizzavano le pratiche elettorali e garantivano ai gruppi dirigenti locali un elevato livello di controllo sui meccanismi di rappresentanza. In questo senso, le comunità cittadine continuavano a essere rappresentate secondo le modalità tipiche del voto di antico regime, pur con alcune modificazioni. In particolare, il sistema istituzionale del Lombardo-Veneto continuava a favorire una sovra-rappresentazione delle città nelle assemblee superiori, non mettendo fine al rapporto squilibrato tra il contado e le città, la cui eliminazione già era stato l'obiettivo delle riforme istituzionali asburgiche della seconda metà del Settecento.

Questo non rappresentava necessariamente un problema per diversi esponenti moderati del liberalismo italiano e lombardo. Nel corso del biennio 1846-47 infatti le proposte dei moderati ai sovrani della Penisola non andavano nella direzione di una riforma costituzionale della monarchia, bensì in quella della concessione di organi consultivi incaricati di rappresentare gli interessi dei territori e di assistere il sovrano nell'esercizio del potere, in modo da rendere meno pervasiva l'invasione delle strutture centralizzate della monarchia amministrativa sulle realtà locali. In queste proposte non c'erano riferimenti al sistema delle congregazioni lombardo-venete

⁽³²⁾ Per i dati completi sulle elezioni nei consigli comunali e nelle congregazioni provinciali e centrale si rimanda a A. MUOIO, *Il municipio e l'Impero. Una classe dirigente regionale alla vigilia dell'unificazione nazionale*, tesi di dottorato, Università di Pavia, appendice.

ma, nonostante si differenziassero da quel modello per diverse e anche importanti caratteristiche, ne condividevano il modo di intendere la rappresentanza, rifiutando l'individualismo a favore di una concezione organica e gerarchica dei rapporti sociali ⁽³³⁾.

Negli stessi anni, anche Cesare Correnti riprendendo le riflessioni di Victor Franz von Andrian-Werburg in *L'Austria e il suo avvenire*, individuava nella macchina amministrativa la « più gran piaga dell'impero » ⁽³⁴⁾. « Sottoposte all'azione atrofizzante degli stipendiati » le rappresentanze provinciali e nazionali diventavano « una ruota superflua e derisa della complicata gerarchia burocratica » ⁽³⁵⁾. I consigli comunali invece, composti dai « più eletti, più ricchi e colti cittadini » erano sottoposti a una « sorveglianza » così opprimente da rendere la stessa istituzione « tuttaquanta guasta » ⁽³⁶⁾. Il bersaglio polemico di Correnti non era il sistema di rappresentanza corporata, giudicato positivamente perché in grado di chiamare gli elementi migliori a rappresentare l'intera comunità, bensì l'amministrazione centrale, colpevole di assorbire e opprimere gli spazi delle autonomie locali.

Le proposte moderate rifiutavano i modelli più avanzati del liberalismo europeo e miravano piuttosto a riformare le istituzioni assembleari all'insegna della continuità con la tradizione italiana. La classe dirigente che le avrebbe occupate non sarebbe più stata espressione degli antichi equilibri di ceto, ma avrebbe avuto il compito di rappresentare i corpi territoriali e i loro interessi, non ancora gli individui ⁽³⁷⁾. Ma queste proposte rappresentavano un rischio per i moderati. La creazione di una rappresentanza nazionale sulla base di quelle locali finiva infatti per risultare attrattiva specialmente per i democratici che, potendo sfruttare a loro vantaggio la coincidenza tra suffragio amministrativo e politico, disponevano

⁽³³⁾ Le proposte per l'istituzione delle consulte sono analizzate da L. MANNORI, *Costituire l'Italia. Il dibattito sulla forma politica nell'Ottocento preunitario*, Pisa, Pacini, 2019, pp. 138-145.

⁽³⁴⁾ C. CORRENTI, *L'Austria e la Lombardia*, Italia, 1847, pp. 33-34.

⁽³⁵⁾ C. CORRENTI, *Indirizzo degli Italiani di Lombardia alla Congregazione centrale Lombarda*, 1847, p. 10.

⁽³⁶⁾ CORRENTI, *L'Austria*, cit., p. 41.

⁽³⁷⁾ MANNORI, *Costituire*, cit., pp. 147-148.

degli strumenti per mettere in discussione il monopolio esercitato dalla classe dirigente moderata sugli spazi di rappresentanza politica.

Le vicende del 1848 fecero emergere tra i moderati la consapevolezza di questo rischio: la costituzione di un'assemblea nazionale basata su una concezione localistica della rappresentanza poteva essere lo strumento attraverso il quale i democratici avrebbero potuto imporre la loro idea di federazione democratica. A febbraio, nel corso della discussione sulla legge elettorale piemontese, Cavour sottolineava la necessità per la proposta moderata di superare il modello consultivo basato sulla rappresentanza localistica post-cetuale: l'unica strada per limitare le aperture democratiche era distinguere la politica nazionale dall'amministrazione locale, differenziando i rispettivi elettorati, e creando un moderno parlamento liberale in cui gli eletti non dovessero rappresentare gli interessi locali ma l'intera nazione. L'analisi di Cavour rovesciava il discorso di una via italiana alle moderne istituzionali liberali europee ancorata alle tradizioni di governo municipale ⁽³⁸⁾.

L'8 aprile 1848 nasceva il governo provvisorio centrale di Lombardia, presieduto da Gabrio Casati e formato dai membri del precedente governo provvisorio di Milano e dai rappresentanti delle province lombarde che erano stati aggregati. Nello stesso giorno il governo, composto in gran parte da moderati, nominava una commissione speciale per elaborare la legge elettorale con cui sarebbe stata eletta l'Assemblea costituente. All'inizio di maggio il governo però decretava il plebiscito per la fusione con il regno di Sardegna, vanificando il lavoro della commissione.

È possibile che la nomina della commissione elettorale fosse stata una scelta tattica, finalizzata a prendere tempo in attesa che la possibilità di annessione al Piemonte si concretizzasse. In ogni modo i lavori della commissione evidenziano come l'idea della rappresentanza nazionale e del superamento dei localismi fosse stato rapidamente assorbito. I membri sottolineavano la necessità che «la Nazione intera» concorresse «con universale suffragio a nominare i cittadini che dovevano rappresentarla», come già si stava facendo in Francia. L'elezione doveva essere diretta, perché una «doppia

⁽³⁸⁾ Ivi, pp. 164-166 e R. ROMANELLI, *Importare la democrazia. Sulla costituzione liberale italiana*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2009, pp. 56-58.

elezione avrebbe allontanato l'eletto dalla sua base» e segreta « perché nel segreto sta una delle principali » garanzie « della libertà del voto, e quindi della sincerità delle elezioni » (39). Il riferimento all'esempio francese suggerisce come i moderati, seguendo l'indicazione di Cavour, iniziassero a guardare ai modelli europei piuttosto che alla tradizione municipale italiana. Di cui pure rimanevano tracce. Nel corso della discussione sulle circoscrizioni elettorali, la maggioranza si espresse a favore della divisione per province invece che per distretti, proprio tenuto conto che le città erano « il centro principale dei numi » e in modo da permettere che esse concorressero in maniera adeguata al loro ruolo « a creare il nostro edificio sociale » (40), segnalando la persistenza di una concezione organica del rapporto tra le diverse parti del territorio.

Fuori dai lavori della commissione, i residui premoderni sono più ricorrenti. Nella sua proposta di legge elettorale il giurista Cesare Padalini, funzionario dell'Ufficio censura e dopo il 1848 — nonostante la sua partecipazione alla rivoluzione — assegnato alla Direzione Strade Ferrate, esprimeva la propria preferenza per il voto pubblico piuttosto che per il voto segreto; l'assegnazione al vincitore delle elezioni a livello della « tradizionale votazione per comune » di un « voto corporativo » sulla base del quale si sarebbe deciso il candidato vincente a livello distrettuale; la possibilità per i possidenti di votare in ognuno dei comuni in cui detenessero una proprietà (41). Paladini rifiutava anche la possibilità di applicare il modello francese, che favoriva le nomine « di interesse politico generale, piuttosto che quelle di interesse locale » in un contesto come quello lombardo (42). La proposta di Paladini nonostante facesse sua l'idea del suffragio universale, dimostra di non aver ancora assimilato la distinzione tra dimensione amministrativa e

(39) *Progetto di legge elettorale e delle istruzioni per la di lei esecuzione presentato al governo provvisorio della Lombardia dalla commissione destinata col di lui decreto 8 aprile 1848: a studiare e proporre la legge per la convocazione delle Assemblee Primarie e della Assemblea Nazionale e relazione delle discussioni della commissione medesima*, Italia, Stamperia Nazionale, 1848, pp. 5-6.

(40) Ivi, pp. 12-19.

(41) C. PALADINI, *Della migliore legge elettorale provvisoria*. *Studii*, Italia, Turati, 1848, pp. 15-16.

(42) Ivi, p. 9.

dimensione politica, arrivando persino ad ipotizzare la possibilità di concedere il voto alle donne che già lo esercitavano in qualità di proprietarie all'interno dei comuni retti a convocato, anche per « star fedele alle tradizioni ed alle consuetudini » (43).

Più avanzata per certi versi la proposta dell'avvocato Antonio Bianconi, che affermava la centralità del suffragio universale e del principio della sovranità popolare: « È principio fondamentale d'ogni governo libero, che la sovranità debba risiedere nel popolo. Nessun ragionamento, nessun'autorità può bastare a distruggere questo principio, tolto il quale, è crollata la base fondamentale del governo » (44). Anche lui però esprimeva la propria preferenza per il voto palese piuttosto che per quello segreto, considerando quest'ultimo adatto a contesti in cui la « libertà difetta [...] la virtù è timida, e [...] la forza e la cabala prevalgono » (45). In realtà segnalando quanto alcuni concetti, che si stavano definitivamente affermando nel panorama liberale europeo e che collegavano il voto segreto all'espressione della libera preferenza individuale, trovavano nel contesto italiano ancora alcune resistenze (46).

L'annessione al Piemonte non fu votata da un'assemblea eletta sulla base del principio della rappresentanza individuale e nazionale. La scelta di votare l'annessione attraverso un plebiscito (47) mostra come i moderati fossero diventati consapevoli che solo chiedendo il consenso del popolo potevano legittimare la costruzione di un nuovo spazio politico, costitutivamente diverso dalla dimensione amministrativa locale, all'interno del quale le antiche classi dirigenti municipali si sarebbero trasformate in classe dirigente nazionale.

(43) Ivi, p. 25.

(44) A. BIANCONI, *Pensieri sulla legge elettorale*, Milano, Vallardi, 1848, p. 6.

(45) Ivi, p. 10.

(46) Sottolineano la molteplicità di funzioni del voto segreto, al di là del discorso ideologico che lo riguarda R. BERTRAND, J.L. BRIQUET, P. PELS, *Introduction*, in *Cultures of voting. The hidden history of the secret ballot*, a cura di R. Bertrand, J.L. Briquet, P. Pels, London, Hurst, 2007, pp. 4-5.

(47) I plebisciti in Italia sono stati analizzati da G.L. FRUCI, *Il sacramento dell'unità nazionale. Linguaggi, iconografia e pratiche dei plebisciti risorgimentali 1848-1870*, in *Storia d'Italia, Annale 22*, Torino, Einaudi, 2007, pp. 567-605, e ID., *Il suffragio nazionale. Discorsi e rappresentazioni del voto universale nel 1848 italiano*, in « Contemporanea », 8 (2005), 4, pp. 597-620.

6. *Dopo il '48.*

Il voto favorevole al plebiscito per l'annessione non fu tuttavia sufficiente a realizzarla. Con il ritorno degli austriaci al potere in Lombardia il suffragio universale e il voto individuale furono accantonati. Nel decennio successivo, Vienna tentò di allargare la partecipazione cercando di riformare le procedure elettorali e i meccanismi di composizione delle assemblee per favorire una migliore rappresentanza degli interessi ma i risultati non furono soddisfacenti, poiché le proposte miravano esclusivamente a trovare un nuovo tipo di bilanciamento tra i diversi corpi, senza mettere in discussione l'idea di rappresentanza corporata ⁽⁴⁸⁾.

Il sistema rappresentativo lombardo-veneto aveva protetto la supremazia degli interessi più rilevanti a livello locale e favorito un migliore bilanciamento dei rapporti politici tra città e contado rispetto al passato settecentesco. Le assemblee avevano costituito degli spazi all'interno dei quali, gli eletti, scelti sulla base di criteri corporativi, avevano il compito di consigliare il sovrano sulla base degli interessi dei corpi territoriali che erano chiamati a rappresentare. Istituite come margine al potere del centro, erano tuttavia state ridotte all'impotenza dallo sviluppo dell'amministrazione centralizzata. Con il 1848 le classi dirigenti locali si resero conto che l'opzione rappresentata dall'istituzione di assemblee corporate con funzioni consultive non era più percorribile. Diventava necessario separare la dimensione della rappresentanza amministrativa di tipo locale dalla rappresentanza nazionale, perché solo sulla base degli interessi nazionali e ponendo su basi nuove il legame tra l'individuo e lo stato era possibile mobilitare il consenso necessario a realizzare il progetto di unificazione nazionale.

Il nuovo sistema elettorale dell'Italia unita era basato sul voto individuale, ma presentava un suffragio censitario con soglie differenziate, più restrittive per le elezioni politiche rispetto a quelle per

⁽⁴⁸⁾ Sul tema vedi M. MERIGGI, *Dalla rappresentanza degli interessi alla legittimazione costituzionale. Le camere di commercio in Lombardia dal 1814 al 1859, in Economia e corporazioni. Il governo degli interessi nella storia d'Italia dal medioevo all'età contemporanea*, a cura di C. Mozzarelli, Milano, Giuffrè, 1988, pp. 241-263, e Id., *Sulle congregazioni lombardo-venete in epoca neoassolutista (1848-1859)*, in « Römische Historische Mitteilungen », 31 (1989), pp. 469-487.

le amministrative (49). I risultati delle elezioni amministrative mostrano una certa continuità con il passato: il maggiore rinnovamento della classe dirigente si ebbe nei consigli comunali che erano stati più accessibili durante la dominazione austriaca. Più rilevanti furono invece i cambiamenti a livello provinciale e a livello nazionale. La scelta fatta con la legge Rattazzi di utilizzare la divisione in mandamenti per eleggere i deputati provinciali permise una più estesa rappresentanza degli interessi provinciali (50). A livello nazionale invece la partecipazione della borghesia cittadina alle elezioni costrinse molti esponenti dei vecchi patriziati municipali a candidarsi per il Parlamento nazionale in provincia, dove era necessario un numero minore di voti per essere eletti e maggiore era la rilevanza dei proprietari terrieri all'interno dell'elettorato. Il vecchio equilibrio tra città e contado, che favoriva tradizionalmente i centri cittadini, ne uscì completamente rivoluzionato (51). Mentre nella dimensione amministrativa comunale, i vecchi ceti dirigenti municipali riuscivano a continuare a esprimere il loro naturale ruolo di comando collegato alla prevalenza dei loro interessi patrimoniali, nelle istituzioni rappresentative superiori si affermava il principio per cui gli eletti erano tenuti a rappresentare le volontà di una nazione composta da un territorio uniforme, non più diviso in corpi con diversa rilevanza ma composto da individui giuridicamente uguali.

Dopo il 1848 la nozione di rappresentanza perse il suo carattere ambiguo imponendosi nella versione più moderna, legata a

(49) Per le elezioni amministrative potevano votare i maggiori di 21 anni che pagavano almeno 5 lire di tasse all'anno nei comuni di 3 mila abitanti; 10 in quelli con popolazione tra i 3 e i 10 mila; 15 per quelli tra i 10 e i 20 mila; 20 per quelli tra 20 e 60 mila; 25 per i comuni con più di 60 mila abitanti. Alle politiche potevano invece partecipare i maggiori di 25 anni che pagavano almeno 40 lire di tasse annue. Cfr. C. GHISALBERTI, *Storia costituzionale d'Italia 1848-1994*, Bari, Laterza, 2002, pp. 183-187.

(50) I dati delle elezioni amministrative comunali e provinciali ad esclusione di Mantova, annessa nel 1866, si trovano in A. DELL'ACQUA, *Annuario-statistico del Regno d'Italia per l'anno 1863-1864*, Milano, Pirola, 1864, p. 590 e ss. I risultati delle politiche sono invece tratti da P. CORBETTA, M.S. PIRETTI, *Atlante storico-elettorale d'Italia*, Roma, Zanichelli, 2008, p. 30 e ss.

(51) Il nuovo ruolo delle campagne come spazio politico-elettorale all'indomani dell'unità è sottolineato da M. RIDOLFI, *Nel segno del voto*, Roma, Carocci, 2000, pp. 17-28. Tendenza confermata per l'area di Cremona da E. SIGNORI, *Vita politica e amministrazione nel quarantennio postunitario*, in *Storia di Cremona*, cit., pp. 50-51.

governi e istituzioni liberali ⁽⁵²⁾. In pochi anni anche in Italia, in maniera per certi versi sorprendente, la moderna concezione della rappresentanza politica, individuale e nazionale, si era affermata, distinguendo la dimensione amministrativa da quella politica e riconducendo a unità l'insieme frammentato e molteplice dei corpi territoriali. Ma il localismo, eliminato dall'architettura delle istituzioni rappresentative nazionali, trovava posto all'interno della pratica politica, nonostante i tentativi della politica nazionale di trovare una tecnologia elettorale in grado di debellarlo definitivamente ⁽⁵³⁾. In maniera paradossale, complice anche la scelta dei governi unitari di procedere lungo la strada della centralizzazione amministrativa e della limitazione delle autonomie locali, il Parlamento divenne il luogo in cui gli eletti, piuttosto che rappresentare l'intera collettività nazionale, cercavano di giungere a un compromesso tra i diversi interessi localistici ⁽⁵⁴⁾.

⁽⁵²⁾ A. PODLECH, *La représentation: une histoire du concept*, in « Trivium », 16 (2014), pp. 24-25.

⁽⁵³⁾ Cfr. le discussioni sullo scrutinio di lista prima e dopo la sua introduzione nel 1882 ricostruite da ROMANELLI, *Importare*, cit., pp. 47-48.

⁽⁵⁴⁾ Di circolo vizioso parla P. AIMO, *Stato e poteri locali dal 1848 a oggi* (1997), Roma, Carocci, 2012, pp. 50-53.

GIACOMO CARMAGNINI

SCACCO ALLA RAGIONE.
RIVOLUZIONE E TEORIA DEL VOTO
NELLA RIFLESSIONE DI UN *IDÉOLOGUE*

1. Teoria e pratica del voto rivoluzionario: una rinascita storiografica. — 2. Dai corpi al cittadino proprietario: il laboratorio fisiocratico. — 3. Condorcet, Daunou e la ricerca di un voto 'scientifico'. — 4. Tra Francia ed Europa, il tramonto di un'utopia. — 5. Dopo la Rivoluzione: verso un voto moderno.

1. *Teoria e pratica del voto rivoluzionario: una rinascita storiografica.*

È allo storico francese Patrice Gueniffey che va riconosciuto il merito di aver portato al centro degli studi rivoluzionari il tema elettorale, fino ad allora quasi ignorato, al di là di sparuti e isolati riferimenti, dalla storiografia del settore ⁽¹⁾. L'introduzione di una peculiare forma di democrazia rappresentativa, i fondamenti teorici e le sue origini più o meno antiche, hanno certamente animato fin dagli esordi i più importanti studi sulla Rivoluzione francese. Tuttavia, al netto della valorizzazione teorica del concetto di rappresentanza, non si può che constatare la lunga oscurità che ha avvolto le *pratiche* politiche, che pretendevano di concretizzare nella vita pubblica francese proprio quei principi così dirimenti. Non rientra dunque tra i meriti minori di *Le nombre et la raison*, pubblicato nel 1993 in una Parigi ancora inebriata dalle controverse celebrazioni del Bicentenario, l'aver innescato un fervido dibattito che avrebbe condotto ad una serie — non particolarmente estesa, va detto, ma interessante e innovativa — di ricerche che hanno recuperato, anche

(1) P. GUENIFFEY, *Le nombre et la raison. La Révolution française et les élections*, Paris, Éditions de l'École des hautes études en sciences sociales, 1993.

polemicamente, la lezione dello storico francese sulla spinosa questione elettorale durante gli anni rivoluzionari ⁽²⁾.

Tuttavia, per cogliere il reale peso della teoria e della pratica elettorale della Rivoluzione all'interno della storia del voto non è sufficiente rivolgersi al solo decennio rivoluzionario. L'emergere dell'istanza individuale come cornice e fondamento di uno specifico strumento politico deve esser messo in dialogo con le epoche storiche che inquadrano gli anni finali del XVIII secolo ⁽³⁾. Solo attraverso uno sguardo diacronico, attento alle premesse e alle conseguenze della parabola rivoluzionaria si potrà dimostrare il particolare sentiero storico e intellettuale che, a partire da una società di corpi e comunità, ha permesso al voto di divenire gradualmente un diritto spettante ai singoli membri della cittadinanza. Non solo: dopo aver attraversato la dimensione della particolare titolarità, destinata a divenire prerogativa del singolo cittadino, tra Rivoluzione e Restaurazione il percorso d'individualizzazione del voto avrebbe investito il significato e la finalità delle operazioni elettorali. Accanto e oltre al perseguimento di un unico e sfuggente interesse generale — in cui l'individuo avrebbe dovuto arrivare all'oblio di sé e dei propri interessi parziali —, si sarebbe gradualmente affermata una concezione del voto declinata sulle istanze

⁽²⁾ In alcuni casi, si tratta di studi persino precedenti, ma tornati alla ribalta proprio in virtù di questa sorta di riscoperta pubblica delle pratiche elettorali rivoluzionarie. Così L. HUNT, *Politics, Culture, and Class in the French Revolution*, Berkeley-Los Angeles, University of California Press, 1984. Si veda anche M. CROOK, *Elections in the French Revolution: An Apprenticeship in Democracy, 1789-1799*, Cambridge (UK), Cambridge University Press, 1996. Appare invece una sintesi delle principali acquisizioni sulla materia e, allo stesso tempo, il compimento degli spunti acquisiti durante una ricerca quarantennale il recente studio di M. EDELSTEIN, *La Révolution française et la naissance de la démocratie électorale*, Rennes, Presses Universitaires de Rennes, 2014. Si vedano inoltre S. ABERDAM., S. BIANCHI, R. DEMEUDE, É. DUCOUDRAY, B. GAINOT, M. GENTY, C. WOLIKOW, *Voter, élire pendant la Révolution française. Guide pour la recherche*, Paris, Éditions du CTHS, 2006; P. ROSANVALLON, *Le peuple introuvable. Histoire de la représentation démocratique en France*, Paris, Gallimard, 1998.

⁽³⁾ In tal senso, il presente studio si collega ai più recenti indirizzi storiografici, sempre più inclini a parlare di una lunga Età delle rivoluzioni. Cfr. *Republics at War, 1776-1840. Revolutions, Conflicts, and Geopolitics in Europe and the Atlantic World*, edited by P. Serna, A. De Francesco, J.A. Miller, London, Palgrave Macmillan, 2013; A. DE FRANCESCO, *Repubbliche Atlantiche. Una storia globale delle pratiche rivoluzionarie, 1776-1804*, Milano, Raffaello Cortina Editore, 2022.

individuali, ovvero sugli interessi privati ed originali che ogni votante avrebbe dovuto soppesare senza vergogna prima di esprimere la sua preferenza.

2. *Dai corpi al cittadino proprietario: il laboratorio fisiocratico.*

Come molte delle conquiste e delle discontinuità che siamo soliti legare alla Rivoluzione, occorre dunque rivolgersi, in primo luogo, al periodo immediatamente precedente per riconoscere le radici da cui esse sarebbero germogliate ⁽⁴⁾. Ciò vale a maggior ragione per la questione delle pratiche elettorali, dal momento che, come noto, non fu l'Ottantanove ad inaugurare un'esperienza ben più risalente nel tempo. Anche nei secoli che compongono quello che sarebbe divenuto l'Antico Regime si votava e, anzi, lo strumento del voto e il suo esercizio costituivano, già allora, dei momenti centrali per la definizione e l'autorappresentazione di una particolare società. La vera discontinuità, dunque, non è da riconoscersi nel generico ricorso al voto come uno dei mezzi di risoluzione dei conflitti pubblici, bensì nell'immagine di società che si riflette a partire dalla particolare conformazione teorica e pratica del momento elettorale. È proprio grazie allo studio della *funzione* del voto che, per esempio, Olivier Christin ha potuto sostenere che la società di Antico Regime si concepiva

non comme le rassemblement d'individus atomisés poursuivant des fins différentes et exprimant librement leurs choix dans un espace public commun, mais comme un assemblage de corps, de communautés, de compagnies dotées de statuts, régis par des règles, protégés par des privilèges. Voter, c'est être dans l'ordre, faire corps, appartenir à l'un de ces multiples corps qui dessinent l'espace social ⁽⁵⁾.

Si tratta di affermazioni che trovano riscontro nei ripetuti — e vani — tentativi di riforma amministrativa che costellano la seconda

⁽⁴⁾ Sul legame tra Antico Regime e Rivoluzione il riferimento classico è sicuramente A. DE TOCQUEVILLE, *L'Antico regime e la Rivoluzione* (1856), a cura di G. Candeloro, Milano, Biblioteca Universale Rizzoli, 1996.

⁽⁵⁾ O. CHRISTIN, *À quoi sert de voter aux XVI-XVIII siècles?*, in « Actes de la recherche en sciences sociales », CXL (2001), 5, p. 30.

metà del XVIII secolo francese. Come noto, la monarchia borbonica avrebbe tentato, attraverso i suoi controllori generali delle finanze, di risollevare una situazione finanziaria sempre più disperata e, al contempo, razionalizzare il sistema di governo del Regno riordinando l'organizzazione della fiscalità, il ruolo delle autonomie locali e i poteri dei ceti e dei corpi privilegiati. Benché nessuna delle riforme progettate fosse destinata al successo, si tratta di sperimentazioni decisive sotto il profilo dell'evoluzione, prima di tutto teorica, del voto. Se si è soliti riconoscere nella riforma intrapresa tra il 1764 e il 1765 da François de Laverdy il primo tentativo di razionalizzare il sistema amministrativo francese — sopprimendo gli ufficiali municipali e stabilendo delle assemblee ordinarie di notabili per l'elezione dei corpi municipali —, è con il ministero di Turgot che la riflessione centrata sull'ambito elettorale sembra compiere uno scatto decisivo⁽⁶⁾. Benché già nel progetto di Laverdy il voto costituisse uno strumento centrale — presentandosi come il principale vettore per sostituire gli intendenti e la deprecata venalità delle cariche pubbliche —, esso si presentava, ancora, come appannaggio dei corpi e delle comunità che strutturavano la società di Antico Regime. Tutt'altro orizzonte si apriva con l'ascesa di Turgot al ruolo di *Contrôleur général des finances*: grazie al sostegno decisivo di un altro membro di spicco del pensiero fisiocratico come Dupont de Nemours, veniva disegnato un progetto di riforma amministrativa in cui il voto sembrava perlomeno avvicinarsi alla moderna accezione di strumento spettante ad un singolo individuo. Si trattava già di una cesura fondamentale. Come veniva spiegato nelle pagine del *Mémoire sur les municipalités* del 1775, redatto da Dupont su richiesta del ministro, il piano di riforma prevedeva tre diversi livelli di municipalità (di parrocchia, di elezione e di provincia), tutte elettive, a cui avrebbero partecipato — questo è il

(6) Ancor prima della riforma di Laverdy, si è soliti riconoscere nelle *Considérations sur le gouvernement ancien et présent de la France* del marchese d'Argenson — composte nel 1737 ma pubblicate solo nel 1764 — una delle prime testimonianze a favore di una riforma sostanziale del sistema amministrativo francese. Sugli effetti e sui limiti dell'azione di Laverdy si vedano M. BORDES, *La réforme municipale de 1764-1765 et son application dans l'intendance d'Auch*, in « Annales du Midi: revue archéologique, historique et philologique de la France méridionale », LXI (1963), pp. 49-76; Id., *La réforme municipale du contrôleur général Laverdy et son application dans certaines provinces*, in « Revue d'histoire moderne et contemporaine », XII (1965), 4, pp. 241-270.

punto — non corpi od ordini, ma individui *proprietary*. Proprio la proprietà terriera, come noto, coincideva col requisito fondamentale preteso dai fisiocratici per divenire cittadini a tutti gli effetti e dunque poter partecipare attivamente alla gestione della vita pubblica. Dalla crucialità dello *status* di proprietario terriero dipendevano alcune peculiarità del progetto di Turgot-Dupont che si configurano, agli occhi dell'osservatore moderno, come altrettanti limiti: il voto plurimo e il voto frazionario (7). Si potrebbe aggiungere il ruolo meramente consultivo sia delle municipalità locali sia dell'Assemblea Nazionale che le avrebbe coronate, e che sarebbe servita da appoggio ad un monarca che non perdeva, ma anzi rilanciava le sue prerogative e i suoi poteri proprio grazie alla riforma progettata. Al netto di tutto ciò, la proposta di sostituire ad una società strutturata per ordini le figure di singoli cittadini proprietari era di per sé dirompente. Non stupisce così constatare il fallimento del progetto, che non avrebbe mai visto la luce. Anzi, a distanza di pochi anni, uno dei successori di Turgot, destinato ad una grande, ma effimera fortuna, avrebbe tentato di dar vita ad una riforma amministrativa e ad assemblee locali seguendo una traiettoria completamente diversa dal predecessore. Nel progetto di Necker (1778-1779), infatti, al principio del voto era sostituito quello della cooptazione e della nomina regia, mentre alla figura del cittadino proprietario si preferivano quelle tradizionali dei corpi e degli ordini. Senza voler indugiare sui successivi progetti di riforma, dall'Assemblea dei Notabili di Calonne all'estremo tentativo di Brienne, occorre focalizzare l'attenzione sullo slittamento teorico e concettuale del voto, che già nei decenni che precedettero l'Ottantanove traslò, nella riflessione fisiocratica, da una dimensione corporativa e comunitaria ad una individuale, sebbene ancora legata al censo (8).

(7) Il primo principio attribuiva ad ogni cittadino 'intero' un numero di voti proporzionale alla quantità di beni fondiari posseduti. Con la seconda formula si intendeva invece la possibilità per quanti non riuscissero a raggiungere la soglia minima di entrate fondiarie richieste di associarsi con altri individui nella stessa situazione soddisfacendo così il termine stabilito e acquisendo, complessivamente, il diritto all'elezione di un rappresentante comune.

(8) A questo proposito, occorre specificare che gli stessi progetti di riforma d'ascendenza fisiocratica erano ben lungi dal costituire un blocco compatto ed uniforme. Al netto di alcuni elementi cardine condivisi, sono molte le differenze che separano la riflessione di Victor Riqueti de Mirabeau, Turgot-Dupont e Guillaume-François Le

La figura di Condorcet si rivela emblematica nell'incarnare le continuità, ma anche le rotture, tra la riflessione sul voto di Antico Regime e la nuova dimensione che esso avrebbe assunto a partire dal 1789. Già prima del grande evento, il *philosophe* era infatti intervenuto a più riprese nell'annoso dibattito intorno alla riforma amministrativa ⁽⁹⁾. Lo aveva fatto allineandosi senza incertezze a sostegno delle posizioni fisiocratiche, che animarono la sua riflessione politica prerivoluzionaria. Così, ad esempio, nella *Vie de M. Turgot* (1786) Condorcet difendeva fermamente il progetto del ministro fisiocratico e le municipalità previste, che avrebbero dovuto non solo facilitare la riforma della fiscalità, ma soprattutto scardinare i diritti e i privilegi feudali. Tanta era la fede nutrita nelle potenzialità riformistiche delle assemblee provinciali che nei *Sentiments d'un républicain sur les Assemblées provinciales et les États-Généraux*, composti nel 1788, Condorcet esprimeva tutto il suo rammarico per l'abbandono di quella via a favore di uno strumento, quello degli Stati Generali, in cui vedeva — non a torto — il simbolo di una società tradizionale strutturata su una logica di corpi e privilegi, che negava a priori una rappresentanza « uguale e libera » ⁽¹⁰⁾. Immaginando, sulla scia del progetto di Turgot-Dupont, una piramide di assemblee provinciali elettive coronate da un'Assemblea Nazionale, Condorcet già alla vigilia della Rivoluzione sembrava delineare una cittadinanza di tipo politico, ovvero responsabile, sia pure indirettamente, della gestione della cosa pubblica. Dal suo principale modello ereditava sì ancora i limiti fondamentali di quest'ultima: il cittadino votante continuava a costituire un tutt'uno col proprietario, cosicché, anche in una società liberata da ordini e corpi, il voto,

Trosne, che nel 1779 dava alle stampe un'altra opera centrale per i temi sotto analisi: *De l'administration provinciale et de la réforme de l'impôt*. Per un'analisi dettagliata dei diversi progetti di riforma del secondo Settecento francese, da Laverdy a Brienne, si vedano P. VIOLA, *Il crollo dell'Antico Regime*, Roma, Donzelli, 1983; A. MERGEY, *L'État des physiocrates: autorité et décentralisation*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2010; J.C. GAUDEBOUT, *L'influence de la pensée physiocratique dans les écrits pré-révolutionnaires de Condorcet*, Université de Nanterre-Paris X, 2019 (thèse).

⁽⁹⁾ Cfr. G. MAGRIN, *Condorcet: cittadinanza politica e riforma istituzionale nella crisi dell'Antico Regime*, in « Il Pensiero Politico », XXIX (1996), 2, pp. 215-237.

⁽¹⁰⁾ L'espressione si trova in un'altra delle opere prerivoluzionarie di Condorcet: *l'Essai sur la constitution et les fonctions des assemblées provinciales* (1788).

pur divenuto una prerogativa individuale, sarebbe dipeso da rigidi criteri censitari. E tuttavia, già si operava un'evoluzione centrale rispetto al passato: a differenza di Turgot, nell'*Essai* del 1788 Condorcet negava la legittimità del voto plurimo, a testimonianza di una graduale e crescente individualizzazione dello strumento del voto. Quest'ultimo subiva un'ultima evoluzione nell'opera di uno dei massimi protagonisti della Rivoluzione, Jacques-Pierre Brissot, che alla vigilia della Rivoluzione (1788) dava alle stampe le *Observations d'un Républicain, sur les différents systèmes d'Administrations provinciales, particulièrement sur ceux de MM. Turgot & Necker, & sur le bien qu'on peut en espérer dans les Gouvernements monarchiques*. All'interno dell'opera del futuro leader della Gironda veniva condannato ogni progetto di riforma precedente, compreso quello del pur stimato Turgot, colpevole di fondare una rappresentanza « absurde », completamente sbilanciata a favore dei proprietari ⁽¹¹⁾.

All'interno dell'opera, Brissot delineava un voto non più aganciato a requisiti di proprietà, ma concepito come un vero e proprio attributo del cittadino. Più ancora che l'estensione della platea di beneficiari, cambiava quindi la qualità intrinseca del voto, che dopo un'evoluzione lunga e tortuosa, nei decenni del secondo Settecento francese, a partire da una discussione centrata sulle comunità e l'amministrazione *locale* diveniva, per la prima volta, nazionale e individuale:

Je soutiens même que dans l'hypothèse de l'établissement d'un impôt unique, tous les citoyens doivent voter pour les municipalités; car n'est-il pas vrai que, dans ce système, ils paient également une part de l'impôt? [...] Quelle règle doit-on donc prendre pour fixer le droit de voter ? La consommation. Tout citoyen qui consomme paie l'impôt

(11) « A partir du plan de M. T..., environ une vingt-sixième partie de la France stipuleroit les intérêts des vingt-cinq autres parties; car certainement il n'y a pas un million de propriétaires en France. Une pareille représentations est absurde ». *Observations d'un Républicain, sur les différents systèmes d'Administrations provinciales, particulièrement sur ceux de MM. Turgot & Necker, & sur le bien qu'on peut en espérer dans les Gouvernements monarchiques*, in *Ceuvres posthumes de M. Turgot, ou Mémoire de M. Turgot*, Lausanne, 1788, p. 168.

à l'état; il a donc droit de voter pour l'élection des citoyens qui doivent connoître des impositions ⁽¹²⁾.

3. *Condorcet, Daunou e la ricerca di un voto 'scientifico'.*

Al netto delle continuità e delle anticipazioni evidenziate, il tornante rivoluzionario avrebbe prodotto una rottura determinante anche nella teoria e nelle pratiche elettorali. Si tratta di una cesura rispecchiata, *in corpore vili*, dagli stessi protagonisti: è ancora una volta sintomatico il caso di Condorcet, che dopo essersi fatto portavoce delle principali teorie fisiocratiche avrebbe attraversato il solco rivoluzionario disconoscendole e proponendo una concezione della cittadinanza — e quindi del voto — basata sull'individuo e i suoi diritti naturali. Accanto ai meccanismi — tuttora discussi — alla base di una simile transizione, esistono altri motivi e convinzioni di ordine filosofico e culturale che sembrano legare ancor più in profondità il discorso intorno al voto prima e durante la Rivoluzione. All'interno dell'*Essai sur l'application de l'analyse à la probabilité des décisions rendues à la pluralité des voix*, risalente al 1785, vediamo infatti emergere la tendenza a sottoporre le procedure relative al voto ad una complessiva razionalizzazione, che avrebbe dovuto portare a risultati conformi ai criteri universali di *verità e giustizia*.

Ainsi, pourvu que dans une société il y ait un grand nombre d'hommes éclairés et sans préjugés, et pourvu que le droit du grand nombre qui n'a pas assez de lumières, se borne à choisir ceux qu'il juge les plus instruits et les plus sages, et auxquels en conséquence les citoyens remettent le droit de prononcer sur les objets qu'eux-mêmes ne serait pas en état de décider, on peut parvenir à une assurance

(12) Ivi, p. 170. È pur vero che il saggio di Brissot si muoveva già su una dimensione diversa dalla semplice mira riformistica: la soluzione ottimale non coincideva con misure parziali, ma con una cesura netta che ormai si avvicinava al concetto di rivoluzione e che paventava addirittura lo stabilimento di un regime repubblicano: « Encore une fois, ce n'est point aux branches, mais au tronc qu'il faut porter la coignée, si l'on veut faire un bien durable; tant que l'autorité sera absolue, tant qu'elle n'aura point de contradicteur appuyé d'une force de résistance égale, ni les municipalités, ni le cadastre, ni l'impôt unique, ni les administrations provinciales ne sauveront un peuple de la misère et de l'esclavage ». Ivi, p. 173.

suffisante d'avoir des décisions conformes à la vérité et à la raison ⁽¹³⁾.

Sebbene la riflessione del *philosophe* non si esercitasse ancora nella definizione di una specifica platea di elettori — e, quindi, non riguardasse la cittadinanza in senso stretto —, sin dall'*Essai* è possibile riconoscere la minuta attenzione prestata all'individuazione di un *metodo* capace di assicurare la perfetta convergenza tra l'esercizio del voto e le reali intenzioni del suo autore, così da permettere il riconoscimento del *reale* volere della maggioranza. Collegandosi alla coeva e parallela riflessione inerente alla riforma amministrativa, Condorcet inseriva così in maniera organica il duplice principio di verità e giustizia — a cui la vera maggioranza non avrebbe potuto non conformarsi — all'interno della società dei moderni, contrapponendolo al contempo alla ricerca di traguardi mutevoli e transeunti come quelli di *libertà* e *utilità*. Erano proprio questi ultimi che, invece, avrebbero caratterizzato le organizzazioni passate, in cui l'esigenza di raggiungere (e mantenere) un bilanciamento tra gli interessi dei vari *corpi* che le componevano precludeva ogni possibilità di raggiungere principi assoluti e immutabili ⁽¹⁴⁾.

Dopo aver recitato un ruolo primario nella prima stagione rivoluzionaria, Condorcet sarebbe divenuto una delle sue vittime più illustri. L'obiettivo di una progressiva individualizzazione e razionalizzazione del voto sarebbe stato quindi raccolto da altri, legati al compianto *philosophe* da motivi ideologici e culturali. Sarebbe stato il circolo di quanti, a partire dal decennio rivoluzionario, si sarebbe iniziato a definire *idéologues*, animato da intellettuali militanti, a legarsi formalmente alla memoria e all'azione di Condorcet e a

⁽¹³⁾ N. DE CONDORCET, *Essai sur l'application de l'analyse à la probabilité des décisions rendues à la pluralité des voix*, Paris, Imprimerie royale, p. CLXXXII.

⁽¹⁴⁾ « En réfléchissant sur ce que nous connoissons des constitutions des anciens Peuples, on voit qu'ils cherchèrent beaucoup plus à contre-balancer les intérêts et les passions des différens Corps qui entroient dans la constitution d'un État, qu'à obtenir de leurs décisions des résultats conformes à la vérité. Les mots de liberté et d'utilité les occupoient plus que ceux de vérité et de justice; et la liaison de ces objets entre eux, aperçue peut-être par quelques-uns de leurs Philosophes, n'étoit pas assez distinctement connue pour servir de base à la politique ». Ivi, p. III.

proseguirne in buona parte l'azione politico-culturale ⁽¹⁵⁾. Pur costituendo un gruppo tutt'altro che uniforme, gli *idéologues* condividevano la grande utopia di Condorcet, che attraverso la *mathématique sociale* si proponeva di fondare una via razionale alla politica, ovvero di sottoporre ai criteri stringenti e assoluti della ragione umana e delle cosiddette scienze dure ogni fenomeno sociale. Compreso il voto.

Una prospettiva interna, certamente limitata, ma capace di recuperare e portare avanti il percorso teorico e pratico tracciato da Condorcet, è offerta dalla figura dell'erudito e politico francese P.C.F. Daunou (1761-1840) ⁽¹⁶⁾. Dopo aver appoggiato la Rivoluzione fin dagli esordi, il giovane sacerdote oratoriano entrava alla

⁽¹⁵⁾ Sul gruppo degli *idéologues* si vedano almeno i classici F. PICAVET, *Les Idéologues. Essai sur l'histoire des idées et des théories scientifiques, philosophiques, religieuses, etc., en France depuis 1789*, Paris, Félix Alcan Éditeur, 1891; S. MORAVIA, *Il tramonto dell'Illuminismo. Filosofia e politica nella società francese (1770-1820)*, Bari, Laterza 1968; ID., *Il Pensiero degli Idéologues. Scienza e filosofia in Francia (1780-1815)*, Firenze, La Nuova Italia, 1974; G. GUSDORF, *Les sciences humaines et la pensée occidentale*, 11 voll., Paris, Payot, 1966-1984, vol. VIII, *La Conscience révolutionnaire. Les Idéologues*. Particolarmente interessante per la ricchezza degli stimoli offerti è anche *L'Institution de la raison*, sous la direction de F. Azouvi, Paris, Vrin-Éditions de l'EHESS, 1992. Mette correttamente in guardia sulla difficoltà a poter attribuire un'unica definizione ad intellettuali e personaggi estremamente variegati sul piano sia politico sia filosofico-culturale il saggio di J.L. CHAPPEY, *Les Idéologues face au coup d'Etat du 18 brumaire an VIII. Des illusions aux désillusions*, in « Politix », XIV (2001), 46, pp. 55-75.

⁽¹⁶⁾ Il personaggio è stato oggetto di pochi studi, limitati a specifici aspetti della sua multiforme produzione intellettuale. Cfr. J.P. CLÉMENT, *Aux sources du libéralisme français: Boissy d'Anglas, Daunou, Lanjuinais*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2000; ID., *L'équivoque de la liberté à la fin du XVIIIe siècle: Daunou et Boissy d'Anglas*, in « La Revue administrative », LIII (2000), 314, pp. 194-202; A. DAUTERIBES, *L'idée de république dans la pensée politique de Daunou*, in *Nation et république. Les éléments d'un débat*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1995, pp. 77-97; ID., *Daunou et le modèle du régime représentatif*, in *La constitution de l'an III. Boissy d'Anglas et la naissance du libéralisme constitutionnel*, sous la direction de G. Conac et J.P. Machelon, Paris, Presses universitaires de France, 1999; P. ROLLAND, *Daunou et la représentation*, in *Le concept de représentation dans la pensée politique*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2003, pp. 301-312; F. SOFIA, *Antico e moderno nel costituzionalismo di P.C.F. Daunou, commissario civile a Roma*, in « Clio: rivista trimestrale di studi storici », XXXIII (1997), 1, pp. 41-58. Manca tuttora uno studio scientificamente soddisfacente sulla figura storica di Daunou. La fonte più importante rimane quella dell'amico e collega A.H. TAILLANDIER, *Documents bio-*

Convenzione nel settembre 1792 e, dopo la dura esperienza del Terrore, veniva confermato nel Consiglio dei 500 alla fine del 1795. Esponente di punta del gruppo degli *idéologues*, proprio durante gli anni del Direttorio, Daunou si sarebbe ritagliato un ruolo cruciale non solo in Francia, ma anche nell'universo delle repubbliche sorelle, divenendo l'autore principale della *Constitution de l'an III* così come il maggiore responsabile dell'organizzazione costituzionale della Repubblica Romana del 1798.

Si tratta di una parabola biografica che consente di riunire i due versanti fondamentali della *teoria* e della *pratica* elettorale. In un *pamphlet* pubblicato il 23 luglio del 1789, dal titolo emblematico di *Le Contrat social des Français*, già emergevano i primi rudimenti di una riflessione sul tema elettorale. Dopo aver ammesso la forma rappresentativa come l'unica via percorribile in un paese come la Francia, veniva postulata la necessità di attenersi ad un principio maggioritario, in cui l'autore sembrava scorgere la prova decisiva della coincidenza di una determinata misura positiva con la legge naturale, che rimaneva la bussola fondamentale del legislatore: « L'existence d'une Loi naturelle ne peut être manifestée que par l'assentiment du plus grand nombre, et l'intérêt collectif ne peut être déclaré que par la majeure partie des individus » (17). Se dunque, già nella fase aurorale della Rivoluzione, veniva avvertita la necessità di calare un astratto punto dottrinale in una concreta dimensione sperimentale, sarebbe stata necessaria l'entrata alla Convenzione perché la riflessione costituzionale di Daunou si dotasse di un preciso impianto pratico.

Così, nel progetto di Costituzione presentato all'Assemblea il 17 aprile 1793, l'ideologo inseriva un'apposita sezione dedicata al tema in questione, dal titolo *Sur le mode d'élection*. All'altezza del 1793, la massima ambizione per un assetto elettorale era di permet-

graphiques sur P.C.F. Daunou, Paris, Firmin-Didot Frères, 1847. Di recente, ha tentato una ricostruzione generale della biografia del personaggio il giornalista e saggista francese Gérard Minart senza, tuttavia, discostarsi dalla traccia già proposta da Taillandier. Cfr. G. MINART, *Pierre Daunou. L'anti-Robespierre*, Toulouse, Éditions Privat, 2001. Per una ricostruzione globale della biografia intellettuale del personaggio ci permettiamo dunque di rinviare alla nostra tesi di dottorato: *Alle origini di una cultura politica moderna: costituzionalismo e pensiero politico in P.C.F. Daunou (1761-1840)*.

(17) Ivi, p. 3.

tere il riconoscimento della volontà generale, che si concretizzava nella maggioranza assoluta del corpo votante. In quanto tale, la volontà generale non avrebbe potuto che individuare la scelta corretta, l'unica capace di garantire l'interesse collettivo della comunità. Tuttavia, riconoscendo che questo genere di maggioranza avrebbe potuto anche non manifestarsi e che, in ogni caso, individuarla con sicurezza avrebbe richiesto procedure lunghe e tortuose⁽¹⁸⁾, l'ex oratoriano sceglieva lucidamente di ripiegare su un obiettivo meno ambizioso, ma irrinunciabile e, soprattutto, raggiungibile.

Le mode d'élection que je vais proposer est, ainsi que tous les autres, à peu près impuissant contre les intrigues; et d'ailleurs, comme je l'ai annoncé déjà, il ne fait point connaître d'une manière exacte, les sujets que la volonté générale préférerait à tous les autres. En effet, outre que cette préférence n'existe pas toujours, il n'y a, lorsqu'elle existe que des opérations très longues qui puissent la manifester avec certitude. Le mode qui suit n'a d'autre avantage que d'être le plus simple, le plus expéditif de tous et d'empêcher qu'un sujet soit élu contre le gré de la majorité absolue des votants⁽¹⁹⁾.

Il brano proposto permette di misurare la distanza che, pur tra molte affinità, separava Daunou dal pensiero di Condorcet sulle potenzialità di uno specifico metodo elettorale, condensato nell'*Essai* del 1785. Mentre per quest'ultimo la maggioranza e, dunque, il voto stesso avrebbero potuto, in ogni caso, pervenire a decisioni

⁽¹⁸⁾ Daunou specificava nei dettagli il metodo di voto ponderato da seguire per riuscire a riconoscere con certezza — quando presente — la volontà generale dei votanti. Ogni elettore avrebbe dovuto stilare una lista contenente un numero illimitato di candidati per la funzione pubblica da riempire; le diverse schede di candidati avrebbero formato, insieme, un'unica lista, contenente tutte le personalità proposte. Ciascun votante avrebbe dovuto quindi elaborare una seconda lista, definita *de nomination*, in cui avrebbe dovuto riportare, in ordine di preferenza e quindi merito, ciascuno dei nomi inseriti nella lista generale dei candidati. Riunendo i risultati delle singole *listes de nomination*, si avrebbe ottenuto così una graduatoria ponderata in cui il primo eletto sarebbe stato colui che, trovandosi spesso alle prime posizioni, avrebbe riunito un punteggio assoluto più basso.

⁽¹⁹⁾ DAUNOU, *Essai sur la Constitution*, à la séance de la Convention Nationale du mercredi 17 avril 1793, in *Archives Parlementaires de 1787 à 1860*, première série, LXII, Paris, P. Dupont, 1902, p. 356.

giuste e razionali, la posizione dell'*idéologue* appare più sfumata e nettamente meno ottimistica. Pur condividendo buona parte degli auspici di Condorcet in merito allo sviluppo della *mathématique sociale*, anche sulla scorta dell'esperienza rivoluzionaria Daunou era consapevole dei limiti intrinseci ad ogni sistema di voto, costantemente minacciato da intrighi e corruzioni e, soprattutto, non sempre capace di riconoscere la volontà generale a causa di una maggioranza assoluta che avrebbe potuto anche non presentarsi. Di qui l'ideazione di una forma di espressione del voto negativa, consistente nell'introduzione dei cosiddetti *billets d'exclusion*, che i cittadini chiamati a prendere parte alla votazione avrebbero dovuto riempire, in aggiunta a quelli *de nomination*, inserendovi i nomi di quanti, in ogni caso, non avrebbero voluto veder ricoprire la carica pubblica in questione. In tal modo, Daunou riteneva di poter garantire, perlomeno, che il futuro eletto non sarebbe stato invisato alla maggioranza assoluta degli elettori. Sebbene per l'elezione sarebbe stato sufficiente raggiungere una maggioranza relativa dei *billets de nomination*, questi ultimi non avrebbero avuto infatti alcun valore per chi fosse stato compreso nella maggioranza assoluta dei *billets d'exclusion*. In tal modo, pur dovendosi accontentare della semplice maggioranza relativa per la nomina, il sistema avrebbe assicurato il rispetto di quella sorta di 'maggioranza assoluta negativa' che stava tanto a cuore all'ideologo.

L'idea d'introdurre un voto negativo, concepito dall'autore come « l'ostracisme le plus tempéré qui puisse exister dans une République »⁽²⁰⁾, sarebbe naufragata, insieme allo stesso progetto di Costituzione, a favore dell'inapplicata Carta del 1793. Pur sconfitto sul momento, questo dispositivo così particolare sarebbe riemerso, stavolta vittoriosamente, nei primi mesi del nuovo ordine direttoriale. Nella seduta della Convenzione del 9 settembre 1795, presentando quella che sarebbe divenuta la legge elettorale del 25 fruttidoro an III (11 settembre 1795), Daunou dimostrava la resilienza di molti dei concetti cardine del suo pensiero politico centrato sulle *modalità* della partecipazione popolare⁽²¹⁾. Nel suo intervento,

⁽²⁰⁾ *Ibidem*.

⁽²¹⁾ La presentazione del Progetto è riportata in « Gazette Nationale, ou le Moniteur Universel », 27 *fructidor an III* (13 settembre 1795). Il testo del *Décret*

pronunciato a nome della Commissione degli Undici di cui era il principale animatore, Daunou offriva ai colleghi un'illuminante ricognizione dei diversi metodi elettorali proposti e applicati dalla Francia nel corso dei primi tormentati anni rivoluzionari. Nessuno dei sistemi già sperimentati risultava però immune da difetti, vizi e, in alcuni casi, aberrazioni che falsavano — come nel caso del ballottaggio — la reale volontà generale. Daunou si soffermava quindi sul modello elettorale più soddisfacente o, piuttosto, meno difettoso degli altri, che non a caso era quello presentato dall'ammirato Condorcet nella seduta del 15 febbraio 1793 e che aveva caratterizzato lo sfortunato progetto di Costituzione girondina ⁽²²⁾. Al di là dei marchingegni specifici di un sistema ritenuto comunque imperfetto, occorre qui sottolineare l'influenza di Condorcet e della *mathématique sociale* sul pensiero politico di Daunou e di molti altri convenzionali sfuggiti al Terrore.

Dans une société libre et fondée sur l'égalité, la prospérité publique, la sureté de l'état, la conservation même des principes de cette société dépend de la bonté des choix populaires. Si la masse des représentans et des fonctionnaires est composée d'hommes animés de l'esprit public, éclairés, honnêtes, les vices des formes constitutionnelles ne peuvent avoir une influence dangereuse; et on aura le tems de les réformer avant qu'ils aient pu nuire. Si au contraire des hommes corrompus, des ignorans présomptueux, sont portés aux places, alors les meilleures loix deviennent un foible rempart contre l'ambition et l'intrigue; et le peuple qui juge sainement, mais qui ne

definitivo, approvato l'11 settembre, è consultabile in *Collection générale des décrets rendus par la Convention Nationale*, fructidor an III, Paris, Baudouin, pp. 233-237.

⁽²²⁾ Cfr. *Archives parlementaires*, cit., première série, LVIII, p. 583 e ss. Il sistema elettorale proposto da Condorcet, contenuto nella sezione III del III Titolo del Progetto di Costituzione (ivi, p. 604 e ss.), prevedeva un doppio voto: ad un primo *scrutin de présentation*, che avrebbe dovuto contenere i nomi degli individui più votati per un numero triplo rispetto alle cariche da riempire, sarebbe seguito lo *scrutin de nomination* vero e proprio, limitato alle candidature contenute nella *liste de présentation* e strutturato su due colonne (una d'elezione e l'altra supplementare), contenenti entrambe un numero di votabili pari a quello degli incarichi pubblici da assegnare. Si rendeva così molto più facile — benché, anche in questo caso, non certo — il raggiungimento dell'agognata maggioranza assoluta. Sulla figura e sul pensiero di Condorcet si veda il classico studio di K.M. BAKER, *Condorcet, raison et politique*, présentation par F. Furet, Paris, Hermann, 1988.

juge que les résultats, se dégoûte, non de la liberté, mais de la tyrannie anarchique à laquelle on a donné le nom. [...] Ainsi, au moment où la nation françoise va se donner une constitution, l'analyse des divers modes d'élire que l'on peut choisir, et des résultats qu'ils doivent produire, mérite sans doute d'occuper les amis de la patrie. [...] On ne peut faire en ce genre, des pas utiles, si l'on n'appuie l'analyse métaphysique, les observations morales, les résultats de l'expérience, sur le calcul des combinaisons, et la théorie mathématique des probabilités. Toute autre méthode ne conduiroit qu'à des conséquences incertaines et vagues ⁽²³⁾.

Alla base degli sforzi dei costituenti dell'anno III stava infatti la ricerca di un metodo scientifico, mutuato dai modelli offerti dalle scienze dure, capace di offrire alla Francia una volta per tutte l'organizzazione politica migliore in quanto — questo è il punto — fondata sulla ragione. E tuttavia, sarebbe stata proprio l'organizzazione degli appuntamenti elettorali francesi a preannunciare il naufragio di questo particolare approccio alla politica.

Dalla conclamata deficienza di ogni assetto elettorale precedente — compreso quello dell'ammirato Condorcet — emergeva un primo punto dirimente, che consisteva nella dolorosa consapevolezza di non essere ancora arrivati, in tema elettorale, a risultati certi e inconcussi. Era proprio questa amara constatazione che spiegava la scelta di *non* inserire una precisa organizzazione delle consultazioni popolari nel testo costituzionale, che invece ambiva a contenere principi avanzati, stabili e, almeno nel breve periodo, immodificabili.

Cette loi a pour objet les formes de scrutin: objet d'une telle importance que vous lui eussiez donné une place dans la constitution, s'il eût été possible de vous offrir des modes parfaitement dignes de votre confiance. Mais cette partie du système social est bien peu avancée encore, et vous n'avez pas dû imprimer à des méthodes

⁽²³⁾ CONDORCET, *Sur les élections*, in « Journal d'instruction sociale », I juin 1793, pp. 25-27. Il grande *philosophe* aveva già riflettuto, in maniera ancor più diffusa e sistematica, sulle potenzialità del *calcul* nelle procedure elettorali nel già richiamato *Essai sur l'application de l'analyse à la probabilité des décisions rendues à la pluralité des voix*.

défectueuses le caractère d'immutabilité qui appartient à toutes les dispositions constitutionnelles (24).

Come detto, la relazione di Daunou si poneva in forte continuità con quanto già affermato negli anni precedenti. Non solo: nella nuova organizzazione elettorale francese veniva recuperata quella stemperata forma di ostracismo rappresentata dal voto di esclusione, che come già chiarito nell'*Essai sur la Constitution* dell'aprile 1793 avrebbe dovuto garantire l'ineleggibilità di un candidato invisibile alla maggioranza assoluta dei votanti (25). Soprattutto, veniva ammesso per la prima volta lo strumento della candidatura, non solo su base volontaria, ma anche eteronoma, ovvero avanzata da altri. Quest'ultima misura si rendeva necessaria a causa della diffidenza generale nei confronti di ogni dichiarazione ufficiale delle proprie ambizioni pubbliche, che minacciava di lasciare pressoché intonse, almeno agli esordi, le liste di candidatura. Fino ad allora, infatti, i rivoluzionari si erano guardati bene dal consentire — almeno apertamente — una simile manifestazione d'interesse a ricoprire un ruolo pubblico: quest'ultima appariva loro come un pericoloso indizio di ambizione, del tutto inconciliabile con una concezione della funzione politica come temporaneo servizio civico e che, soprattutto, minacciava di spalancare le porte alla cupa prospettiva di una *classe di governanti*,

(24) « Gazette Nationale, ou le Moniteur Universel », 27 *fructidor an III* (13 settembre 1795).

(25) Benché quello termidoriano fosse frutto dei lavori di una Commissione, quella degli Undici, la continuità tra col precedente progetto elettorale di Daunou risalta anche attraverso le principali argomentazioni addotte a favore di questa forma di voto negativo: « Nous avons donc dû rechercher une autre méthode, et nous avons bientôt reconnu la difficulté d'en trouver une qui fit connaître d'une manière exacte et précise les candidats que la volonté générale préfère à tous les autres: car, outre que cette préférence n'existe pas toujours, il n'y a, lorsqu'elle existe, que des opérations très-longues et très-complicées qui puissent la manifester avec certitude. [...] Nous avons donc été forcés de n'aspirer qu'à un résultat plus accessible; et le seul avantage de la méthode que nous allons vous proposer, consiste en ce qu'elle empêche qu'un candidat soit jamais élu contre le gré de la majorité absolue des électeurs ». « Gazette Nationale, ou le Moniteur Universel », 27 *fructidor an III* (13 settembre 1795).

formata da politici di professione scissi dal corpo della nazione (26). Per rassicurare i concittadini, l'oratore della Commissione rovesciava dunque l'argomento tradizionalmente usato contro lo strumento della candidatura, scoperchiando l'ipocrisia che, sin dall'Antico regime, aveva precluso la possibilità di adottare una simile disposizione: « Il est dans le mœurs monarchiques de briguer en secret les places, et de faire profession de n'en désirer aucune. Il doit être dans les mœurs républicaines d'offrir avec franchise à la Patrie les services que l'on se croit capable de lui rendre, et d'abhorrer l'art des intrigues ténébreuses (27) ». Sin dal 1793, del resto, nell'*idéologie* era maturata la convinzione che nessun procedimento elettorale, di per sé, sarebbe stato capace di allontanare ogni pericolo di corruzione dello strumento del voto ad opera di intriganti e agitatori delle opposte fazioni. Già nell'*Essai sur la Constitution*, dunque, emergeva la centralità, accanto allo strumento elettorale, della funzione educativa e moralizzatrice che doveva assolvere la Repubblica, senza cui ogni organizzazione politica sarebbe risultata precaria e illusoria.

J'ose croire qu'il n'est point de mode de scrutin qui possède une vertu intime contre les factions et les cabales, et qui puisse les déjouer par sa propre efficacité. C'est de l'instruction et de la morale publique qu'il faut attendre ce bienfait; et tant que l'on n'en jouit point encore, c'est au législateur de s'emparer des vices qu'il ne peut pas guérir, des passions qu'il ne peut pas éteindre, des habitudes qu'il ne peut pas réformer; et de leur offrir, dans la Constitution elle-même, un exercice toujours plus harmonique, toujours moins funeste à l'ordre social que celui qu'elles iraient chercher infailliblement hors la loi et loin des pouvoirs (28).

Non sorprende, dunque, che il personaggio si connotasse, oltre che per i progetti elettorali e costituzionali, per un inesauribile

(26) Cfr. M. CROOK, *Le candidat imaginaire, ou l'offre et le choix dans les élections de la Révolution française*, in « Annales Historiques de la Révolution française », CCCXXI (2000), 3, pp. 91-110.

(27) « Gazette Nationale, ou le Moniteur Universel », 27 fructidor an III (13 settembre 1795).

(28) DAUNOU, *Essai sur la Constitution*, cit., p. 356.

impegno nel campo dell'istruzione pubblica. In tal senso, non è affatto casuale se, proprio nelle stesse settimane in cui veniva presentato il progetto di legge elettorale, fosse stato discusso e approvato dalla Convenzione un preciso piano d'istruzione pubblica passato alla storia col nome del suo principale ideatore (29). Pur consapevole dei limiti di ogni assetto elettorale, l'*idéologue* considerava dunque prioritario per il legislatore servirsi di ogni dispositivo che potesse render più remoto possibile il pericolo d'inquinare un'espressione del voto libera, razionale e per questo buona e corretta.

Il maggior pregio dello strumento della candidatura risiedeva dunque nella possibilità per i cittadini chiamati al voto di conoscere prima i candidati e di ponderare così la propria scelta autonomamente, al riparo delle passioni e delle cabale che affliggevano le assemblee primarie. L'obiettivo finale rimaneva quello serbato dal compianto Condorcet, ovvero la messa a punto di un sistema di votazione che permettesse ai votanti, e più in generale all'*opinion publique*, di riconoscere la scelta migliore, rispettosa dell'interesse generale, ovvero di « *préparer des bons choix* » (30).

4. Tra Francia ed Europa, il tramonto di un'utopia.

Alla cesura sul piano teorico rappresentata dalla legge del 25 fruttidoro sarebbe dovuto seguire, però, lo scoglio più importante,

(29) Il riferimento è, ovviamente, alla cosiddetta *loi Daunou*, adottata dalla Convenzione il 25 ottobre 1795. Sin dagli esordi rivoluzionari l'azione pubblica di Daunou si era caratterizzata per l'impegno sul fronte dell'istruzione pubblica. Tra il 1° ottobre 1789 e il 15 gennaio successivo egli aveva pubblicato sulle colonne del « *Journal Encyclopédique* » quattro lettere « *Sur l'éducation* », in cui il tema principale veniva affrontato in un dialogo continuo con l'attualità politica e con le precedenti riflessioni di Rousseau sul tema della morale e dell'educazione pubblica. Come membro dell'Oratorio, nel 1790 Daunou aveva inoltre presentato all'Assemblea Nazionale a nome della Congregazione uno specifico piano educativo: *Plan d'éducation présenté à l'Assemblée nationale, au nom des instituteurs publics de l'Oratoire*, Paris, Imprimerie Volland, 1790. Sulla riflessione pedagogica del personaggio cfr. R. GREVET, P.-C.-F. Daunou, *organisateur de l'Instruction Publique (1789-1797)*, in « *Revue du Nord* », LXXI (1989), 282-283, pp. 963-977; Id., *Pierre-Claude-François Daunou, d'une révolution à l'autre (1789-1831): un rendez-vous manqué?*, in « *Revue du Nord* », LXXVIII (1996), 317, pp. 931-939.

(30) « *Gazette Nationale, ou le Moniteur Universel* », 27 fructidor an III (13 settembre 1795).

ovvero la sua concreta applicazione nella società reale. Dal momento che, in virtù del famigerato decreto dei due terzi ⁽³¹⁾, non si tennero elezioni nazionali nel corso del 1796, la resa dei conti veniva spostata alla primavera del 1797, quando in base alla Costituzione un terzo dei nuovi consigli legislativi si sarebbe dovuto rinnovare seguendo proprio la particolare organizzazione firmata da Daunou.

Come noto, le elezioni del 1797 si risolsero però in un disastro, segnando una clamorosa vittoria per i *royalistes* che metteva in dubbio non solo i rapporti di forza interni all'Assemblea, ma la tenuta della stessa forma repubblicana. È proprio dallo scompenso causato dall'esito elettorale che prese le mosse il celebre colpo di stato del 18 fruttidoro anno V (4 settembre 1797), che portò ad un'epurazione di realisti e criptorealisti non solo dai consigli legislativi, ma dallo stesso Direttorio ⁽³²⁾.

Le consultazioni del 1797 segnarono così il naufragio dell'affascinante utopia di una razionalizzazione della politica. L'abolizione dell'avanzata legge elettorale presentata da Daunou, ritenuta responsabile del fiasco elettorale, risulta a tal proposito emblematica. Né dovette esser stato di particolare conforto per l'ideologo constatare, qualche mese dopo, che la riappropriazione del precedente sistema elettorale si sarebbe risolta in un analogo fallimento politico, che richiese un ulteriore colpo di mano per aggiustare

⁽³¹⁾ Il testo finale del decreto, approvato formalmente il 5 *fructidor an III* (22 agosto 1795), non si limitava a conservare due terzi dei convenzionali nei nuovi consigli legislativi, ma conteneva tre diversi Titoli, denominati rispettivamente: *De la formation du nouveau corps législatif*; *De la présentation de l'acte constitutionnel aux assemblées primaires*; *De la mise en activité de la constitution*. Cfr. «Gazette Nationale, ou le Moniteur Universel», 10 *fructidor an III* (27 agosto 1795).

⁽³²⁾ Sulle sanguinose tornate elettorali di epoca direttoriale, rimangono fondamentali i lavori di J.R. SURATTEAU: *Les élections de l'an IV*, in «Annales historiques de la Révolution française», CXXIV (1951), 4, pp. 374-393; CXXV (1952), 1, pp. 32-63; *Id.*, *Les élections de l'an V aux conseils du Directoire*, in «Annales historiques de la Révolution française», CLIV (1958), 5, pp. 21-63; *Id.*, *Les élections de l'an VI et le coup d'État du 22 floréal-11 mai 1798*, Paris, Société Les Belles Lettres, 1971. Più di recente, Bernard Gainot è tornato ad interrogarsi sul tema, apportando nuovi spunti e riflessioni. Cfr. B. GAINOT, *Le contentieux électoral sous le Directoire. Monisme et pluralisme dans la culture politique de la France révolutionnaire*, in «Revue historique», DCXLII (2007), 2, pp. 325-353. Sulle pratiche e, soprattutto, sulla teoria del voto nella Francia repubblicana, si veda P. ROSANVALLON, *Le sacre du citoyen: histoire du suffrage universel en France*, Paris, Gallimard, 1992.

risultati elettorali altrettanto scomodi e destabilizzanti. I ripetuti esiti deludenti e sfavorevoli al regime direttoriale delle consultazioni elettorali avrebbero, anzi, portato ben presto Daunou a dubitare dell'opportunità stessa di affidare al popolo francese la responsabilità di salvaguardare l'ordinamento repubblicano attraverso elezioni annuali. È una testimone d'eccezione, Madame de Staël, a riportare una considerazione pronunciata proprio dall'*idéologue*: « La nation est-elle assez remplie de l'amour et de la science de la liberté pour remettre tous les pouvoirs au hasard des élections annuelles? » (33).

Non stupisce, dunque, veder emergere, seppur in scenari diversi da quello francese, procedure e tecniche elettorali di tipo nuovo, progettate in primo luogo per evitare che si ripresentassero quelle dinamiche sovversive sperimentate in Francia. In tre specifiche costituzioni, quelle della Repubblica Romana, Elvetica e Cisalpina (del 1798) — alla cui messa a punto Daunou aveva offerto un contributo decisivo — vediamo infatti emergere proprio in ambito elettorale alcuni tratti caratterizzanti che, allo stesso tempo, accomunano questi ordinamenti differenziandoli dal precedente francese (34). Realizzando l'auspicio di Daunou riportato dalla figlia di Necker, assistiamo innanzitutto alla rassicurante contrazione della frequenza delle mobilitazioni elettorali attraverso l'aumento della durata delle istituzioni rappresentative (35). La riduzione tramite

(33) G. DE STAËL, *Des circonstances actuelles qui peuvent terminer la Révolution et des principes qui doivent fonder la République en France*, édition critique par L. Omacini, Paris-Genève, Librairie Droz, 1979, p. 161.

(34) La storiografia, italiana e non, è apparsa tradizionalmente restia a dedicare uno studio approfondito a documenti che, troppo spesso, sono stati visti come copie sbiadite dell'archetipo dell'anno III e non come occasione d'incontro e d'ibridazione tra tradizioni e usi politici e culturali originali. Ciò non ha comunque impedito la pubblicazione di opere e studi di grande valore. Tra tutti si veda C. GHISALBERTI, *Le costituzioni « giacobine »*, Milano, Giuffrè, 1973. Per una panoramica sulla recente rivalutazione dell'esperienza storica delle repubbliche sorelle, si veda *Républiques Sœurs. Le Directoire et la Révolution Atlantique*, sous la direction de P. Serna, Paris, Presses Universitaires de Rennes, 2009.

(35) Mentre la Costituzione francese del 1795 prevedeva un rinnovamento annuale di un terzo dei membri di entrambi i consigli legislativi (art. 53), nella ridefinizione costituzionale cisalpina del 1798 il termine per l'elezione dei nuovi rappresentanti diveniva biennale, col conseguente raddoppiamento della durata della loro carica (art. 50). Pur arrivando allo stesso risultato del caso cisalpino, i testi costituzionali

sorteggio di metà degli elettori nominati dalle rispettive assemblee primarie — una misura prevista in tutte le tre costituzioni menzionate e volta a disinnescare gli intrighi e le trame che non avrebbero mancato di addensarsi nelle assemblee elettorali ⁽³⁶⁾ —; l'introduzione di un criterio gradualistico per l'accesso alle cariche pubbliche (un moderno *cursus honorum* ⁽³⁷⁾) e l'assorbimento degli ex direttori nel Senato ⁽³⁸⁾ (o Consiglio degli Anziani) sono solo alcune delle tecniche originali congegnate per sottrarre il momento elettorale dall'impero dell'intrighi, assicurare l'ascesa del candidato migliore e, allo stesso tempo, creare una batteria di uomini politici formati sul campo e capaci di garantire esperienza, capacità ed efficienza. Infine, assicurati dal vaglio della professionalità e dell'esperienza politica,

romano (art. 50) ed elvetico (artt. 41, 43) adottavano una strategia più occhiuta e sottile, che manteneva l'annualità del rinnovamento limitandolo però, ogni anno, ad uno solo dei due consigli. Nei due casi citati, inoltre, per il secondo consiglio (che in entrambi i casi veniva denominato Senato), si restringeva il rinnovamento periodico ad un quarto dei rappresentanti, con conseguente ulteriore dilatazione della loro carica.

Per i testi delle tre carte sotto esame si veda *Costituzione della Repubblica Romana*, Roma, presso i Lazzarini Stampatori Nazionali, anno VI (1798), *Costituzione della Repubblica Cisalpina dell'anno VI colle leggi organiche*, Milano, Tipografia Nazionale, [1798]. Per ricostruire le diverse fasi di composizione della Costituzione elvetica cfr. « Archiver Nationales de France », AF III 81, dossier 337, plaq. 3.

⁽³⁶⁾ Cfr. art. 32 per la Costituzione romana e cisalpina del 1798 e l'art. 34 per la Costituzione elvetica.

⁽³⁷⁾ Benché rinviasse l'entrata in vigore della norma all'anno IX, già la Costituzione francese richiedeva l'esperienza come rappresentante o ministro per poter ascendere al ruolo di direttore (art. 135). Le tre costituzioni sotto esame recuperavano e approfondivano proprio questa sorta di criterio di professionalità per la selezione degli ufficiali pubblici. Emblematico il caso romano (artt. 360-361): « Cominciando dall'anno 16 dell'era repubblicana, nessuno potrà essere amministratore dipartimentale, giudice di un tribunale civile, presidente di un tribunale criminale, prefetto consolare o sostituto, presso un tribunale civile o criminale, se non è stato almeno per un anno o edile o prefetto consolare presso una municipalità, o pretore o assessor del pretore, o prefetto consolare presso un tribunale di censura. »; « Cominciando dallo stesso anno, nessuno potrà essere senatore, tribuno, alto pretore, prefetto consolare presso l'alta pretura, gran questore, se non è stato almeno un anno o amministratore dipartimentale, o giudice di un tribunale civile, o presidente di un tribunale criminale, o prefetto, o sostituto del prefetto consolare presso un tribunale civile, o criminale, o in gradi maggiori di questi ». Se il testo cisalpino del 1798 ricalcava quasi alla lettera il modello romano (artt. 368-369), l'esemplare elvetico richiedeva l'esperienza in precedenti incarichi pubblici sia per il ruolo di direttore sia per quello di senatore (artt. 37, 72).

⁽³⁸⁾ Cfr. art. 79 per il caso romano e cisalpino e l'art. 39 per quello elvetico.

tutte le costituzioni citate si caratterizzano per un alleggerimento dei requisiti necessari all'eleggibilità ai consigli legislativi ⁽³⁹⁾. È come se, una volta prese le necessarie precauzioni per filtrare il voto popolare (*in primis*, attraverso l'introduzione di criteri premianti l'esperienza e la professionalità pubblica), quest'ultimo potesse indirizzarsi su una platea potenzialmente più ampia di cittadini, che così sarebbero rimasti nominalmente protagonisti della vita politica senza però rischiare di abbattere l'ordinamento con scelte avventate o imprudenti. Era dunque questa, in fondo, la complessa strategia con cui l'*idéologue* intendeva sperimentare in Europa — e quindi, con ogni probabilità, anche in Francia — un sistema elettorale in grado di afferrare la chimera cercata invano da Condorcet: delle scelte buone e razionali, ovvero conformi all'unico e assoluto interesse generale ⁽⁴⁰⁾.

⁽³⁹⁾ In tutti e tre i casi, ad esempio, per la camera più larga veniva abbattuto, rispetto al modello francese (art. 74), il requisito anagrafico, portandolo da trenta a venticinque anni (cfr. artt. 70 per i documenti romano e cisalpino e l'art. 42 per quello elvetico). Si può proporre un discorso analogo anche per il secondo requisito richiesto dall'archetipo francese per divenire membro dei Cinquecento: il domicilio. La necessità di aver risieduto nel paese per i dieci anni precedenti all'elezione veniva così stemperata e ridotta a soli tre anni nei casi italiani, mentre veniva addirittura cassata nel caso elvetico. Anche per il secondo consiglio, pur tra sfumature diverse, nei tre documenti si assiste alla solita tendenza favorevole ad un misurato allargamento dell'eleggibilità alle massime cariche legislative, reso possibile sempre attraverso l'alleggerimento dei requisiti anagrafici e di domicilio.

⁽⁴⁰⁾ Se a queste innovazioni di carattere politico ed elettorale uniamo la tendenza, sempre più affermata, di prevedere pratiche pseudo-plebiscitarie, consistenti nel far coincidere la partecipazione ad un'apposita celebrazione pubblica con un'implicita accettazione della Costituzione in oggetto — si tratta di un meccanismo particolarmente visibile nel caso romano — sembra profilarsi con chiarezza la natura sperimentale e anticipatrice di questi ordinamenti repubblicani, capaci di mettere in campo, se non le tecniche, almeno alcuni dei principi che avrebbero innervato il futuro ordine napoleonico, fondato su un continuo coinvolgimento popolare svuotato, paradossalmente ma in maniera occhiuta, di un'effettiva libertà di scelta e, dunque, di una reale incisività politica. Per un approfondimento sulle caratteristiche e sullo svolgimento di queste precoci pratiche plebiscitarie si veda G.L. FRUCI, *Un laboratoire pour les pratiques plébiscitaires contemporaines: les libres votes constitutionnels et les « appels au silence » dans l'Italie révolutionnaire et napoléonienne*, in *Consentement des populations, plébiscites et changements de souveraineté*, Actes du colloque international de Nice et Chambéry 27 septembre-1^{er} octobre 2010, textes réunis par M. Ortolani, O. Vernier, M. Bottin et B. Berthier, Nice, Serre éditeur, 2013, pp. 65-78.

I rovesci militari e, soprattutto, le difficoltà interne del governo francese resero però questi esperimenti repubblicani troppo brevi e transitori perché potessero ambire, almeno in quel momento, a divenire un modello per la Francia stessa. Il risultato delle ripetute disfatte elettorali a cui dovette far fronte l'incerto regime direttoriale non si limitò, tuttavia, al declino di quella lusinghiera *mathématique sociale* portata in auge da Condorcet, l'ultimo dei *philosophes*. Ad un livello più generale, la cosiddetta politica *de bascule*, che spinse i direttori francesi a servirsi, alternativamente, dell'appoggio degli opposti estremismi per avallare i ripetuti colpi di stato resi necessari da consultazioni elettorali potenzialmente sovversive, ci pone dinanzi lo spettacolo di un precoce ma evidente declino di una pur peculiare forma di democrazia rappresentativa.

La necessità di aggiustare a più riprese gli esiti elettorali con colpi di mano, oltre a richiamare le tesi popperiane sui limiti intrinseci di ogni democrazia ⁽⁴¹⁾, avrebbe contribuito, in ultima analisi, a radicare quel diffuso senso di sfiducia verso un libero pronunciamento popolare che avrebbe reso possibile l'ascesa napoleonica e il successo di forme di partecipazione popolari molto più inquadrate e rassicuranti.

In questo senso, la pubblicazione da parte Daunou di un saggio molto esteso, risalente al 1803 e intitolato *Mémoire sur les élections au scrutin*, sembra chiudere il cerchio. Dopo aver cercato a lungo, sulla scia di Condorcet, la via razionale e scientifica per assicurare che il voto popolare assicurasse *bons choix*, alla vigilia della fondazione dell'Impero napoleonico nell'*idéologue* sconfitto sembrava estinta ogni speranza di poter incidere attivamente sui destini della società. Né l'introduzione dello strumento della candi-

(41) « La democrazia non può compiutamente caratterizzarsi solo come governo della maggioranza, benché l'istituzione delle elezioni generali sia della massima importanza. Infatti una maggioranza può governare in maniera tirannica [...]. In una democrazia, i poteri dei governanti devono essere limitati ed il criterio di una democrazia è questo: in una democrazia i governanti — cioè il governo — possono essere licenziati dai governati senza spargimenti di sangue [...]. Una costituzione democratica consistente deve escludere soltanto un tipo di cambiamento nel sistema legale, cioè quel tipo di cambiamento che può mettere in pericolo il suo carattere democratico ». K.R. POPPER, *La società aperta e i suoi nemici* (1945), a cura di D. Antiseri, II, Roma, Armando Editore, 1981, pp. 210-211.

datura — volto a favorire un'espressione del voto ponderata e al riparo dalle passioni — né la proposta di un criterio gradualistico per l'accesso alle cariche pubbliche — tentata a più riprese in Francia e messa in atto solo sulla carta nelle repubbliche sorelle per garantire la formazione di una classe di politici esperti e per questo all'altezza dei loro compiti — né, ancora, i benefici derivanti da un preciso piano d'istruzione pubblica erano infatti riusciti a sventare l'avvento di una nuova e terribile forma di potere monocratico. Tutti gli strumenti evocati, in fondo, erano accomunati dalla fede che, se lasciata libera di esprimersi, la volontà dei singoli cittadini sarebbe arrivata autonomamente e quasi fatalmente all'unica scelta corretta nell'ottica di un interesse collettivo visto sempre e comunque come l'obiettivo finale a cui mirare. Sebbene l'ideologo avesse affermato a più riprese l'illusorietà di un metodo elettorale capace di riconoscere in ogni caso la volontà della maggioranza assoluta dei votanti — che, tragicamente, avrebbe potuto anche non manifestarsi —, l'introduzione di un sistema in grado di allontanare ogni fonte di corruzione del voto individuale era sembrata, per buona parte del decennio rivoluzionario, una soluzione capace di avvicinare sensibilmente la possibilità di garantire l'interesse generale.

I rovesci elettorali del Direttorio prima e, soprattutto, l'avvento dell'astro napoleonico avevano però tradito ogni previsione del *savant*, che aveva finito per pagare in prima persona la sua opposizione con l'estromissione dalla politica. Di qui la scelta di concentrarsi su una ricerca d'impianto teorica, sicuramente meno militante, in forte continuità con l'*Essai* del 1785 e consistente nella messa a punto del sistema capace di riconoscere rispettare la volontà degli elettori, qualsiasi essa fosse.

Dans tous système d'élections, on peut et l'on doit même se proposer à la fois ces deux fins: l'une, d'obtenir de bons choix, l'autre, de vérifier avec précision le vœu réel des électeurs. Il faut, d'une part, que la volonté générale soit éclairée, droite, équitable; il faut, de l'autre, que l'expression de cette volonté soit authentique et fidèle [...]. Des deux objets que je viens de distinguer, le premier est sans contredit le plus important; il tient à un plus grand nombre de vues politiques et d'observations morales. C'est néanmoins du second objet seulement qu'il s'agira dans ce mémoire. Je n'y parlerai des moyens qui se dirigent vers la bonté intrinsèque des choix, que

relativement à l'influence que ces moyens peuvent avoir sur la vérification même du vœu général [...]; et, dans la nécessité de commencer par l'une des deux, j'ai préféré celle qui, plus sèche, moins attrayante sans doute, mais aussi plus détachée de toute controverse politique, me semblait d'ailleurs susceptible de solutions plus précises ou plus immédiatement vérifiables ⁽⁴²⁾.

Poco più avanti, Daunou giustificava l'opzione, almeno in parte, rinunciataria con la consapevolezza della vanità di ogni ricerca di un metodo positivo volto ad assicurare una *buona scelta* al di là di ogni possibile circostanza:

En effet, quelles que soient la sagesse et l'efficacité des réglemens qui doivent influer sur la bonté intime des volontés d'un corps, on conçoit que cette bonté ne peut jamais être rendue que très-probable. Je crois bien qu'on peut multiplier assez les précautions pour qu'un choix absolument mauvais devienne impossible: mais faire que chaque élu soit toujours le meilleur des éligibles, c'est un but que n'atteindrait peut-être aucun système conciliable avec la liberté des votans, et par conséquent avec ce qui peut se rencontrer d'erreur dans leurs idées, de partialité dans leurs affections ⁽⁴³⁾.

Dopo aver tentato invano di controllare l'espressione di un'ineffabile volontà generale, per il dotto oratoriano non rimaneva che tornare, ormai disilluso, al proprio tavolo di lavoro, rifugiandosi in un raffinato, ma ormai poco incisivo, saggio teorico-dottrinale che passava in rassegna le principali tecniche di architettura elettorale proposte prima e durante il Decennio rivoluzionario. Il *Mémoire* del 1803 risulta così il termine emblematico di una parabola storica che, attraverso la lente elettorale, ci consegna l'immagine di una Rivoluzione francese alle prese con i propri demoni, risolvendosi, in ultima analisi, nella riaffermazione di un potere monocratico.

⁽⁴²⁾ DAUNOU, *Mémoire sur les élections au scrutin*, Extrait du procès-verbal de la séance du 12 thermidor an 8 de la classe des sciences morales et politiques, Paris, Baudouin, 1803, pp. 2-3.

⁽⁴³⁾ Ivi, p. 3.

5. *Dopo la Rivoluzione: verso un voto moderno.*

Gli anni successivi, tuttavia, non escludono affatto nuovi ed originali ricorsi allo strumento del *voto*, che ormai si presentava come un dispositivo ineludibile per legittimare o puntellare a vario titolo l'autorità dell'organo politico dominante. Se l'era napoleonica testimonia, in continuità con le velate ma chiarissime impressioni di Daunou, il progressivo svuotamento dell'autonomia e della libertà del voto popolare — inteso come un pronunciamento libero, buono e conforme all'interesse generale se basato esclusivamente sulla propria ragione e, in ogni caso, travalicante gli stretti ranghi della pratica plebiscitaria —, è all'ordine politico successivo che va riconosciuto, paradossalmente, il merito di aver riportato in primo piano una discussione pubblica sul valore e sulle ripercussioni reali della pratica elettorale.

Lo dimostra, tra i molti esempi che si potrebbero avanzare, un breve ma denso *pamphlet* comparso anonimo nel 1817: l'*Entretien d'un électeur avec lui-même*. La prospettiva e le finalità adottate dal libello erano chiarite sin dall'*incipit*, che merita di essere citato integralmente:

Je suis Electeur, je ne l'étais pas il y a un an. Bonaparte m'avait enlevé ce droit en établissant ses Collèges électoraux. Je ne concourais donc plus en rien aux choix de ceux qui prétendaient me représenter. Ces choix se faisaient en haut, sans que j'y eusse part. Mon industrie servait l'état: mais elle était favorisée ou gênée par des lois sur lesquelles on ne me consultait pas. Je payais les impôts, mais l'assiette, la nature, la répartition de ces impôts m'étaient étrangères. Nommé par des collèges électoraux qui m'étaient fermés, mes députés n'avaient nul lieu avec moi. Ils ne me demandaient point mon suffrage. Je n'en avais point à donner.

Tout est changé. Je vais concourir au choix de mes députés. Les candidats sentent mou importance: ils me sollicitent. Ils entrent en explication: ils recueillent mon vœu sur mes intérêts. Pour la première fois, depuis 17 ans, je suis quelque chose dans l'état (44).

Nonostante la scelta dell'anonimato, la paternità dell'opera è indubbia. Essa va infatti attribuita ad una delle menti più brillanti

(44) *Entretien d'un électeur avec lui-même*, Paris, Plancher, pp. 5-6.

della Restaurazione, capace di distinguersi sin dal decennio rivoluzionario: Benjamin Constant. A partire dalla caratura dell'autore, le parole pronunciate assumono un significato ancor più rilevante: il cambiamento totale — « Tout est changé » — a cui alludeva dipendeva da un particolare elemento di discontinuità rispetto al regime appena tramontato: il ritorno alla funzione di *elettore*. Proprio all'inizio dell'anno in cui vedeva la luce il *pamphlet* anonimo, la Camera dei deputati francese aveva approvato il progetto di legge relativo all'organizzazione dei collegi elettorali firmato dal ministro dell'interno Joseph-Louis-Joachim Lainé. Dopo la conferma da parte della Camera dei Pari, il progetto era divenuto legge a tutti gli effetti il 5 febbraio 1817: tra le varie disposizioni, esso prevedeva un unico grado elettorale per la nomina dei deputati, che avveniva attraverso un solo collegio di elettori riunito nel capoluogo di ciascun dipartimento ⁽⁴⁵⁾.

Tanto bastava perché, per Constant, si delineasse un orizzonte d'intervento politico totalmente rinnovato rispetto all'asfittica strumentalizzazione del voto napoleonico. E tuttavia, il ritorno alla centralità dello strumento elettorale non comportava affatto una riattualizzazione delle principali questioni che abbiamo visto animare i principali esponenti *idéologues*, con cui pure Constant aveva avuto più di un legame. Il *pamphlet* del 1817 non conteneva ormai nessuna traccia di quella spasmodica ricerca di un inquadramento scientifico e razionale del momento elettorale. Né si trattava, come per Daunou, dell'amara constatazione di un fallimento prima di tutto personale. Nel libello in questione l'ottica veniva esattamente rovesciata, cosicché, anziché far di tutto per depurare l'elezione da ogni motivo o interesse personale, si rivendicava, fin dalle prime pagine, la *personalità*, l'*individualità* alla base del proprio voto. Il programma politico che emerge dalle pagine del *pamphlet* — proposto come griglia per la selezione del candidato migliore — non è infatti il portato ultimo di una riflessione teorica, di principio, bensì la risultante di una serie di esperienze orgogliosamente presentate

⁽⁴⁵⁾ Per il testo finale della legge, cfr. « Bulletin des lois », n. CXXXVII, n. 1694, pp. 113-118. Si vedano su questi temi G.D. WEIL, *Les élections législatives depuis 1789. Histoire de la législation et des mœurs*, Paris, Alcan, 1895 e il classico ROSANVALLON, *Le sacre du citoyen*, cit.

come personali. La gestione oculata delle finanze pubbliche; il riconoscimento delle libertà personali; il rispetto per la Carta costituzionale; la libertà dei culti e della stampa e la tutela dei beni nazionali costituivano il semplice risultato di altrettante constatazioni di mero *interesse personale* (46).

Alla frattura a livello dei contenuti corrispondeva dunque quella sul piano del *soggetto* alla base dell'intero ragionamento. Alla regressione e all'eclissi dell'autore d'epoca rivoluzionaria a favore dell'unica verità naturale corrispondeva la ripetizione esasperata del pronome personale « je », a simboleggiare come l'ottica fosse ormai profondamente mutata: abbandonato ogni interesse a presentare una ricetta valida universalmente e quindi scissa dalla particolare individualità in gioco, Constant non pensava affatto a celare, ma anzi rivendicava la matrice personale alla base di ogni scelta elettorale. Fatti da parte principi e verità generali, l'unica legittima bussola da seguire nell'emissione del proprio voto non avrebbe potuto che coincidere con l'interesse personale (47).

Il momento storico, del resto, sembrava decisivo: non senza retorica, l'alter-ego dell'autore affermava che, era finalmente tornato a valere — e, ancor prima, ad *essere* — qualcosa nello Stato dopo ben diciassette anni. Ovvero, grosso modo, il tempo che divide il *pamphlet* dal disilluso *Mémoire* di Daunou, che registrava suo malgrado proprio quella serrata della libertà e della partecipazione politica interrotta, sorprendentemente, solo nei primi anni della Restaurazione. I due personaggi, del resto, si conoscevano bene. Almeno sin dalle riunioni serali che, negli anni del Direttorio, si tenevano in un locale della capitale (situato in *rue de Bac*) e che

(46) Emblematico il caso della libertà di culto: piuttosto che affermazione di principio, essa era presentata come una misura necessaria per tutelare i propri interessi commerciali, che comprendevano legami e contatti anche con soggetti di religione diversa dalla cattolica.

(47) « Je me promets donc de nommer pour députés des hommes qui pensent à moi, qui parlent pour moi, qui ne laissent pas emprunter légèrement ce que je dois payer, qui empêchent qu'on ne taxe trop les objets que j'emploie, l'huile qui éclaire mes ouvriers, l'eau-de-vie ou le vin que je bois, et dont, en définitif, la cherté retombe sur moi. Je ne demande pas à mes députés de sacrifier le bien de l'État à mes intérêts; mais c'est bien le moins qu'ils tiennent compte de ces intérêts, et qu'ils ne se taisent pas quand on les attaque ». *Entretien d'un électeur*, cit., p. 16.

raccoglievano, oltre ai membri di spicco del circolo degli *idéologues* (da Garat a Cabanis, da Destutt de Tracy a Ginguené, per arrivare a Daunou), anche un allora giovanissimo Constant, coinvolto, probabilmente, grazie ai buoni uffici di Madame de Staël. In qualità di membri del Tribunato, entrambi avrebbero quindi tentato di combattere la nascente autocrazia napoleonica, finendo quindi per venirne espulsi nel cruciale rinnovamento del febbraio 1802. Le numerose battaglie comuni avrebbero portato qualcuno ad insinuare che Constant si presentasse come una sorta di discepolo del più esperto Daunou, « dont depuis longtemps il partage toutes les opinions » (48).

Non è dunque un caso se, a partire dall'affinità personale e ideologica tra i due pensatori, la caduta di Napoleone e il ritorno dei re avrebbero finito per riaccendere la passione per lo strumento elettorale anche in chi sembrava aver smarrito ormai ogni speranza. Come Constant, anche Daunou, sul finire degli anni Dieci, sarebbe infatti tornato ad interrogarsi sui meccanismi e sulla potenzialità del voto, sia all'interno sia all'esterno della sede istituzionale. Così, tornato a vestire i panni del rappresentante a distanza di più di un decennio (49), egli si sarebbe distinto in primo luogo proprio per i suoi interventi sul tema elettorale, pronunciati nel corso di un'accesa discussione esplosa nel 1820 dinanzi alla possibilità di riformare la cosiddetta *Loi Lainé*: proprio la conquista su cui si fondava il ritrovato entusiasmo dell'elettore fittizio di Constant. Più che nel contenuto di questi interventi, nei quali Daunou esprimeva soprattutto la volontà di attenersi il più possibile al dettato della Carta sul tema elettorale e di evitare, così, di dissolvere quel diritto alla partecipazione politica appena restaurato (50), il segnale emblematico della sua ritrovata fede nelle potenzialità emancipatrici e pedagogiche del voto si ritrova in un'opera che veniva data alle stampe,

(48) Il giudizio, non privo di malignità, era stato espresso dal tribuno Stanislas de Girardin nella seduta del 24 gennaio 1801. Cfr. *Archives parlementaires*, cit., deuxième série, t. II, p. 162.

(49) Daunou veniva eletto alla Camera dei deputati nel 1819 ad opera del dipartimento di Finistère.

(50) Si vedano, in particolare, gli articoli 35-42 della *Charte* del 1814, che fissavano i limiti dell'elettorato attivo e passivo.

la prima volta, nel 1818: l'*Essai sur les garanties individuelles* ⁽⁵¹⁾. Si trattava di un saggio di teoria politica dalla struttura bipartita: dopo aver presentato le garanzie individuali fondamentali (sicurezza, proprietà e le libertà di commercio, di pensiero e di coscienza), la seconda parte individuava una serie di forme di governo a partire dal rispetto o meno dei cinque pilastri che fondavano la prima sezione. L'aspetto più emblematico dell'opera è la sua straordinaria fortuna editoriale: oltre a conoscere tre edizioni francesi, essa sarebbe stata al centro di numerose traduzioni — dal greco allo spagnolo, passando per il tedesco e l'italiano —, che tra il 1821 e il 1848 l'avrebbero portata a divenire uno strumento di rivendicazione politica e di battaglie patriottiche da un estremo all'altro dell'Atlantico.

L'elemento che più ci interessa in questa sede è però il contenuto del capitolo finale: *Comment les Garanties individuelles peuvent devenir inviolables dans un pays où elles ne l'ont jamais été*. Dimostrando di aver previsto sin dall'origine una possibile circolazione del proprio Saggio, Daunou cercava di indicare ai popoli di tutto il mondo che avessero voluto stabilire le cinque garanzie fondamentali — e, con ciò, affrancarsi — una guida essenziale per riuscire nell'intento. Se la miglior tutela consisteva in una pratica e in un'abitudine ad esse da maturarsi nel tempo, per *fondare* e affermare le garanzie individuali la variabile cruciale era il concetto di volontà. Quest'ultima si scomponeva, secondo l'autore, in quattro possibili soggetti: la volontà della nazione, dell'assemblea rappresentativa, del governo e delle caste privilegiate. Se, per ovvie ragioni, la prima costituiva una condizione necessaria e imprescindibile, per aver speranza di successo essa non poteva prescindere dall'appoggio di un'altra volontà, che nella stragrande maggioranza dei casi avrebbe coinciso con quella dell'assemblea. Era da queste premesse che si rivelava decisiva la particolare conformazione del corpo rappresentativo e che, di conseguenza, tornava a recitare un ruolo primario il momento elettorale.

⁽⁵¹⁾ La prima edizione, pubblicata in due parti su « Le Censeur européen » (t. IX-X), presentava un titolo leggermente diverso: *Des Garanties individuelles dues a tous les membres de la société*. Nel 1819 compariva la prima edizione integrale per i tipi dell'editore Foulon, col titolo di *Essai sur les garanties individuelles que réclame l'état actuel de la société*. A questa seguiva una terza edizione nel 1822.

Un très-bon choix de représentants est donc en définitive le principal et presque l'unique moyen d'obtenir des garanties réelles dans un pays où il n'y en a que de fictives. Il faut une assemblée composée d'hommes qui les réclament énergiquement; n'ayant, pour leur compte, d'autres intérêts politiques que ceux qu'ils sont chargés de défendre (52).

Alla riattualizzazione della centralità della pratica del voto non corrispondeva però, come nel caso di Constant, un profondo ripensamento dei suoi canoni e delle sue finalità (53). A risultare decisiva, ancora una volta, era la coincidenza tra il voto emesso e l'opinione pubblica, intendendo per quest'ultima l'unico pronunciamento razionalmente valido e benefico per l'universalità dei cittadini. Di qui l'intreccio di un rapporto biunivoco tra elezioni e grado d'istruzione di un determinato popolo: solo se quest'ultimo fosse stato sufficientemente illuminato per saper riconoscere il proprio interesse generale al momento del voto si sarebbe potuto orientare sui giusti candidati decretando, in ultima analisi, la tutela delle garanzie fondamentali. Diversamente, per quest'ultime la fine sarebbe stata certa: « Les élections donnent la mesure des lumières publiques, et décident du sort des garanties » (54).

Nonostante la lunga e dolorosa esperienza pubblica, Daunou non sarebbe mai arrivato a concepire il voto — e, indirettamente, la rappresentanza — come una pacifica composizione d'interessi individuali legittimamente diversi. Non sarebbe, dunque, mai arrivato a concepire un sistema politico come arena di scontro e quindi di

(52) P.C.F. DAUNOU, *Essai sur les garanties individuelles que réclame l'état actuel de la société*, Paris, Foulon, 1819, p. 225.

(53) Ciò non toglie che, sotto altri aspetti inerenti alla vita pubblica, anche in Daunou si mostrassero evidenti linee di discontinuità rispetto al passato. Come Constant, all'interno dell'*Essai* anche l'*idéologue* avrebbe presentato il commercio e l'industria privata come i campi di massima espressione e realizzazione dell'individuo. Solo lasciando ai propri rappresentanti la gestione di ogni ambito diverso dalle cinque garanzie fondamentali, del resto, quest'ultime si sarebbero potute radicare in una determinata società. Ciò non significava affatto rinunciare ad ogni partecipazione della cittadinanza alla vita pubblica: come già per Constant, si trattava semplicemente di ribilanciare la duplice dimensione dell'individuo moderno, privata e pubblica, a favore del primo polo, da cui sarebbero derivati vantaggi anche sull'altro versante.

(54) DAUNOU, *Essai sur les garanties individuelles*, cit., p. 228.

mediazione tra posizioni confliggenti, frutto d'interessi e convinzioni contrastanti. Nell'*Avis* che precedeva la terza edizione dell'*Essai*, era il diretto interessato a confermare la sua ostinata contrarietà ad ogni sistema di opposizione istituzionalizzata, anima di ogni sistema di tipo parlamentare:

Des hommes très éclairés pensent que l'opposition est un élément nécessaire du système représentatif. Cette théorie est l'une de celles qu'on se permettra de combattre; mais on s'efforcera aussi de prouver que l'idée d'attribuer aux ministres et aux deux Chambres le pouvoir de modifier la constitution est subversive de toute garantie sociale. Ces théories et quelques autres du même genre nous sont venues de l'Angleterre, qui, à l'exception du jury et de la liberté de la presse, que nous ne lui empruntons pas, n'avait à nous offrir depuis longtemps et surtout depuis 1814, le modèle d'aucune institution publique préférable ou même comparables aux nôtres ⁽⁵⁵⁾.

La stessa esperienza storica che aveva permesso a Constant d'incamminarsi in un nuovo sentiero politico aveva invece ulteriormente rafforzato Daunou nei principi razionalistici e uniformanti professati sin dall'Ottantanove. Mentre l'*Essai* confermava che le buone elezioni rimanevano quelle capaci di riconoscere, sulla scia di Condorcet, un unico criterio universale, l'*Entretien* sosteneva implicitamente l'illusorietà di un unico metro di giudizio e proclamava apertamente l'esistenza di tanti criteri quanti erano i generi d'interesse dei consociati.

La parabola storica che abbiamo tentato di descrivere mostra dunque un'evoluzione della teoria e della pratica del voto, che si trasforma dal mezzo per individuare l'unico interesse generale allo strumento con cui portare avanti interessi e volontà declinati rigo-

⁽⁵⁵⁾ P.C.F. DAUNOU, *Essai sur les garanties individuelles que réclame l'état actuel de la société*, Paris, Bobée, pp. III-IV. A testimonianza dell'intimo legame tra l'impegno come pubblicista e la funzione di rappresentante, ovvero tra l'aspetto teorico e quello pratico della sua riflessione, Daunou sceglieva di includere in questa terza edizione un'antologia dei suoi interventi pronunciati alla Camera dei deputati a partire dal 1819, « parce qu'ils éclaircissent par des applications, les principes généraux établis dans l'Essai sur les Garanties ». Ivi, p. III. Tra questi, rientravano a pieno titolo i già citati discorsi presentati a proposito dei nuovi progetti legislazione sul tema elettorale — venivano inclusi, nello specifico, quelli risalenti all'8 e il 20 giugno 1820.

rosamente al plurale. Si delinea così il quadro di un vero e proprio 'scacco alla ragione', rivelatasi incapace di riconoscere un unico e uniformante criterio di verità e messa all'angolo dall'emergere di nuovi generi di razionalità, empirici e soggettivi. Tra i molti fallimenti e le ancor più numerose discontinuità che evidenzia questa parabola, si riconosce così un nucleo fondamentale, che non varia, ma, anzi, si sviluppa sempre di più tra Rivoluzione e Restaurazione: l'individualizzazione del voto e delle pratiche elettorali. Dalle declinazioni corporative di Antico Regime, ai progetti fisiocratici che tendevano ancora ad ammettere sfasature rispetto al binomio voto-individuo, destinato a divenire uno dei capisaldi ideologici dell'intera esperienza rivoluzionaria. E tuttavia, sarebbe spettato ad una stagione successiva, non riducibile al solo piano reazionario, traghettare il voto su una dimensione ancora più individualizzata, in cui al singolo e alle sue istanze sarebbe stato concesso di porsi piano rispetto ad una pratica del voto declinata su di un unico e spesso ineffabile interesse generale.

per la storia
del pensiero
giuridico
moderno

53

T.II

2024

**QUADERNI
FIORENTINI**

UNIVERSITA' DI FIRENZE
CENTRO DI STUDI
PER LA STORIA DEL PENSIERO
GIURIDICO MODERNO



QUADERNI FIORENTINI

PER LA STORIA DEL PENSIERO
GIURIDICO MODERNO

Fondati nel 1972 da PAOLO GROSSI

Registrato il 29.11.1983 al n. 3176 presso
la Cancelleria del Tribunale Civile e Penale
di Firenze.

Dir. Responsabile: GIOVANNI CAZZETTA

Stampato da Tipografia Galli & C. 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,
MICHELE PIFFERI, GIOVANNI ROSSI, LUCA
MANNORI, BERNARDO SORDI, IRENE
STOLZI, GIOVANNI TARLI BARBIERI,
RAFFAELE VOLANTE – FRANCESCO
VERTOVA (Segretario di Redazione)

Consiglio Scientifico:

ALEJANDRO AGÜERO (Cordoba); CLARA
ÁLVAREZ ALONSO (Madrid); PIO CARONI
(Bern); 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); CARLOS
HERRERA (Paris); TAMAR HERZOG (Harvard);
RICHARD HYLAND (Camden); LUCIEN
JAUME (Paris); LUIGI LACCHÈ (Macerata);
MARTA LORENTE SARIÑENA (Madrid);
MICHELE LUMINATI (Luzern); LAURENT
MAYALI (Berkeley); STEFANO MANNONI
(Firenze); MASSIMO MECCARELLI (Macerata);
JEAN-LOUIS MESTRE (Aix-En-Provence);
DAG MICHALSEN (Oslo); FRANCESCO
PALAZZO (Firenze); CLAES PETERSON
(Stockholm); CARLOS PETIT (Huelva); HEIKKI
PIHLAJAMÄKI (Helsinki); JOACHIM RÜCKERT
(Frankfurt am Main); MICHEL TROPER
(Paris); JOSEPH WEILER (New York); JAMES
WHITMAN (New Haven); LIHONG ZHANG
(Shanghai)

I testi inviati alla redazione sono sottoposti
a referee anonimo da parte di due esperti
selezionati dal Consiglio di Redazione.
Responsabile del processo di valutazione è
il Redattore.

La Sede della Redazione è in FIRENZE
(50129) - piazza Indipendenza, 9
quaderni.fiorentini@centropgm.unifi.it
www.quadernifiorentini.eu

QUADERNI FIORENTINI

per la storia del pensiero giuridico moderno

53

(2024)

TOMO II

ISBN 9788828866954

ISSN 0392-1867

FSC

© Copyright Giuffrè Francis Lefebvre S.p.A. Milano - 2024
Via Monte Rosa, 91 - 20149 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 Tipografia Galli & C. S.r.l. - Varese

Figure dell'esperienza

ANDREW J. CECCHINATO

OCCORRE UNA DEA.
VENERE E LA STORIA DEL DIRITTO INGLESE
NEL PENSIERO DEL GIOVANE SELDEN (*)

1. Parlando agli studenti dell'Istituto Italiano di Studi Storici nel 1948, Benedetto Croce aveva esortato i suoi uditori a non « andare in cerca della verità, né del bene, né del bello, né della gioia, in qualcosa che » fosse « lontano [...], distaccato e inconseguibile », ma a rintracciarlo « unicamente » in ciò che catturava l'attenzione, occupava gli studi e costituiva l'esperienza di « lavoro » quotidiana (1). « Gott ist im Detail », aggiungeva a giustificazione dell'ammonimento, citando probabilmente a memoria « un dotto tedesco (o, se si vuole, ebreo-tedesco), altamente benemerito agli studi » — Aby Warburg — secondo cui « il buon Dio » si anniderebbe « nel dettaglio » (2).

Parto da qui, perché è, appunto, ad alcuni dettagli testuali che

(*) La ricerca qui presentata è resa possibile grazie alla *Maria Skłodowska Curie Global Fellowship — Grant Agreement* n. 101026873 — emessa a sostegno del progetto *John Selden's Harmonic Jurisprudence. European Interpretation of English Legal History* (<https://projectharmoni.wordpress.com>). Il testo che segue riproduce il tono colloquiale del Seminario storico-giuridico di Roma-Tre, che ha ospitato la prima comunicazione di questo lavoro. E segue lo stile discorsivo dello stesso Selden nel *Discourse — o Table Talk* — di cui è prossima l'edizione critica a cura di Jason Rosenblatt e Joshua Eckhardt.

(1) B. CROCE, *L'uomo vive nella verità*, in *Id.*, *Storiografia e idealità morale. Conferenze agli alunni dell'Istituto per gli studi storici di Napoli e altri saggi*, Bari, Laterza, 1950, pp. 12-13.

(2) A proposito del motto di Warburg — « Der liebe Gott steckt im Detail » — si v. E.H. GOMBRICH, *Aby Warburg. An Intellectual Biography. With a memoir on the history of the library by F. Saxl*, London, The Warburg Institute, 1970, pp. 13-14. Per un'interpretazione del detto rinvio a M.M. SASSI, *Dalla scienza delle religioni di Usener ad Aby Warburg*, in *Aspetti di Hermann Usener filologo della religione*, a cura di A. Momigliano, Pisa, Giardini Editori, 1983, pp. 65-91. Quanto a Warburg più in generale

vorrei rivolgere la mia attenzione: passi brevi e nervosi della produzione giovanile di John Selden, in cui l'interpretazione della storia giuridica inglese è soccorsa dall'evocazione di un dio, anzi dalla presenza di una dea — Venere — e una dea nomoteta, per di più — Venere legislatrice.

2. Che ci fa Venere in mezzo alla storia giuridica inglese? Penso che la domanda sia attraente, ma credo sia ancora imprecisa. Nei racconti di Selden, Venere non compare nel mezzo di quella storia; interviene al suo inizio. E allora: che ci fa l'*alma Venus* all'inizio della storia giuridica inglese? Questo è il primo problema che vorrei esplorare. Ve n'è un secondo.

Lo stordimento che segue, fatale, a ogni teofania — anche piccola, come questa — è accresciuto, nei testi che voglio prendere in esame, da una singolare precisazione. Selden chiama Venere a intervenire nella sua interpretazione della storia giuridica inglese come una figura esplicitamente platonica ⁽³⁾. Con Venere, entrano nei testi di Selden tutta una gamma di ulteriori figure, opere e preoccupazioni tinte da diverse tonalità della tradizione platonica antica e moderna. Si perfeziona così un'inaspettata congiunzione fra storia giuridica inglese e platonismo. Come mai? Questo è il secondo problema. Ma ve n'è anche un terzo.

Venere interviene in due passi paralleli di opere storiche, che Selden scrive e mette in circolazione nel 1610. All'epoca, Selden ha ventisei anni ⁽⁴⁾. Solo otto anni prima, nel 1602, aveva lasciato

si possono leggere i saggi raccolti in M. CENTANNI, *Warburg and Living Thought*, Dueville, Ronzani Editore, 2022.

⁽³⁾ È ancora da chiarire quali vie abbiano condotto Selden a Platone e ai *Platonists*. Per il platonismo del primo rinascimento inglese si v. S. JAYNE, *Ficino and the Platonism of the English Renaissance*, in « Comparative Literature », IV (1952), pp. 214-238; nonché S. HUTTON, *Thomas Jackson, Oxford Platonist, and William Twisse, Aristotelian*, in « Journal of the History of Ideas », XXXIV (1978), pp. 635-652; *Platonism and the English Imagination*, a cura di A.P. Baldwin e S. Hutton, Cambridge, Cambridge University Press, 1994, pp. 65-177; e S. HUTTON, *British Philosophy in the Seventeenth Century*, Oxford, Oxford University Press, 2015.

⁽⁴⁾ Per quanto parziale, lo studio biografico del giovane Selden a tutt'oggi più efficace resta D.S. BERKOWITZ, *John Selden's Formative Years. Politics and Society in Early Seventeenth Century England*, Washington, D.C., Folger Library, 1988. In merito alla letteratura di lingua italiana, si v. S. CARUSO, *La miglior legge del regno. Consuetudine*,

Oxford, dove era entrato a quattordici anni ⁽⁵⁾. Da Oxford era poi andato a Londra, per cominciare i suoi studi giuridici, prima nel *Clifford's Inn* (uno degli *Inns of Chancery*), poi nell'*Inner Temple*, dove era entrato nel maggio del 1604. Una generazione prima, Edward Coke aveva seguito lo stesso percorso ⁽⁶⁾. Il *curriculum* di studi giuridici degli *Inns* durava, all'epoca, otto anni. Perciò, è facile concludere che nel 1610 Selden era ancora residente — come studente (verrebbe da dire) — all'*Inner Temple* ⁽⁷⁾. Ed è in quell'anno che pubblica i due testi in cui compare Venere.

Il primo, pubblicato a stampa, reca per titolo *Jani Anglorum facies altera*. In traduzione, il titolo può essere reso così: *L'altra faccia del Giano degli Inglesi*. Si tratta di una storia del diritto inglese; una delle prime, se non forse la prima storia del diritto inglese, che prende specificamente in esame l'istituzione di un ordinamento particolare e la trasformazione delle sue norme secolari. L'arco temporale esaminato da *Jani Anglorum* si estende dalle profondità bibliche della genealogia di Noè — passando per l'antichità classica e la leggendaria ascendenza dei Britanni dalla diaspora troiana — fino al regno di Enrico II, che termina nel 1189.

Il secondo testo, messo in circolazione solo in forma manoscritta, ha per titolo *England's Epinomis* o *Epinomide inglese*. Anche questa è una storia del diritto inglese. Non è una traduzione di *Jani Anglorum*, ma le due opere condividono molto del materiale storico-dottrinale. Per questo, è probabile che *England's Epinomis* costituisca il brogliaccio di ciò che poi diventerà *Jani Anglorum*. Fra i due testi vi sono, comunque, differenze significative e la più vistosa riguarda l'arco temporale, giacché l'*Epinomide* di Selden arriva fino alla emissione della Magna Carta nel 1215 ⁽⁸⁾.

Ciò che mi preme osservare subito è che, a discapito di differenze maggiori o minori, i due testi condividono il medesimo

diritto naturale e contratto nel pensiero e nell'epoca di John Selden (1584-1654), Milano, Giuffrè, 2001.

⁽⁵⁾ G.J. TOOMER, *John Selden. A Life in Scholarship*, Oxford, Oxford University Press, 2009, vol. 1, p. 3. Toomer ritiene improbabile che Selden abbia conosciuto Alberico Gentili negli anni della sua residenza a Oxford. Cfr. *ivi*, p. 5.

⁽⁶⁾ *Ivi*, p. 6.

⁽⁷⁾ *Ivi*, p. 7.

⁽⁸⁾ Per il documento e la sua storia si v. J.C. HOLT, *Magna Carta*, a cura di G. Garnett e J. Hudson, Oxford, Oxford University Press, 2015.

soggetto. Entrambi raccontano la storia del diritto inglese, ponendo attenzione all'avvio di una vicenda giuridica particolare. Sono storie di un inizio. La costituzione di un ordinamento giuridico particolare, che è il loro specifico soggetto d'indagine, resterà uno dei problemi più ricorrenti nella riflessione di Selden. E lo indurrà a scrivere — per una terza volta — il racconto della formazione dell'ordinamento inglese, che era già stato illustrato in *Jani Anglorum* ed *England's Epinomis*. Questa terza iterazione del racconto sarà pubblicata nel 1616 (l'anno della morte di Shakespeare, per intenderci). Selden ne darà conto nelle sue *Notes on Fortescue*, una serie di glosse composte a corredo di un'edizione (a dire il vero non curata da Selden) del principale trattato di diritto costituzionale inglese quattrocentesco. Il testo che Selden glossa è uno *speculum principis*, il dialogo intitolato *De laudibus legum Angliae*, scritto da John Fortescue ⁽⁹⁾. Qui — nel testo di queste note — l'interpretazione della storia giuridica inglese preparata da *Jani Anglorum* ed *England's Epinomis* torna a essere proposta, ma in una chiave nuova, che rende possibile a Selden trasformare la sua riflessione sull'avvio di un'esperienza giuridica particolare in una vera e propria dottrina generale degli ordinamenti giuridici.

Si profila, quindi, un terzo problema per la mia indagine. Che cosa rende possibile questa fenomenale connessione fra storia giuridica inglese, interesse per una gamma di preoccupazioni giuridiche poste da una particolare lettura dalla tradizione platonica ed elaborazione di una dottrina generale dell'ordinamento giuridico?

Anticipo subito la risposta — in parte, almeno. I testi che vorrei sfogliare propongono un'interpretazione della storia giuridica inglese, alimentata da una precisa lettura di 'Platone', nell'edizione specifica dei suoi *Dialoghi* edita da Marsilio Ficino. E questa lettura — di cui fa segno proprio la presenza di Venere — integra e corregge un modulo storiografico che Selden adotta e trae da un passo del lungo frammento di Pomponio, confluito nel Digesto al titolo *De origine iuris*. La posta in gioco di questa interpretazione è la natura stessa di ordinamento giuridico.

⁽⁹⁾ Per l'edizione moderna del trattato si v. J. FORTESCUE, *De laudibus legum Angliae*, a cura di S.B. Chrimes, Cambridge, Cambridge University Press, 1949.

3. Vorrei procedere così. In primo luogo, vorrei riflettere sull'intitolazione delle due opere storiche e mostrare quale principio giuridico sottendano. Dopodiché, vorrei leggere analiticamente il passo rilevante di *England's Epinomis*. Se questo è il brogliaccio, occorre partire da qui. *Jani Anglorum* lo esaminerò in forma solo corriva. Ma cercherò di mostrare come la struttura dei due testi e la disposizione degli argomenti (nei passi rilevanti) sia parallela, sebbene parallele non siano tutte le allegazioni. Infine, vorrei dedicarmi alla nota più importante che Selden appone a Fortescue. Anche qui, vorrei mettere in luce l'iterazione della medesima struttura già incontrata in *Epinomide* (e *Jani Anglorum*). Ma siccome in questa nota non vi è alcuna allegazione platonica esplicita, vorrei soprattutto concentrarmi su due problemi. La persistenza e, anzi, l'accentuazione di precisi motivi platonici e la ragione — almeno probabile — della loro presenza solo implicita.

4. Così come, per molti versi, parallele sono le storie, paralleli sono i due titoli: *Jani Anglorum facies altera* ed *England's Epinomis*. Entrambi i titoli sono composti allo stesso modo: attraverso, cioè, un processo di specificazione che determina una nozione più generale, se non addirittura comune. E in entrambi i casi, la specificazione ha un carattere nazionale. Che si tratti di Giano o che si tratti dell'Epinomide, quel che conta nel titolo è la loro determinazione inglese. Tanto Giano, quanto Epinomide sono parole chiave sia nei titoli, sia nelle opere e ci tornerò in seguito. Per ora, è bene mostrare come questi due titoli riflettano e preparino l'enunciazione di un principio giuridico che Selden formulerà esplicitamente solo nelle *Notes on Fortescue*. Lì, Selden ripeterà una massima secolare, seconda la quale « the civil law of any nation » non è altro — « is nothing but » — « a *determinatio juris naturalis* » ⁽¹⁰⁾.

La massima compare variamente nella storia della tradizione giuridica. La si può leggere, ad esempio, in Melantone o in Oldentorp ⁽¹¹⁾. Ma credo che Selden la trovi in San Tommaso. E, più precisamente, in una delle sue *Quaestiones Quodlibetales*, dove il

⁽¹⁰⁾ J. SELDEN, *Notes upon Fortescue*, in ID., *Opera omnia*, a cura di D. Wilkins, London, 1726, vol. III, tomo 2, col. 1891.

⁽¹¹⁾ Si vedano P. MELANCHTHON, *Philosophiae moralis epitome*, Lugduni, 1538, p. 68; e J. OLDENTORP, *Iuris naturalis, gentium, et civilis εισαγωγή*, Coloniae, 1539, tit. IV,

problema oggetto di indagine concerne la capacità della consuetudine di svincolare o meno dall'obbligo di corrispondere una decima. È nel corso di questa sua riflessione che Tommaso afferma: *nihil enim est aliud ius positivum quam determinatio iuris naturalis* ⁽¹²⁾. Selden sembra citare proprio questa massima. E tutto sommato non sorprende, se solo si pone mente al fatto che due anni dopo il 1616 — cioè nel 1618 — Selden pubblicherà la sua *Storia delle decime*. C'è un andamento ricorsivo nel pensiero di questo giurista.

L'intitolazione delle opere del 1610 sembra, quindi, preparare, una precisa concezione dei rapporti fra diritto naturale e diritto positivo. Si potrebbe anche dire, che Selden non pensa al diritto naturale in contrapposizione al diritto positivo. Lo concepisce, invece, come una forza equitativa che si estrinseca proprio nell'ambito del diritto positivo ⁽¹³⁾. E le due storie che Selden si prepara a raccontare, avendone annunciato il titolo, sono proprio storie che indagano le vicende positive di quella forza equitativa. Resta ora da capire che cosa vogliano dire Giano ed Epinomide e in che rapporto stiano con il diritto naturale.

5. *Epinomis* è il titolo di un dialogo che la tradizione attribuisce a Platone. Oggi il dialogo è considerato pseudo-platonico ⁽¹⁴⁾. Ma al tempo di Selden, il dialogo era ritenuto autentico e come autentico il dialogo figurava nella edizione e traduzione latina del *Corpus Platonicum* data da Ficino e pubblicata nel 1484 ⁽¹⁵⁾. Il timbro platonico dell'intitolazione di *England's Epinomis* è stato senz'altro registrato dalla storiografia ⁽¹⁶⁾. Ma siccome le letture

pagina non numerata. Si v. anche R. VON FRIEDEBURG, *Luther's Legacy. The Thirty Years War and the Modern Notion of the State in the Empire, 1530s to 1790s*, Cambridge, Cambridge University Press, 2016, p. 137.

⁽¹²⁾ *Quodlibet* II, qu. 4, art. 3.

⁽¹³⁾ Riprendo un'espressione che si legge in E. CORTESE, *La norma giuridica. Spunti teorici nel diritto comune classico*, Milano, Giuffrè, 1962, vol. I, p. 48.

⁽¹⁴⁾ Si v. *Epinomide. Studi sull'opera e sulla ricezione*, a cura di F. Alesse e F. Ferrari, Napoli, Bibliopolis, 2012.

⁽¹⁵⁾ Il 1484 è l'anno assiale preso in esame in I.-P. CULINAU, *Eros e magia nel Rinascimento. La congiunzione astrologica del 1484*, Torino, Bollati Boringhieri, 2006, specialmente pp. 271-281.

⁽¹⁶⁾ TOOMER, *John Selden*, cit., vol. I, p. 103; nonché CARUSO, *La miglior legge del regno*, cit., vol. II, pp. 451-454: 452.

platoniche di Selden non sono ancora state oggetto di studio, la storiografia ha ritenuto che il titolo valesse semplicemente a indicare il carattere di appendice dell'opera. Nella tradizione platonica, infatti, l'*Epinomide* era considerato l'appendice dell'ultimo dialogo di Platone, le *Leggi*. *Nomoi* è un dialogo composto da dodici libri. Ed *Epinomis* è stato a lungo letto come se fosse il tredicesimo. Comincia là dove finisce *Nomoi*, ha per protagonisti i suoi stessi personaggi e sembrerebbe proseguire nel segno della medesima ambientazione drammaturgica: il cammino di tre interlocutori — l'anonimo ateniese, il cretese Clinia e lo spartano Megillo — da Cnosso al tempio di Zeus sul monte Ida, a Creta. Sicché, nella traduzione di Ficino, il dialogo è chiamato « legum appendix »⁽¹⁷⁾.

Analogamente, l'*Epinomide* di Selden sarebbe una sorta di appendice che raccoglierebbe quelle antiche disposizioni del diritto inglese, di cui si era perduta memoria, e che andrebbero ad integrare il *corpus* normativo elaborato dopo il regno di Giovanni Senzattera e cioè dopo la emissione della Magna Carta. Questa interpretazione restrittiva dell'intitolazione è avvalorata dal fatto che Selden non cita mai, nel suo testo, l'*Epinomide* di Platone.

D'altra parte, Selden cita nel primo capitolo di *England's Epinomis* un altro dialogo attribuito dalla tradizione a Platone, il *Minosse*. Anche in questo caso, si tratta di un dialogo (quasi universalmente) ritenuto pseudo-platonico⁽¹⁸⁾. E, anche in questo

(17) Il dialogo è così denominato da Ficino nella rassegna introduttiva delle nove tetralogie alessandrine che raccoglievano l'opera di Platone. L'*Epinomide* appariva nella nona e ultima tetralogia, dove figuravano, nell'ordine, il *Minosse* (*Minos vel de lege*), le *Leggi* (*De Legibus in libri duodecim*), l'*Epinomide* (*Epinomis, id est, legum appendix*) e, infine, le *Lettere* (*Epistulae*). Si legge così in M. FICINO, *Platonis vita et primo genealogia et genesis*, in PLATONE, *Opera divini Platonis omnia tralatione Marsilii Ficini, emendatione et ad Graecum codicem collatione Simonis Grynaei. Nunc recens summa diligentia repurgata*, Basileae, 1532, pagina non numerata. Quando all'edizione citata, si v. J. HANKINS, *Plato in the Italian Renaissance*, Leiden, Brill, 1990, vol. II, pp. 753-754. Quanto alla letteratura contemporanea, si v. B. CENTRONE, *La seconda polis. Introduzione alle Leggi di Platone*, Roma, Carocci, 2021, pp. 18-19.

(18) Cfr. M. ISNARDI, *Una nota al Minosse pseudoplatonico*, in « La parola del passato », IX (1954), pp. 45-53. Si v. anche F. LISI, *Legge ed essere. Il Minosse e il pensiero politico platonico, Seconda navigazione. Omaggio a Giovanni Reale*, a cura di G. Tiengo e R. Radice, Milano, Vita e Pensiero, 2015, pp. 355-364. A favore dell'autenticità W. JAEGER, *Praise of law. The origin of legal philosophy in the Greeks*, in *Interpretations*

caso, si tratta di un dialogo che la tradizione manoscritta greca e la tradizione critica inaugurata da Ficino ritenevano autentico. E così lo legge Selden.

Il *Minosse* è un dialogo particolarmente importante per il pensiero giuridico, perché muove dalla domanda *che cos'è il diritto?* O, nella traduzione latina di Ficino, «*Quidnam lex apud nos est?*»⁽¹⁹⁾. Questa è la domanda iniziale posta da Socrate a un anonimo interlocutore. Per il suo soggetto, il *Minosse* è dunque un dialogo strettamente connesso sia a *Nomoi*, le *Leggi*, che a *Epinomis*.

Due rondini non fanno primavera, è vero. E se si trattasse solo della presenza di due nomi — *Epinomis* e *Minos* — ci sarebbe poco altro da dire. Ma il primo capitolo di *England's Epinomis* è quasi tutto scritto di rimbalzo a motivi platonici ed è qui che compare Venere.

6. Questo primo capitolo di *England's Epinomis* è la porzione di testo che voglio prendere in esame più analiticamente. Partiamo dal titolo del capitolo. «*From the first supposed inhabitants and Britains until Julius Caesar*»⁽²⁰⁾. A stretto rigore, l'indagine storica di Selden ha inizio nel secondo capitolo, con lo studio dei Druidi. Il primo capitolo passa, invece, in rassegna tre ipotesi più remote di avvio della storia giuridica inglese. Una è tratta dalla storia sacra, un'altra dalla storia epica e la terza dalla storia che chiamerei teoretica. Queste tre ipotesi di avvio, che Selden giudica diversamente, sono una costante della sua riflessione. Ricorreranno in forma molto più estesa in *Jani Anglorum*, dove occuperanno i primi sette capitoli del primo libro, e torneranno ancora, in una forma assai più compressa, nella nota più importante a Fortescue.

Nel suo tentativo di risalire alle origini del diritto inglese, Selden indubbiamente si affida alle tracce documentali lasciate dietro di sé dalla storia. Ma, a mano a mano che queste si fanno più

of modern legal philosophies. Essays in honour of R. Pound, a cura di P. Sayre, New York, Oxford University Press, 1947, pp. 352-379; e L. STRAUSS, *On the Minos*, in Id., *Liberalism ancient and modern*, New York, 1995, pp. 65-75.

⁽¹⁹⁾ PSEUDO PLATONE, *Minos vel de lege*, in PLATONE, *Opera divini Platonis omnia tralatione Marsilii Ficini*, cit., p. 49.

⁽²⁰⁾ J. SELDEN, *England's Epinomis*, in Id., *Opera omnia*, cit., vol. III, tomo 1, coll. 5-6.

rade, Selden — pur senza rinunciare allo scrupolo, chiamiamolo, filologico della ricerca storica — attinge a una gamma di fonti ulteriori, che noi non considereremmo e, a dire il vero, nemmeno lui considera documentali o, in ogni caso, attendibili, ma che purtuttavia costituiscono fonti capaci — nell'errore — di illuminare indirettamente la verità.

Questo è un canone metodologico, anzi forse gnoseologico capitale per Selden. E sarà Selden stesso ad enunciarlo, trent'anni dopo *England's Epinomis*, nel suo *De jure naturali et gentium juxta disciplinam Ebraeorum* del 1640. « Così come attraverso il ragionamento sulle ombre », scriverà, « è possibile giudicare della forma e della grandezza di un oggetto sia trasparente che opaco, così anche, molto spesso, da errori e inganni osservati con giudizio, si apre una via molto più sicura verso la rocca della verità » (21).

7. Trovare l'aspra via per la verità è il problema iniziale di *England's Epinomis*. « If all published Authorities were a legitimate

(21) J. SELDEN, *De jure naturali et gentium juxta disciplinam Ebraeorum*, in ID., *Opera omnia*, cit., vol. I, tomo 1, coll. 77-78: « Nam ut ex umbrarum ratione de corporis tam lucidi quam opaci et figura et magnitudine dijudicatur, ita fere etiam ex erroribus deceptionibusque cum judicio animadversis tutior multo ad veritatis arcem via saepe sternitur ». Il canone era talmente caratteristico di Selden da essersi impresso nella mente di John Milton, che lo richiama nel suo *Areopagitica*: « Bad meats will scarce breed good nourishment in the healthiest concoctions; but herein the difference is of bad books that they to a discreet and judicious Reader serve in many respects to discover, to confute, to forewarn, and to illustrate. Whereof what better witness can ye expect I should produce, then one of your own now sitting in Parliament, the chief of learned men reputed in this Land, Mr. Selden, whose [*De jure naturali et gentium*] proves, not only by great authorities brought together, but exquisite reasons and theorems almost mathematically demonstrative, that all opinions, yea errors, known, read, and collated, are of main service & assistance toward the speedy attainment of what is truest ». Per il testo della citazione e il commento dei passi appena menzionati di Selden e Milton si v. J. ROSENBLATT, *John Selden. Scholar, Statesman, Advocate for Milton's Muse*, Oxford, Oxford University Press, 2021, p. 41, nonché tutto il paragrafo intitolato *Analogical Imaginations and the Uses of Error* alle pp. 41-46. L'audacia teoretica di questi passi non va sottovalutata. A ben vedere, tanto per Selden, quanto per Milton, vero e falso correttamente intesi non si comportano « come l'olio e l'acqua » respingendosi a vicenda. Anzi, mostrano come il falso sia — « non più come falso » — « un momento della verità ». Si v. G.W.F. HEGEL, *Fenomenologia dello spirito*, trad. it. di E. De Negri, Firenze, La Nuova Italia, 1974, vol. I, pp. 31, 32. La possibilità di questo accostamento pone il problema della relazione di Hegel con le esperienze di pensiero precedenti.

brother to Truth's certainty », scrive Selden, « then I could affirm that, their common father, old Time, once saw a Samothean race in this Isle of Britany » (22). È così introdotta la prima ipotesi di ascendenza della storia giuridica inglese. L'ordinamento avrebbe per matrice una popolazione leggendaria, all'origine dei Celti, discendente da un altrettanto leggendario re, Samothes, avente per capostipite uno dei tre figli di Noè, Jafet. Selden riporta questa ipotesi, con tanto di citazioni da Annio di Viterbo e altre fonti di dubbia o nessuna attendibilità, secondo cui questi « Samotheans » sarebbero stati « juris peritissimi » e le loro leggi avrebbero costituito « the Law-government of the State, until that Trojan celebrated branch, Brute, entered the Isle » (23). Quasi impercettibilmente, Selden passa dalla storia sacra alla storia epica. Ma non crede a questa storia, più di quanto creda all'altra.

Con l'arrivo di questa nuova popolazione fuggiasca da Troia si sarebbe rinnovato l'ordinamento inglese. Bruto avrebbe composto un codice di leggi per i Britanni ispirate da quelle che avevano retto Troia, ma Selden ritiene che vi siano tutte le ragioni per dubitare « whether any such Laws of Troy » fossero mai esistite, « out of which others might be extracted » (24).

È a questo punto che Selden enuncia il problema storico-giuridico al cuore del primo capitolo di *England's Epinomis*. « Times so near the Golden Age [...] have left few notes of expressly binding laws » (25).

Forse perché noi apparteniamo ad ordinamenti nati a seguito di una procedura costituente, ci è quasi naturale ritenere — nella nostra vita da giuristi, più che da storici — che la costituzione di un ordinamento sia un'occasione di intensa produzione normativa e di intensa documentazione giuridica. Ma guardando alla storia dall'osservatorio di Selden, più si risale indietro nel tempo, più vengono a mancare le tracce normative e documentali della storia giuridica. L'assurdo, da cui muove l'indagine storica di *England's Epinomis*, è che l'origine dell'ordinamento inglese non sembra avere lasciato

(22) SELDEN, *England's Epinomis*, cit., col. 5.

(23) *Ibidem*.

(24) *Ibidem*.

(25) *Ivi*, coll. 5-6.

tracce. Ai primordi di quel diritto non si incontrano norme individuabili e « the main Government » dell'ordinamento sembra essere stato composto, invece, « [by] the arbitrary dispositions of those [...] chosen as Princes »⁽²⁶⁾.

Con questa affermazione, Selden introduce e anticipa quando ripeterà a breve — dopo avere discusso il *Minosse* di Platone — quando allegherà il primo paragrafo di Pomponio, confluito in D.1. 2.2.: « Et quidem initio Civitatis populus sine certa lege, sine certo jure agere instituit, omniaque manu Regis gubernabantur ». All'inizio della storia municipale romana, il popolo aveva deciso di agire senza una legge certa, senza un diritto definito, e tutto l'ordinamento era in pugno dei re. Questa è l'allegazione che fa problema. Fa problema perché risolve l'istituzione dell'ordinamento nelle « arbitrary dispositions » dei principi. Ma fa ancora più problema perché sembra trovare conferma nella scarsità di documentazione storico-giuridica che attesti la costituzione dell'ordinamento.

8. Il rinvio a Platone serve a Selden per attraversare questi problemi e immaginare una loro soluzione. Come? Articolando un ragionamento in tre tempi, scanditi il primo da una notazione esplicitamente basata sul *Minosse* (che Selden individua in nota, senza però citarne l'edizione); il secondo da una serie di considerazioni apparentemente dettate da Omero, ma in realtà filtrate sempre dal *Minosse*; e il terzo da una conclusione congetturale tacitamente ispirata dal breve commento di Ficino proprio al dialogo *Minosse*.

Dopo avere osservato che ai primordi di un ordinamento appaiono scarseggiare tanto le norme positive, quanto la loro attestazione, Selden sembra proporre un contrasto, riportando un episodio riferito nel dialogo *Minosse* da Socrate. L'episodio concerne Talo, uno dei magistrati incaricati dal re cretese Minosse, di assicurare che le leggi di Creta fossero custodite e osservate. A tal proposito, Socrate racconta che, per tre volte all'anno, Talo era chiamato a girare per la provincia di Creta, portando con sé, di villaggio in villaggio, le leggi cittadine incise su tavole di bronzo. Quelle norme erano, dunque, perfettamente individuabili e, anzi, ne esisteva una attestazione materiale, del tutto conforme a reperti

⁽²⁶⁾ Ivi, col. 6.

archeologici ed epigrafici dell'antichità. « Constitutions in written tables », aggiunge a questo riguardo Selden, « may thus derive their pedigree from the most ancient remembrance of Grecian discoveries » (27). *The most ancient remembrance of Grecian discoveries...* una frase ellittica, stupenda che riassume l'origine della legislazione cretese.

Minosse, figlio di Giove, aveva trascorso col padre nove anni nel suo antro. E lì, in quella caverna, Giove aveva impartito a Minosse una educazione giuridica. Come traduce Ficino, Minosse era stato « ab Iove eruditum » — l'unico dei figli del grande dio ad apprendere la sua dottrina (28). E in segno di riconoscimento, il padre aveva donato al figlio niente di meno del suo scettro. Lo attestava Esiodo e Socrate, nella finzione del dialogo, spiegava l'affermazione di Esiodo così. « Hic item sceptrum Iovis nihil aliud vocat, quam Iovis doctrinam, qua Cretam omnem moderabatur » (29). Per lo scettro di Giove, Esiodo non intendeva nient'altro che la dottrina di Giove, con cui Minosse governava Creta. Le norme primigenie erano, dunque, individuabili e rintracciabili — secondo la tradizione platonica — nell'educazione, innanzitutto.

Sennonché, a questo primo tempo del ragionamento ne segue un secondo apparentemente di senso contrario — questo movimento *per contraria* è frequentissimo in Selden — che sembra confermare il sospetto secondo cui nei tempi primigeni il diritto non sia rinvenibile in disposizioni scritte e positive. In questo secondo tempo del suo ragionamento, Selden propone tre osservazioni sulla base di Omero. Primo, ricorda come uno degli epiteti di Agamennone sia « ποιμένα λαῶν », « pastore del popolo » (30). 'Quale pastore governa il gregge legiferando?' è la domanda implicita che pone Selden. Secondo, proseguendo sulla scia di quanto aveva già detto Socrate nel *Minosse*, ma senza farne menzione, Selden osserva come nell'Iliade « [the] free gift » consegnato da Giove « to Princes and Judges » sia « σκήπτρόν τ' ἠδέ θέμιστας » (*Iliade* II, v. 204), « potere e leggi » — come si legge in alcune traduzioni — ma forse

(27) *Ibidem.*

(28) PSEUDO PLATONE, *Minos vel de lege*, cit., p. 52.

(29) *Ibidem.*

(30) SELDEN, *England's Epinomis*, cit., col. 6.

potremmo tradurre, platonizzando, «dottrina e norme non scritte» (31). E, infine, Selden osserva come, secondo un giudizio diffuso, alimentato innanzitutto da Flavio Giuseppe nel *Contro Apione* (che Selden, però, è il primo a revocare in dubbio) «the word Νόμος, lex» non si troverebbe «in any of [Homer's] works» (32). Insomma, i tempi primigeni non attesterebbero la presenza di una legislazione *in scriptis*; registrerebbero piuttosto la diffusione di un senso del diritto alimentato dalla presenza numinosa di una dottrina.

E qui ricorre l'ultimo tempo del ragionamento di Selden, quello ispirato dal breve commento di Ficino al *Minosse*. Date tutte queste osservazioni, «we may with probability enough conjecture», scrive Selden, «that their Laws», le leggi degli ordinamenti primigeni, erano, «as the *Platonists* termed it, *secundae Veneris*» e perciò erano «always closely folded, rather within the treasury of [a king's] brest, [...] than published in enduring tables, to be observed as dumb Magistrates; *Et quidem initio Civitatis* (saith *Pomponius*) *populus sine certa lege, sine certo jure agere instituit, omniaque manu Regis gubernabantur*» (33).

Entra finalmente in scena Venere. Il passo è tanto breve, quanto denso. Selden non nasconde il carattere congetturale della sua conclusione. L'approdo ipotetico del ragionamento, però, non sembra turbarlo fuori misura. È una congettura verosimile quella che si raggiunge seguendo una certa via ispirata dai problemi della tradizione platonica. Che all'avvio di un ordinamento manchino leggi certe e diritti definiti, non deve trarre in inganno. Il diritto non nasce dal nulla e non è ridicibile ai placiti di un sovrano. Al contrario, le disposizioni apparentemente arbitrarie di un principe corrispondono — e devono corrispondere — alle leggi della seconda Venere — *leges secundae Veneris*, come dicono i platonici.

(31) *Ibidem*.

(32) *Ibidem*. Si v. anche J. WALLACE, *Legal Theories and Ancient Practices in John Selden's Marmora Arundelliana*, in «Journal of the History of Ideas», LXXII (2011), pp. 393-412.

(33) SELDEN, *England's Epinomis*, cit., coll. 6-7. Il passo di Pomponio contempla un'età priva di norme scritte. Quest'età primigenia, che si rivela ordinata da norme ancestrali, è presa in esame anche nel terzo libro delle *Leggi*. Si v. M. LANE, *Of Rule and Office. Plato's Ideas of the Political*, Princeton-Oxford, Princeton University Press, 2023, pp. 387-388.

9. Sino a questo punto, Selden è stato abbastanza minuzioso nella indicazione bibliografica delle sue fonti. Forse a sorpresa, qui non cita nulla per spiegare questo misterioso concetto. Chi è la seconda Venere? E quali sono le sue leggi?

Un primo aiuto alla comprensione viene una volta riconosciuto che, riportando l'espressione *secundae Veneris*, Selden sta, in tutta ragionevolezza, citando l'*Argomentum* che Ficino premette alla sua traduzione del *Minosse*. In questo succinto commento, Ficino raccorda l'interpretazione del diritto data dal dialogo, con le dottrine elaborate in altri luoghi della riflessione platonica, come il *Timeo*, il *Fedro* e il *Gorgia*. Secondo la sintesi di Ficino — che è in realtà una reinterpretazione — Platone avrebbe, da un lato, pensato l'unità del diritto, potremmo forse anche dire (ricorrendo a un linguaggio non propriamente platonico) l'unità dell'esperienza giuridica; dall'altro, la sua articolazione interna. Questa articolazione non comprometterebbe l'unità del diritto, garantirebbe piuttosto la traducibilità dei suoi principi in effettive realtà storiche, secondo una gradazione di rapporti analogici. Scrive Ficino:

Ora, ci sono quattro tipi di legge, come si può dedurre dal *Timeo*, dal *Fedro* e dal *Gorgia*. Il primo tipo, che Platone chiama provvidenza, è divino. Il secondo, che egli chiama fato, è celeste. Il terzo, che chiama natura, è quello mobile. Il quarto, che chiama prudenza naturale, è umano. Il primo tipo di legge, che Orfeo e Platone considerano la legge di Saturno, è la mente divina. Il secondo, che essi considerano la legge di Giove, è la parte superiore dell'anima del mondo. Il terzo, che essi considerano la legge della prima Venere, è la parte mobile e inferiore dell'anima del mondo. Infine, chiamano legge nella mente dell'uomo la legge della seconda Venere ⁽³⁴⁾.

Postremo in hominis mente, quam secundae Veneris legem vocant. La citazione sembra corrispondere. Tuttavia, il commento di

(34) M. FICINO, *Argomentum Marsilii Ficini in Minoem Platonis lib. vel de lege*, in PLATONE, *Opera divini Platonis omnia tralatione Marsilii Ficini*, cit., pp. 48-49: « Legis autem species, ut ex Timaeo, Phaedroque, et Gorgia colligitur, quatuor sunt. Prima divina, quam providentiam Plato vocat. Secunda coelestis, quam fatum. Tertia movens, quam naturam. Quarta humana, quam prudentiam naturalem. Prima in mente divina, quam Saturni legem Orpheus et Plato esse volunt. Secunda in superiori animae mundi parte, quam Iovis. Tertia in movente inferiorique illius potentia, quam primae Veneris. Postrema in hominis mente, quam secundae Veneris legem vocant ».

Ficino è talmente stringato da non spiegare granché. Dubito che Selden possa essere arrivato al concetto della seconda Venere affidandosi solo a questo testo. Credo che gli sia stato necessario ricorrere almeno ad altre due opere, il *Simposio* e il trattato che Ficino presenta come un commento al *Simposio*.

10. Perché? Perché è in quei luoghi che è posta la distinzione fra la prima e la seconda Venere. Selden deve avere appreso a pensare il diritto in questi termini proprio da lì, dove la concezione dell'amore si rivela integrale a una comprensione cosmica della realtà politico-giuridica ⁽³⁵⁾.

Brevemente, a proposito del *Simposio*. La distinzione fra le due Veneri, o meglio fra un'Afrodite Urania, ossia celeste, e un'Afrodite Pandemia, ovvero volgare, è proposta da Pausania, nel secondo discorso sull'amore pronunciato al banchetto di Agatone ⁽³⁶⁾. La distinzione ritorna, sia pur variata, anche nel terzo discorso, pronunciato da Eurissimaco ⁽³⁷⁾. Ma per sentire la declinazione realmente platonica di questa polarità, occorre attendere il discorso conclusivo in cui Socrate riporta la dottrina sull'amore insegnatagli dalla sacerdotessa Diotima ⁽³⁸⁾. Amore sarebbe un demone, intermediario fra il bello e il brutto, o fra il mortale e l'immortale. E questo demone vivrebbe desideroso di possedere il bello e il buono per sempre. Si troverebbe pertanto a voler costantemente trascendere la sua condizione costitutiva di penuria. E per farlo, per volgersi da mortale a immortale, si impegnerebbe nella procreazione del bello e del buono. Vi sarebbe una procreazione materiale, ma anche una fecondità più alta, spirituale. E in questo stato di fecondità spirituale, l'anima genererebbe la φρόνησις, la prudenza e ogni altra

⁽³⁵⁾ Si v. M. CORRADI, *Alle origini della lettura neoplatonica del Convito: Marsilio Ficino e il De amore*, in « Rivista di Filosofia Neo-Scolastica », III (1977), pp. 406-422. Si v. anche M. ISNARDI PARENTE, *Teoria e pratica nel pensiero di Platone*, in E. ZELLER, R. MONDOLFO, *La filosofia dei greci nel suo sviluppo storico*, parte seconda, vol. III, tomo 2, *Il pensiero storico*, a cura di M. Isnardi Parente, Firenze, La Nuova Italia, 1974, pp. 564-583.

⁽³⁶⁾ Si v. PLATONE, *Simposio*, a cura di G. Reale, testo critico di J. Burnet, Milano, Arnoldo Mondadori, 2001, pp. 30-43 [180 c 4-185 c 3].

⁽³⁷⁾ Ivi, pp. 44-53 [185 e 6-188 e 4].

⁽³⁸⁾ Ivi, pp. 78-123 [198 a 1-212 c 3].

virtù ⁽³⁹⁾. E la forma di prudenza « di gran lunga più grande e più bella è quella che riguarda l'ordinamento delle città e delle case, cui si dà il nome di temperanza e di giustizia », dice appunto Socrate ⁽⁴⁰⁾. Sicché, si instaurerebbe un rapporto dinamico, secondo il quale il desiderio di attingere la massima virtù porterebbe alla generazione del bene, e la generazione del bene implicherebbe la sua percezione teoretica ⁽⁴¹⁾. La contemplazione avrebbe per frutto l'attività etico-politica (chi contempla il bello in sé « partorirà virtù vere »), tanto quanto l'attività etico-politica sarebbe inconcepibile senza il suo inverarsi in attività noetica ⁽⁴²⁾.

11. Questa capacità di ascendere verso la contemplazione e discendere verso la generazione è caratteristica anche dell'amore così come concepito da Ficino nel suo *Commentarium in Convivium Platonis de Amore* (composto tra il 1468 e il 1469) e poi volgarizzato dallo stesso Ficino come *El libro dell'amore* (poco dopo) ⁽⁴³⁾. La differenza principale con Platone è questa: mentre il *Simposio* stabilisce un rapporto circolare fra contemplazione e costituzione, che non consente di stabilire una gerarchia fra il momento teoretico e momento pratico, i due momenti della contemplazione e della generazione sono invece posti da Ficino in una relazione gerarchica — simile alla relazione gerarchica implicata da Selden in *England's Epinomis*. La prima Venere, che rappresenta l'attività contemplativa, è sovraordinata alla seconda, che rappresenta invece l'attività generativa e costitutiva. La prima Venere è, come scrive Ficino « quella intelligentia la quale nella mente angelica ponemmo » ⁽⁴⁴⁾. La se-

⁽³⁹⁾ Ivi, pp. 112-113 [209 a 3].

⁽⁴⁰⁾ Ivi, [209 a 5-209 a 8].

⁽⁴¹⁾ Si v. W. JAEGER, *Paideia. La formazione dell'uomo greco*, vol. II, *Alla ricerca del divino*, Firenze, La Nuova Italia, 1954, pp. 332-334.

⁽⁴²⁾ Si v. PLATONE, *Simposio*, cit., pp. 120-121 [211 d 8 — 212 a 7]; nonché CORRADI, *Alle origini della lettura neoplatonica del Convito*, cit., pp. 412-413 e ancora 413-414.

⁽⁴³⁾ Si vedano C. VASOLI, *Ficino, Marsilio*, in *Dizionario biografico degli italiani*, Roma, Treccani, 1997, vol. 47, pp. 378-395; nonché M. FICINO, *Commentaire sur le Banquet de Platon*, a cura di R. Marcel, Paris, Les Belles Lettres, 1978; M. FICINO, *Commentary on Plato's Symposium, On Love*, a cura di S. Jayne, Dallas, Spring, 1985.

⁽⁴⁴⁾ M. FICINO, *El libro dell'amore*, a cura di S. Niccoli, Firenze, Olschki, 1987, p. 37.

conda è, invece « la forza del generare all'anima del mondo attri-
buita » (45). La prima è « per amore naturale » a « considerare la
bellezza di Dio [...] rapita »; la seconda tratta « pe' l suo amore » a
« creare la divina bellezza ne' corpi mondani » (46). E ancora, a
dimostrazione del rapporto gerarchico, la prima Venere « abbraccia
[...] in sé lo splendore divino » e poi lo diffonde « alla seconda
Venere » e questa « trasfonde nella materia del mondo le scintille
dello splendore già ricevuto » (47).

Credo che queste poche citazioni bastino a spiegare la dina-
mica fra le due Veneri nella prospettiva di Ficino. E aiutino anche a
comprendere meglio il rapporto analogico che l'*Argumentum* pre-
messo al *Minosse* riassume a proposito della conformazione interna
al diritto, che attraversa il mondo come un raggio a partire dall'in-
telligenza divina.

Quando Selden passerà sotto silenzio il corredo di riferimenti
platonizzanti, che contraddistingue il suo primo modo di pensare
l'esistenza dell'ordinamento al tempo della sua istituzione — allor-
ché l'unica prova della realtà di un nuovo ordinamento è la sua
contemplazione dottrinale — resterà del tutto visibile, e anzi forse
acquisterà ancora più splendore, il duplice convincimento neopla-
tonico o neoplatonizzante secondo cui la realtà dell'ordinamento è
anzitutto contemplazione, tradizione, educazione, studio, analogia,
dottrina — sì, ma dottrina agente — e lo studio del diritto, l'edu-
cazione giuridica, è sovraordinata a ogni attività pratica (48). Come
scriverà nel suo *De jure naturali et gentium*, « Nullus nisi qui in legis

(45) *Ibidem*.

(46) *Ibidem*.

(47) *Ibidem*.

(48) Platone, il platonismo e i platonici compaiono lungo tutto il corso della
produzione seldeniana e l'articolo dà conto solo di un particolare aspetto della loro
presenza. Una discussione del comunismo platonico compare, ad esempio, in *Jani
Anglorum* (si v. J. SELDEN, *Jani Anglorum facies altera*, in ID., *Opera omnia*, cit., vol. II,
tomo 2, col. 983) e i riferimenti platonizzanti nel *De jure naturali et gentium* sono, per
fare un altro esempio, innumerevoli e ancora da studiare. Non v'è dubbio, tuttavia, che
il rinvio esplicito a Platone venga meno nel momento di massima teorizzazione di una
dottrina dell'ordinamento.

se exercet studio, pro libero habetur » — nessuno se non colui che si esercita nello studio del diritto è libero ⁽⁴⁹⁾.

12. Altro che *arbitrary dispositions!* Selden mobilita all'inizio dell'*Epinomide* una complessa trama di dottrine allo scopo di mostrare come al momento di costituzione di un ordinamento sia attiva, al suo massimo grado, la forza equitativa che sostanzierà il diritto positivo. Queste leggi della seconda Venere sono custodite, secondo una formula tecnica, scolastica, che non è più platonica e nemmeno neoplatonica, ma appartiene alla tradizione canonistica, alla tradizione del diritto comune, *in scrinio pectoris*, esse sono, come scrive Selden, « always closely folded, [...] within the treasury of [the king's] brest » e non si trovano scolpite invece in tavole destinate a essere osservate come magistrati silenziosi e muti, di ciceroniana memoria, « dumb Magistrates » ⁽⁵⁰⁾. Sono patrimonio della conoscenza giuridica. Sono letteratura.

13. Potrei andare avanti su questa strada e potrei, ad esempio, mostrare come, passando a *Jani Anglorum*, Selden conservi tutta la struttura del primo capitolo di *England's Epinomis* che ho appena illustrato. Non solo, ma potrei anche mostrare come il carattere equitativo dell'atto di istituzione dell'ordinamento sia esplicitamente evocato da Selden con l'allegazione del famoso passo tratto dell'*Etica Nicomachea* in cui Aristotele discute del regolo di Lesbo, proprio prima di una nuova evocazione della seconda Venere ⁽⁵¹⁾. E potrei anche spingermi fino a ipotizzare che l'intitolazione di questa seconda opera storica, *Jani Anglorum*, richiami il dio Giano per un motivo anch'esso neoplatonizzante ⁽⁵²⁾. Come ampiamente mostrato

⁽⁴⁹⁾ SELDEN, *De jure naturali et gentium juxta disciplinam Ebraeorum*, cit., col. 699. Per il passo (che è, in realtà, una duplice citazione del *Pirkei Avot* 6: 2 e di Daniel Heinsius) e il suo commento si v. ROSENBLATT, *John Selden*, cit., pp. 99-100.

⁽⁵⁰⁾ SELDEN, *England's Epinomis*, cit., col. 7.

⁽⁵¹⁾ Si v. SELDEN, *Jani Anglorum facies altera*, cit., coll. 975 e 976 per l'evocazione della seconda Venere.

⁽⁵²⁾ La giustificazione immediata del titolo Selden la offre riportando in epigrafe una citazione dal primo libro dei *Fasti* di Ovidio (I, v. 36). *E quibus haec Populum spectat: at illa larem*. Nel suo poema calendario, Ovidio si trova a dialogare con molteplici divinità. La prima ad apparirgli è Giano, nume tutelare di ogni soglia e inizio, cui spetta incardinare l'ordinamento del mondo e la storia civile: *me penes est unum vasti*

fin dati tempi della ormai classicissima monografia di Paul Oskar Kristeller sul *Pensiero filosofico di Marsilio Ficino*, Ficino, in diversi luoghi della sua opera, paragona la duplice attitudine dell'anima individuale ad ascendere verso la contemplazione e a discendere verso la costituzione, e cioè a riprodurre i movimenti contrapposti delle due Veneri, al doppio volto del dio bifronte, Giano⁽⁵³⁾. E ad ulteriore riprova di questa ascendenza potrei anche mostrare come questo stesso paragone sia proposto anche da Giovanni Pico della Mirandola, nel suo trattato sull'amore, commento al *Simposio* e risposta a Ficino⁽⁵⁴⁾. E mentre Selden non cita espressamente Ficino né in *Jani Anglorum*, né in *England's Epinomis*, cita Pico in *Jani Anglorum* e la sua grandiosa esegesi cabalistica della Bibbia intitolata *Setteмпlice interpretazione dei sei giorni della Genesi*⁽⁵⁵⁾.

custodia mundi / et ius vertendi cardinis omne meum est (I, vv. 119-120). Spiegando al poeta la ragione del suo nome, Giano (*Ianus*) osserva come ogni porta (*ianua*) abbia due facce: una rivolta al pubblico, l'altra ai Lari; l'una rivolta al sensibile e mondano, l'altra all'intelligibile e celeste, si potrebbe anche aggiungere. Si v. TOOMER, *John Selden*, cit., vol. I, pp. 89-90. In altra sede, varrebbe la pena esplorare i rimandi interni ai *Fasti* tra la figura di Giano e quella di Venere. Basti qui rinviare a F.K.A. MARTELLI, *Ovid's Revisions. The Editor as Author*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, pp. 124-126.

⁽⁵³⁾ P.O. KRISTELLER, *Il pensiero filosofico di Marsilio Ficino*, Firenze, Le Lettere, 1988, pp. 210 e 428.

⁽⁵⁴⁾ Si v. G. PICO DELLA MIRANDOLA, *Commento alla canzone d'amore composta da Girolamo Benivieni*, in ID., *De hominis dignitate, Heptaplus, De ente et uno e scritti vari*, a cura di E. Garin, Firenze, Vallecchi, 1942, pp. 526-527. Si v. anche M.J.B. ALLEN, *The Birth Day of Venus: Pico as Platonic Exegete in the Commento and in the Heptaplus*, in *Pico della Mirandola: New Essays*, a cura di M.V. Dougherty, Cambridge, Cambridge University Press, 2007, pp. 81-113.

⁽⁵⁵⁾ Si v. SELDEN, *Jani Anglorum facies altera*, cit., col. 1022, nota r. Selden non cita esplicitamente Ficino negli scritti del 1610, ma lo citerà otto anni dopo, in un testo per lui sicuramente amaro, composto nel 1618. In un colloquio inquisitorio con Giacomo I, in cui Selden è chiamato a rispondere per aver scritto e messo in circolazione la sua *Storia delle decime*, il re induce Selden a ritrattare una delle sue osservazioni incidentali e dimostrare — contrariamente a quanto aveva sostenuto nella *History of Titbes* — che il giorno natale di Gesù Cristo fosse il 25 dicembre. Nell'introdurre quella ritrattazione — che Selden scrive per compiacere il re, senza però mai pubblicare — Selden si sofferma sulla celebrazione del compleanno di Platone, rinnovata nella Firenze medicea e cita, a tal riguardo, proprio il trattato che Ficino aveva presentato come un commentario al *Simposio*. Si v. J. SELDEN, *On the Birth-day of our Saviour*, in ID., *Opera omnia*, cit., vol. III, tomo 2, col. 1406 e la nota c alla stessa pagina. In questo contesto,

Siché, non si potrebbe ipotizzare che l'altra faccia del Giano inglese che Selden evoca nel titolo del suo libro sia, appunto, quella che — illuminata dalla luce della educazione, dello studio e della contemplazione giuridica — si volge a considerare la storia della costituzione e della generazione del diritto inglese al tempo in cui mancano o scarseggiano le attestazioni e tavole della legge? Se fosse così, allora si potrebbero davvero ripetere — rinnovando il loro significato — le parole di Max Ascoli riprese da Bognetti nel suo giudizio sull'opera storico-giuridica di Arrigo Solmi, secondo cui « nell'ordine della sapienza civile pochi » avrebbero « cura d'anime come uno storico del diritto »⁽⁵⁶⁾. La cura di Selden era per l'anima del mondo, così come trasfusa e rigenerata nell'esperienza storica del diritto inglese.

14. Preferisco, però, passare all'ultimo testo e prendere in esame la più importante nota che Selden appone a Fortescue. Si tratta della terza nota al diciassettesimo capitolo del *De laudibus legum Angliae*. Questa nota è uno dei testi più noti di Selden e la notorietà è pienamente giustificata.

Il problema da cui muove ha la semplicità apparente del mito. Secondo Fortescue il diritto inglese era costituito da un nucleo consuetudinario rimasto invariato nel corso di secoli. L'affermazione era straordinariamente attraente per i giuristi inglesi del primo Seicento. L'ascesa di un re scozzese al trono inglese nel 1603 aveva scatenato una crisi costituzionale di proporzioni tali da prefigurare l'estinzione del diritto inglese come sistema giuridico autonomo e l'imposizione del diritto scozzese, così in Scozia come in Inghilterra.

non è senza significato che la prima citazione nella *History of Tithes* sia della *Teologia platonica* di Proclo. Si v. J. SELDEN, *History of Tithes*, in Id., *Opera omnia*, cit., vol. III, tomo 2, col. 1069. Su tutta questa vicenda si v. G.J. TOOMER, *Selden's History of Tithes: Genesis, publication, and aftermath*, in « Huntington Library Quarterly », III-IV (2002), pp. 345-378, soprattutto 363.

⁽⁵⁶⁾ G.P. BOGNETTI, *L'opera storico-giuridica di Arrigo Solmi e il problema dell'oggetto e del metodo della storiografia del diritto italiano*, in « Rivista di storia del diritto italiano », XVII-XX (1944-1947), p. 193. Si v. anche M. ASCOLI, *L'interpretazione della legge*, Roma, Athenaeum, 1928, p. 10; nonché P. GROSSI, *Parole introduttive, in L'insegnamento della storia del diritto medievale e moderno. Strumenti, destinatari e prospettive. Atti dell'incontro di studio, Firenze 6-7 novembre 1992*, a cura di P. Grossi, Milano, Giuffrè, 1993, p. 7.

Il pericolo imminente di una riunione dei due regni in un singolo ordinamento, manifestato dai disegni costituzionali di Giacomo I, rendeva il problema di accertare l'esatta natura del diritto inglese una questione politica, politico-giuridica e storica della massima urgenza. Nessuno dei dibattiti al riguardo, nessuna delle opere, nemmeno quelle di Selden, avevano il benché minimo carattere accademico. Ma, al tempo stesso, le questioni in gioco nella crisi costituzionale erano di una portata teoretica tale, che comprendere se il diritto inglese godesse di un'autorità ininterrotta nel tempo o di uno statuto provvisorio e politicamente variabile comportava conseguenze che travalicavano di gran lunga il destino di una singola nazione.

È anche così che si spiegano le tinte platonizzanti di Selden. Fatto sta, che nella nota a Fortescue (il cui diciassettesimo capitolo era sulla bocca di tutti in quegli anni) Platone sembra del tutto assente⁽⁵⁷⁾.

Io non credo che sia così. Credo, invece, che Selden abbia compiuto, in questo testo, un'operazione spericolata e abbia riformulato, in un linguaggio rigorosamente tecnico-giuridico, una delle nozioni platoniche che più sbilancia la comprensione e la salvaguardia dell'ordine (giuridico o teoretico che sia) a favore delle dottrine e delle leggi non scritte, degli ἄγραφα νόμια⁽⁵⁸⁾.

Partiamo da Selden. Quando annota e commenta il diciassettesimo capitolo di Fortescue, quello stesso testo è già diventato parte di un incandescente dibattito costituzionale contemporaneo, promosso da Edward Coke, che riprende, ripete e cita per esteso il capitolo di Fortescue nei suoi *Reports* fin dal 1602, l'anno prima dell'ascesa al trono di Giacomo I, e poi, di nuovo, nel 1607⁽⁵⁹⁾. La

(57) Sulla presenza di Fortescue nel dibattito costituzionale seicentesco (e in un'importante e problematica tradizione storiografica contemporanea) si v. J.G.A. Pocock, *The Ancient Constitution and the Feudal Law. A study of English Historical Thought in the Seventeenth Century*, Cambridge, Cambridge University Press, 1987, pp. 96, 217.

(58) Si v. L. Canfora, *Le vie del classicismo. Storia, Tradizione, Propaganda*, Bari, Dedalo, 1989, p. 195.

(59) Si vedano 2 *Rep.*, pp. vii-viii; 3 *Rep.*, p. xxi; 6 *Rep.*, pp. iv-v. Si v. a commento G. Garnett, *The «ould fields»: Law and History in the Prefaces to Sir Edward Coke's Reports*, in «The Journal of Legal History», XXXIV (2013), pp. 245-284.

citazione di Fortescue nei *Reports* serve per ribadire la continuità dell'ordinamento giuridico inglese, la cui esistenza non è soltanto di un'antichità tale da eccedere la memoria del diritto e quindi la disponibilità dell'uomo, ma è metafisicamente — e qui uso la parola in un senso tecnico — « beyond any beginning »⁽⁶⁰⁾. Vi è un'essenza del diritto inglese, secondo Coke, che eccede le sue determinazioni storiche. Sicché, ha poco senso, dal punto di vista di questo giurista, affidarsi a cronache o cronologie. Ciò non vuol dire che Coke ignori la storicità o la mutabilità del diritto inglese, per ciò che concerne le sue singole disposizioni. Tutta l'energia dei *Reports* è dedicata a mostrare questa mutabilità — una mutabilità in cui le interpretazioni giuridiche di Coke giocano un ruolo decisivo. Ma un conto è la mutabilità di questa o quella norma, un altro è la stabilità dell'ordinamento. Coke è capace di pensare questo contrasto; non è capace di conciliarlo.

Ripartire dal diciassettesimo capitolo di Fortescue vuol dire, per Selden, dialogare con Coke e storicizzare la continuità dell'ordinamento nella mobilità delle sue norme. La conciliazione che Selden propone ha luogo in una nota che riproduce la struttura del primo capitolo di *England's Epinomis*. La ricerca di un'origine del diritto inglese apre l'indagine a una pluralità di possibili inizi che si rivelano, uno dietro l'altro, come una successione di quinte nel tempo.

La storia inglese ha inizio con i Normanni? No. Guglielmo I conferma un diritto preesistente. Allora occorre risalire fin dove le fonti consentono di spingere lo sguardo, indietro fino alla conquista romana dell'isola. Ma anche questo inizio non basta. Vi erano popolazioni già residenti sull'isola, la cui esistenza sfumava addirittura nella leggenda della diaspora troiana, e indietro ancora fino a risalire alla più remota cronologia biblica.

Dunque, non solo la nota riproduce una struttura già adottata da Selden (sebbene i suoi argomenti e le sue fonti si siano fatte nel frattempo più sofisticate), ma l'analoga struttura porta con sé la stessa concatenazione fra storia evenemenziale, storia sacra, storia epica e, infine, storia teoretica. Qui vuole arrivare Selden.

⁽⁶⁰⁾ E. COKE, *8 Rep.*, come citato in GARNETT, *The «ould fields»: Law and History in the Prefaces to Sir Edward Coke's Reports*, cit., p. 269.

La ricerca di un'origine cronologica, che attesti e renda comparabile l'antichità di un diritto rispetto a un altro costituisce una falsa pista d'indagine. Non esistono diritti più antichi e diritti più giovani. O meglio, la maggiore o minore antichità di un diritto non dice nulla a proposito della sua autorità. Siccome tutti i diritti condividono la stessa radice, siccome sono tutti modi particolari della medesima natura (*mos a modo*, aveva osservato Connan nei suoi *Commentari*), tutti i diritti — a prescindere dalle loro vicende cronologiche — godono, dal punto di vista teorico e giuridico, della stessa forza ⁽⁶¹⁾.

But in truth, and to speak without perverse affectation, all laws in general are originally equally ancient. All were grounded upon nature, and no nation was, that out of it took not their grounds; and nature being the same in all, the beginning of all laws must be the same ⁽⁶²⁾.

L'indagine storica inizia a trasformarsi in dottrina dell'ordinamento. Selden prosegue.

As soon as Italy was peopled, this beginning of laws was there, and upon it were grounded the Roman laws, which could not have that distinct name indeed till Rome was built, yet remained always that they were at first, saving that additions and interpretations, in succeeding ages increased, and somewhat altered them, by making a *determinatio juris naturalis*, which is nothin but the civil law of any nation ⁽⁶³⁾.

Dalla storia inglese, Selden volge lo sguardo al caso della storia romana, considerata qui come un mero esempio. E da quella storia tra il succo del suo discorso. L'istituzione di un ordinamento ha per Selden la fisionomia di una fattispecie a formazione progressiva. L'insediamento è il primo momento di questa fattispecie. « As soon as Italy was peopled », scrive qui Selden. (Che titolo recava il primo capitolo di *England's Epinomis*? « From the first supposed *inhabitants* and

⁽⁶¹⁾ Si v. D.R. KELLEY, *The Human Measure. Social Thought in the Western Legal Tradition*, Cambridge, Mass., 1990, p. 193.

⁽⁶²⁾ SELDEN, *Notes upon Fortescue*, cit., col. 1891.

⁽⁶³⁾ *Ibid.*

Britains until Julius Caesar » (64)). Con l'insediamento, con l'organizzazione di una comunità, si avvia la produzione di un ordinamento. Ma che cos'è quell'organizzazione considerata dal punto di vista strettamente giuridico? Un atto. Quale? Un atto di adempimento, un atto di determinazione positiva del diritto naturale: l'estrinsecazione nella storia di una forza equitativa. Segue la citazione di Tommaso.

Selden qui non cita il *Minosse*. Ma vorrei tornare per un momento a quel dialogo e all'*Argomentum* di Ficino. La preoccupazione centrale del *Minosse* è, come ha scritto Margherita Isnardi, « individuare l'essenza del *nómos* al di qua e al di sopra della varietà dei costumi e delle leggi particolari » (65). Sì, perché nella prospettiva del *Minosse*, esistono « convinzioni stabili e fisse che non mutano per variare di costumanza o di uso locale » (66). Ficino ne è pienamente consapevole e nel suo *Argomentum* propone questa osservazione:

Segue anche che la legge sia eterna e completamente immutabile e sia la stessa per tutte le genti riguardo alle stesse cose [...]: infatti ciò che cambia con i tempi, i luoghi e le opinioni non è legge, ma è chiamato istituzione (67).

Non lex, sed institutio. Quando nel primo capito di *England's Epinomis* Selden passa dalle sue considerazioni platonizzanti al racconto della storia inglese, il verbo che usa per descrivere l'instaurazione dell'ordinamento, da parte di Dunvallo Mulmuzio, il leggendario re dei Britanni che figura nella cronaca di Geoffrey of Monmouth, è... « instituted »: « One of this succession [of kings], Dunvallus Mulmutius, instituted [...] » (68).

Selden vede chiaro due rapporti: primo, il rapporto fra unità dell'esperienza giuridica ed esperienze giuridiche particolari, messo

(64) SELDEN, *England's Epinomis*, cit., coll. 5-6. Corsivo aggiunto.

(65) ISNARDI, *Una nota al Minosse pseudoplatonico*, cit., p. 46.

(66) *Ibid.*

(67) FICINO, *Argomentum Marsilii Ficini in Minoem Platonis lib. vel de lege*, cit., p. 48: « Sequitur etiam ut lex aeterna sit, ac penitus immutabilis, et apud omnes gentes eadem de eisdem, si modo vera sit: nam quae temporibus locisque et opinionibus permutatur, non lex, sed institutio noncupatur ».

(68) SELDEN, *England's Epinomis*, cit., col. 7. L'incrocio fra *Minosse*, platonismo e storia giuridica è preso in esame dalla prospettiva di un'altra storia nazionale in S. BYRNE, *Ficino in Spain*, Toronto, University of Toronto Press, 2015, pp. 99-106.

a fuoco dal *Minosse*, dall'*Argumentum* di Ficino, dal suo primo capitolo dell'*England's Epinomis* e dalla nota a Fortescue nella parte che ho citato appena sopra; secondo, il rapporto fra l'unità dell'esperienza giuridica particolare e la mutabilità delle sue singole norme, che è messo a fuoco a partire dalla stessa parte che ho citato poco fa della nota a Fortescue. Quella nota prosegue così:

For although the law of nature be truly said immutable, yet it is as true, that it is limitable, and limited law of nature is the law now used in every state. All the same may be affirmed of our British laws, or English, or whatsoever. [...] This rationally considered, might end that obvious question of those, which would say something against the laws of England if they could. 'Tis their trivial demand *When and how began your common laws?* Questionless it is fittest answered by affirming, when and in like kind as the laws of all other states, that is *When there was first a state in that land, which the common law now governs:* Then were natural laws limited for the conveniency of civil society here, and those limitations have been from thence increased, altered, interpreted, and bought to what now they are; although perhaps, saving the meerly immutable part of nature, now, in regard of their first being, they are not otherwise than the ship, that by often mending had no piece of the first materials, or as the house that's so often repaired, *ut nihil ex pristina materia supersit*, which yet, by the civil law, is to be accounted the same still as we see in π [Pandektes] tit.[ulus] de legat.[is et fideicommissis] I. l.[ex] 65 si ita §. 2. [D. 30. 65. par. 2] ⁽⁶⁹⁾.

In questo lungo, lucidissimo passo i due rapporti — il rapporto fra unità dell'esperienza giuridica ed esperienze giuridiche particolari, da un lato, e il rapporto fra unità dell'esperienza giuridica particolare e mutabilità delle singole disposizioni, dall'altro — sono raccordati e illustrati nella loro reciproca connessione logico-giuridica. L'ordinamento particolare viene presentato attraverso il ricorso analogico ad una specifica figura giuridica, quella del *corpus ex cohaerentibus*. La nozione è illustrata nel Digesto — D. 41. 3. 30. — da un altro passo di Pomponio. Esistono beni compositi la cui unità è determinata dalla giuntura delle loro parti. Esempi tipici

⁽⁶⁹⁾ SELDEN, *Notes upon Fortescue*, cit., coll. 1891-1892.

sono, appunto, la nave o la casa. Si tratta di una nozione notissima, sviluppata ulteriormente in un celebre passo di Alfeno — D. 5. 1. 76. — su cui si è a lungo intrattenuto, di recente, Dario Mantovani ⁽⁷⁰⁾. Questa è la figura che consente a Selden di pensare ciò che Coke riusciva solo a intuire, senza risolvere: la continuità dell'ordinamento nella mutabilità delle sue norme.

Sembra un trionfo del pensiero giuridico e, a tutti gli effetti, lo è. Prima di ogni norma positiva, l'ordinamento è un disegno unitario che salvaguardia la particolarità di un diritto nel tessuto vivente dell'esperienza giuridica. Ma questo trionfo del pensiero giuridico è anche un trionfo del pensiero teoretico. È il pensiero giuridico che scopre la sua specifica capacità di porre e risolvere i problemi della teoresi.

Nel settimo libro delle *Leggi*, avendo riflettuto sull'importanza e il ruolo dell'educazione nell'ordinamento cittadino, l'anonimo ateniese che guida il dialogo, osserva:

Tutte le norme che abbiamo appena passato in rassegna non sono altro, per dirla con un termine di uno corrente, che leggi non scritte — ο ἄγραφα νόμιμα — e nel novero di queste leggi rientrano anche quelle cosiddette patrie, che sono di natura non diversa. In tal senso, la tesi poc'anzi sostenuta con diffuse argomentazioni — e cioè che siffatte regole pur non potendo definirsi come vere e proprie leggi, tuttavia neppure possono essere passate sotto silenzio — si è dimostrata esatta. In effetti, queste regole sono come i legami che tengono insieme l'intera costituzione — δεσμοὶ [...] πάσης [...] πολιτείας — perché si pongono in una posizione intermedia — μεταξύ — fra tutte le leggi già fissate per iscritto e codificate e quelle che ancora devono essere istituite: esse sono per tutti nient'altro che le leggi originarie della tradizione ⁽⁷¹⁾.

⁽⁷⁰⁾ Si v. D. MANTOVANI, *Les juristes écrivains de la Rome antique. Les œuvres des juristes comme littérature*, Paris, Les Belles Lettres, 2018, pp. 84-128.

⁽⁷¹⁾ PLATONE, *Leggi*, traduzione di R. Radice, in Id., *Tutti gli scritti*, a cura di G. Reale, Milano, Bompiani, 2001, p. 1596 [793 a 9-793 b 7]. Per il testo greco, si v. PLATONE, *Le leggi*, introduzione di F. Ferrari, traduzione di F. Ferrari e S. Poli, Milano, Rizzoli, 2005, pp. 574-576. Per un primo commento, si v. CENTRONE, *La seconda polis. Introduzione alle Leggi di Platone*, cit., 254-255. Una storia della recezione delle *Leggi* resta ancora da scrivere. Si v. A. LAKS, *Plato's Second Republic. An Essay on the Laws*, Princeton e Oxford, Princeton University Press, 2022, p. 181. A conferma della stretta

Δεσμοὶ... πάσης... πολιτείας, « totius reipublicae vincula » traduce Ficino: sono i nessi costituzionali che vincolano l'intero ordinamento, i legami non scritti, le giunture che tengono assieme le leggi in un unico corpo ⁽⁷²⁾. Il pensiero giuridico di Platone raggiunge forse qui uno dei suoi momenti più alti ⁽⁷³⁾. Platone pensa l'ordinamento e, nel farlo, rivela, in trasparenza, l'esistenza di un legame ancora più vasto e ancora più profondo. Nella lingua di Platone, come osserva Guido Calogero, σύνδεσμος è il vincolo cosmico, la « connessione metafisica del transeunte col costante », la congiunzione o nesso — come aveva già osservato Paul Friedländer nel 1930 — che lega « essere, conoscenza e azione » ⁽⁷⁴⁾.

relazione fra il concetto platonico di δεσμοὶ e quello cosmico-politico di amore gioca l'ulteriore qualificazione che le *Leggi* propongono dei nessi costituzionali: essi — al pari di Eros — sono μεταξύ, a mezzo dell'ordinamento e mediatori delle sue singole norme. Si v. PLATONE, *Simposio*, cit., pp. 94-95 [202 d 11 — 202 d 12], dove Eros è detto, appunto, un demone, « intermedio — μεταξύ — fra il dio e il mortale ».

⁽⁷²⁾ PLATONE, *De legibus vel de legum latone*, in Id., *Opera divini Platonis omnia tralatione Marsilii Ficini*, cit., p. 832. Lo stesso passo delle *Leggi* è (indirettamente) citato da Grozio — ma in altro senso — nel suo *De imperio summarum potestatum circa sacra* (concepito nel 1614 e pubblicato postumo nel 1647). Si v. H. GROTIUS, *De imperio summarum potestatum circa sacra*, a cura di H.-J. van Dam, Leiden, Brill, 2001, vol. I, pp. 174-177, nonché vol. II, p. 644.

⁽⁷³⁾ Il passo delle *Leggi* prosegue così: « Orbene se queste [le leggi non scritte] vengono adeguatamente formalizzate e tradotte in abitudini di vita, è come se formassero uno scudo protettivo a salvaguardia delle leggi scritte: se, invece, vanno allo sbando, lontano dalla retta via, capita come quando in una costruzione le colonne portanti fissate dall'architetto scivolano fuori dal baricentro dell'edificio. Ciò causa il crollo, piano su piano, dell'intera costruzione su se stessa, e per il solo fatto che hanno ceduto le fondamenta, anche le restanti parti, che pure sono state ben progettate, vengono coinvolte nel crollo, esclusivamente perché sono state costruite dopo la struttura portante. Tenendo conto di ciò, amico Clinia, bisogna proprio che noi creiamo saldi vincoli per tenere insieme questo tuo nuovo Stato in tutte le sue parti, cercando di non trascurare, nei limiti delle nostre possibilità, nessun elemento, rilevante o irrilevante che sia, che abbia attinenza con le cosiddette leggi o costume o tradizioni ». Si v. PLATONE, *Leggi*, cit., pp. 1596-1597.

⁽⁷⁴⁾ G. CALOGERO, *Lezioni di filosofia*, vol. 1, *Logica*, Torino, Einaudi, 1960, p. 135; P. FRIEDLÄNDER, *Platone*, a cura di G. Reale, Milano, Bompiani, 2004, p. 947. Si vedano anche F. AST, *Lexicon Platonicum sive vocum Platoniarum index*, Lipsiae, Libreria Weidmanniana, 1838, ristampa anastatica Cambridge, Cambridge University Press, 2012, vol. III, p. 320 (*ad vocem σύνδεσμος*), nonché ivi, vol. I, pp. 439-440 (*ad vocem δεσμός*); JAEGER, *Paideia. La formazione dell'uomo greco*, vol. II, *Alla ricerca del*

Il complesso di figure, motivi e preoccupazioni platonizzanti di Selden si concentra qui: in un testo che ha al suo cuore una riformulazione della domanda iniziale che apre le *Leggi* ⁽⁷⁵⁾. « *When and how began your common laws* » chiede il testo di Selden ⁽⁷⁶⁾. « *Deum ne an aliquem hominum, o hospites, condendarum legum causam existimatis?* » chiede la traduzione ficiniana di Platone ⁽⁷⁷⁾.

Concludo. Non si dà alcuna legge particolare — o documento di legge particolare — fuori dall'ordinamento. Quale che sia l'istituzione, nessuna può essere compresa indipendentemente dalla *lex* menzionata nell'*Argumentum* di Ficino. Il *corpus ex cohaerentibus* di Selden ha preso il posto dei δεσμοὶ... πάσης... πολιτείας di Platone. E l'autentica dottrina dei vincoli è divenuta la dottrina giuridica. Storia e teoresi trovano, così, nel diritto la lingua più appropriata per esprimere la natura ordinamentale del mondo. E la potenza generatrice di Venere dispiega — attraverso l'opera condotta da Selden — un nuovo modo di leggere la realtà.

divino, cit., p. 322; ID., *Nemesios von Emesa. Quellenforschungen zum Neuplatonismus und seinen Anfängen bei Poseidonios*, Berlin, Weidmannsche Buchhandlung, 1914, pp. 96-137; nonché quanto scrive D. SUSANETTI in PLATONE, *Il simposio*, traduzione di C. Diano, introduzione e commento di D. Susanetti, Venezia, Marsilio, 1992, p. 211. Si v. anche F. FRONTEROTTA, *Desmos. Le "catene" dell'essere e il "vincolo" della conoscenza fra Parmenide e Platone*, in *Desmos, syndesmos, vinculum, nexus. Forme e crisi del legame fra antico e moderno*, a cura di G. Gisondi, Napoli, Istituto Italiano per gli Studi Filosofici Press, 2023, pp. 27-44.

⁽⁷⁵⁾ Si v. KELLEY, *The Human Measure. Social Thought in the Western Legal Tradition*, cit., p. 178.

⁽⁷⁶⁾ SELDEN, *Notes upon Fortescue*, cit., col. 1891.

⁽⁷⁷⁾ PLATONE, *De legibus vel de legum latone*, cit., p. 750.

LORENZO PACINOTTI

REVOLUTION BY CONSENT.
UN'IPOTESI DI LETTURA DEL LASKI GIURISTA

1. Premesse. — 2. Il Laski pluralista. — 3. Il Laski gradualista. — 4. Il Laski marxista. — 5. La sostanziale unitarietà della sua riflessione giuridica.

1. *Premesse.*

Nel 1917 il giovane Harold Joseph Laski, agli esordi della sua carriera accademica, appariva al giudice Holmes uno studioso « diabolically clever and omniscient » (1). Sir George Edward Gordon Catlin, nel 1931, descriveva così l'importanza dell'ormai matura riflessione laskiana: « no responsible judge is likely to deny that his work in this century is already as important as was that of [John Stuart] Mill in the last century, and is as certain of immortality » (2). Alla sua morte, nel 1950, il periodo che abbracciava i tre precedenti decenni costituiva, per Max Beloff, una « Age of Laski » (3), contraddistinta dalla assoluta centralità del suo pensiero nel panorama giuspolitico del tempo.

Impossibile, nelle pagine di questo articolo, restituire interamente la complessità dell'universo di un personaggio che meriterebbe ben più approfondite dissertazioni, la cui analisi si distende su tutto il fronte della modernità con uno sguardo che, spaziando tra

(1) Le parole di Oliver Wendell Holmes Jr., con il quale Laski intratterrà una fitta e duratura corrispondenza raccolta nei due volumi *Holmes-Laski Letters. The Correspondence of Mr. Justice Holmes and Harold J. Laski 1916-1935*, Cambridge, Harvard University Press, 1953, sono riportate da I. KRAMNICK, B. SHEERMAN, *Harold Laski. A Life on the Left*, London, Hamish Hamilton, 1993, p. 112.

(2) G.E.G. CATLIN, *Liberty in the Modern State by Harold J. Laski*, in « The American Political Science Review », 25 (1931), 3, p. 733.

(3) M. BELOFF, *The Age of Laski*, in « Fortnightly », 1950, 167, pp. 378-384.

una pluralità di piani epistemologici, governa teoria politica, storia istituzionale, dottrina giuridica. Ciò vale non solo per l'importanza e il calibro scientifico della figura: una sintesi efficace risulta particolarmente ardua qualora si osservi la debordante vastità di una produzione che, composta da circa una trentina di monografie, tradisce spesso una trattazione sovrabbondante, caotica, mutevole, poliedrica, non certo compendiabile in poche battute ⁽⁴⁾.

Si noti che proprio la varietà della teoria laskiana induce spesso a rimarcarne il carattere alluvionale e le latenti contraddizioni. In effetti, il suo si configura come un ragionamento in costante ridefinizione, particolarmente travagliato, poiché sempre alla ricerca di adattare la teoria agli epocali mutamenti che dall'inizio della prima guerra mondiale all'inizio della guerra fredda — il periodo in cui Laski scrive — sconvolgono l'intero ordine mondiale.

Buona parte della letteratura individua, nella specie, almeno tre periodi che ne segnerebbero l'itinerario scientifico: il pluralismo degli scritti giovanili, il gradualismo della maturità scientifica, il marxismo dell'ultimo ventennio. E nel rimarcare le criticità nell'interpretare in modo univoco il suo pensiero, sovente si lamenta l'incongruenza tra tali fasi, mai ricollocate in una orditura sistematicamente organizzata.

Certo, sembra ormai superata l'opinione di Deane, secondo la quale « Laski's political teachings were not of major philosophic significance or profundity; in the years between the wars he too often substituted emotion and rhetoric for intellectual rigor and discipline » ⁽⁵⁾. Ma anche nelle voci intente a recuperarne il messaggio sembra percepibile una tendenza ad avvalorare la teoria pluralistica delle opere giovanili e degli scritti degli anni Venti, al prezzo di sminuire la rilevanza dei lavori successivi, se non di

⁽⁴⁾ « He was too quick to be always accurate; he was a musketeer rather than a rifleman; and some of his shots went astray [...]. But if he could be erratic, he could also be incisive, and he was certainly encyclopedic »: valga, su tutti, l'opinione di Sir Ernest Barker, suo maestro a Oxford, in KRAMNICK, SHEERMAN, *Harold Laski*, cit., p. 60.

⁽⁵⁾ L'interpretazione di H.A. DEAN, *The Political Ideas of Harold J. Laski*, New York, Columbia University Press, 1955, p. 344 giunge al termine di un'analisi, particolarmente completa e attenta, che ha segnato un ineludibile punto di riferimento per la letteratura, contribuendo a determinare la scarsa fortuna di Laski nella seconda parte del Novecento.

operare una sostanziale rimozione del periodo in cui Laski conosce forse la maggiore notorietà e la più intensa influenza nei circuiti istituzionali (6).

L'obiettivo di questo contributo non è quello di ripercorrere, nella sua interezza, la biografia intellettuale del nostro. Si tratta, ben diversamente, di avanzare un'ipotesi di lettura che guardi alle sue più rilevanti evoluzioni intellettuali da una specifica angolatura prospettica, orientata a cogliere non tanto le metamorfosi del retroterra politico che anima le varie proposte amministrative, quanto piuttosto a illuminare la ricerca di un fondamento giuridico per radicare l'azione sociale su un terreno diverso — e più profondo — rispetto a quello dell'onnipotenza di uno Stato che pretende, attraverso scelte di fatto arbitrarie, di determinare l'ordine in senso paternalistico.

Con l'utilizzo di queste lenti, senza pretendere di negare la validità descrittiva di distinguerne il pensiero in periodizzazioni segnate da non trascurabili ripensamenti, pare possibile evidenziare alcune fondamentali linee giuridiche di continuità; continuità capaci di offrire una sostanziale unitarietà del suo pensiero giuridico, soprattutto se colte nelle profondità della teoria costituzionale, oltre che in una proiezione storica non ciecamente avulsa dai fatti istituzionali e dal loro repentino evolversi (7).

(6) Sono ancora attuali le denunce di Martin PERETZ, *Laski Redivivus*, in «Journal of Contemporary History», 1 (1966), 2, pp. 87-101, nonostante gli sforzi di alcuni autori, tra i quali B. ZYLSTRA, *From Pluralism to Collectivism: the Development of Harold Laski's Political Thought*, Assen, Van Gorcum, 1968; W.H. GREENLEAF, *Laski and British Socialism*, in «History of Political Thought», 2 (1981), 3, pp. 573-591; P. LAMB, *Harold Laski. Problems of Democracy, the Sovereign State, and International Society*, New York, Palgrave Macmillan, 2004. Si veda ora anche il contributo, relativo proprio agli anni Trenta e Quaranta, di M. LOUGHLIN, *Laski's Materialist Analysis of the British Constitution*, in *The Cambridge Handbook on the Material Constitution*, ed. M. Goldoni, M.A. Wilkinson, Cambridge, Cambridge University Press, 2023, pp. 64-75.

(7) Le varie fasi del suo pensiero «are not necessarily to be taken as conflicting with one another. They are rather shifts of emphasis brought about chiefly by changes in the current political situation and by the new ideas with which he came into contact». Così, H.M. MAGID, *English Political Pluralism. The Problem of Freedom and Organization*, New York, AMS Press, 1966, p. 47. Simile la posizione di C. PALAZZOLO, *La libertà alla prova. Stato e società in Laski*, Pisa, ETS, 1979; l'opera più completa in italiano su Laski che, pur dividendone il pensiero in fasi sostanzialmente contrapposte, non manca

2. *Il Laski pluralista.*

Hegelianwise, we can not avoid the temptation that bids us make our State a unity. It is to be all-absorptive. All groups within itself are to be but the ministrants to its life; their reality is the outcome of its sovereignty, since without it they could have no existence. Their goodness is gained only through the overshadowing power of its presence. It alone, so to speak, eternally is; while they exist but to the extent to which its being implies them ⁽⁸⁾.

Sin dall'*incipit* della prima monografia del 1917 — *Studies in the Problem of Sovereignty* — emerge la carica polemica nei confronti dell'idealismo hegeliano, colpevole di foraggiare il monismo di un *all-absorptive State* e di incentivare un processo riduzionistico che tutto riconduce entro l'unico, totalizzante, immaginario statale.

L'invettiva non era pretestuosa. La Gran Bretagna aveva conosciuto l'influenza dell'idealismo di T.H. Green, filosofo assai in voga nell'universo oxoniense nel quale Laski si forma ⁽⁹⁾; si aggiunga inoltre che gli ideali greeniani avevano accreditato una inedita visione *New Liberal* ⁽¹⁰⁾ in grado di ispirare, nel decennio precedente la Grande guerra, un vasto programma collettivistico di

di cogliere come « la considerazione dell'ambiente e delle vicende storiche fornisce la chiave di lettura, per così dire, unificante di un complesso iter culturale » (p. 8).

⁽⁸⁾ H. LASKI, *Studies in the Problem of Sovereignty*, New Haven, Yale University Press, 1917, p. 1; opera da leggere assieme a M. PICCININI, *Corpo politico, opinione pubblica, società politica. Per una storia dell'idea inglese di costituzione*, Torino, Giapichelli, 2007, pp. 93-116.

⁽⁹⁾ L'idealismo greeniano è raccolto da F.H. BRADLEY, *Ethical Studies*, London, Henry S. King, 1876; D.G. RITCHIE, *Natural Rights* (1894), London, Allen & Unwin, 1916; B. BOSANQUET, *The Philosophical Theory of the State*, London, Macmillan, 1899. Si rimanda qui proprio al lavoro di E. BARKER, *Political Thought in England. 1848 to 1914* (1915), London, Butterworth, 1922, pp. 7-83: personaggio non perfettamente in linea con le posizioni pluraliste, ma certamente polemico contro l'onnipotenza del grande Leviatano. Cfr. E. BARKER, *The Discredited State* (1915), in ID., *Church, State and Education*, Ann Arbor, The University of Michigan Press, 1957.

⁽¹⁰⁾ Sulla antitesi tra vecchio e nuovo liberalismo, scrive H. LASKI, *The Decline of Liberalism*, L.T. Hobhouse Memorial Trust Lectures no. 10, London, Oxford University Press, 1940, p. 7: « the one negative, the other positive, the one atomic, the other organic, the one finding the essence of the individual in the antagonism to the state, the other finding his essence in the context given him by the State ».

riforme sociali, straordinariamente significative per il temperarsi del problema della povertà, ma indubbiamente distinte da marcate ambizioni centralizzanti (11).

All'opposto, nel disegno laskiano è chiara la scelta — mai ridiscussa — di muoversi sul terreno metodologico dell'effettività, dell'osservazione concreta dei fatti, di una ricerca che vada oltre al piano formale della validità, alle mere e astratte categorizzazioni dogmatiche. Le astrazioni metafisiche dell'idealismo — aveva già chiarito nel 1915 in uno dei suoi primissimi articoli — « do not lean on the facts » e « treat them with contemptuous scorn » (12), nella mistificante convinzione che « the ideal determines the real », che la teoria e le idee condizionino, pressoché per intero, la fisionomia storica e le sorti di un'epoca. Serve invece soffermarsi sulla concretezza dei fatti, scrutando gli eventi nel loro mutevole divenire storico, sulla base di una visione, se non già materialistica, certamente materiale, effettiva, empirica.

Negli *Studies* del 1917, la polemica passa dal polo politico a quello giuridico. Si evidenzia, in particolare, come l'incontrollata onnipotenza dello Stato, esito di una lunga traiettoria positivista di cui il momento hegeliano è apice, rischi di essere recepita anche nella realtà britannica — proprio nel corso dell'epocale conflitto con il *Reich* tedesco — per il tramite della *sovereignty* di John Austin; idea che, sia pur temperata dall'equilibrio con lo storico *judge-made law* inglese stabilito nella diceyana *Law of the Constitution*, proponeva una piatta eguaglianza formale di tutti i cittadini di fronte alla legge, tendeva a uniformare le differenze e impediva il conseguimento di una reale, effettiva, liberazione individuale.

(11) Si pensi soprattutto alle denunce di A.V. DICEY, nella introduzione del 1914 alla seconda edizione delle *Lectures on the Relation between Law and Public Opinion in England During the Nineteenth Century*, trad. it., *Diritto e opinione pubblica nell'Inghilterra dell'Ottocento*, Bologna, il Mulino, 1997. Come spiega J.C. REES, *La teoria politica di Harold Laski*, in « Il Politico », 16 (1951), 3, p. 289, « in modo abbastanza paradossale, l'accrescimento del potere dello Stato in Gran Bretagna, conseguente alle riforme liberali [...] fu una delle circostanze che condussero il Laski al suo attacco pluralista. La vittoria liberale del 1906, che aveva promesso grandi cose, aveva portato solo ad un maggior controllo burocratico e a un sovraccarico degli organi governativi ».

(12) H. LASKI, *The Means and the End*, in *The New Republic*, 4 (4 September, 1915), p. 134.

In the One differences become harmonised, disappear. There are no rich or poor, Protestants or Catholics, Republicans or Democrats, but all are members of the State ⁽¹³⁾.

Ciò che si critica è, in definitiva, quella degenerazione idealistica della sovranità — ormai traslocata dal Parlamento al potere neutro e burocratico dello Stato — che guarda al diritto in una prospettiva, volontaristica, sanzionatoria e astrattamente dogmatica, incompatibile con il pluralismo serpeggiante nelle aggregazioni sociali. Come chiarirà, nel 1921, con il saggio *Foundations of Sovereignty*,

the lawyers present us with a state whose sovereign organ has unlimited and irresistible power. The philosophers have reinforced the legal concept by drawing attention to the greatness of the purpose by which the state has been informed. They express, so to speak, the unexplored teleology of the legal system. The lawyer merely describes the ultimate source of rights; the philosopher justifies that source by an analysis of the mission it implies. In either, the hypothesis is one of unity ⁽¹⁴⁾.

Di qui, nei fatti, nella sostanza, nella pratica concreta della relazione giuridico-istituzionale, una idolatrata *Apotheosis of the State* ⁽¹⁵⁾ che ne celebra la potenza attraverso la finzione delle astrazioni e degli artifici; una rigida identificazione delle forze sociali entro un disegno monistico capace di assimilare il cittadino al suddito.

We represent a State as a vast series of concentric circles, each one enveloping the other, as we move from individual to family, from family to village, from village to city, to county, thence to the all-embracing State ⁽¹⁶⁾.

⁽¹³⁾ Ivi, p. 5.

⁽¹⁴⁾ H. LASKI, *The Foundations of Sovereignty* (1921), in ID., *The Foundations of Sovereignty and Other Essays*, London-New York, Routledge, 1997, p. 26.

⁽¹⁵⁾ Gli Stati « must be wrong as men and women are wrong; then they must be so judged »: H. LASKI, *The Apotheosis of the State*, in « The New Republic », 7 (22 July, 1916), p. 303.

⁽¹⁶⁾ *Studies in the Problem of Sovereignty*, cit., p. 3. Era la tesi di BOSANQUET, *Philosophical Theory of the State*, cit., per la quale la tradizione inglese non risultava

La sola proposta in grado di contenere l'assoluto predominio egemonico dello Stato è quella pluralista. Soprattutto se osservato nella sua veste ordinamentale, il pluralismo del primo Laski sembra declinabile in due ambiti principali.

Il primo concerne la società, le aggregazioni sociali e la loro anima associativa. Lungi dal porre l'accento su una *Personality of the State* (17) che ne esalti il predominio e la posizione di superiorità gerarchica, occorre esaltare la *Personality of Association* (18); serve promuovere quei corpi intermedi dalla cui attività spontaneamente sgorgano precise situazioni giuridiche, nate dalla fattualità della vita sociale, senza che necessariamente intervenga la « fiction-making » (19) del riconoscimento legale. Lo Stato « may not claim preëminence » (20) nei confronti delle associazioni; non può vantare una forma di superiorità morale che, assegnando la determinazione del 'fine sociale' in capo allo Stato stesso, finirebbe per prescrivere la « reduction to unity » delle forze associative (21).

E chiarirà di lì a poco:

the state is only one among many forms of human association. It is not necessary any more in harmony with the end of society than a church or a trade-union, or a freemasons' lodge. They have, it is true, relations which the state controls; but that does not make them inferior to the state (22).

È esplicita qui l'influenza dell'indirizzo diffusosi oltremarica grazie ad una parziale traduzione di *Das deutsche Genossen-*

incompatibile con una filosofia idealistica dello Stato che ricomprendeva, verticalmente, l'assetto plurale della società entro l'unità statale.

(17) H. LASKI, *The Personality of the State*, in « The Nation », 101 (22 July, 1915), pp. 115-117.

(18) H. LASKI, *The Personality of Associations*, in « Harvard Law Review », 29 (1916), 4, pp. 404-426.

(19) Ivi, p. 408.

(20) Ivi, p. 426.

(21) Ivi, p. 404.

(22) *Authority in the Modern State*, New Haven, Yale University Press, 1919, pp. 65-66.

schaftsrecht di Gierke ad opera del Maitland all'inizio del secolo ⁽²³⁾, poi consolidatosi in una corrente — per vero assai eterogenea — dichiaratamente in polemica con l'idealismo greeniano e accomunata dall'avversione all'individualismo ottocentesco ⁽²⁴⁾. È inoltre imprescindibile per comprendere l'impianto teorico degli *Studies* il volume — primo vero tentativo inglese di intendere il pluralismo in una compiuta accezione ordinamentale — intitolato *Churches in the Modern State* dello storico e sacerdote anglicano John Neville Figgis ⁽²⁵⁾.

Assieme all'influenza dell'anarco-sindacalismo francese ⁽²⁶⁾, per Laski è poi decisivo l'apporto del *guild socialism*; proposta socialista ben contraria al centralismo e, all'opposto, diretta a valorizzare le *trade unions* nell'organizzazione istituzionale della vita economica. E Laski riprenderà presto il lessico di G.D.H. Cole: il *Self-government in Industry* costituisce una prospettiva nodale per assegnare alle organizzazioni sindacali, intese come autonomi ordinamenti in grado di sfidare la prepotenza statale, le forme di auto-governo necessarie per il condizionamento delle scelte industriali ⁽²⁷⁾.

Si noti il giudizio — solo apparentemente contraddittorio —

⁽²³⁾ F.W. MAITLAND, *Introduction* (1900), in O. GIERKE, *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, trad. in *Political Theories of the Middle Ages*, F.W. Maitland (ed.), Cambridge, Cambridge University Press, 1987, pp. VII-LV. Per una completa analisi tra Maitland e Laski, basti D. RUNCIMAN, *Pluralism and the Personality of the State*, Cambridge, Cambridge University Press, 1997, pp. 34-123.

⁽²⁴⁾ È storicamente centrale R.C. HSIAO, *Political Pluralism. A Study in Contemporary Political Theory*, London, Kegan Paul, 1927.

⁽²⁵⁾ J.N. FIGGIS, *Churches in the Modern State*, London, Longmans, 1913 aveva infatti già evidenziato come la sovranità fosse una « venerable superstition » (p. 244). Nel rapporto con la riflessione laskiana, R. EIFELD, *Pluralismus zwischen Liberalismus und Sozialismus*, trad. it., *Il pluralismo fra liberalismo e socialismo*, Bologna, il Mulino, 1972, pp. 73-83; D. NICHOLLS, *The Pluralist State*, London, Macmillan, 1975; 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.

⁽²⁶⁾ Cfr. *Authority in the Modern State*, cit., p. 321 e ss.

⁽²⁷⁾ G.D.H. COLE, *Self-government in Industry* (1917), London, Bell, 1920. Si veda anche Id., *Social Theory*, London, Methuen, 1920 e la recensione di H. LASKI, *Guild Socialism and the State*, in « The New Republic », June 30, 1922, pp. 154-155. Sull'analisi di Cole in relazione a quella laskiana, MAGID, *English Political Pluralism*, cit., pp. 3-46.

relativo a due importanti casi giurisprudenziali. In molti ritenevano la sentenza *Taff Vale* del 1901 — con la quale le organizzazioni sindacali erano state ritenute responsabili per i mancati guadagni dell'imprenditore derivanti dalle proteste dei lavoratori ⁽²⁸⁾ — lesiva dell'interesse delle *trade unions*, giacché ispirata a obiettivi classisti e fortemente condizionata da una cultura giuridica ciecamente fedele ai precetti del *laissez-faire* ottocentesco ⁽²⁹⁾. Laski, viceversa, considerava il « great Taff vale case » un « vital advance » perché, ammettendo che le *trade unions* « must be responsible for the wrongs it commits » ⁽³⁰⁾, se ne legittimava la capacità giuridica attraverso una loro definitiva equiparazione alle persone fisiche. Di contro, l'*Osborne case* del 1910 ⁽³¹⁾, che dichiarava illegittimo l'uso dei fondi del sindacato per attività di natura propriamente politica, compromettendo così il canale prevalente di finanziamento del giovanissimo partito laburista, segnava « a reactionary step » ⁽³²⁾, poiché i giudici tendevano a interferire nella libera gestione dell'attività sindacale. Insomma, non si tratta di valorizzare le *trade unions* attraverso lo Stato: ciò che davvero rileva è l'assoluta autonomia delle forze associative e del loro spirito, vero « life-breath of the community » ⁽³³⁾.

Due, si diceva, sono gli ambiti sui quali il discorso pluralistico laskiano insiste. Se il primo, come appena descritto, tende — dalla parte del privato — a osservare il tema associazionistico, il secondo promuove — dalla parte del pubblico — un'organizzazione amministrativa fondata sul più ampio decentramento. L'ispirazione proviene dal mondo americano, dove Laski studia dal 1916 al 1920, approfondendo la dottrina pluralistica di William James ⁽³⁴⁾, fre-

⁽²⁸⁾ *Taff Vale Railway Company v. Amalgamated Society of Railway Servants* [1901] A.C. 426.

⁽²⁹⁾ Si veda, su tutti, B. WEBB, S. WEBB, *History of Trade Unionism*, London, Longmans, 1920², pp. 600-604.

⁽³⁰⁾ *The Personality of Association*, cit., p. 422.

⁽³¹⁾ *Amalgamated Society of Railway Servants v. Osborne* [1910] A.C. 87.

⁽³²⁾ *The Personality of Association*, cit., p. 422.

⁽³³⁾ Ivi, p. 404.

⁽³⁴⁾ Si pensi a W. JAMES, *Pragmatism* (1907), trad. it., *Pragmatismo*, Milano, Il Saggiatore, 1994 e Id., *A Pluralistic Universe* (1909), trad. it., *Un universo pluralistico*, Torino, Marietti, 1973.

quentando gli ambienti di Harvard e Yale, dialogando con Holmes, Roscoe Pound, Felix Frankfurter ⁽³⁵⁾. Nella *Appendix A* degli *Studies in the Problem of Sovereignty* ⁽³⁶⁾ si immagina una struttura federale tesa alla distribuzione del potere, all'autonomia territoriale, alla diversificazione delle funzioni. Per la realizzazione del *Pluralistic State*, « administratively, therefore, we need decentralization; or, if you like, we need to revivify the conception of federalism » ⁽³⁷⁾. E il pluralismo amministrativo si affianca a quello lavoristico: il decentramento, ben oltre le politiche sindacali, avrebbe dovuto abbracciare l'organizzazione esecutiva, ora chiamata ad attuare le più ampie logiche di sussidiarietà verticale, attraverso una « full responsibility of self-government » ⁽³⁸⁾ in grado di travolgere l'assetto socio-economico dell'ordinamento ⁽³⁹⁾.

The division of power may connote a pluralistic world. It may throw to the winds that omnicompetent State for which Hegel in Germany and Austin in England have long and firmly stood the sponsors ⁽⁴⁰⁾.

Il quadro appena descritto non esaurisce, tuttavia, la teoria pluralistica degli scritti giovanili.

L'opera più importante del primo Laski è *Authority in the Modern State* del 1919: se gli *Studies* del Diciassette — ammette nella *Preface* della sua seconda monografia — erano, « in the main, negative and critical », il nuovo lavoro costituisce un tentativo « positive and constructive » ⁽⁴¹⁾. « The problem of sovereignty is

⁽³⁵⁾ Cfr. A.A. EKIRCH, *Harold J. Laski: the American Experience*, in « American Studies », 24 (1983), 1, pp. 53-68 e G.D. BEST, *Harold Laski and American Liberalism*, New Brunswick-London, Transaction Publishers, 2005, qui soprattutto pp. 11-31.

⁽³⁶⁾ *Studies in the Problem of Sovereignty*, cit., pp. 267-285.

⁽³⁷⁾ *The Pluralistic State*, cit., p. 570.

⁽³⁸⁾ *Authority in the Modern State*, cit., p. 80.

⁽³⁹⁾ Scriverà LASKI nella *Preface* di *The Foundations of Sovereignty*, cit., p. VIII: « nor must this federalism be conceived in the merely spatial terms », dato che « it suggests not only a partition of sovereignty in terms of function but also a complete revision of the accepted notion of property ».

⁽⁴⁰⁾ *Studies in the Problem of Sovereignty*, cit., p. 68.

⁽⁴¹⁾ *Authority in the Modern State*, cit., p. 13.

only a special case of the problem of authority » (42): il passaggio dalla sovranità alla autorità gli consente di analizzarne le interazioni con il « significance of freedom » (43). Un'altra fondamentale direttrice irrompe sul proscenio: la dicotomia autorità-libertà, oltre ad accomunare tutta la variegatissima riflessione scientifica dei successivi decenni, fissa forse l'orizzonte più autentico della sua analisi. Se osservata nei suoi rapporti con l'autorità, la libertà gli apparirà presto il problema più profondo: « the main problem of the State is the conquest of freedom » (44). È un dilemma mutevolissimo in relazione ai diversi contesti: « nothing is more certain in the history of political philosophy than that the problem of freedom changes with each age » (45). Di qui la continua tensione tra la concezione negativa e quella positiva della libertà, tra un concetto inteso come assenza di restrizioni individuali e uno definito entro le logiche della partecipazione alla vita collettiva.

Coerentemente con l'impostazione degli *Studies*, anche in *Authority* la vocazione monistica della sovranità statale neutralizza, in senso paternalistico e autoritario, lo spirito di autorealizzazione personale.

The social order of the present time tends more and more to destroy the personal will of each member of the state by asking from him a passive acquiescence in its policy on the ground of generous purpose. It is here argued that such uniformity is the negation of freedom. It is neither active nor vital. It in reality denies perhaps the ability and certainly the justice of the mind that tries to fathom the motives of government. It is thus the death of spontaneity (46).

La volontà personale è compromessa da una teoria idealistica dello Stato che, nella pratica, riscopre la volontà generale rousso-

(42) *Ibidem*.

(43) *Ivi*, pp. 89-109.

(44) H. LASKI, *Political Thought in England from Locke to Bentham*, New York, Henry Holt, 1920, p. 30.

(45) *Ivi*, p. 312.

(46) *Authority in the Modern State*, cit., p. 121.

viana ⁽⁴⁷⁾ e, con essa, un'utopia razionalistica che pretende di costruire l'ordine attraverso la fissazione autoritativa delle regole di convivenza tra gli individui, uniformando le loro condotte secondo passive logiche di sudditanza ⁽⁴⁸⁾. « The real basis of law, therefore, is somehow in the individual mind » e riposa in un « reservoir of individualism » ⁽⁴⁹⁾. Nella convinzione che la società e le sue forze naturali preesistano rispetto all'artificialità dello Stato-persona, Laski guarda, non diversamente da Mill, alla « preservation of individuality » ⁽⁵⁰⁾.

Mutuata dalle considerazioni di Graham Wallas circa la *chance of continuous initiative* ⁽⁵¹⁾, la libertà deriva dalla possibilità della « creative activity » ⁽⁵²⁾. Ne consegue l'importanza di considerare il libero pensiero come un valore irrinunciabile e « absolute » ⁽⁵³⁾: è la coscienza individuale a permettere di manifestare il dissenso contro le pretese egemoniche dello Stato, nonché a costituire la decisiva salvaguardia costituzionale contro la tirannia del politico.

« Liberty is the capacity to resist » ⁽⁵⁴⁾. È per questo che Laski sentirà presto l'esigenza di ripartire dall'impianto lockiano. Nella

⁽⁴⁷⁾ « The philosophers since, particularly, the time of T.H. Green, have told us insistently that the state is based upon will; though they have too little examined the problem of what will is most likely to receive obedience. With history behind us, we are compelled to conclude that no such will can by definition be a good will ». Così in *The Pluralistic State*, cit., pp. 571-572.

⁽⁴⁸⁾ Per la sua vocazione anti-razionalistica contraria al volontarismo legalistico, LASKI apprezza anche Edmund Burke, a cui dedica una parte fondamentale di *Political Thought in England from Locke to Bentham*, cit., pp. 213-280 e una silloge delle *Letters of Edmund Burke. A Selection*, Humphrey Milford, Oxford University Press, 1922.

⁽⁴⁹⁾ *Authority in the Modern State*, cit., p. 30.

⁽⁵⁰⁾ Ivi, p. 188. L'attenzione nei confronti del tema milliano della libertà e la sua interazione con la sfera sociale è costante. Si pensi alla ripubblicazione di J.S. MILL, *Autobiography* (1873), Oxford, Oxford University Press, 1924, arricchita dalla *Introduction* di LASKI, pp. IX-XX: il libro rappresenta la giuntura tra il benthamismo e il nuovo liberalismo, costituisce altresì il motivo per cui « Benthamism failed to satisfy the England of the later nineteenth century, and why, after 1870, T.H. Green took the place of Mill as the most influential writer on matters of social philosophy » (p. X).

⁽⁵¹⁾ G. WALLAS, *Human Nature in Politics*, London, Constable, 1908 e ID., *The Great Society. A Psychological Analysis*, London, Macmillan, 1914 hanno significativamente influenzato l'anima libertaria e antirazionalista del pensiero laskiano.

⁽⁵²⁾ *Preface, The Foundation of Sovereignty*, cit., p. IX.

⁽⁵³⁾ *Authority in the Modern State*, cit., p. 56.

⁽⁵⁴⁾ *The Theory of Popular Sovereignty* (1919), in *The Foundations of Sovereignty*, cit., p. 230.

monografia *Political Thought in England from Locke to Bentham* del 1920, si illumina la traiettoria del liberalismo che, dal disegno giusnaturalista, approda al centralismo benthamiano di derivazione utilitaristica. In quest'ottica, il tema della resistenza nei confronti del potere arbitrario consente a Laski di spingersi ai confini della giuridicità, verificando il nucleo più incandescente dei rapporti tra lo Stato e la società, fino a indagare l'estrema eventualità del « right of revolution »⁽⁵⁵⁾, inteso qui — in senso lockiano — non come la possibilità di costruire volontaristicamente e artificialmente un ordine nuovo, bensì come la resistenza votata al ripristino dell'equilibrio naturale violato. « The theorist of the Revolution is Locke; and it was his conscious effort to justify the innovation of 1688 »⁽⁵⁶⁾, la rivoluzione 'gloriosa' in grado di ripristinare l'ordine naturale oltraggiato dalla tirannia stuarda.

La resistenza e i limiti del concetto di obbedienza — vi si tornerà in seguito — costituiscono un costante retroterra della riflessione laskiana.

Some, as Hobbes, may argue that the price of resistance is always greater than the value it obtains. Others, as T.H. Green, may urge that we confront the state in fear and awe because the presumption in resistance is always against us⁽⁵⁷⁾.

Lo attesta anche il fatto che nel 1924 Laski sentirà il bisogno di riproporre, arricchendolo con una sua corposa e approfondita introduzione, *Vindiciae contra tyrannos*; il *pamphlet* tardo cinquecentesco simbolo della resistenza legittima contro il sovrano, diffuso in Inghilterra solo grazie a una traduzione del 1689⁽⁵⁸⁾.

Specie in questa chiave di lettura, non sarebbe insensato ipotizzare financo qualche concordanza con la contrapposizione

⁽⁵⁵⁾ *Political Thought in England from Locke to Bentham*, cit., p. 49.

⁽⁵⁶⁾ Ivi, p. 29.

⁽⁵⁷⁾ *The Foundation of Sovereignty*, cit., p. 27.

⁽⁵⁸⁾ H. LASKI, *Introduction*, in J. BRUTUS, *A Defence of Liberty against Tyrants*, London, Bell and Sons, 1924.

spenceriana *The Man versus the State* ⁽⁵⁹⁾: la sua teoria giovanile potrebbe apparire « eminentemente individualistica » ⁽⁶⁰⁾, giacché non rinuncia, al fine di garantire i diritti minacciati dalla prepotenza dell'autorità politica, a enfatizzare la coscienza individuale, l'assoluta indipendenza, l'autodeterminazione soggettiva celebrata in un senso quasi atomistico.

Eppure, in *Authority in the Modern State* sembra percepibile un eclettico — in larga parte incompiuto — tentativo di conciliare la libertà individuale con la partecipazione alla vita comunitaria. Non si manca di comprendere come, in ultima istanza, il problema ruoti attorno alla « restoration of man to his place at the centre of social life. That is, indeed, the real significance of freedom » ⁽⁶¹⁾. E ancora: « liberty consists above all in the full opportunity for active citizenship » ⁽⁶²⁾.

Nel seguire una concezione che mai interamente separa la libertà dalla sfera sociale, Laski sembra più che sensibile, pur rinnegando il collettivismo *New Liberal*, alla nozione positiva di libertà ⁽⁶³⁾: « liberty in the sense of the positive and equal opportunity of self-realisation we have hardly in any genuine sense established » ⁽⁶⁴⁾. Ciò vale, in particolare, considerando che la direttrice greeniana era stata ripresa e argomentata dalla *equality of opportunity* di J.A. Hobson ⁽⁶⁵⁾ e, soprattutto, dalla *social liberty* di L.T. Hobhouse; autore capace di proporre un'equilibrata mediazione tra la cittadinanza greeniana e il pluralismo di Mill, suggerendo l'incattivazione delle forze associative entro gli scopi della democrazia

⁽⁵⁹⁾ H. SPENCER, *The Man Versus the State* (1884), in ID., *The Man Versus the State: With Four Essays on Political and Society*, Harmondsworth, Penguin, 1969, pp. 57-191.

⁽⁶⁰⁾ REES, *La teoria politica di Harold Laski*, cit., p. 293.

⁽⁶¹⁾ *Authority in the Modern State*, cit., p. 90.

⁽⁶²⁾ Ivi, p. 109.

⁽⁶³⁾ T.H. GREEN, *Lectures on the Principles of Political Obligation* (1888), trad. it., *L'obbligazione politica*, Catania, Giannotta, 1973: lungi dall'essere esclusivamente chiamato alla protezione negativa di proprietà e contratto, per Green, lo Stato deve mirare a una *positive freedom* attraverso una *removal of obstacles* che impediscono il conseguimento del *common good*.

⁽⁶⁴⁾ *Authority in the Modern State*, cit., p. 37.

⁽⁶⁵⁾ J.A. HOBSON, *The Crisis of Liberalism* (1909), Brighton, Harvester Press, 1974, pp. 96-113.

emancipante. La denuncia di Hobhouse secondo la quale « la libertà senza uguaglianza è una parola nobile dai risultati abietti » (66), non a caso, sarà utilizzata da Laski a più riprese negli scritti successivi. Un progetto realmente democratico — scrive il nostro — « implies at once liberty and equality; and it implies a federal structure that they may be given their due expression » (67).

È fedele a questa impostazione la scelta nei confronti di un approccio 'funzionalista' che, contro la classica impostazione normativista del *Rule of Law* diceyano ormai « largely obsolete » (68), nobilita le organizzazioni spontanee e concepisce il diritto come strumento solidaristico di riforma da inserire all'interno della complessiva, concreta, funzione dei poteri pubblici: « the life of politics, as of the law, lies in its functioning » (69).

Nel proporre una « socialization of law » (70) e una « sociological interpretation of the state » (71), è esplicita l'influenza di Léon Duguit (72): attraverso il disconoscimento di una immagine soggettivistica dello Stato-persona che garantisce i diritti unicamente sulla

(66) L.T. HOBHOUSE, *Liberalism* (1911), trad. it., *Liberalismo*, Firenze, Vallecchi, 1995, p. 100. Sulla traiettoria emancipante che unisce Hobhouse e Laski, V. FROSINI, *La ragione dello Stato. Studi sul pensiero politico inglese contemporaneo*, Milano, Giuffrè, 1976, p. 53 e ss.

(67) *The Problem of Administrative Areas* (1918), in *The Foundations of Sovereignty*, cit., p. 88.

(68) *Authority in the Modern State*, cit., p. 99.

(69) Ivi, p. 61. Sul funzionalismo giuridico inglese si rimanda ai contributi di M. LOUGHLIN: *Public Law and Political Theory*, Oxford, Oxford University Press, 1992, p. 58 e ss.; *The Foundation of Public Law*, Oxford, Oxford University Press, 2010, pp. 440-445; *The Functionalist Style in Public Law*, in « The University of Toronto Law Journal », 55 (2005), 3, pp. 361-403.

(70) LASKI, *A Note on M. Duguit*, in « Harvard Law Review », 31 (1917), 1, p. 186.

(71) Così nell'introduzione alla traduzione dell'opera di Duguit *Les transformations du droit public*, curata dallo stesso Laski assieme alla moglie Frida e pubblicata con il titolo *Law in the Modern State* nel 1919, New York, B.W. Huebsch, 1919, p. XVII.

(72) C. HARLOW, *The Influence of Léon Duguit on Anglo-American Thought*, in *Autour de Léon Duguit. Colloque commémoratif du 150e anniversaire de la naissance du doyen Léon Duguit*, ed. F. Melleray, Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 227-254. Cfr. anche P. HIRST, *Representative Democracy and Its Limits*, Cambridge, Polity Press, 1990, pp. 119-127. Sulle differenze, comunque non trascurabili, tra i mondi del pluralismo francese e inglese, C. LABORDE, *Pluralist Thought and the State in Britain and France, 1900-25*, London, Palgrave Macmillan, 2000 (su Laski si veda le pp. 69-100).

base della sua paternalistica auto-limitazione, si immagina un rapporto giuridico cooperativo tra governanti e governati scandito dalla solidarietà sociale, nuova *règle de droit* in grado di legittimare l'azione dei poteri pubblici e la funzione, oggettiva e materiale, del *service public*. Non l'autorità, dunque, ma la prestazione acquisisce un indubbio protagonismo: sia nelle prime che nelle ultime pagine di *Authority in the Modern State* si intende lo Stato nei termini di una « public service corporation » (73).

Del tutto coerentemente, il discorso laskiano, osservando come al *laissez-faire* ottocentesco vada ormai sostituendosi un « positive state » (74), tende progressivamente a spostarsi dalla sovranità-autorità all'organizzazione economico-sociale. La presunta impostazione atomistica che caratterizzerebbe gli scritti giovanili è smentita dalla convinzione che « all individualistic theory of the State miss the true essence of the social bond » (75).

Certo, specie nel contesto di un *Modern State* con funzioni amministrative straordinariamente ampliate dalla guerra, l'avversione nei confronti del paternalismo resta attualissima: « no poison is more subtly destructive of the democratic State than paternalism; and the release of creative impulses of men must always be the coping-stone of public policy » (76). Il paternalismo, « however wide be the basis of consent upon which it is erected, is the subtlest form of poison to the democratic state » (77). Gli è però evidente che la sola iniziativa individuale, non spogliata del contenuto economicista, sia destinata a produrre unicamente forme di particolarismo settoriale, ovvero egoistiche logiche di privatismo:

no mere conflict of private interest, however pure in motive, seems able to achieve a harmony of interest between the members of the State. Liberty, in this sense of positive and equal-opportunity self-realization, is impossible save upon the basis of the acceptance of

(73) *Authority in the Modern State*, cit., p. 31 e 378.

(74) *The Problem of Administrative Areas*, cit., p. 30.

(75) *Political Thought in England from Locke to Bentham*, cit., p. 305.

(76) *Ivi*, p. 308.

(77) Lo aveva già chiarito in *The Problem of Administrative Areas*, cit., p. 43.

certain minimum standards which can get accepted only through collective effort (78).

Contro ogni tentazione atomistica, Laski sembra qui riprendere il principio del *national minimum*; dogma fabiano ideato dai coniugi Webb per evidenziare il compito dello Stato di riconoscere uno *standard* minimo di diritti sociali fondati sul semplice requisito della cittadinanza (79). E tale idea suggerisce — aveva già chiarito in *Authority* — « that the provision of some agreed minimum of what is adequate to the purpose of citizenship is essential and that no state is satisfactorily organised where this condition does not obtain » (80).

3. *Il Laski gradualista.*

L'approdo alla *London School of Economics*, dove Laski erediterà presto la cattedra di Graham Wallas (81), potrebbe tracciare una prima cesura nel suo itinerario scientifico: fondata dagli Webbs alla fine dell'Ottocento, la Scuola, soprattutto nella sua « second foundation » (82) promossa dalla direzione di William Beveridge, è la fucina intellettuale che si propone di costruire uno strumentario dottrinale in grado di legittimare l'azione sociale dello Stato nel rispetto della democrazia emancipante (83).

Fondamentale, in questo senso, il contributo di Tawney — docente di storia economica alla LSE — e della sua denuncia nei confronti della *Acquisitive Society* (84): il suo volume del 1920, difatti, segna l'origine di un faticoso compromesso tra i postulati del pluralismo giuridico (indi-

(78) *Political Thought in England from Locke to Bentham*, cit., p. 309.

(79) Sul *national minimum*, come strumento della mediazione tra il fabianesimo e il nuovo liberalismo, sia consentito rimandare a L. PACINOTTI, *L'ingranaggio della cittadinanza sociale. Il Welfare State britannico tra National Insurance e National Health Service*, Milano, Giuffrè, 2023, pp. 20-35.

(80) *Authority in the Modern State*, cit., p. 60.

(81) *Lecturer* alla LSE dal 1920, nel 1926 Laski eredita la cattedra.

(82) R. DAHRENDORF, *LSE: A History of the London School of Economics and Political Science, 1895-1995*, Oxford, Oxford University Press, 1995, pp. 137-195.

(83) L'importanza dell'approdo alla LSE è messa in luce anche da RUNCIMAN, *Pluralism and the Personality of the State*, cit., pp. 193-207.

(84) R.H. TAWNEY, *The Acquisitive Society* [1921], trad. it., in Id., *Opere*, a cura di F. Ferrarotti, Torino, Utet, 1975, pp. 37-230.

spensabile per il reale asseveramento del principio democratico) e quelli dell'accentramento statale (necessario per assicurare i servizi pubblici), nonché di una tendenziale mediazione tra la tradizione pluralistico-sindacale del gildismo e l'approccio centralistico-parlamentare del fabianesimo; mediazione che segnerà le fortune del *Labour and the New Social Order* ⁽⁸⁵⁾, manifesto del partito laburista alle elezioni del 1918 ispirato da Sidney Webb e simbolo della 'inevitabilità del gradualismo'. E Laski, in un *Fabian Tract* pubblicato nel 1922 con il titolo *The State in the New Social Order*, ribadisce, svelando la prontezza nell'accogliere tanto il lessico fabiano quanto le categorie di Tawney, che « the real implication of a national minimum is the replacement of the spirit of acquisitiveness by the spirit of service. That may not mean destroying the legal notion of property; but it does mean spiking its guns » ⁽⁸⁶⁾.

We then move to the conception of a minimum basis of civilisation secured to each individual in order that his citizenship may be possible. Beyond that, because the interest of the state in the happiness of its members is equal, we attempt the maximisation of equal opportunity ⁽⁸⁷⁾.

All'evidenza, l'eguaglianza di opportunità va rafforzando le esigenze di uniformità e coordinamento che solamente l'autorità statale può efficacemente regimare. E il parametro del « civic minimum », manifesta rielaborazione del *national minimum* fabiano, sarà per Laski il principale strumento per sedare il contrasto ottocentesco tra libertà ed eguaglianza ⁽⁸⁸⁾.

Non si rinnega la teoria pluralistica. Si intuisce piuttosto che la libera e spontanea azione della società corporata, se priva di qualsiasi armonizzazione statale, avrebbe difficilmente prodotto un'evoluzione sociale dell'ordinamento. Nel negare qualsiasi forma di coordinamento dei gruppi entro gli scopi generali dell'azione collettiva,

⁽⁸⁵⁾ *Labour and the New Social Order. A Report on Reconstruction*, London, The Labour Party, 1918.

⁽⁸⁶⁾ H. LASKI, *The State in the New Social Order*, in « Fabian Tract », 1922, 200, p. 14.

⁽⁸⁷⁾ Ivi, p. 9.

⁽⁸⁸⁾ H. LASKI, *A Grammar of Politics* (1925), London, Allen & Unwin, 1938, p. 195 e ss.

si rischiava, in altri termini, di nuocere alla funzione solidaristica, ossia al processo di riforma emancipante che la sua proposta giuridica era comunque chiamata a incentivare ⁽⁸⁹⁾.

L'evoluzione degli anni Venti, dunque, potrebbe essere riassumibile nei termini seguenti: se prima si guardava ai corpi intermedi come fondamentale mezzo per la destabilizzazione del monismo statale nella convinzione che le forze sociali potessero da sole imprimere una svolta ordinamentale, ora si propone, più convenzionalmente, una loro valorizzazione tramite un programma giuspolitico di stampo parlamentare. Lungi dal condividere una subordinazione gerarchica dei corpi rispetto al predominio di un macrosoggetto Stato che va atteggiandosi a « keystone of social arch » ⁽⁹⁰⁾, quest'ultimo, attraverso il metodo parlamentare, può acquisire un inedito ruolo di coordinamento — non percepibile nelle prime monografie — per mantenere l'unità di indirizzo politico e amministrativo. Lo Stato, verrebbe da dire, sembra adesso *primus inter pares*, giacché acquisisce un'inedita funzione di equilibrio nella gestione dei gruppi e un ruolo di ricomposizione dei loro contrapposti interessi, senza invero compromettere un modello che resta orizzontale ⁽⁹¹⁾, in tutto incompatibile con la verticalità propria di una struttura piramidale ⁽⁹²⁾ ovvero — il che è lo stesso — di quel sistema a centri concentrici utilizzato per ritrarre lo hegeliano *all-absorptive State* ⁽⁹³⁾. Il rapporto tra orizzontale e verticale ⁽⁹⁴⁾, del

⁽⁸⁹⁾ Si parla, in questo senso, di un « modified pluralism »: C. HAWKINGS, *Harold J. Laski: A Preliminary Analysis*, in « Political Science Quarterly », 65 (1950), 3, p. 377.

⁽⁹⁰⁾ *A Grammar of Politics*, cit., p. 21.

⁽⁹¹⁾ Sulla ferma orizzontalità che non riconosce all'autorità statale una « a priori hierarchy of claims, which receive their ultimate expression in the state », H. LASKI, *Law and the State* (1929), in Id., *Studies in Law and Politics*, London, Allen & Unwin, 1932, p. 249.

⁽⁹²⁾ È corretto sostenere, con W.H. GREENLEAF, *Laski and British Socialism*, in « History of Political Thought », 2 (1981), 3, p. 585 che, anche in questi anni, « it would be wrong to think of him at this time simply as a convert to Webbism and as having forgotten the pluralism of which he had previously been a leading exponent ».

⁽⁹³⁾ Si veda qui il saggio introduttivo di E. GREBLO alla traduzione di *Introduction to Politics* del 1931, Torino, La Rosa, 2002, pp. VII-XLI.

⁽⁹⁴⁾ Su tale rapporto, mostrandone la rilevanza storica e la perdurante attualità, P. COSTA, *Il 'pluralismo' politico-giuridico: una mappa storico-concettuale*, in « Quaderni fiorentini », 50 (2021), pp. 113-118 (su Laski pp. 52-60).

resto, rappresenta forse il più profondo dilemma del pluralismo, specie qualora si consideri che le esigenze di verticalità dell'organizzazione corporativa hanno talvolta offerto il canale per giustificare la trasformazione del disegno pluralista in un ordine interamente totalitario.

Non pare sostenibile ritenere che tale riassetto, scandito da una sempre maggiore attenzione alla intelaiatura economico-sociale dell'ordinamento, dipenda in prevalenza dall'incontro con il lessico marxista. Vero è che nell'*Essay* su Karl Marx del 1922, dopo aver ribadito che la retorica idealistica ha incoraggiato una contraffatta assimilazione tra la Storia e le astrazioni della teoria, si accetta, senza alcuna esitazione, il materialismo storico: l'opera di Marx « is revolutionary because it is historical. Its lesson is the argument that social evolution implies economic revolution » (95). Affermare ciò non comporta, tuttavia, l'accettazione di un rigido collettivismo statuale, né la prospettiva della dittatura del proletariato (96). Anzi, Laski non esita, con un'intuizione dalla forza bruciante, a evidenziare che anche il problema dello Stato marxista è la sua

inevitable tendency to identify its own private good with the public welfare. To suggest that communists might do the same is no more than to postulate their humanity. And it may be added that if they surrendered power at a reasonable time, the ground for so doing, being obviously in their nature non-economic, would thereby vitiate the truth of the materialistic interpretation of history (97).

Se è il potere economico a determinare, più di tutto, il processo storico, allora è improbabile che lo Stato marxista, raggiunta una posizione economicamente dominante, decida volontariamente di rinunciarvi con azioni che, nei suoi stessi confronti, apparirebbero anti-economiche (98). Così, nelle voci di chi ne esalta

(95) H. LASKI, *Karl Marx: An Essay*, London, Allen & Unwin, 1922, p. 13.

(96) Come è ovvio, sul rapporto tra Stato e rivoluzione è fondamentale, anche per la riflessione laskiana, V. LENIN, *Stato e rivoluzione* (1918), Roma, Newton Compton, 1971.

(97) *Karl Marx*, cit., pp. 42-43.

(98) « It is a commonplace of history that power is poisonous to those who exercise it; there is no special reason to assume that the communist dictator will in this respect be different from other men. Indeed no group of men who exercise despotic

l'ideale centralizzante, la teoria marxista « contemplated a condition which reproduces exactly the chief vices of capitalism » (99). Serve invece accogliere una visione sociocentrica — e non Statocentrica — « in which the economic motive which Marx emphasized is appraised at a low level » (100), inteso dunque come un movimento, fondato sul valore dell'umanità e non su impostazioni economicistiche, promosso necessariamente dal basso e non dall'alto della dominante posizione statale, nonché perennemente orientato alla distribuzione del potere amministrativo secondo gli assunti da Laski già teorizzati negli scritti precedenti.

Si consideri inoltre che un'analisi complessiva delle opere giovanili evidenzia come, ancorché non utilizzato in modo esplicito, il materialismo fosse già ampiamente percepibile (101). A ben vedere, lo si nota in *Authority*:

the state, as we have seen, is in reality the reflexion of what a dominant group or class in a community believes to be political good. And, in the main, it is reasonably clear that political good is today for the most part defined in economic terms [...]. The opinion of the state, at least in its legislative expression, will largely reproduce the opinion of those who hold the keys of economic power (102).

Nel 1927, con il volume *Communism*, si ribadisce che il materialismo storico è « undeniable » (103), atteso che « the substance of legal categories is largely determined by their economic context. Contract, tort, the law of husband and wife, are all of them set and altered by the system of production out of which they grow » (104). Si rivendica nondimeno che l'autorità riposi nella sua « capacity for making freedom more widespread and more in-

authority can ever retain the habit of democratic responsibility » (H. LASKI, *Communism*, London, Williams and Norgate, 1927, p. 174).

(99) *Karl Marx*, cit., p. 43.

(100) *Ibidem*.

(101) Lo nota REES, *La teoria politica di Harold Laski*, cit., p. 296.

(102) *Authority in the Modern State*, cit., p. 81.

(103) *Communism*, cit., p. 90.

(104) Ivi, pp. 77-78.

tense » (105). La dottrina comunista è, pertanto, troppo attenta a concepire una « rational theory of human action to remember how much of man's effort is non-rational in character » (106), poiché costruita « by its idealism and not its realism, by its spiritual promise, not its materialistic prospect. It is a creed in which there is intellectual error, moral blindness, social perversity » (107). Vale — e in Laski varrà sempre — l'assunto secondo cui il « true Socialism is a libertarian, not an authoritarian, Socialism » (108). *Se il liberalismo, allora il socialismo*: lo stesso convincimento secondo il quale Hobhouse — a cui il libro *Communism* è dedicato — sosteneva, aprendo alla prospettiva del socialismo liberale, che « la battaglia per la libertà, se condotta ad oltranza, è una battaglia per l'uguaglianza » (109) e che « l'individualismo, nel suo esplicarsi pratico, si affianca spesso e volentieri all'orientamento socialista » (110).

Il lessico fabiano è, in questi anni, prevalente rispetto a quello marxista: va difatti radicandosi in Laski, accantonata la prospettiva del *guild socialism*, la fiducia nei confronti della democrazia parlamentare — probabilmente ispiratagli dalla vittoria elettorale laburista del 1924 — come mezzo di un progressivo cammino di riforma. Il lavoro più esplicito in questo senso — non a caso dedicato alla « London School of Economics and Political Science and to Sidney and Beatrice Webb, its founders » — è *Grammar of Politics* del 1925 (111), certo l'opera più riuscita e influente di tutta la produzione laskiana. Si individua, in sintesi, un principio d'unità che, comunque rinnegando un sistema gerarchico in cui le pretese siano subordinate

(105) Ivi, p. 181.

(106) Ivi, pp. 78-79.

(107) Ivi, p. 250.

(108) H. LASKI, *Socialism and Freedom*, in « Fabian Tract », 1925, 216, p. 12.

(109) L.T. HOBHOUSE, *Liberalism* (1911), trad. it., *Liberalismo*, Firenze, Vallecchi, 1995, pp. 56-57.

(110) Ivi, p. 110.

(111) Per PALAZZOLO, *La libertà alla prova*, cit., pp. 110-156, l'opera aprirebbe una « seconda fase » del pensiero di Laski. Sul suo avvicinamento al fabianesimo anche P.P. CRAIG, *Public Law and Democracy in the United Kingdom and the United States of America*, Oxford, Clarendon Press, 1990, pp. 140-147 e P. LAMB, *Harold Laski (1893-1950): Political Theorist of a World in Crisis*, in « Review of International Studies », 25 (1999), pp. 329-342.

alla soffocante cappa statale, ricomponga gli interessi sezionali e medi tra le formazioni sociali moderandone la carica conflittuale:

we cannot leave the groups within the community to define their rights by conflict, any more than we can permit individuals so to determine their rights. We must live by common rules ⁽¹¹²⁾.

Ammesse le esigenze di coordinamento, l'interesse tende a spostarsi verso le questioni propriamente amministrative: è ora necessario interrogarsi sui metodi di riforma attraverso i quali l'azione statale possa operare tale ricomposizione nel rispetto del già delineato disegno pluralista ⁽¹¹³⁾.

Non sembrano pertanto completamente incoerenti, in questa chiave di lettura, i mutamenti del suo pensiero circa il problema dei servizi economici e industriali. Asseriva nel 1918: « what our general experience of nationalization suggests is its invariable tendency to the bureaucratic government of the industries concerned » ⁽¹¹⁴⁾. Nel saggio introduttivo del 1921 — sottoscritto assieme a Tawney — al volume *The Problem of Nationalization* del Viscount Haldane, dopo aver appurato l'impossibilità di lasciare i servizi essenziali in preda a « the unfettered play of private competition » ⁽¹¹⁵⁾, si precisa che la funzione di indirizzo propria del polo pubblicistico « does not mean its transfer to the control of a Government department »; un controllo, eccessivamente centralizzato, che inibirebbe la « initiative » della cittadinanza attiva e la « flexibility » nell'azione di governo ⁽¹¹⁶⁾.

Abbandonati i dubbi degli scritti giovanili, in *Grammar of Politics* emerge invece un chiaro programma di nazionalizzazioni

⁽¹¹²⁾ *A Grammar of Politics*, cit., p. 141.

⁽¹¹³⁾ Che la riforma, soprattutto in questi anni, costituisca il principale obiettivo di Laski è evidente anche osservando l'indice di *A Grammar of Politics*, diviso tra una *Part One* (p. 15 e ss.), che riorganizza la sua teoria pluralistica dello Stato, e una *Part Two* (p. 295 e ss.) diretta a proporre, nella pratica, la riforma amministrativa.

⁽¹¹⁴⁾ *The Problem of Administrative Areas*, cit., pp. 82-83.

⁽¹¹⁵⁾ H.J. LASKI, R.H. TAWNEY, *Introduction*, in R.B. HALDANE, *The Problem of Nationalization*, London, Allen & Unwin, 1921, p. 4.

⁽¹¹⁶⁾ Ivi, p. 5.

non più incompatibile con il progetto di decentramento ⁽¹¹⁷⁾: « either the State must control industrial power in the interest of its citizens, or industrial power will control the State in the interests of its possessors » ⁽¹¹⁸⁾, chiarisce senza esitazioni.

Non dissimile, parimenti, sembra il percorso relativo ai servizi sociali e al *welfare* pubblico. Per il primo Laski la legislazione *New Liberal*, pur producendo non trascurabili innovazioni, determinava un « immense increase of centralisation » che, nei fatti, assurgeva a « fundamental obstacle to the democratisation » ⁽¹¹⁹⁾. La legislazione sociale « began with a gigantic effort to make the categories of state-life more socially inclusive than at any previous period. It ended in a drift towards bureaucratic control » ⁽¹²⁰⁾. Da tale giudizio non era esente neanche la tutela assicurativa contro la malattia e la disoccupazione varata nel 1911: il « benevolent feudalism of the Insurance Act » ⁽¹²¹⁾, tendeva a configurare le prestazioni sociali sulla base di paternalistiche dinamiche di sudditanza.

Nella ricerca di un equilibrio tra la protezione sociale offerta dallo Stato e i rischi derivanti dal dispotismo della burocrazia centralizzata, in *Grammar*, viceversa, si scorge l'indispensabilità del principio assicurativo come base per la costruzione di un inedito « Insurance State » ⁽¹²²⁾. « At the basis of any reconstruction of economic institutions — scrive il Laski del 1925 — must lie the conception of social insurance » ⁽¹²³⁾.

Si aggiunga che, circa i profili amministrativi rimediali, in *Authority* si era colto un « breakdown of traditional theory » ⁽¹²⁴⁾ consistente nella epocale crisi del modello costituzionale, di deriva-

⁽¹¹⁷⁾ *A Grammar of Politics*, cit., p. 488 e ss.

⁽¹¹⁸⁾ Ivi, p. 109.

⁽¹¹⁹⁾ *Authority in the Modern State*, cit., p. 94.

⁽¹²⁰⁾ Ivi, p. 110.

⁽¹²¹⁾ *Ibidem*.

⁽¹²²⁾ *A Grammar of Politics*, cit., pp. 520-523. La proposta è da inserire all'interno della campagna per una *all-in insurance* promossa da T.T. BROAD, *An All-in National Insurance Scheme: Security for All Workers and Their Families*, London, Henley and Sons, 1924 e da W.H. BEVERIDGE, *Insurance for All and Everything*, London, Daily News, 1924. Cfr. il percorso da noi descritto in PACINOTTI, *L'ingranaggio della cittadinanza sociale*, cit., pp. 36-156.

⁽¹²³⁾ *A Grammar of Politics*, cit., p. 520.

⁽¹²⁴⁾ *Authority in the Modern State*, cit., p. 72.

zione seicentesca, fondato sull'alleanza tra il Parlamento e le Corti di *Common Law* ai danni dell'esecutivo. « The famous *Arlidge* case in England is a striking example of what the seventeenth century would have termed *Star-chamber methods* » ⁽¹²⁵⁾, scriveva ricordando il caso *Arlidge* del 1915, nel quale i *Law Lords*, chiamati a stabilire se i principi dell'oralità e del contraddittorio propri del *Common Law* avrebbero dovuto trovare applicazione anche per la decisione di un tribunale amministrativo, si erano rifiutati di sindacare la legittimità del procedimento nella convinzione che imporre i propri metodi all'esecutivo avrebbe costituito una « *usurpation* » ⁽¹²⁶⁾. Se nel commento alle sentenze *Taff Vale* e *Osborne* si caldeggiava un non-interventismo dei giudici nelle questioni sindacali, all'opposto, in ambito amministrativo, proprio per contrastare la supremazia statutale e difendere la funzione storica del *Rule of Law* chiamata a tutelare i cittadini dagli abusi dell'esecutivo, non era ammissibile che i giudici si rifiutassero di censurare l'esercizio illegittimo della discrezionalità amministrativa. Con la rinuncia delle Corti a controllare la prepotenza del governo, il *self-restraint* giudiziario attestava una effettiva « *absence of law* » ⁽¹²⁷⁾.

Tali convinzioni, anche in questo caso, risultano parzialmente emendate. Compreso che la discrezionalità amministrativa — come scrive nel saggio *Growth of Administrative Discretion* — si configura come « *inevitable result* » derivante dal fatto che « *a state built upon laissez-faire has been transformed into a positive state* » ⁽¹²⁸⁾, in *Grammar* emerge un progetto di riforma delle istituzioni che abbraccia il sistema giuridico nel suo complesso ⁽¹²⁹⁾ e, ribaltando l'individualismo del modello diceyano, propone la costruzione di una architettura giudiziaria fondata su assunti solidaristici. È altrettanto netto sulle dinamiche conservatrici prodotte dal precedente giurisprudenziale: « *it is almost an inevitable characteristic of the*

⁽¹²⁵⁾ Ivi, p. 99.

⁽¹²⁶⁾ *Local Government Board v. Arlidge* [1915] A. C. 120, p. 138.

⁽¹²⁷⁾ H. LASKI, *The Responsibility of the State in England*, in « *Harvard Law Review* », XXXII (1919), 5, p. 463.

⁽¹²⁸⁾ H. LASKI, *The Growth of Administrative Discretion*, in « *Public Administration* », 1 (1923), 2, p. 92.

⁽¹²⁹⁾ *A Grammar of Politics*, cit., pp. 541-586.

legal mind that it should tend to conservatism. It is largely engaged in study of precedent »⁽¹³⁰⁾. E addiviene alla conclusione seguente:

when a new class of men and women, hitherto excluded by public policy from the benefits of the State, demand that they also shall share in its good, law cannot afford an undue emphasis upon stability. It is the lawyer's function to make his doctrines keep step with the spirit of the time⁽¹³¹⁾.

L'occasione per la critica al sistema giudiziario emerge, segnatamente, dal *Poplar case*, nel quale le Corti, considerando illegittimo — poiché irragionevole — l'aumento salariale dei dipendenti del distretto londinese di Poplar, manifestano la loro avversione nei confronti della politica laburista⁽¹³²⁾: « reasonableness does not mean what a court feels other men ought to believe »⁽¹³³⁾, denuncia in un articolo del 1926, criticando l'usurpazione della funzione di indirizzo assegnata democraticamente agli organismi di governo del territorio e la propensione dei giudici a « protect the electorate from the consequences of its own ideas »⁽¹³⁴⁾.

Alla luce di tale quadro (sostanziale e processuale), la proposta giuridica laskiana potrebbe essere così riassunta. Ciò che Laski propone, in sintesi, sembra il superamento del *private law constitutionalism* e la costruzione di un nuovo modello di *public law* fondato, da un lato, sulle garanzie contro l'abuso del potere amministrativo, dall'altro, su un nuovo approccio funzionalista, mutuato da Duguit e consolidato dal gradualismo fabiano, che guarda alla funzione promozionale del giuridico e intende il diritto come mezzo di una complessiva riforma orientata alla solidarietà sociale e alla liberazione dell'individuo. « L'autorità di uno Stato — dirà qualche

⁽¹³⁰⁾ Ivi, p. 572.

⁽¹³¹⁾ *Justice and the Law* (1930), in *Studies in Law and Politics*, cit., p. 296.

⁽¹³²⁾ *Roberts v. Hopwood* [1925] A.C. 578.

⁽¹³³⁾ *Judicial Review of Social Policy in England: A Study of Roberts v. Hopwood et al.* (1926), in *Studies in Law and Politics*, cit., p. 214.

⁽¹³⁴⁾ Ivi, p. 844. Cfr. J.A.G. GRIFFITH, *The Politics of Judiciary*, trad. it., *Giudici e politica in Inghilterra*, Feltrinelli, Milano, 1980, pp. 4-10 e C. HARLOW, R. RAWLINGS, *Law and Administration*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, pp. 323-324.

anno più tardi — è in funzione della sua capacità di soddisfare le effettive esigenze che gli vengono poste » (135).

È necessario, dunque, erigere un inedito statuto giuridico pubblicistico svincolato dall'individualismo ottocentesco: « my thesis is the need for a movement towards law reform as vigorous and as far-reaching as that which Bentham inaugurated a century and half ago » (136). In questo senso, Laski può essere considerato l'ispiratore della moderna *public law* inglese: *Grammar of Politics* — leggi « Grammar of Public Law » (137) — è la grammatica di base che ispira direttamente, dentro gli ambienti della LSE, le riflessioni di William Alexander Robson e di Ivor Jennings (138). La centralità di Laski nel dibattito sulla *administrative law* inglese è comprovata dalla sua partecipazione al *Committee on Ministers' Powers*, nominato a seguito della celebre invettiva di Lord Hewart e del suo *New Despotism* del 1929 (139).

La funzione di indirizzo va inoltre sfidando, attraverso le montanti istanze di redistribuzione economica, lo storico paradigma proprietario che priva i meno abbienti delle condizioni che rendono possibile la loro « effective citizenship » (140). Non che Laski rinneghi il valore del diritto di proprietà: « no effort is more suspect in our time than the criticism of the existing rights of property. It is wrong because it is subversive. It is futile because it is Utopian. It is

(135) *Introduction to Politics*, cit., p. 8.

(136) *Justice and the Law*, cit., p. 276.

(137) M. LOUGHLIN, *The Political Jurisprudence of Harold J. Laski*, in « Quaderni fiorentini », 50 (2021), p. 265 e ss.

(138) Il riferimento è a W.A. ROBSON, *Justice and Administrative Law. A Study of the British Constitution* (1928), London, Stevens, 1951 e W.I. JENNINGS, *The Law and the Constitution* (1933), London, University of London Press, 1948.

(139) All'interno del *Report of Committee on Ministers' Powers* [Cmd. 4060], 1932, Laski allega una personale nota critica (pp. 135-137) in materia di interpretazione degli *statutes* in modo funzionale agli obiettivi sociali. Si veda però anche la proposta di *The Present Evolution of the Parliamentary System*, trad. it in *L'evoluzione attuale del regime rappresentativo*, a cura di Cristina Cassina, Bologna, il Mulino, 2011, pp. 33-48 per ricreare uno stretto legame tra l'assemblea legislativa e i dipartimenti amministrativi, in modo da valorizzare la responsabilità politica e così incentivare un maggior controllo democratico degli apparati. Si muove nella stessa direzione anche H. LASKI, *The Limitations of Expert*, in « Fabian Tract », 1931, 235, pp. 3-14.

(140) *A Grammar of Politics*, cit., p. 175.

erroneous because it runs to the eternal laws of human nature » (141). Gli è però chiarissimo che la proprietà debba essere accompagnata dalla « performance of duties » (142); le differenze di posizione economica « can be only admitted after a minimum basis of civilization is attained by the community as a whole » (143).

Ebbene, non sarebbe errato ipotizzare che gran parte delle evoluzioni del suo pensiero possano essere spiegate con l'avvicinarsi alla libertà positiva e al *common good* greeniano (144).

By private liberty, for example, I mean the opportunity to exercise freedom of choice [...]. Political liberty means the power to be active in affairs of the State [...]. By economic liberty, I mean security and the opportunity to find reasonable significance in the earning of one's daily bread. I must, that is, be free from the constant fear of unemployment and insufficiency which, perhaps more than any other inadequacies, sap the whole strength of personality. I must be safeguarded against the wants of tomorrow (145).

Assicurata attraverso un'ampia gamma di diritti sociali (146), la libertà economica — la libertà dal bisogno — è chiamata a ricostruire, specie dopo il *General Strike* (147), una *Recovery of Citizenship* depurata dalle scorie individualistiche ma basata su un pluralistico « co-operative movement » (148). E risulta « inseparable » (149)

(141) Ivi, pp. 215-216.

(142) Ivi, p. 188.

(143) Ivi, p. 157.

(144) È per questo che MAGID, *English Political Pluralism*, cit., p. 53, ritiene che Laski non riesca a eliminare interamente una tensione che lo accomunerebbe a Green. Anche per LOUGHLIN, *The Political Jurisprudence of Harold J. Laski*, cit., p. 266, la teoria laskiana « seems closest to the ideas of individual self-realisation and realisation of the common good that are associated with the philosophy of T.H. Green [...]». Since the character of a state must be judged by its contribution to human welfare, its acts are rightful not by reason of their source but by virtue of their contribution to that purpose ».

(145) *A Grammar of Politics*, cit., pp. 146-148.

(146) Si rimanda al capitolo sui « rights » di *A Grammar of Politics*, cit., pp. 89-141.

(147) Sulla rilevanza del *General Strike* nel pensiero laskiano, M. NEWMAN, *Harold Laski. A Political Biography*, London, Macmillan, 1993, pp. 90-109.

(148) H. LASKI, *The Recovery of Citizenship*, London, Ernest Benn, 1928, p. 17.

dall'eguaglianza: se la libertà non sussiste in presenza di « special privilege » ⁽¹⁵⁰⁾, anche la « equality, therefore, means first of all the absence of special privilege » e, « in the second place, that adequate opportunities are laid open to all » ⁽¹⁵¹⁾.

Ne risulterebbe un impianto teorico coerentemente ordinato: superando le falle del pluralismo degli scritti giovanili, troppo esposti al rischio di suggerire una mentalità individualistica non conciliabile con la funzione di indirizzo dei servizi pubblici, il favore nei confronti della libertà positiva corre parallelo all'accresciuto ruolo dello Stato nella sua veste parlamentare, ora chiamato a coordinare i gruppi attraverso un processo solidaristico di riforma.

Ma ecco il colpo di scena. Nella prefazione alla seconda edizione di *Grammar of Politics*, sottoscritta il 15 ottobre del 1929, si legge:

In 1925 I thought that liberty could most usefully be regarded as more than a negative thing. I am now convinced that this was a mistake, and that the old view of it as an absence of restraint can alone safeguard the personality of the citizen.

L'afflato libertario del primo Laski non è venuto meno. Nel volume *Liberty in the Modern State* licenziato il 1° gennaio del 1930, la libertà positiva conduce ineludibilmente ad accettare che gli scopi sociali, persino quelli più meritori, finiscano per essere determinati dall'alto dell'autorità statale, con la conseguenza di compromettere l'azione spontanea degli individui, ora « costretti ad essere liberi » ⁽¹⁵²⁾ e ad annullare la loro personalità nelle spire uniformanti dell'autorità statale.

Sostenere che la libertà sia un concetto in prevalenza negativo, definibile come una *chance of continuous initiative* scandita dall'atto di « sperimentare noi stessi, pensare in modo diverso o agire in

⁽¹⁴⁹⁾ *Socialism and Freedom*, cit., p. 9.

⁽¹⁵⁰⁾ *A Grammar of Politics*, cit., p. 149.

⁽¹⁵¹⁾ *Ivi*, p. 154.

⁽¹⁵²⁾ *Liberty in the Modern State*, trad. it., *La libertà nello Stato moderno*, a cura di Alessandro Schiavi, Bari, Laterza, 1931, p. 1.

modo diverso »⁽¹⁵³⁾, costituisce un'operazione vitale per preservare il valore delle differenze e la capacità di auto-determinarsi nella propria « libertà di pensiero »⁽¹⁵⁴⁾. Di qui la necessità di « scegliere come guida per l'azione civile che la propria coscienza. Fare altrimenti è tradire la libertà »⁽¹⁵⁵⁾. Non vi sono esitazioni nel sostenere che « l'esperienza di ogni uomo è in ultima istanza solitaria »⁽¹⁵⁶⁾: « io sono unico, sono separato, sono me stesso »⁽¹⁵⁷⁾. *The Dangers of Obedience*, i pericoli di una cieca obbedienza, sono assai concreti.

For freedom means self-expression, and the secret of freedom is courage. No man ever remains free who acquiesces in what he knows to be wrong. His business as a citizen is to act upon the instructed judgment of his conscience⁽¹⁵⁸⁾.

The Danger of Being a Gentleman è il rischio collegato⁽¹⁵⁹⁾. Laski guarda all'opinione controcorrente, all'idea scomoda, allo spirito passionale, all'animo ribelle dedito alla conquista di uno spazio di incidenza personale e di una libertà che « dipende dal coraggio di resistere »⁽¹⁶⁰⁾: « il segreto della libertà è pur sempre, in definitiva, il coraggio della resistenza »⁽¹⁶¹⁾.

La relazione Stato-individuo, per un attimo fondata su un terreno non conflittuale, torna a essere costruita sulla base di polarità oppostive tra loro in contrasto: l'autorità dello Stato da un lato, la libertà individuale dall'altro, al centro il conflitto di attori e gruppi sociali, vero motore di progresso contro l'irrealistica rappresentazione di una società priva di tensioni.

⁽¹⁵³⁾ Ivi, p. 20.

⁽¹⁵⁴⁾ Alla libertà di pensiero Laski dedica l'intero secondo capitolo (ivi, pp. 54-129).

⁽¹⁵⁵⁾ Ivi, p. 51.

⁽¹⁵⁶⁾ Ivi, p. 130.

⁽¹⁵⁷⁾ Ivi, p. 50.

⁽¹⁵⁸⁾ H. LASKI, *The Dangers of Obedience* (1929), in ID., *The Dangers of Obedience & Other Essays*, New York-London, Harper & Brothers, 1930, p. 7.

⁽¹⁵⁹⁾ H. LASKI, *The Danger of Being a Gentleman: Reflections on the Ruling Class in England* (1932), in ID., *The Danger of Being a Gentleman and Other Essays*, London, Allen & Unwin, 1939, pp. 13-31.

⁽¹⁶⁰⁾ *Liberty in the Modern State*, cit., p. 52.

⁽¹⁶¹⁾ Ivi, p. 54.

L'argomento è topico e necessita di un chiarimento. «La sicurezza economica non è la libertà, pur essendo una condizione senza la quale la libertà non è mai effettiva»⁽¹⁶²⁾: Laski non nega che vi siano casi in cui l'esercizio dell'autorità sia il presupposto materiale per il godimento della libertà. La scelta della libertà negativa è dunque un esercizio meramente definitorio, utile per tutelare la forza creativa della coscienza che una nozione interamente positiva rischierebbe di compromettere: l'esercizio non pretende difatti di escludere che, nel loro esplicarsi pratico «related to the law»⁽¹⁶³⁾, la libertà e l'eguaglianza siano insiememente geometrici, pur non assimilabili, sovente destinati a intersecarsi. «Libertà ed eguaglianza più che antitetiche sono complementari»⁽¹⁶⁴⁾. Non si rinuncia all'obiettivo, cui un giusto ordine sociale deve tendere, di temperarne logiche e contenuti: «una società pervasa dalla disuguaglianza è destinata a negare la libertà e, quindi, a provocare un conflitto»⁽¹⁶⁵⁾ di cui la violenza è «l'inevitabile sbocco»⁽¹⁶⁶⁾. «We have not yet learned — continua Laski in *Justice and the Law* — the truth of Hobhouse's great remark that 'liberty without equality is a name of noble sound and squalid result'»⁽¹⁶⁷⁾. E la scelta democratica non è in discussione: «senza democrazia non ci può essere libertà»⁽¹⁶⁸⁾. Come ribadisce in *Introduction to Politics*: «nessuno Stato può realizzare il fine per cui esiste se non è una democrazia fondata sul suffragio universale»⁽¹⁶⁹⁾. Serve una «politica di continue e graduali riforme»⁽¹⁷⁰⁾ che promuova, pluralisticamente, una «responsibility of sharing in power»⁽¹⁷¹⁾.

⁽¹⁶²⁾ Ivi, p. 3.

⁽¹⁶³⁾ H. LASKI, *Liberty*, in *Encyclopaedia of the Social Sciences*, 9, E.R.A. Seligman (ed.), London, Macmillan, 1933, p. 444.

⁽¹⁶⁴⁾ *Liberty in the Modern State*, cit., p. 5.

⁽¹⁶⁵⁾ Ivi, p. 169.

⁽¹⁶⁶⁾ Ivi, p. 171.

⁽¹⁶⁷⁾ *Justice and the Law*, cit., p. 281.

⁽¹⁶⁸⁾ *Liberty in the Modern State*, cit., p. 21.

⁽¹⁶⁹⁾ *Introduction to Politics*, cit., p. 38.

⁽¹⁷⁰⁾ *Ibidem*.

⁽¹⁷¹⁾ H. LASKI, *Democracy*, in *Encyclopaedia of the Social Sciences*, 5, E.R.A. Seligman (ed.), London, Macmillan, 1931, p. 84.

4. *Il Laski marxista.*

Sia pur con note e intensità diverse, la letteratura è pressoché unanime nell'individuare nella crisi costituzionale del 1931 un non trascurabile spartiacque nel pensiero laskiano: la formazione del *National Government* per il salvataggio della sterlina, il 'tradimento' di Ramsay MacDonald colpevole di aver assecondato la 'truffa dei banchieri', la politica di austerità con i tagli ai sussidi di disoccupazione, in effetti, spingono Laski a un impegno militante per il riposizionamento del partito laburista; impegno che si sostanzia in una profonda critica al sistema costituzionale e al gradualismo della cultura fabiana.

Il vocabolario marxista diviene preponderante e assume una centralità sconosciuta agli scritti degli anni Venti. Nel saggio *Some Implications of the Crisis*, il gioco istituzionale gli sembra in grado di raggirare, irretire, soggiogare, le classi subalterne:

socialistic measures, in a word, are not obtainable by constitutional means. Whenever a party in office seeks by legislative action to alter seriously the distribution of wealth, finance-capital will not accept the rule of Parliamentary government (172).

In un clima europeo di crescente favore verso la ricetta totalitaria (173), è ora posto il grande interrogativo: « is the delicate

(172) H. LASKI, *Some Implications of the Crisis*, in « Political Quarterly », II (1931), p. 467. Secondo alcuni autori, la crisi del 1931 svela tutte le contraddizioni laskiane. Riassume HAWKINGS, *Harold J. Laski*, cit., p. 377: « as a pluralist, Laski in his extreme devotion to liberty was essentially a philosophical anarchist who placed the demands of the voluntary associations and those of the state upon an equal plane. As a modified pluralist, his very suggestive democratic collectivism, largely secured under state auspices, was in turn accompanied by an incompatible assertion of the overriding principle of obedience to individual conscience. A careful observation of Laski's Marxism reveals, in spite of its generous liberal leavening, the acknowledgement of inevitable conflict in place of negotiation, and the acceptance of the need to abandon democratic institutions if necessary to secure the 'right' end ». Cfr. anche E. SCIACCA, *Alcune osservazioni sul pensiero di H. Laski*, in « Rivista internazionale di filosofia del diritto », 38 (1961), 3, pp. 708-715.

(173) « Laski became convinced that democracy and capitalism could no longer coexist, and he saw the rise of fascism — che vedrà come una vera e propria *counter-revolution* volta a proteggere gli interessi economici dominanti — as a symptom

equilibrium of our constitution strong enough to deal with the violent reversals of policy the next years seems to imply? » (174). Il dilemma sarà ribadito, con toni sempre più cupi, in *The Crisis and the Constitution* del 1932: ne emerge una allarmante crisi della monarchia, del parlamentarismo, del sistema partitico e del metodo democratico (175). Ancor più completa, nell'applicazione della teoria marxista al contesto britannico, l'analisi di *Democracy in Crisis* pubblicata l'anno successivo. « The experience of 1931 » impone l'abbandono della « inevitability of gradualness », con la conseguenza che « the transference to the state of the key economic positions must immediately follow upon its next conquest of the electorate » (176).

I toni sono ora radicali, talvolta retoricamente faziosi (177). Non stupisce che Laski non goda delle simpatie della Corona e venga accusato di avere posizioni eversive, specie a seguito di una serie di lezioni tenute a Mosca (178). Non stupisce altresì che Laski entri in conflitto con la LSE, sia con il direttore Beveridge — che non

of their incompatibility ». Lo riassume bene K.R. HOOVER, *Economics as Ideology. Keynes, Laski, Hayek and the Creation of Contemporary Politics*, Lanham, Rowman & Littlefield, 2003, p. 98. Sul punto si sofferma anche LAMB, *Harold Laski*, cit., pp. 35-38.

(174) *Some Implications of the Crisis*, cit., p. 469.

(175) H. LASKI, *The Crisis and the Constitution: 1931 and After*, London, Hogarth Press, 1932.

(176) H. LASKI, *Democracy in Crisis*, Chapel Hill, The University of North Carolina Press, 1933, p. 39. « It is upon that problem of relearning the significance of Marx that the future of Fabianism largely depends », si legge in *The Fabian Way*, in « Current History », 41 (1934), p. 38. Eppure, il pensiero laskiano non sembra distanziarsi troppo da quello di B. WEBB e S. WEBB che, nel 1935, pubblicano *Soviet Communism: A New Civilisation?*, trad. it., *Il comunismo sovietico: una nuova civiltà*, Torino, Einaudi, 1950. È da notare come gli Webbs tolgano il punto interrogativo nella seconda edizione del 1937; edizione poi recensita, peraltro con note critiche sulla garanzia delle libertà civili, dallo stesso H. LASKI, *Review of "Soviet Communism: A New Civilisation"*, in « The Political Quarterly », 9 (1938), 1, pp. 130-133.

(177) Si noti ad esempio il giudizio di A.J.P. TAYLOR, *English History, 1914-1945*, trad. it., *Storia dell'Inghilterra contemporanea*, Roma-Bari, Laterza, 1968, p. 430 che, assieme a molti osservatori, ritiene che « la sua conversione ebbe origine dalla politica e non dall'economia; elaborò la leggenda secondo cui la costituzione era stata manipolata contro il partito laburista durante la crisi del 1931, e ne trasse la conclusione che non si poteva arrivare al socialismo con il meccanismo esistente della democrazia parlamentare ».

(178) MARTIN, *Harold Laski*, cit., pp. 93-98.

manca di considerarlo « the centre of the mischief » — sia con Hayek e Robbins, ora accusati di essere « a group of fanatical individualists » (179).

Specie da un punto di vista giuridico, interessa comprendere che la centralità della dottrina marxiana nella sua argomentazione non è interamente spiegabile guardando alle vicende costituzionali che coinvolgono il partito laburista: è corretto parlare di una ‘svolta marxista’ solo qualora si ammetta che il materialismo storico costituisca una caratteristica presente in tutte le fasi di sviluppo del suo pensiero e solo qualora si colga che i presupposti teorici di una ancor più netta centralità del tema rivoluzionario siano già intuibili in *Liberty in the Modern State*. L’argomento rivoluzionario, cardine della riflessione degli anni Trenta, non è difatti l’esito di una mera accettazione del dogma marxista. Piuttosto, rappresenta il logico effetto di aver ricostruito il rapporto tra l’autorità dello Stato e la libertà del cittadino in termini squisitamente oppositivi: posto che la libertà individuale è, per sua natura, principalmente in contrasto con i vincoli sanciti dall’azione pubblica, allora, il più radicato nucleo problematico, sito nelle viscere del rapporto giuspolitico, è composto dal dilemma del « right of revolution », del diritto di resistenza nei confronti dell’azione statale, vera cellula primigenia del costituzionalismo inglese inteso come sistema di garanzie pensato — sin dalla *Magna Charta* — contro la tirannia del politico.

Il tema, occorre ribadirlo, percorre tutta l’analisi laskiana: si scorge negli esordi degli *Studies*, tutti volti a rinnegare l’onnipotenza dello Stato hegeliano, compare in *Authority* (180) e in *Grammar* (181), è centrale nella riproposizione del *Vindiciae contra tyrannos* (182), nel saggio *The Dangers of Obedience* (183) e in *Liberty in the Modern State* (184).

Scrive poi in *Introduction to Politics* del 1931:

(179) Citato da KRAMNICK, SHEERMAN, *Harold Laski*, cit., p. 323.

(180) Cfr. *Authority in the Modern State*, cit., p. 43.

(181) In *A Grammar of Politics*, cit., p. 39 si parla di un « duty of resistance » ammettendo che « there are, then, circumstances in which resistance to the State becomes an obligation if claims to right are to be given validity » (p. 96).

(182) Ripubblicato nel 1924 con il titolo *A Defence of Liberty against Tyrants*.

(183) *The Dangers of Obedience*, cit.

(184) *Liberty in the Modern State*, cit., soprattutto, pp. 47-53.

la resistenza, per l'alto costo che impone, dovrebbe essere sempre l'arma dell'ultima istanza; ma sul filo del ragionamento qui seguito è impossibile non ammettere la legittimità del ricorso ad essa ⁽¹⁸⁵⁾.

All'interno del volume del 1933 curato da Jennings e intitolato *Modern Theories of Law*, Laski — tornando a riflettere su Duguit celebrandone l'abilità nel cogliere come il diritto sia « social science » radicata « in the economic and political facts » ⁽¹⁸⁶⁾ per la « realization of social solidarity » ⁽¹⁸⁷⁾ — sostiene che persino la nozione di solidarietà, nonostante tutti i tentativi oggettivistici del giurista bordolese, vada atteggiandosi come un 'fine sociale', come una « theory of right conduct » ⁽¹⁸⁸⁾ dotata di « validation by Reason » ⁽¹⁸⁹⁾ che rischia, come il *common good* greeniano, di incorrere « in metaphysical terms » ⁽¹⁹⁰⁾: in quanto canone informatore comune all'azione di governanti e governati, anche la solidarietà sarà definita — ammessa una concezione materialistica del processo storico — da coloro che detengono il potere economico, piegandola così alle loro esclusive convenienze.

L'elemento problematico è, dunque, la resistenza: « is true that Duguit admitted a right of insurrection, but it is difficult to feel that he had discovered a juristic basis for this principle » ⁽¹⁹¹⁾. L'unico fondamento giuridico per legittimare la disobbedienza è il rilancio di un'obbligazione etica che preesiste allo Stato ed è concepita in termini oppositivi rispetto a esso. « That foundation is, at its base, a theory of natural law » ⁽¹⁹²⁾: un principio di giustizia naturale — che Laski per vero mai individua in termini univoci — non troppo distante, nel tentativo di combinare individualismo e storicismo, dal grande tema lockiano. Si tratta però di una naturalità emancipata

⁽¹⁸⁵⁾ *Introduction to Politics*, cit., p. 28.

⁽¹⁸⁶⁾ H. LASKI, *M. Duguit's Conception of the State*, in *Modern Theories of Law*, London, Oxford University Press, 1933, p. 52.

⁽¹⁸⁷⁾ Ivi, p. 54.

⁽¹⁸⁸⁾ Ivi, p. 64.

⁽¹⁸⁹⁾ Ivi, p. 65.

⁽¹⁹⁰⁾ Ivi, p. 62.

⁽¹⁹¹⁾ Ivi, pp. 59-60.

⁽¹⁹²⁾ Ivi, p. 66.

dalle astrazioni contrattualiste ⁽¹⁹³⁾, perché radicata su una concezione, umanisticamente premoderna ⁽¹⁹⁴⁾, colta nell'evolversi dei fatti e dei rapporti sociali, nonché nella ricerca di una dimensione etica contraria a ogni artificio volontaristico. Pare confermare l'indole storicista l'assunto secondo il quale « lo Stato non è stato fatto, ma si è fatto e si è sviluppato da sé » ⁽¹⁹⁵⁾: « il carattere dello Stato moderno è il portato delle vicende storiche attraverso le quali esso è passato, e non può essere compreso se non alla luce di questa storia » ⁽¹⁹⁶⁾.

Configurata in questi termini, l'idea del diritto naturale potrebbe non risultare incompatibile con i risvolti solidaristici del *common good*, a patto di intenderli in una veste storica dai canoni squisitamente extra-statali ⁽¹⁹⁷⁾. Scorta nel suo significato storic-

⁽¹⁹³⁾ « The idea of a natural order is, of course, intended to convey some quality of the imperative to rights. But these, in fact, must always change with the facts of time and place. It is absurd to emphasise their supposed identity in Anglo-Saxon England and the England of the twentieth century ». Così LASKI, *A Grammar of Politics*, cit., p. 90.

⁽¹⁹⁴⁾ « It will suffice to say that the sooner we seek to revive the effort of the medieval schoolmen, and the great Spanish thinkers of the sixteenth century, the more rapidly we shall arrive at an adequate theory of the State. We shall have, doubtless, to prune it of its theological perspective. We shall need to recognize the relevance of anthropological discovery in a way, and to a degree, they could not have known. But when William of Ockham propounded his famous theory of natural law he seems to me to have indicated the direction in which discovery is most likely to be made » (M. DUGUIT, *Conception of the State*, cit., p. 66).

⁽¹⁹⁵⁾ Ivi, p. 17. Sullo storicismo laskiano, oltre all'esplicita ispirazione proveniente dal Maitland, è distinguibile l'influenza di H.S. MAINE, *Ancient Law* (1861), trad. it., *Diritto Antico*, Milano, Giuffrè, 1998. Lo si nota in *A Grammar of Politics*, cit., p. 22, quando afferma che « it is far nearer the truth to urge, as Sir Henry Maine would have us admit, that the State is built upon habit ». Non sarebbe completamente insensato ricercare una traiettoria, che potrebbe parzialmente accomunare le pur diversissime teorie di Maine, Maitland e Laski, in una visione storicistica dello Stato moderno, inteso come realtà pattizia esito del costante riequilibrio tra forze contrapposte, poi vista da M. OAKESHOTT, *On Human Conduct* (1975), trad. it., *La condotta umana*, Bologna, il Mulino, 1985.

⁽¹⁹⁶⁾ *Introduction to Politics*, cit., p. 7.

⁽¹⁹⁷⁾ Si pensi che anche per GREEN, *Lectures on the Principles of Political Obligation*, cit., il diritto naturale è inteso come un generale principio etico di giustizia che dovrebbe informare l'attività normativa. Si comprende allora ciò che Laski aveva scritto in *Authority in The Modern State*, cit., p. 43: « by [natural] right, that is to say, we mean a demand that has behind it the burden of the general experience of the state.

stico, la naturalità giuridica non acuisce il divario tra due esigenze in contrasto: non compromette la possibilità di resistere allo Stato e, al contempo, non pregiudica l'occasione di agevolare l'azione solidaristica dei suoi servizi pubblici.

Despite all the difficulties in the way of natural law, the need to postulate it as an essential part of the philosophy of political obligation cannot be avoided. None of the arguments by which its critics have so far sought to destroy it have so far been successful ⁽¹⁹⁸⁾.

Non è un caso, dunque, che il tema della rivoluzione costituisca l'oggetto principale di *The State in Theory and Practice* del 1935, forse il lavoro laskiano più complesso degli anni Trenta. In un'Inghilterra ancora immersa nelle morsa della Grande crisi, afflitta da una dilagante disoccupazione, agitata dalle impressionanti 'marce della fame', sembra possibile intravedere, in filigrana, l'ipotesi di una potenziale, non del tutto improbabile, attivazione del diritto di resistenza.

Because changes in the class structure of society have rarely been made without revolutionary means, those who draw the inference that our experience is not likely to be different from that of the past, that, therefore, the expectation of revolution is legitimate, and preparation for it the part of prudence, have a case that has not been answered by the proponents of peaceful change ⁽¹⁹⁹⁾.

Ed è resistenza proprio perché misura (mai auspicabile) di *extrema ratio* che implica « pain and suffering » e, per quanto alto possa essere il suo scopo, rappresenta sempre una « infinite tragedy » ⁽²⁰⁰⁾. Non vi sono tentennamenti circa il fatto « that is the

It is, as T.H. Green said, 'a power of which the exercise by the individual or by some body of men is recognised by a society either as itself directly essential to the common good' ».

⁽¹⁹⁸⁾ H. LASKI, *The State in Theory and Practice*, London, Allen & Unwin, 1935, pp. 95-96.

⁽¹⁹⁹⁾ Ivi, p. 214.

⁽²⁰⁰⁾ *Democracy in Crisis*, cit., p. 266.

duty of the citizen to exhaust the means placed at his disposal by the constitution of the state before resorting to revolution » (201).

La resistenza, parrebbe di capire tra le oscurità di queste pagine, potrebbe essere potenzialmente giustificata — in modo non troppo diverso da Locke (202) — sulla base di un « consent » (203) radicato nella coscienza individuale ma esercitabile in senso collettivo; un consenso, inteso come entità essenziale su cui la legalità dello Stato è edificata, non ancora pienamente perfezionato per legittimare la rivolta. Posto che lo Stato conosce, quantomeno nella pratica, un indissolubile legame con lo schema capitalistico e si atteggia a strumento classista per difendere il privilegio di pochi, nel confronto con l'idea lockiana, quella di Laski si configura come una resistenza 'alla rovescia', giacché, oltre a essere interamente emancipata dalle astrazioni contrattualistiche, non appare fondata sulla proprietà — intesa come individualistica architrate portante della naturalità giuridica che si suppone violata — ma su un progetto volto alla sua (re)distribuzione, su una dimensione intimamente sociale del diritto sempre chiamata a conciliare libertà ed eguaglianza. Non si tratta di ripristinare un ordine, tipico del liberalismo giusnaturalista, in cui « la proprietà co-

(201) *The State in Theory and Practice*, cit., p. 213. In senso non dissimile, ribadisce H. LASKI in *Parliamentary Government In England. A Commentary*, London, Allen & Unwin, 1938, p. 70: « we must not forget that the prelude to our historic compromise was war and revolution. Neither came because it was deliberately willed; rather, each came despite strong efforts to oppose its onset. We can only make the adjustments our situation requires in the degree to which we are conscious of the dangers we confront. For it is, above all, in our awareness of peril that we seem to hear the call to act while there is still time ».

(202) Sulla resistenza in relazione ai temi affrontati da Laski, si confronti P. COSTA, *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa. 1. Dalla civiltà comunale al Settecento*, Roma-Bari, Laterza, 1999, pp. 83-88 (sul *Vindiciae contra tyrannos*) e le pp. 299-300 (su Locke) con il volume 4. *L'età dei totalitarismi e della democrazia*, Roma-Bari, Laterza, 2001, pp. 135-145 (su Laski).

(203) *The State in Theory and Practice*, cit., pp. 93-95. Già in *Authority in the Modern State*, cit., p. 30, si era parlato di un consenso fondato su una accettazione « predominantly operative ». Si rimanda qui a P.G. PUGGIONI, *Consent, Sovereignty, and Pluralism: Harold Laski's Doctrine of Allegiance in British Legal Philosophy*, in « *Ratio Juris* », 35 (2022), 4, pp. 345-362.

stituisce il titolo effettivo alla cittadinanza »⁽²⁰⁴⁾, bensì di rovesciare, in linea con i propositi del socialismo emancipante, lo Stato che viola il nucleo naturale dei diritti fondamentali; un nucleo minimo composto, oltre che dalle libertà civili e politiche, anche da quei diritti sociali espressione della redistribuzione della proprietà e della capitolazione dell'ordine borghese.

The Rise of European Liberalism, monografia del 1936 tutta rivolta a dimostrare l'inscindibile legame genetico tra il liberalismo e il capitalismo proprietario, pare confermare il desiderio — già visibile nelle opere precedenti — di emancipare il liberalismo dal vincolo utilitaristico ed economicistico che lo opprimeva da secoli. E nel saggio *The Decline of Liberalism* del 1940 si celebra, ancora una volta, il contributo di Hobhouse capace di cogliere che « the problem for our time is whether we can plan a new content for liberty in terms of equality »⁽²⁰⁵⁾.

Di qui la perdurante attenzione — visibile nella monografia del 1938 — nei confronti del *Parliamentary Government* che, teoricamente concepito come strumento democratico per il temperamento di libertà ed eguaglianza, sembra piegarsi alle logiche classiste del capitale. Il sistema costituzionale del *Rule of Law*, nella pratica, « is set by the objects to which the State-power in any society is devoted, and those objects in their turn are set by the class-relations of the society »⁽²⁰⁶⁾. Non vi è più spazio per il gradualismo, serve ora una risposta netta che, consapevole del fatto che i giudici « slow down the rate of social change »⁽²⁰⁷⁾ e si atteggiavano a « instrument of the State-power »⁽²⁰⁸⁾, sconvolga l'intero impianto individualistico del *Common Law*.

It is difficult, in fact, not to feel that the conflict between the premisses of the Common Law and those of the modern State in its

(204) H. LASKI, *The Rise of European Liberalism. An Essay in Interpretation* (1936), trad. it., *Le origini del liberalismo europeo*, Firenze, La Nuova Italia, 1962, p. 112.

(205) *The Decline of Liberalism*, cit., p. 22.

(206) *Parliamentary Government in England*, cit., p. 68.

(207) Ivi, p. 368.

(208) H. LASKI, *The Judicial Function* (1936), in Id., *The Danger of Being a Gentleman and Other Essays*, cit., p. 99.

more positive aspect, presage the need for a reconsideration of the whole basis of our judicial institutions ⁽²⁰⁹⁾.

Resta aperto il capitale interrogativo intravisto nel 1931: la Costituzione, da intendere non in senso meramente formale, bensì nella sua intrinseca materialità ⁽²¹⁰⁾, è « elastic enough to provide for the peaceful achievement of any social transformation upon which the electorate has decisively made up its mind » ⁽²¹¹⁾?

Una risposta al quesito emergerà solo dal dramma della seconda guerra mondiale. L'eccezionalità del contesto sembra ispirare una maggior fiducia nella possibilità, assai rara in condizioni ordinarie, di costruire la *revolution by consent* senza dover ricorrere alla resistenza violenta ⁽²¹²⁾. Si legge nelle *Reflections on the Revolution of Our Time* del 1943:

we are in the midst of a period of revolutionary change that is likely to be as profound as any in the modern history of the human race. We shall not understand its inner nature unless we recognize it to be as significant in its essentials as that which saw the fall of the Roman Empire, the birth, with the Reformation, of capitalist society, or, as in 1789, the final chapter in the dramatic rise of the middle class to power ⁽²¹³⁾.

Nel clima internazionale della *freedom from want* rooseveltiana ⁽²¹⁴⁾, nel contesto di solidarietà del popolo inglese scandito dallo 'spirito di Dunkerque', nei successi del piano Beveridge, in una con-

⁽²⁰⁹⁾ *Parliamentary Government in England*, cit., p. 369.

⁽²¹⁰⁾ Cfr. LOUGHLIN, *Laski's Materialist Analysis of the British Constitution*, cit., pp. 69-75.

⁽²¹¹⁾ *Parliamentary Government in England*, cit., p. 22.

⁽²¹²⁾ « For many years he had been urging that capitalist society was in process of decay; revolution would come by force if the upper classes would not agree to losing some of their power and privileges. War, he saw, was a unique opportunity for peaceful transition to a new society because it in any case involved a vast upheaval and intermingling of classes ». Così, MARTIN, *Harold Laski*, cit., p. 138.

⁽²¹³⁾ H. LASKI, *Reflections on the Revolution of Our Time* [1943], New York, Viking Press, 1947.

⁽²¹⁴⁾ Si ricordi che Laski, nonostante alcune critiche al *New Deal*, era un sostenitore di F.D. Roosevelt, a cui dedica *The American Presidency. An Interpretation* (1940), trad. it. a cura di G. Monicelli, *La repubblica presidenziale americana*, Milano,

giuntura considerata non meno che « one of the supreme opportunities of history »⁽²¹⁵⁾, Laski — di lì a poco *chairman* del partito laburista — intuisce l'urgenza della *revolution by consent*, una 'rivoluzione tramite consenso', un processo di riforma, repentino e privo di forme di attendismo gradualista, la cui prospettiva, indispensabile per evitare il pericolo concreto della rivolta violenta, rischiava di svanire col disperdersi dell'afflato solidaristico⁽²¹⁶⁾: « if we desire a revolution by consent, then the appropriate moment for action is now »⁽²¹⁷⁾. E si intuisce la possibilità, al termine della guerra, di ribaltare la strenua difesa del « traditional England »⁽²¹⁸⁾ proposta da Churchill negli orizzonti del nuovo Stato sociale laburista⁽²¹⁹⁾.

Si spiega così, dalla sponda del pubblico, il favore laskiano — ora non più equivocabile⁽²²⁰⁾ — nei confronti di un'equilibrata *planned society*⁽²²¹⁾, rinnegando la sua incompatibilità con il *Rule of Law* suggerita da Lippman e destinata a ispirare la hayekiana *Road to Serfdom*⁽²²²⁾. Anzi, la « planned democracy will set a new context

Mondadori, 1948. Si veda anche H. LASKI, *The American Democracy. A Commentary and an Interpretation*, New York, The Viking Press, 1948.

⁽²¹⁵⁾ *Reflections on the Revolution of Our Time*, cit., p. VII. Cfr. l'analisi contenuta in PACINOTTI, *L'ingranaggio della cittadinanza sociale*, cit., pp. 157-233.

⁽²¹⁶⁾ Si rimanda qui a G. EASTWOOD, *Harold Laski*, London & Oxford, Mowbrays, 1977, pp. 120-139. Si veda inoltre le pp. 140-155 sulla causa di diffamazione intentata da Laski contro la stampa che lo aveva accusato di aver incitato alla *revolution by violence* in un discorso durante la campagna alle elezioni del 1945.

⁽²¹⁷⁾ *Reflections on the Revolution of Our Time*, cit., p. 195.

⁽²¹⁸⁾ Ivi, p. 191.

⁽²¹⁹⁾ Cfr. M.M. KAMPELMAN, *Harold J. Laski: A Current Analysis*, in « The Journal of Politics », 10 (1948), 1, pp. 131-154.

⁽²²⁰⁾ H. LASKI, *Choosing the Planners*, in *Plan for Britain. A Collection of Essays Prepared for the Fabian Society*, London, Routledge, 1943, pp. 96-121.

⁽²²¹⁾ Mai si pensa a una prospettiva centralizzante che, attraverso la pianificazione, imponga un controllo burocratico dalle logiche commissariali: cfr. anche il libro, pubblicato postumo, *Reflections on the Constitution*, Manchester, Manchester University Press, 1951.

⁽²²²⁾ Il riferimento è a W. LIPPMAN, *The Good Society* (1937), trad. it., *La giusta società*, Roma, Einaudi, 1945 e F.A. HAYEK, *The Road to Serfdom* (1944), trad. it., *La via della schiavitù*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2011.

for freedom » (223) perché permette di « put the idea of freedom in the context of equality » (224).

Il quadro teorico, nel confronto con l'impostazione degli anni Trenta, non appare mutato (225). Vero è che nell'ultimo capitolo delle *Reflections* Laski evidenzia come, associato a un'ingente pianificazione, « the concept of freedom becomes a positive one » (226). Si ricorda inoltre nell'articolo *Towards a Universal Declaration of Human Rights* del 1948: lungi da un inevitabile antagonismo tra « individual freedom and governmental authority, there are areas of social life in which the second is the necessary condition of the first » (227). Sebbene si ribadisca che la « economic sufficiency » (228) e il « leisure for thought » (229) siano le « primary conditions of the free man » (230), è però altrettanto vero che, nella *Introduction* alla terza edizione di *Liberty in the Modern State* pubblicata nel 1948, la libertà è ancora « ability to exercise continuous initiative » (231); un concetto prevalentemente negativo, sempre rivolto alla difesa del cittadino nei confronti dell'esercizio illegittimo dell'autorità statale, ma inevitabilmente chiamato a interfacciarsi con le istanze egualitarie provenienti dalla società e dai gruppi sociali (232).

(223) *Reflections on the Revolution of Our Time*, cit., p. 400.

(224) *Ivi*, p. 207.

(225) Per PALAZZOLO, *La libertà alla prova*, cit., p. 299, Laski « sollecita la revisione di alcune scelte politiche, non perciò ridefinendo la teoria generale ». Di contro, R.C. GUPTA, *Harold Laski*, Agra, Ram Prasad, 1966, pp. 3-57 che pare individuare, nell'ultimo decennio, una fase diversa da quella propriamente marxista.

(226) *Reflections on the Revolution of Our Time*, cit., p. 397. Qui in particolare DEAN, *The Political Ideas of Harold J. Laski*, cit., pp. 252-260.

(227) *Towards a Universal Declaration of Human Rights*, in *Human Rights: Comments and Interpretations*, UNESCO (ed.), London, Allan Wingate, 1948, p. 66. Sull'internazionalismo di Laski in parallelo alla negazione della nozione di Stato-persona, J. MOREFIELD, *States Are Not People: Harold Laski on Unsettling Sovereignty, Rediscovering Democracy*, in « Political Research Quarterly », 58 (2005), 4, pp. 659-669.

(228) H. LASKI, *Liberty in the Modern State*, London, Allen & Unwin, 1948, pp. 17-18.

(229) *Ivi*, p. 18.

(230) *Ibidem*.

(231) *Reflections on the Revolution of Our Time*, cit., p. 383.

(232) Per DEAN, *The Political Ideas of Harold Laski*, cit., pp. 253-254, « Laski abandons the view that freedom means the absence of restraint, although he never explicitly rejects this definition that he had adopted in 1930. In its place he uses a

Si spiega così, dalla sponda del privato, come nelle ultime opere Laski torni ad ammonire circa gli immanenti pericoli del grande Leviatano. Persino le epocali riforme del *Welfare State* divenute operative nel 1948 sulla base delle proposte beveridgiane — su cui Laski manifesta un certo grado di insoddisfazione — rischiano di rivelarsi improduttive per il conseguimento di una reale emancipazione perché poco orientate alla partecipazione dei lavoratori. Ci pare da leggere in questo senso specialmente il libro *The Trade Unions in the New Society* del 1950, diretto a rivalutare l'importanza delle associazioni sindacali nel nuovo ordine giuridico del secondo dopoguerra; simbolica chiusura del cerchio con i temi che avevano animato i primissimi scritti giovanili ⁽²³³⁾.

5. *La sostanziale unitarietà della sua riflessione giuridica.*

Osservata nella sua interezza, specie da una prospettiva giuridica, la proposta laskiana emerge in tutta la sua problematicità: non è smentibile, difatti, che alcune evoluzioni del suo pensiero — si pensi, in primo luogo, al passaggio dall'afflato anti-burocratico dei primissimi scritti alla logica pianificante delle opere più mature — non risultino facilmente interpretabili e aprano a ipotesi di lettura significativamente diverse.

Eppure, la scelta dell'effettività e la convinzione di dover ricercare l'essenza giuridica nell'empirismo dei fatti, oltre a costituire una direttrice che percorre tutta la sua produzione in totale contrapposizione al piano della validità della *sovereignty* austiniana, sembrano mostrare come i suoi ripensamenti siano in buona parte spiegabili sulla base del concreto avvicinarsi dei fatti istituzionali e

confused mixture of Marxist and idealist definitions of freedom ». Più condivisibile l'opinione di LAMB, *Harold Laski*, cit., p. 90, per il quale si tratterebbe di una « readoption » della concezione positiva della libertà che pare più « an intellectual error rather than a fundamental philosophical change ».

⁽²³³⁾ H. LASKI, *Trade Unions in the New Society*, London, Allen & Unwin, 1950. Si veda anche l'opera, pubblicata postuma, *Dilemma of Our Time*, London, Allen & Unwin, 1952. Per un'interpretazione critica degli ultimi anni, tesa a mostrarne l'inconcludenza, DEAN, *The Political Ideas of Harold Laski*, cit., pp. 289-329. Relativamente al periodo 1945-1950, è forse più equilibrata l'analisi di NEWMAN, *Harold Laski*, cit., pp. 284-374.

del loro divenire storico, oltre che della frenetica ricerca di nuove soluzioni problematiche da adattare al contesto sociale in eccezionale mutamento.

Ciò vale, tanto più, qualora si consideri che tali revisioni non compromettono l'anima intima di un disegno che, fermamente contrario al *laissez-faire* nella sua declinazione utilitaristica, resta immancabilmente avverso al monismo e all'autoritarismo statale, prospettando all'opposto un progetto pluralistico sempre sensibile alle istanze di democratizzazione, nonché alla libera autodeterminazione individuale propria di una filosofia anti-razionalistica che pare accomunare Laski sia al suo predecessore, Graham Wallas, che al suo successore, Michael Oakeshott, alla LSE.

Anzi, ci pare che la difformità tra le varie fasi del pensiero laskiano risponda all'esigenza, che più di tutto segna l'unitarietà della sua riflessione giuridica, di interrogarsi sui rapporti tra libertà e autorità, il cui bilanciamento è, inevitabilmente, in sempiterna ridefinizione⁽²³⁴⁾. Di qui l'idea, mai abbandonata neanche negli scritti più influenzati dalle categorie marxiste⁽²³⁵⁾, di trovare un equilibrio, necessariamente mobile, tra libertà ed eguaglianza; una mediazione tra i *civil rights* cari alla tradizione giuridica inglese e quei diritti sociali che, pur rimanendo ispirati dal diverso obiettivo dell'eguaglianza di opportunità, spesso assicurano il concreto godimento della libertà.

L'obiettivo ultimo resta quello di trovare « the secret of combining individual freedom with social order »⁽²³⁶⁾ in una prospettiva sempre rivolta all'emancipazione umana: il suo materialismo storico mai si smarca da uno « spiritual enrichment »⁽²³⁷⁾, da una logica

⁽²³⁴⁾ Persino l'analisi, diretta ad evidenziare le contraddizioni della teoria laskiana, di HAWKINGS, *Harold J. Laski*, cit., evidenzia il *fil rouge* identificabile in « the old and the continuing problem of liberty vs authority » (p. 376), cosicché « Laski's political thought over the years is an expression of a continuous effort at reconciling liberty and authority » (p. 391).

⁽²³⁵⁾ « One who tries to reconcile Marxism with freedom has a hard row to hoe and is inevitably involved at times in contradictions and inconsistencies ». Lo nota R.H. SOLTAU, *Professor Laski and Political Science*, in « The Political Quarterly », 21 (1950), 3, p. 306.

⁽²³⁶⁾ H. LASKI, *The Rights of Man*, London, MacMillan, 1940, p. 3.

⁽²³⁷⁾ *A Grammar of Politics*, cit., p. 143.

personalista che lo intende come strumento etico di inciviltà (238), da un retroterra culturale che non esclude una concezione, quasi giusnaturalistica, rivolta alla riduzione, se non all'estinzione, della domanda di Stato (239): « the preservation of individuality, its extension, indeed, its ability to affirm its own essence, that is, I believe, the central aim of any ethic that Marxism can endorse » (240).

Non è irrisolvibile, nella lettura laskiana, il divario tra pluralismo e marxismo. Nel capitolo introduttivo aggiunto, nel 1938, alla quarta edizione di *Grammar of Politics* — l'opera che, si ricordi, più rappresentava l'ideale gradualista della riforma — Laski rivendica che la sua « pluralist attitude to the state and law was a stage on the road to an acceptance of the Marxian attitude to them » (241). Si ribadisce difatti che, in fondo, « only the Marxian interpretation of law can explain the substance of law. There cannot, that is, be equality before the law, except in a narrowly formal sense, unless there is a classless society » (242). Ne emerge una sostanziale — per quanto complessa — contiguità tra le due proposte, entrambe funzionali a un progetto democratico da realizzare attraverso l'abbattimento delle classi sociali e il conseguente ridimensionamento

(238) Sul valore emancipante, sostanzialmente umanista, del marxismo, H. LASKI, *Faith, Reason and Civilisation. An Essay in Historical Analysis*, London, Gollancz, 1944, da leggere con l'aiuto di C.B. MACPHERSON, *Review of 'Faith, Reason and Civilisation: An Essay in Historical Analysis' by Harold Laski*, in « Canadian Journal of Economics and Political Science », 11 (1945), pp. 310-311.

(239) Parrebbe forse possibile individuare nella teoria laskiana « una concezione giusnaturalistica della 'legalità socialista' in cui si esprime tipicamente in sede teorico-giuridica una concezione umanistica della transizione al comunismo » che postula « il superamento dello 'Stato socialista' nel pluralismo di una democrazia 'mediatrice di persone' »; concezione individuata da D. ZOLO, *La teoria comunista dell'estinzione dello Stato*, Bari, De Donato, 1974, p. 49 con riferimento all'interpretazione del pensiero marxiano di G. DELLA VOLPE, *Rousseau e Marx e altri saggi di critica materialistica*, Roma, Editori Riuniti, 1957. Sui rapporti tra pluralismo e marxismo si rimanda a J.H. BARKER, *Individualism and Community. The State in Marx and Early Anarchism*, Westport, Greenwood Press, 1986 e G. McLENNAN, *Marxism, Pluralism and Beyond*, Cambridge, Polity Press, 1989.

(240) H. LASKI, *Marx and Today*, London, Gollancz, 1943, p. 28.

(241) *A Grammar of Politics*, cit., p. XII.

(242) Ivi, p. VIII.

del macro-soggetto Stato, espressione storica dei poteri economici dominanti ⁽²⁴³⁾.

Semmai, un'incoerenza, la cui profondità giuspolitica non risulta interamente spiegabile con la scelta del piano dell'effettività, pare ravvisabile non tanto tra il pluralismo degli scritti giovanili e il marxismo della maturità scientifica, quanto piuttosto tra il loro combinato disposto e il gradualismo dell'impianto originario di *Grammar of Politics* teorizzato nel 1925 ⁽²⁴⁴⁾. Pur nell'orizzontalità di un rapporto tra lo Stato e i gruppi sociali, mai ricostruito secondo gerarchie verticali con all'apice la superiorità morale di uno Stato che giganteggia, il Laski del 1925 è difatti portato a immaginare, all'interno di una generale funzione promozionale del diritto, una interazione non conflittuale tra lo Stato e il cittadino, tra la libertà individuale e l'autorità collettiva.

Eppure, scrutando la produzione laskiana nel suo complesso, tale impianto è più l'eccezione che la regola: sin dalla *Preface* della seconda edizione di *Grammar of Politics* e dal *Liberty in the Modern State* del 1930, il rapporto tra lo Stato e cittadino torna a essere costruito, come negli scritti giovanili, sulla base di dinamiche confliggenti e oppositive, forse addirittura belligeranti ⁽²⁴⁵⁾. Il tema rivoluzionario ne rappresenta, negli anni Trenta e Quaranta, l'inevitabile ricaduta scientifica: si comprende, in altri termini, che la

⁽²⁴³⁾ La graduale evoluzione, priva di contraddizioni inconciliabili, del pensiero laskiano è stata evidenziata nel volume di ZYLSTRA, *From Pluralism to Collectivism*, cit. Ed è corretto sostenere, con GREENLEAF, *Laski and British Socialism*, cit., p. 587 che nel periodo marxista sia segnato da molti « elements of continuity » e che « what is really involved is rather a change of emphasis and idiom than a basic switch of credal allegiance ». Anche per P. LAMB, *Laski's Ideological Metamorphosis*, in « Journal of Political Ideologies », 4 (1999), 2, pp. 239-260, è possibile individuare una graduale linea evolutiva che ricomponi il pluralismo, il socialismo democratico e il marxismo. E per G. GERSON, *Liberalism, Pluralism and the Sphere Division in Harold Laski*, in « Theoria », 69 (2022), 1, p. 37, « Laski's work can be read as a coherent whole that composes a persistent individualist strain alongside a pluralist one, as well as an element of Marxist analysis ».

⁽²⁴⁴⁾ Peraltro l'opera più apprezzata, completa e organica di tutte le altre.

⁽²⁴⁵⁾ Riassumere la teoria laskiana guardando esclusivamente alla libertà positiva, alla democrazia emancipante, alla funzione promozionale del diritto di cui *Grammar of Politics* del 1925 è la massima espressione, sembra effettivamente cogliere i caratteri fondamentali della sua proposta 'amministrativa', ma non riesce a individuare completamente il fondamento, per così dire, 'costituzionale' del suo pensiero giuridico.

finalità sociale dell'azione statale non può essere in ultima istanza determinata dallo Stato stesso, riproponendo così — «hegelianwise» — il vizio metafisico vera scintilla iniziale della sua riflessione.

Non traspaiono, almeno per Laski, forme di incompatibilità tra il funzionalismo e il diritto naturale: associare il diritto alla funzione solidaristica di servizio pubblico non può implicare, più a fondo, il disconoscimento di una possibilità di resistenza contraria a ogni forma di paternalismo, fondata sul consenso del cittadino e radicata nelle viscere della naturalità giuridica; naturalità emancipata dal formalismo contrattualista e, all'opposto, immersa in un radicato storicismo, scandita da un'obbligazione morale ispirata a un profondo senso etico di giustizia. In quest'ottica, la resistenza mostra la profondità di un tema che, percorrendo l'intera storia giuridica, coglie il contrasto tra Stato e cittadino, percepisce la concreta conflittualità tra gli attori sociali e fonda i diritti in una realtà che preesiste rispetto all'autorità, offrendo l'elemento anti-statalistico per legittimare la rivolta contro chi eserciti il potere in senso liberticida. Ammettere l'ipotesi della resistenza implica inoltre, per un ovvio legame logico di duplice reciprocità, l'esigenza di individuare i comportamenti giuridici che lo Stato è chiamato ad osservare per ricevere l'obbedienza dai propri cittadini.

Il giuridico, riassumendo, può fondarsi su un *consent* da declinare in due ambiti distinti ma complementari: sia attraverso un senso naturale di giustizia radicato nella coscienza individuale, necessario per ammettere l'ipotesi della resistenza e per esorcizzare il rischio che la ricerca del consenso produca dinamiche paternalistiche, sia attraverso la funzione sociale che lo Stato ricopre nei confronti della società e che legittima l'ottenimento dell'obbedienza; funzione rivolta a un generale progetto di riforma — sempre mutevole perché costantemente chiamato a ritrovare l'equilibrio con strumenti di nuovo conio — volto al pluralismo e alla democrazia emancipante. Non ciò che lo Stato è ma ciò che lo Stato *fa*: la natura imperativa del diritto, nella pratica fattuale, «si giustifica nella

misura in cui esso assicura, con il minimo di sacrifici, il massimo di soddisfazione dei bisogni umani »⁽²⁴⁶⁾ e si convalida sulla base degli

effetti che essa produce sulla esistenza dei singoli cittadini; e poiché di tali effetti i singoli soltanto possono giudicare, ne deriva che la giuridicità della legge riposa sul giudizio che i cittadini danno di essa⁽²⁴⁷⁾.

Non sarebbe insensato ipotizzare che, pur maturata nelle eccezionalità del contesto della seconda guerra mondiale e in modo ben poco sistematico, la *revolution by consent* possa essere considerata un sostanziale punto di approdo della riflessione laskiana, giacché capace di offrire una formula di sintesi abile nel compendiare alcuni degli aspetti più problematici della sua teoria: oltre a mostrare la centralità giuridica tanto dell'argomento rivoluzionario quanto del libero consenso, attesta il legame tra il conflittualismo marxista e la riforma nella cornice costituzionale, evidenziando l'assoluta indispensabilità di una dirompente trasformazione dell'ordinamento per scongiurare il rischio di una resistenza violenta altrimenti inevitabile; trasformazione, certo radicale, ma pur sempre orientata, entro gli scopi pluralistici, a conciliare le mire egualitarie, i servizi pubblici, i diritti sociali, con le storiche libertà degli inglesi.

Al netto delle reali difficoltà a tradurre giuridicamente un'articolata rappresentazione dottrinale che, immersa in dicotomie dalla endemica problematicità, non è immune al rischio dell'inafferrabilità e dell'evanescenza, si ritiene che proprio la ricerca — vera cifra della riflessione laskiana — di un equilibrio tra autorità e libertà, tra la funzione di indirizzo propria dei servizi pubblici e l'ineliminabile apparato di garanzie volte a resistere agli abusi del potere statale, spieghi il motivo per cui Laski possa essere considerato l'ispiratore del diritto pubblico inglese e, più in generale, l'autore capace di iniziare a consolidare, nella cultura giuridica, l'idea di un *Modern Law* contrapposto al tradizionale normativismo privatistico-

⁽²⁴⁶⁾ *Introduction to Politics*, cit., p. 18.

⁽²⁴⁷⁾ *Ivi*, p. 28.

rimediale del *Common Law* (248). Si illumina così, forse ancor più a fondo, come tale riflessione abbia contribuito a determinare il clima intellettuale necessario, nell'immediato secondo dopoguerra, a conciliare, in un equilibrio particolarmente complesso e mutevole, i servizi del *Welfare State* con le storiche garanzie del *Rule of Law* (249). E le incompiutezze della sua teoria, in definitiva, sono ben simili a quelle che distinguono il divario, mai davvero giuridicamente colmato, tra queste due dimensioni storiche.

(248) Cfr. LOUGHLIN, *The Political Jurisprudence of Harold J. Laski*, cit., pp. 251-281 e ID., *Modernism in British Public Law, 1919-1979*, in « Public Law », 2014, pp. 56-67.

(249) « If we have built a working, planned economy, and based upon it a Welfare State, with a considerable re-distribution of income, and have done so while not only maintaining but immensely revivifying British democracy and liberty, we have been enabled to do so by the mental climate that Laski did so much to create ». Così, J. STRACHEY, *Laski Struggle for Certainty*, in « The New Statesman and Nation », April 8, 1950, p. 395.

SARA LAGI

LA CONCEZIONE DEMOCRATICA DI HANS KELSEN E LA RIFORMA COSTITUZIONALE AUSTRIACA DEL 1929

La seconda edizione di *Vom Wesen und Wert der Demokratie*

1. Alcune considerazioni introduttive. — 2. Dalla Costituzione del 1920 alla sua riforma del 1929: ovvero della democrazia parlamentare nella prima Repubblica austriaca. — 3. La democrazia secondo Kelsen: popolo, partiti politici e parlamentarismo. — 4. Contro la rappresentanza professionale. — 5. Brevi considerazioni conclusive.

1. *Alcune considerazioni introduttive.*

Nel 1929, il giurista Hans Kelsen, affermato teorico del Diritto nonché figura pubblica di rilievo della prima Repubblica austriaca, pubblicava l'edizione ampliata e rivista della sua opera di teoria politica ancora oggi più celebre, *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, originariamente apparsa nove anni prima. La teoria democratica di Kelsen è stata approfonditamente studiata da più prospettive scientifico-disciplinari. Si è discusso del suo carattere proceduralista, liberale, relativista, anti-autoritario e intrinsecamente pluralista, favorevole alle minoranze, della centralità che all'interno di essa svolge il concetto di compromesso, del suo rapporto con la Teoria Pura del Diritto ⁽¹⁾.

(1) La letteratura scientifica su Kelsen pensatore politico si è arricchita negli anni. Qui ricordo alcuni titoli: *Ideologiekritik und Demokratietheorie bei Hans Kelsen*, hrsg. von W. Krawietz, E. Topitsch, P. Koller, Berlin, Duncker & Humblot, 1982; H. DREIER, *Rechtslehre, Staatssoziologie und Demokratietheorie bei Hans Kelsen*, Baden-Baden, Nomos Verlag, 1986; *Le droit, le politique. Autour de Max Weber, Hans Kelsen et Carl Schmitt*, sous la dir. de C.M. Herrera, Paris, L'Harmattan, 1995; D. DYZENHAUS, *Legality and Legitimacy. Carl Schmitt, Hans Kelsen and Hermann Heller*, Oxford, Oxford University Press, 2000; R.C. VAN OUYEN, *Der Staat der Moderne: Hans Kelsens Pluralismus Theorie*, Berlin, Duncker & Humblot, 2003; R. DE CAPUA, *Kelsen e il problema della*

Rispetto a questa letteratura scientificamente rilevante propongo qui una lettura volta essenzialmente a interpretare la seconda edizione di *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, con cui Kelsen ‘condensava’ la sua concezione di democrazia, in rapporto alla riforma costituzionale (*Bundes-Verfassungsnovelle*) che veniva introdotta in Austria nell’inverno del 1929, a seguito di un lungo confronto tra le due maggiori forze politiche del paese, la socialdemocrazia (SPÖ) e il partito cattolico cristianosociale (CSÖ), e che modificava in alcuni aspetti rilevanti il testo originario della Costituzione viennese, promulgata nove anni prima, con cui era stata istituita una democrazia parlamentare ⁽²⁾.

La riforma — preceduta da un’altra, risalente al 1925, con cui era stata attuata la ripartizione delle competenze tra i livelli di governo — soddisfaceva per diversi aspetti i *desiderata* dei cristianosociali, ossia dei suoi principali promotori, poiché rafforzava il potere esecutivo, andando a minare uno dei caratteri portanti della

democrazia, Roma, Carocci, 2003; Hans Kelsen. *Staatsrechtslehrer und Rechtstheoretiker des 20. Jahrhunderts*, hrsg. von M. Stolleis und S.L. Paulson, Tübingen, 2005; L. VINX, *Hans Kelsen’s Pure Theory of Law. Legality and Legitimacy*, Oxford, Oxford University Press, 2007; Hans Kelsen. *Eine politikwissenschaftliche Einführung*, hrsg. von T. Ehs, Wien, Manz Verlag, 2009; J. TELMAN, *Hans Kelsen in America. Selective Affinities and the Mysteries of Academic Influences*, Netherlands, Springer Verlag, 2016; R. SCHUETT, *Hans Kelsen’s Political Realism*, Edinburgh, Edinburgh University Press, 2021; E.C. SFERRAZZA PAPA, *Il dispotismo della libertà. Schmitt e Kelsen interpreti di Rousseau*, Torino, Giappichelli, 2022.

⁽²⁾ Sulla prima Costituzione democratica austriaca: H. SCHAMBECK, *Das Österreichische Bundesverfassungsrecht und seine Entwicklung*, Berlin, Duncker & Humblot, 1980; F. ERMACORA, *Die Entstehung der Bundes-Verfassung 1920* (5 Bände), Wien, W. Braumüller, 1989-1993; K. BERCHTOLD, *Verfassungsgeschichte der Republik Österreich. Band I: 1918-1933. Fünfzehn Jahre Verfassungskampf*, Springer, Wien-New York 1998; R. WALTER, H. MAYER, *Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts*, Wien, Manz Verlag, 2000; P. PERNTHALER, *Österreichisches Bundesstaatsrecht*, Wien, Verlag Österreich, 2004; M. STELZER, *The Constitution of the Republic of Austria*, Oxford, Oxford University Press, 2011; C. GRABENWARTER, M. HOULBECK, *Verfassungsrecht. Allgemeines Verwaltungsrecht*, Wien, Facultas, 2014; T. ÖHLINGER, H. EBERHARD, *Verfassungsrecht*, Wien, Facultas, 2014; U. HAIDER-QUERCIA, *La forma di governo della grande coalizione. Il modello parlamentare austriaco tra incompletezza e trasformazione*, Padova, CEDAM, 2019; *100 Jahre Verfassung. 77 Stimmen zum Jubiläum des österreichischen Bundesverfassungsgesetzes (B-VG). Ein Lesebuch*, hrsg. von M. Matzka, P. Hilpold, W. Hämmerle, Wien, Wiener Zeitung, 2020.

Costituzione del '20, il primato « assoluto » del Legislativo ⁽³⁾, altresì voluto proprio dai socialdemocratici, che avevano così cercato di rimarcare la rottura politica col passato asburgico ⁽⁴⁾.

Kelsen, che fu il padre del sindacato accentrato di costituzionalità ⁽⁵⁾ previsto infine dalla Costituzione del '20, aderì con convinzione al nuovo sistema democratico austriaco. Nell'inverno del 1918, all'indomani della nascita della Assemblea nazionale provvisoria (*Provisorium*) che avrebbe preparato il terreno per le successive elezioni della Assemblea nazionale costituente (1919), il giurista pubblicò una serie di brevi articoli per alcuni giornali, sia di orientamento socialdemocratico, sia conservatore, nei quali descriveva il parlamento come il 'cuore pulsante' della democrazia, lo 'spazio' per eccellenza del confronto politico democratico ⁽⁶⁾. Una convinzione profonda che egli avrebbe riaffermato in entrambe le edizioni di *Vom Wesen und Wert der Demokratie* (1920; 1929) e in altri contributi quali *Soziologie der Demokratie* del 1924, *Das Problem des Parlamentarismus* del 1925 e *Demokratie* del 1926. Da ciascuno di essi emergeva la convinta ade-

⁽³⁾ HAIDER-QUERCIA, *La forma di governo della grande coalizione*, cit., p. 49.

⁽⁴⁾ Si vedano a proposito gli *Stenographische Protokolle der Konstituierenden Nationalversammlung (1919-1920)*. Inoltre: R. WALTER, *Die Entstehung des Bundes-Verfassungsgesetzes 1920 in der Konstituierenden Nationalversammlung*, Bd. 9, Wien, Schriftenreihe des Hans Kelsens Institut, 1984 e M. WELAN, *Die Geschichte der österreichischen Verfassung als Spiegelbild der österreichischen Demokratie*, in A. PELINKA, M. WELAN, *Demokratie und Verfassung in Österreich*, Wien, Frankfurt, Zürich, Europa Verlag, 1971, pp. 33-38.

⁽⁵⁾ Si veda a proposito: G. SCHMITZ, *The Constitutional Court of the Republic of Austria*, in « Ratio Juris », II (2003), 16, pp. 240-265. La letteratura scientifica su Kelsen teorico della giustizia costituzionale ed artefice della Corte costituzionale austriaca è altrettanto ricca di quella dedicata alla sua teoria democratica. Per un efficace inquadramento della sua *Verfassungsgerichtsbarkeitstheorie* rimando a: R. WALTER, *Hans Kelsen als Verfassungsrichter*, Wien, Manz Verlag, 2005 e a *La controverse sur "Le gardien de la Constitution" et la justice constitutionnelle. Kelsen contre Schmitt*, sous la dir. de O. Beaud, P. Pasquino, Paris, Edition Panthéon-Assas, 2007.

⁽⁶⁾ Si vedano: H. KELSEN, *Das Proportionalwahlssystem*, in « Der Österreichische Volkswirt » (November 23), pp. 115-118; ID., *Ein einfaches Proportionalwahlssystem*, in « Arbeiter Zeitung » (November 24), pp. 2-3; ID., *Der Proporz im Wahlordnungsentwurf*, in « Neue Freie Presse » (Dezember 1), pp. 3-4; ID., *Das Proportionalwahlssystem*, in « Der Österreichische Volkswirt » (Dezember 12), pp. 147-151.

sione del giurista alla democrazia parlamentare (7). Non deve quindi stupire se nel 1929 egli dava alle stampe un brevissimo, denso e polemico articolo, dal titolo *Der Drang zur Verfassungsreform*, in cui individuava nella riforma costituzionale perorata dai cristianosociali l'obiettivo assolutamente politico di « combattere contro il parlamentarismo, il governo parlamentare », contro la particolare forma di democrazia sancita dalla Costituzione del 1920 — di cui Kelsen era convinto sostenitore — non solo per ragioni ideologiche ma anche di strategia politica. Kelsen riteneva infatti che il rafforzamento dell'Esecutivo fosse funzionale a limitare l'influenza del principale avversario della CSÖ, ossia i socialdemocratici, che rappresentavano ancora una forza politica decisiva nel parlamento di Vienna: il Consiglio nazionale (8).

Non è mia intenzione discutere la condivisibilità o meno della posizione espressa da Kelsen, quanto sottolineare la sua aperta avversione alla riforma che, a mio giudizio, improntava, per taluni sostanziali aspetti che discuterò, la seconda edizione di *Vom Wesen und Wert der Demokratie*.

2. *Dalla Costituzione del 1920 alla sua riforma del 1929: ovvero della democrazia parlamentare nella prima Repubblica austriaca.*

La Costituzione di Vienna del 1920 può essere considerata a tutti gli effetti il risultato di un faticoso compromesso tra le due maggiori forze politiche del tempo, ossia socialdemocratici e cristianosociali, all'insegna tuttavia di una obiettiva predominanza dei primi sui secondi (9). Dopo l'abdicazione di Carlo I (17 ottobre del

(7) Questi saggi sono ora contenuti in H. KELSEN, *Verteidigung der Demokratie*, hrsg. von M. Jestaedt und O. Lepsius, Tübingen, Mohr Siebeck, 2006. Per quanto riguarda le traduzioni italiane della prima e della seconda edizione di *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, farò riferimento, rispettivamente, a H. KELSEN, *Essenza e valore della democrazia*, in Id., *Essenza e valore della democrazia*, a cura di A. Carrino, Torino, Giappichelli, 2004 e ad H. KELSEN, *Essenza e valore della democrazia*, in Id., *La democrazia*, a cura di M. Barberis, Bologna, il Mulino, 1998.

(8) H. KELSEN, *Der Drang zur Verfassungsreform*, in « Neue Freie Presse », 1929, pp. 29-30.

(9) All'indomani della creazione del *Provisorium* le forze politiche austriache si erano organizzate in tre grandi « campi ». Quello cristianosociale, di ispirazione catto-

1918), i membri di lingua tedesca del vecchio Parlamento imperiale (*Reichstag*) formarono l'Assemblea nazionale provvisoria (*Provisorium*) che si caratterizzò immediatamente per la proattività dei socialdemocratici. Questi, appoggiati peraltro dai nazionalisti, riuscirono a far proclamare la Repubblica (30 ottobre 1918), considerata come la logica conseguenza della rinuncia di Carlo I al trono, laddove i cristianosociali si mantennero su posizioni tendenzialmente filomonarchiche ⁽¹⁰⁾.

All'interno del *Provisorium* i socialisti intervennero a più riprese e con grande energia sul tema della sovranità popolare e, collegato ad esso, sul rapporto tra potere legislativo ed esecutivo: immaginavano una nuova Austria democratica che sarebbe stata fondata sul primato del Legislativo ⁽¹¹⁾. In uno dei suoi primi interventi, il Leader della SPÖ, Karl Renner ⁽¹²⁾, affermò così che la futura « Commissione Esecutiva » (Consiglio di Stato), con funzioni di governo, avrebbe dovuto limitarsi ad applicare le decisioni prese dalla Assemblea nazionale provvisoria ⁽¹³⁾. Al contrario dell'area cristianosociale, in quella socialdemocratica era infatti radicata una

lica, socialdemocratico e nazionalista. Sul panorama politico della prima Repubblica austriaca: R. KRIECHBAUMER, *Die großen Erzählungen der Politik. Politische Kultur und Parteien in Österreich von der Jahrhundertwende bis 1945*, Wien-Köln-Weimar, Böhlau, 2001. L'espressione « campo » (*Lager*) venne coniata dallo storico Adam Wandruszka nel 1954: A. WANDRUSZKA, *Österreichs politische Struktur. Die Entwicklung der Parteien und politischen Bewegungen*, Wien, Verlag für Gesellschaft und Politik, 1954.

⁽¹⁰⁾ *Stenographische Protokolle der provisorischen Nationalversammlung (1918-1919)*, pp. 31-47. Sui principali partiti della prima Repubblica austriaca: KRIECHBAUMER, *Die großen Erzählungen der Politik*, cit. È stato però correttamente sottolineato come soprattutto i cristianosociali viennesi fossero rimasti fedeli alla Monarchia: WANDRUSZKA, *Österreichs politische Struktur*, cit., p. 305.

⁽¹¹⁾ *Stenographische Protokolle der provisorischen Nationalversammlung (1918-1919)*, p. 31 e ss.

⁽¹²⁾ Giurista di formazione, rappresentante dell'ala moderata e riformista della SPÖ, pubblicista e amico di Hans Kelsen, Renner fu capo della Cancelleria di Stato dal 1918 al 1920. Inoltre, guidò la delegazione del suo paese ai colloqui di pace che si tennero a Saint Germain en Laye (1919) e dal 1930 al 1933 fu Presidente del parlamento nazionale austriaco (Consiglio nazionale). Su Renner: R. SAAGE, *Der erste Präsident Karl Renner. Eine politische Biographie*, Wien, Paul Zsolnay Verlag, 2016.

⁽¹³⁾ *Stenographische Protokolle der provisorischen Nationalversammlung (1918-1919)*, p. 31.

inclinazione ‘parlamento-centrica’⁽¹⁴⁾ che sarebbe da ricondurre all’influsso esercitato dalla celebre Costituzione giacobina del 1793 e dalla concezione rousseviana della Legge quale espressione della volontà generale, così come alla convinzione che proprio il primato del parlamento rappresentasse un potente elemento di rottura con il passato monarchico⁽¹⁵⁾.

In continuità con le posizioni espresse nel *Provisorium* e forti della maggioranza relativa dei voti ottenuta nelle elezioni della Assemblea nazionale costituente (febbraio 1919), i socialdemocratici condizionarono fortemente l’elaborazione della Legge costituzionale sulla « Volksvertretung » (14 marzo 1919), in cui non solo si stabiliva il primato dell’organo legislativo (*Nationalversammlung*), definito « höchstes Organ des Volkes », in quanto eletto dal popolo, soggetto sovrano, ma si dichiarava anche, in maniera inequivocabile, la stretta connessione tra la sovranità del popolo e il potere legislativo esercitato tramite l’assemblea: era quest’ultima ad esprimere pienamente la volontà sovrana del popolo. Ne derivava il riconoscimento del ruolo politicamente centrale e vitale svolto dal corpo legislativo. Una visione politica che, nonostante le critiche sollevate a più riprese dai cristianosociali favorevoli invece ad un Esecutivo forte, veniva infine accolta dalla Costituzione del 1920⁽¹⁶⁾: essa stabiliva la nascita di una democrazia parlamentare in cui l’assem-

(14) Uso l’espressione ‘parlamento-centrica’ per indicare l’idea, condivisa appunto dai socialdemocratici, di una democrazia fondata sulla predominanza politica dell’organo legislativo.

(15) H. WIDDER, *Die Entstehung und Entwicklung des Parlamentarismus der Republik Österreich*, in *Österreichs Parlamentarismus. Werden und System*, hrsg. von H. Schambeck, Berlin, Duncker & Humblot, 1986, p. 227; WELAN, *Die Geschichte der österreichischen Verfassung*, cit., pp. 26-30. Welan sostiene, in maniera suggestiva, che i socialdemocratici vedevano nel primato del parlamento un vero e proprio strumento di rivoluzione politica, attraverso il quale cambiare nel profondo l’intero paese. È da notare peraltro che la cosiddetta inclinazione ‘parlamento-centrica’ caratterizzò profondamente anche i numerosi saggi dedicati da Karl Renner alla riforma del sistema politico asburgico, pubblicati agli inizi del ’900, in parte sotto pseudonimo e in parte col suo vero nome. Ad esempio: R. SPRINGER [K. RENNER], *Staat und Parlament. Kritische Studie über die österreichische Frage und das System der Interessenvertretung*, Wien, Kommission-verlag der Wiener Volksbuchhandlung Ignaz Brand, 1901.

(16) *Stenographische Protokolle der konstituierenden Nationalversammlung (1918-1919)*, pp. 65-66.

blea legislativa, ossia il Consiglio nazionale, eletto a suffragio universale maschile e femminile, godeva di un'ampia autorità: innanzitutto spettava ad esso la nomina del governo (art. 70, comma 1) ⁽¹⁷⁾. Questa avveniva sulla base di una lista di nomi presentata dalla Commissione centrale (*Hauptausschuss*) — uno degli organi più caratteristici della Costituzione del 1920 ⁽¹⁸⁾ — composto dai rappresentanti dei diversi partiti su base proporzionale (art. 55) e che doveva servire, nell'ottica socialdemocratica, a rafforzare sia il principio del governo parlamentare sia, in senso lato, la predominanza del corpo legislativo, peraltro testimoniata dagli art. 28 e 29 che consentivano al Consiglio nazionale di prorogare i propri lavori « da solo e in base ad una decisione autonoma », così come di dichiarare il proprio scioglimento ⁽¹⁹⁾. Inoltre, insieme al Consiglio federale — sul quale mi soffermerò a breve — il Consiglio nazionale formava l'Assemblea federale che nominava il Presidente della Federazione (art. 38). In tal senso, su pressione socialdemocratica, l'Assemblea costituente aveva operato una scelta dichiaratamente anti-presidenziale, osteggiata dai cristianosociali ⁽²⁰⁾, e altresì in linea con

(17) L'art. 70 (comma 1) recitava infatti: « Il governo federale è eletto per appello nominale dal Consiglio nazionale su una lista d'insieme presentata dalla commissione centrale ». Il testo della Costituzione federale del 1920 e quello della Legge federale del 1929 sono entrambi reperibili e consultabili presso l'Archivio online delle Costituzioni storiche dell'Università di Torino: (http://www.dircost.unito.it/cs/indice_paesi.shtml), che però non contiene le versioni originali in tedesco. La parte della Costituzione del 1920 relativa ai poteri e alle prerogative del Consiglio nazionale è compresa fra gli articoli 24-33 (Titolo II « Della legislazione federale »). Si rimanda ancora al sito web dell'Archivio delle Costituzioni storiche: <http://www.dircost.unito.it/cs/docs/austria192.htm> consultato in data 10/05/2023.

(18) WIDDER, *Die Entstehung und Entwicklung des Parlamentarismus*, cit., p. 239. L'autorità attribuita alla Commissione centrale non era indifferente: l'art. 55 affermava che « per determinate ordinanze del governo federale, o di un ministro federale, occorr[eva] l'intesa con la commissione centrale » e, in base all'art. 70 (comma 3), si stabiliva inoltre che, nel caso in cui il Consiglio nazionale non fosse riunito, il governo federale sarebbe stato « provvisoriamente designato dalla commissione centrale ». Si rimanda al sito web dell'Archivio delle Costituzioni storiche: <http://www.dircost.unito.it/cs/docs/austria192.htm> consultato in data 05/06/2023.

(19) *Ibidem*.

(20) Per un inquadramento dello scontro tra SPÖ e CSÖ sui poteri e le funzioni da attribuire al Presidente della Repubblica: *Stenographische Protokolle der konstituierenden Nationalversammlung (1918-1919)* e ÖHLINGER, EBERHARD, *Verfassungsrecht*, cit.

un impianto ‘parlamento-centrico’ in base al quale « tutti gli organi dello Stati, tra cui il governo e il Presidente della Federazione deriva[vano] dal Consiglio nazionale (per il governo) e dalla Assemblée federale (per il Presidente della Federazione) » (21).

Se è vero che i cristianosociali avevano dovuto accettare *ob torto collo* la democrazia parlamentare, fondata sul primato del Legislativo, i socialisti, a loro volta, avevano dovuto rinunciare alla creazione di uno Stato accentrato e unitario. Dopo un lungo e serrato confronto, era infatti prevalsa la soluzione federale, come richiesto dalla CSÖ e dai principali governatori dei Länder — le macro-regioni in cui era tradizionalmente suddiviso il territorio dell’Austria tedesca — molti dei quali erano di osservanza cristianosociale (22). Accanto al Consiglio nazionale, la Costituzione del 1920 prevedeva così la creazione di un Consiglio federale che rappresentava i Länder, in base al numero dei loro abitanti, e che, insieme al Consiglio nazionale, concorreva, secondo l’art. 24, alla « funzione legislativa federale » (23). In particolare, al Consiglio federale era riconosciuto il diritto di presentare proposte di legge tramite il governo federale e di poter opporsi ad una deliberazione legislativa del Consiglio nazionale (art. 41 e art. 42). Opposizione che peraltro era facilmente superabile se il parlamento nazionale manteneva « la sua deliberazione con l’intervento di almeno metà dei suoi componenti » (art. 42 comma 4) (24), a testimonianza ancora una volta della centralità politica riconosciuta al Consiglio nazionale e alla sua legislazione (25). Sebbene avessero dovuto infine accettare la soluzione federale, i socialdemocratici riuscirono comunque a imporre lo status speciale della città di Vienna — in cui essi erano la forza preponderante — che diventava così un vero e proprio Land,

(21) HAIDER-QUERCIA, *La forma di governo della grande coalizione*, cit., p. 49.

(22) Si veda a proposito: G. SCHMITZ, *Die Vorentwürfe Hans Kelsens für die österreichische Bundesverfassung*, Wien, Manz Verlag, 1981, in particolare p. 22 e ss.

(23) Si rimanda al sito web dell’Archivio delle Costituzioni storiche: <http://www.dircost.unito.it/cs/docs/austria192.htm> consultato in data 20/06/2023.

(24) *Ibidem*.

(25) In tal senso, ricordo che al Consiglio federale non veniva riconosciuto alcun diritto di partecipare al voto di fiducia del governo.

oltre ad essere la sede « degli organi supremi della Federazione » (art. 2 comma 2 e art. 5) ⁽²⁶⁾.

La stessa introduzione del meccanismo di giurisdizione costituzionale, previsto dall'art. 140, fu oggetto di 'trattative' tra i due principali partiti del paese. In particolare, la materia del contendere consisteva nel riconoscere o meno il diritto di appellarsi alla Corte costituzionale sia alla Federazione contro leggi anti-costituzionali dei Länder, sia a quest'ultimi contro leggi anticostituzionali della Federazione ⁽²⁷⁾. La *Verfassungsgerichtsbarkeit* prevista infine dalla Costituzione del '20 ammetteva la perfetta reciprocità tra i due centri di potere nell'appellarsi alla Corte, ma con una importante aggiunta, ossia il principio — elaborato da Hans Kelsen — in base al quale la Corte era da considerarsi quale « obiettivo difensore della Costituzione » ⁽²⁸⁾.

⁽²⁶⁾ Si rimanda al sito web dell'Archivio delle Costituzioni storiche: <http://www.dircost.unito.it/cs/docs/austria192.htm> consultato in data 20/06/2023. Si veda inoltre: K. VOELKA, *Österreichische Geschichte. Kultur, Geschichte, Politik*, Wien, Verlag C.H. Beck, 2000, pp. 103-104.

⁽²⁷⁾ I socialisti consideravano i Länder una pericolosa forza centrifuga e li temevano perché i loro governatori erano, nella maggioranza dei casi, schierati su posizioni conservatrici. È alla luce di ciò che, a mio avviso, dovrebbe essere interpretata la valenza chiaramente anti-Länder attribuita dai socialisti alla Corte costituzionale. Dal canto loro, i cristianosociali vedevano nella Corte uno strumento di difesa del sistema federale per il quale tanto avevano combattuto in fase costituente, solo a condizione che essa potesse agire anche contro leggi anti-costituzionali della Federazione. Su questo tema, si veda: ERMACORA, *Die Entstehung der Bundesverfassung*, cit.

⁽²⁸⁾ Sul significato di Corte costituzionale nel pensiero di Hans Kelsen: H. KELSEN, *La garantie juridictionnelle de la constitution*, in « Annuaire de l'Institut international de droit publique », 1928-1929, pp. 52-121. Inoltre: P. COSTA, *The Rule of Law: A Historical Introduction*, in *The Rule of Law. History, Theory and Criticism*, ed. by P. Costa and D. Zolo, Dordrecht, Springer Verlag, 2007, pp. 115-116 e il recente A. CARRINO, *Legge e libertà. Primato delle leggi e sindacato di costituzionalità nella costituzione austriaca del 1920*, Milano, Mimesis, 2022. In linea di massima, possiamo affermare che la Corte costituzionale rappresentava un 'limite' al potere del parlamento. E tuttavia essa era collegata all'organo legislativo. L'art. 147 della Costituzione austriaca del 1920 recitava infatti: « 3) Il presidente, il vice-presidente e la metà dei membri titolari e supplenti sono eletti a vita dal Consiglio nazionale, l'altra metà dei membri titolari e supplenti sono eletti a vita dal Consiglio federale. 4) I membri del governo federale o di un governo regionale non possono far parte della Corte. Il presidente, il vice-presidente due terzi degli altri membri titolari e due terzi dei supplenti non possono essere scelti fra i membri del Consiglio nazionale, del Consiglio federale o di una dieta regionale ». Si rinvia

La Costituzione viennese promulgata nell'ottobre del 1920 sanciva così la nascita di una Repubblica democratica e federale, caratterizzata da un governo parlamentare e dalla preminenza del Consiglio nazionale. Il principale obiettivo della riforma del 1929, perorata *in primis* dai cristianosociali, era altresì ridefinire la forma di governo creata nove anni prima. In questa sede, il mio obiettivo è prendere in considerazione quegli aspetti della riforma volti a rafforzare l'Esecutivo e quindi a ridimensionare la centralità (fino al 1929 « assoluta ») del Legislativo (29).

Misurarsi con la *Bundes-Verfassungsnovelle* e con alcune delle principali novità che essa introdusse significa inevitabilmente far riferimento al clima di instabilità politica e sociale che caratterizzava la giovane Repubblica alla fine degli anni '20. Sul piano strettamente politico, un anno cruciale fu il 1927 per due ragioni fondamentali, strettamente collegate alla contrapposizione sempre più accesa tra SPÖ e CSÖ. Le elezioni politiche, le terze per l'esattezza, vennero vinte — sebbene di stretta misura — dai cristianosociali, guidati da Ignaz Seipel, sacerdote e uomo politico di ispirazione conservatrice, che era già stato Cancelliere nel 1922, mentre i socialdemocratici risultavano ancora forti e ben radicati nella Capitale (30). Parallelamente, si stavano consolidando da tempo vere e proprie realtà paramilitari: la Lega di difesa repubblicana (Schutzbund) che faceva riferimento alla SPÖ e la Guardia Locale (Heimwehr) che, pur avendo una organizzazione autonoma, venne infine apertamente

al sito web dell'Archivio delle Costituzioni storiche: <http://www.dircost.unito.it/cs/docs/austria192.htm> consultato in data 20/06/2023.

(29) Sulla definizione della forma di governo che prende forma in Austria a seguito della riforma costituzionale del 1929, la comunità scientifica, in particolare quella dei giurpubblicisti, si divide. Da un lato, troviamo studiosi stranieri e italiani che parlano di un governo « semi-presidenziale », altri invece, soprattutto austriaci, di un governo che rimarrebbe fondamentalmente parlamentare sebbene con importanti innesti presidenziali quali, appunto, l'elezione diretta del Presidente della Federazione, su cui ci soffermeremo a breve. Secondo P. Pernthaler e T. Öhlinger si tratterebbe, in particolare, di un « sistema parlamentare a preminenza presidenziale ». HAIDER-QUERCIA, *La forma di governo della grande coalizione*, cit., pp. 5-6 e p. 64.

(30) Sulla figura politica di Ignaz Seipel si veda, ad esempio, il capitolo a lui dedicato in: B. GÜNTHER, *Austrian Lives*, New Orleans, Univer. New Orleans Press, Innsbruck, Innsbruck Univ. Press, 2012. Inoltre: K. VON KEMPLERER, *Ignaz Seipel: Christian Statesman in a Time of Crisis*, Princeton, Princeton uni. Press, 1972.

legittimata, proprio nel 1927, da Seipel. La nascita e lo sviluppo di simili organizzazioni testimoniavano di una società che, al suo interno, si stava politicamente sempre più polarizzando. Alla fine degli anni '20, la contrapposizione tra il governo di coalizione (il cosiddetto « Bürgerblock ») formato da cristianosociali, nazionalisti e Partito agrario, da un lato, e i socialdemocratici dall'altro si acuì ulteriormente, così come quella tra le due formazioni paramilitari del paese ⁽³¹⁾.

Proprio in tale contesto maturò la proposta di una riforma costituzionale che doveva restituire nuova stabilità al paese ⁽³²⁾. Prenderò in considerazione alcune delle principali ragioni avanzate dall'area cristianosociale a difesa della riforma costituzionale, per poi esaminare di quest'ultima quegli aspetti volti a delineare una forma di governo sostanzialmente differente da quella creata nove anni prima. Fu Ignaz Seipel a parlare apertamente di riforma della Costituzione nel novembre 1928, all'indomani della scelta del nuovo Presidente della Repubblica. Non si trattava di una coincidenza: Seipel, e con lui il suo partito, collegava infatti la riforma alla trasformazione della Repubblica parlamentare in una Repubblica di tipo presidenziale, in cui il Presidente, eletto direttamente dal popolo, avrebbe avuto anche il potere di formare il governo e sciogliere il Consiglio nazionale. Inoltre, a suo giudizio, l'investitura dal basso del Presidente avrebbe restituito al popolo un ruolo politico attivo ⁽³³⁾.

L'opposizione della socialdemocrazia fu immediata: la scelta presidenziale venne bollata come una minaccia non solo al primato del parlamento ma alla tenuta stessa della democrazia ⁽³⁴⁾.

Una volta compreso che i socialdemocratici non avrebbero ceduto, Seipel attaccò, senza mezzi termini, la concezione 'parlamento-

⁽³¹⁾ Si veda a proposito: L. HÖBELT, *Die erste Republik Österreich (1918-1938)*, Wien, Köln, Weimar, Böhlau Verlag, 2018, pp. 152-214.

⁽³²⁾ T. ÖHLINGER, *Austria*, in *Le costituzioni dei paesi dell'Unione Europea*, a cura di E. Palici di Suni, Padova, Cedam, 2010, pp. 82-83.

⁽³³⁾ Su questo aspetto: I. SEIPEL, *Der Kampf um die österreichische Verfassung*, Wien, W. Braumüller, 1930, in particolare pp. 49-66. Inoltre: *Die Verfassungsreform von 1929: Dokumente und Materialien zur Bundes-Verfassungsgesetz Novelle von 1929. Teil II*, hrsg. und Einleitung von K. Berchtold, Wien, Braumüller Verlag, 1979.

⁽³⁴⁾ BERCHTOLD, *Einleitung*, cit., pp. 3-4.

centrica' della democrazia — difesa altresì dalla SPÖ — che egli riteneva la causa principale di una vera e propria « tirannia dei partiti » a danno del popolo. Il sacerdote accusava la democrazia austriaca a lui coeva, fondata sul primato del Legislativo, sul pluralismo partitico e sulla rappresentanza parlamentare, di tradire il principio stesso della sovranità popolare e, non da ultimo, di essere incapace di risolvere con efficacia i tanti problemi che affliggevano il paese. Egli dipingeva infatti il parlamento come un corpo politico distante dal popolo ⁽³⁵⁾. Tuttavia, i tentativi del Leader cristianosociale caddero, almeno inizialmente, nel vuoto. La situazione economica sempre più problematica e la diffusa crisi abitativa contribuirono a relegare la questione della riforma costituzionale in secondo piano. Nell'estate del '29, essa fu nuovamente sollevata da Seipel che, al rientro da una serie di viaggi all'estero, si scagliò contro il sistema parlamentare austriaco, ritenuto colpevole di alimentare una mentalità particolaristica ed egoista che avrebbe portato alla disgregazione dello Stato. Egli tornava così a perorare una riforma costituzionale di segno presidenziale, che avrebbe dovuto arginare il cosiddetto « dominio dei partiti » e che, per poter essere realmente efficace, avrebbe previsto un meccanismo di rappresentanza alternativo a quello politico-parlamentare, ossia una rappresentanza degli interessi, da lui difesa già durante il processo costituente ⁽³⁶⁾. Insieme al suo partito, egli si faceva così portatore di una idea di democrazia che era evidentemente distante da quella sancita dalla Costituzione del 1920 ⁽³⁷⁾.

⁽³⁵⁾ Ivi, p. 4.

⁽³⁶⁾ A. PELINKA, *La Chiesa cattolica in Austria: continuità e innovazioni*, in *Il "caso Austria". Dall'Anschluss all'era Waldheim*, a cura di R. Cazzola, G.E. Rusconi, Torino, Einaudi, 1988, pp. 53-56. Per un inquadramento storico-politico delle posizioni politiche dei cristianosociali relative alla necessità di riformare la Costituzione del 1920 e, in generale, relative alle scelte secondo loro più opportune per affrontare i tanti problemi che affliggevano l'Austria nel primo dopoguerra, si veda: *"Dieses Österreich retten". Die Protokolle der Parteitage der Christlichsozialen Partei in der ersten Republik*, hrsg. von R. Kriechbaumer, Wien, Böhlau, 2006.

⁽³⁷⁾ Seipel era favorevole ad un sistema di tipo corporativo. Il corporativismo conobbe una vera e propria fioritura durante il primo dopoguerra in gran parte dell'Europa, sulla scia della grave crisi di credibilità che affliggeva in quel tempo le istituzioni democratico-parlamentari. Esso fu un fenomeno complesso, ricco di sfaccettature. In Austria, tra i suoi rappresentanti più importanti troviamo non solo Seipel: oltre al celebre Karl Von Vogelsang, un altro personaggio di indubbio rilievo fu il sociologo

Sarebbe però parziale leggere la proposta di riforma costituzionale solo alla luce dello scontro tra due concezioni politiche ed ideologiche differenti. Essa si andava ad inserire in un progetto ben più ampio, volto a indebolire la SPÖ, rafforzando l'Esecutivo, che era sotto il controllo delle forze conservatrici ⁽³⁸⁾.

Le motivazioni ideologiche e quelle strategiche si intrecciavano nella proposta di riforma elaborata dal governo e presentata nell'ottobre del '29 — a seguito dell'incendio del Palazzo di Giustizia ⁽³⁹⁾ — che infatti metteva in discussione due dei 'baluardi' del potere socialdemocratico, ossia la città di Vienna che — come ricordato precedentemente — costituiva un Land a sé e il Consiglio nazionale. Relativamente al primo punto si chiedeva di porre fine allo status di autonomia della Capitale, storica 'roccaforte' dei socialisti. Relativamente al secondo, la CSÖ mirava a rafforzare la sua influenza e quella delle altre forze alleate sul Consiglio nazionale, all'interno del quale la SPÖ era riuscita a consolidarsi nel tempo come la « seconda forza politica principale » e, come tale, aveva spesso adottato una

ed economista Othmar Spann — comunemente associato all'ambiente del « conservatorismo rivoluzionario tedesco » — che nel 1921 pubblicò *Der wahre Staat*, con cui declinava il corporativismo in termini « organicistici ». La società era concepita come un corpo, la cui armonia sarebbe stata messa in crisi proprio dalla democrazia parlamentare e partitica, foriera, secondo Spann, di individualismi, egoismi e divisioni che potevano essere combattuti solo attraverso la riorganizzazione in chiave corporativa dello Stato. Si veda O. SPANN, *Der wahre Staat. Verlesungen über den Abbruch und Neubau der Gesellschaft. Gehalten im Sommersemester 1920 and der Universität von Wien* (1921), neuer Ausdruck, Wien, Nabu Press, 2010. Sul corporativismo nell'Austria fra le due guerre: H. SCHEUCH, *Austria 1918-1955: From the First to the Second Republic*, in « The Historical Journal », I (1989), 32, pp. 177-199; E. COLLOTTI, *Fascismo, Fascismi*, Firenze, Sansoni, 2000; M. PASETTI, *L'Europa corporativa. Una storia transnazionale fra le due guerre*, Bologna, Bononia Univ., 2016. Sul pensiero politico di Vogelsang: *Karl v. Vogelsang: die geistige Grundlagen der Christlichsozialen Sozialreform*, hrsg. von E. Bader, Wien, Herder & Co., 1990.

⁽³⁸⁾ Si veda: BERCHTOLD, *Einleitung*, cit., in particolare: pp. 12-18. Inoltre: C. NESCHWARA, *Verfassungsentwicklung 1920-1938*, in *75 Jahre Bundesverfassung Festschrift aus Anlass des 75 Jahrestages der Beschlussfassung über das Bundes-Verfassungsgesetz*, hrsg. von Österreichische Parlamentarische Gesellschaft, Wien, Verlag Österreich, 1997, in particolare p. 126 e ss.

⁽³⁹⁾ Mi riferisco alla rivolta popolare che portò all'incendio del Palazzo di Giustizia, avvenuta in seguito della assoluzione di alcuni esponenti di estrema destra che erano stati responsabili mesi prima della violenta repressione di una manifestazione svoltasi a Schattendorf, nel Burgenland.

« politica di ostruzione » contro i partiti conservatori. Nel concreto, si chiedeva innanzitutto che il parlamento nazionale potesse essere « interrotto » nello svolgimento delle sue operazioni da parte del governo e che potesse essere poi sciolto dal Presidente della Federazione, che sarebbe stato eletto direttamente dal popolo. Inoltre, si proponeva che la formazione del governo federale e la nomina dei membri della Corte costituzionale, ossia competenze proprie del Consiglio nazionale, fossero attribuite al Presidente della Federazione, al quale peraltro sarebbe stato riconosciuto anche il diritto di emanare decreti di emergenza ⁽⁴⁰⁾. Si cercava così, come è stato sottolineato dalla letteratura, di introdurre un vero e proprio « potere legislativo concorrente » ⁽⁴¹⁾. L'ampliamento delle prerogative del potere esecutivo doveva peraltro accompagnarsi al rafforzamento dello Stato federale su specifiche materie: il vero obiettivo di quest'ultima proposta era colpire l'autonomia di Vienna ⁽⁴²⁾.

Il progetto di riforma riguardava inoltre altri due aspetti sensibili. Il primo era relativo alle procedure che regolavano le modifiche da apportare alla Costituzione: non sarebbe stato più necessario, come stabilito dalla Costituzione del 1920, la maggioranza qualificata di 2/3 (art. 44, commi 1, 2). Si sarebbe ricorsi piuttosto ad un referendum popolare, se richiesto da più della metà dei membri del parlamento. In questo modo, come è stato opportunamente osservato, si cercava di limitare il diritto della minoranza parlamentare ad opporsi ad una riforma costituzionale ⁽⁴³⁾. Il secondo riguardava invece la 'creatura kelseniana' per eccellenza, la Corte costituzionale, accusata, in particolare dai cristianosociali, di essere nient'altro che un organo « politicizzato », proprio perché una parte dei suoi membri era scelta dal parlamento ⁽⁴⁴⁾. Tuttavia, l'obiettivo dei conservatori non era tanto eliminare la Corte costitu-

⁽⁴⁰⁾ BERCHTOLD, *Einleitung*, cit., pp. 12-24.

⁽⁴¹⁾ Ivi, p. 17.

⁽⁴²⁾ Ivi, p. 14.

⁽⁴³⁾ Ivi, p. 13.

⁽⁴⁴⁾ Ivi, p. 17. Su questo aspetto: T. EHS, *Felix Frankfurter, Hans Kelsen and the Practice of Judicial Review*, in « Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht », 2013, 73, pp. 461-462. Ciò che aveva alimentato l'avversione del partito di Seipel nei confronti della Corte era stata, in particolare, la sentenza emanata a favore delle dispense matrimoniali. Queste permettevano ai cittadini austriaci separati di

zionale quanto riuscire a influire maggiormente sulle sue stesse decisioni, modificando il processo di nomina dei suoi componenti che non sarebbero più stati scelti in larga misura da parte dall'organo legislativo bensì dal governo. Anche queste ultime due proposte apparivano, a mio avviso, in linea con un progetto politico più ampio volto a mettere in discussione il carattere 'parlamentocentrico' del sistema democratico austriaco.

Dopo una complessa trattativa ⁽⁴⁵⁾, la riforma venne infine approvata il 7 dicembre del 1929. Nell'ottica di colpire Vienna, che tuttavia manteneva il suo status di Land (art. 108, comma 1), vennero ampliate le competenze della Federazione, come, ad esempio, quelle relative al controllo esercitato dallo Stato federale sulla polizia locale (art. 15, comma 1), sull'ordine pubblico (art. 102) e sull'istruzione pubblica (102a) ⁽⁴⁶⁾. Pur salvaguardando il principio cardine per cui il governo federale necessitava della fiducia espressa dalla maggioranza parlamentare (art. 74), l'Esecutivo si rafforzava, soprattutto in merito alla figura del Presidente della Federazione: quest'ultimo, che sarebbe stato eletto direttamente dal popolo (art. 60, comma 1), otteneva poteri rilevanti quali, ad esempio, la nomina del governo federale (art. 70, comma 1), la convocazione e lo scioglimento del Consiglio nazionale ⁽⁴⁷⁾, che peraltro non poteva più prorogare autonomamente i propri lavori (art. 28 e art. 29) ⁽⁴⁸⁾. Del resto, nella Costituzione riformata del 1929, il Presidente, i ministri e i segretari di Stato, che in quella di nove anni prima erano stati definiti « mandatarî del popolo » (art. 19), diventavano « gli

risposarsi e quindi costituivano una « possibilità di divorzio », che il partito di orientamento cattolico non poteva accettare. Ivi, pp. 463-464.

⁽⁴⁵⁾ HÖBELT, *Die erste Republik Österreich*, cit., p. 214 e ss.

⁽⁴⁶⁾ BERCHTOLD, *Einleitung*, cit., p. 14; si veda a proposito anche WELAN, *Die Geschichte der österreichischen Verfassung*, cit., pp. 39-42.

⁽⁴⁷⁾ Si specificava però che « Il presidente della Federazione può sciogliere il Consiglio nazionale, ma può farlo una sola volta per lo stesso motivo ».

⁽⁴⁸⁾ A testimonianza di ciò, l'art. 80 della Costituzione del 1920 attribuiva al Consiglio nazionale il potere di « disporre » del comando dell'esercito, mentre con la Legge federale del '29 era il Presidente della Federazione ad avere « il supremo comando dell'esercito ». Si rimanda al sito web dell'Archivio delle Costituzioni storiche: <http://www.dircost.unito.it/cs/docs/austria193.htm>, consultato in data 10/07/2023.

organi supremi del potere esecutivo » (49). Inoltre, l'art. 18 (comma 3) stabiliva che, in caso di emergenza, ossia in un momento in cui « il Consiglio nazionale [fosse stato] impedito nella sua azione », il Presidente, « su proposta del governo federale e sotto la propria responsabilità », avrebbe potuto emanare decreti al fine di ristabilire l'ordine (50). Al di là dell'oggettivo grado di « weimarizzazione » al quale sarebbe stata sottoposta la Costituzione austriaca con la riforma del '29 (51), è innegabile che la formulazione dell'art. 18 risentisse della influenza del più celebre art. 48 previsto dalla *Verfassung* tedesca, proprio nell'ottica di un accrescimento dei poteri del Presidente della Federazione.

Tuttavia, la riforma del '29 conteneva in sé un elemento di originalità che riguardava la legislazione federale e che esprimeva a pieno il pregiudizio, radicato tra i cristianosociali, nei confronti della rappresentanza parlamentare. L'art. 24, sebbene mai entrato in vigore, prevedeva infatti che « il potere legislativo della Federa-

(49) Si rinvia al sito web dell'Archivio delle Costituzioni storiche: <http://www.dircost.unito.it/cs/docs/austria193.htm>, consultato in data 10/07/2023. Si veda: A. ZEI, *La forma di governo parlamentare austriaca nella II Repubblica: dalla Konkordanzdemokratie all'alternanza*, in « Nomos. Le attualità del diritto », 2022, 2, p. 3, disponibile online al seguente indirizzo: <https://www.nomos-leattualitaneldiritto.it/nomos/zei-forma-di-governo-parlamentare-austriaca/> e consultato in data 01/09/2023.

(50) Art. 18, comma 3: « Quando la emanazione immediata di disposizioni, che secondo la costituzione esigerebbero una deliberazione del Consiglio nazionale, divenga necessaria per evitare alla collettività un danno evidente ed irreparabile, in un momento in cui il Consiglio nazionale non sia riunito, non possa tempestivamente riunirsi o sia impedito nella sua attività da forza maggiore, il presidente federale può, su proposta del governo federale, e sotto la propria responsabilità e quella del governo, emanare tali disposizioni con ordinanze provvisorie in deroga alla legge. Il governo federale deve formulare la sua proposta d'intesa con la sottocommissione permanente istituita dalla commissione principale del Consiglio nazionale (art. 55, comma 2). Tale ordinanza deve essere controfirmata dal governo federale ». Si rimanda al sito web dell'Archivio delle Costituzioni storiche: <http://www.dircost.unito.it/cs/docs/austria193.htm>, consultato in data 10/09/2023.

(51) A tal proposito, A. JAKAB, *Das Österreichische Bundes-Verfassungsgesetz (1920) und die Weimarer Reichsverfassung (1919). Weimars negative Einfluss auf die Österreichische Verfassung*, in « Historia Constitucional », 2019, 20, pp. 435-448, parla di una vera e propria « weimarizzazione » della Costituzione austriaca del 1920 tramite la *Bundes-Verfassungsnovelle* del 1929. Di opinione contraria invece C. SBAILÒ, *Weimar un laboratorio per il costituzionalismo europeo. Scienza giuridica e crisi dei valori occidentali*, Torino, Giappichelli, 2007.

zione » spettasse al Consiglio nazionale e ad un « Consiglio delle regioni e delle professioni » che avrebbe sostituito il vecchio Consiglio federale previsto dalla Costituzione del 1920. L'art. 35 specificava poi che il Consiglio delle professioni fosse « composto di rappresentanti delle classi professionali (*Berufsstände*) della popolazione Federale. La sua composizione e i principi relativi al suo ordinamento [sarebbero stati] regolati con speciale legge costituzionale federale » (52). Altrettanto significative le modifiche che riguardavano la Corte costituzionale: il suo Presidente, Vice-Presidente, i sei membri ordinari e i tre supplenti sarebbero stati nominati non più dal Consiglio nazionale bensì dal Presidente della Repubblica, su proposta del governo (53).

Come è stato ricordato, in quanto frutto del compromesso tra i due principali partiti del paese, la *Bundes-Verfassungsnovelle* del '29 non smantellava il carattere parlamentare della democrazia austriaca: basti solo pensare che, come stabilito dall'art. 74, il governo federale dipendeva dalla fiducia concessa dal Consiglio nazionale (54). Tuttavia, essa riusciva nell'intento di rafforzare l'Esecutivo, in particolare nella persona del Presidente della Federazione, ponendo fine al potere « assoluto » dell'organo legislativo e introducendo, almeno sulla carta, una forma di rappresentanza alternativa a quella parlamentare classica.

Durante la seduta del Consiglio federale del 10 dicembre 1929, il deputato cristianosociale, Hans Kugelmann, salutò la riforma

(52) Si rimanda al sito web dell'Archivio delle Costituzioni storiche: <http://www.dircost.unito.it/cs/docs/austria193.htm>, consultato in data 10/09/2023.

(53) Il nuovo meccanismo di nomina della Corte veniva giustificato dai cristianosociali come una necessaria operazione di « de-politicizzazione » della Corte, poiché spezzava il collegamento tra questa e il parlamento. BERCHTOLD, *Einleitung*, cit., p. 17. I membri ordinari e supplenti sarebbero stati anch'essi nominati dal Presidente che avrebbe scelto sulla base di « terne » proposte « per tre membri ordinari e due supplenti, dal Consiglio nazionale e, per tre membri ordinari ed un supplente, dal Consiglio federale » (art. 147, commi 1, 2, 4). Si rinvia al sito web dell'Archivio delle Costituzioni storiche: <http://www.dircost.unito.it/cs/docs/austria193.htm>, consultato in data 10/09/2023.

(54) HAIDER-QUERCIA, *La forma di governo della grande coalizione*, cit., p. 6. Leggiamo infatti: « Il governo federale o il ministro al quale il Consiglio nazionale rifiuta la fiducia con espresa deliberazione deve esser rilevato dalle sue funzioni ». Si rimanda al sito web dell'Archivio delle Costituzioni storiche: <http://www.dircost.unito.it/cs/docs/austria193.htm>, consultato in data 20/09/2023.

costituzionale come una importante vittoria politica del suo partito ed una grande conquista per tutti gli austriaci: essa avrebbe creato le premesse per garantire al paese una maggiore stabilità politica intaccando il « primato del parlamento » — quest'ultimo accusato di essere troppo distante dal popolo — il « dominio dei partiti » e colpendo l'« ipertrofia del sistema di governo parlamentare » che, secondo Kugelmann, aveva a lungo afflitto l'Austria e continuava a imperversare in altre parti d'Europa ⁽⁵⁵⁾. Nella sua ottica, la riforma non voleva in alcun modo mettere in discussione la democrazia austriaca bensì, al contrario, rafforzarla restituendo maggiore peso politico e voce al « popolo » attraverso, specificamente, l'elezione diretta del Presidente, sul modello della Costituzione weimariana, alla quale il deputato riconosceva il merito di prevedere « contrappesi al potere del parlamento » (*Parlamentsherrschaft*) ⁽⁵⁶⁾. La stessa riforma della Corte costituzionale e la sua « de-politicizzazione » erano salutate come un passo decisivo nella lotta contro il sistema 'parlamento-centrico' ⁽⁵⁷⁾. In linea con le posizioni del suo partito, Kugelmann vedeva infatti nella forte centralità politica riconosciuta all'organo legislativo dalla Costituzione del 1920 una significativa limitazione al principio della sovranità popolare e quindi alla democrazia stessa. Ritengo che, per una serie di motivi che prenderò in considerazione a breve, la seconda edizione di *Vom Wesen und Wert der Demokratie* possa essere considerata come la personale risposta di Kelsen alla *Bundes-Verfassungsnovelle* del '29 e ad alcune delle principali motivazioni politico-ideologiche ad essa sottese.

3. *La democrazia secondo Kelsen: popolo, partiti politici e parlamentarismo.*

Ad uno sguardo di insieme, l'intera opera politica di Kelsen si basa sulla identificazione tra democrazia moderna e democrazia

⁽⁵⁵⁾ *Stenographische Protokolle der Sitzung des Bundesrates der Republik Österreich am 10. Dezember 1929*, p. 1561. È interessante osservare come, nel suo discorso, Kugelmann citasse Othmar Spann e Carl Schmitt tra gli intellettuali che meglio di altri, a suo giudizio, avevano saputo comprendere e denunciare i « limiti e i pericoli » del parlamentarismo. *Ibidem*.

⁽⁵⁶⁾ Ivi, pp. 1561-1563.

⁽⁵⁷⁾ Ivi, p. 1565.

parlamentare. Egli intendeva quest'ultima come quella forma di governo che prevedeva sia la fiducia del parlamento nei confronti dell'Esecutivo, sia — e primariamente — la centralità dell'organo legislativo e della rappresentanza parlamentare. È proprio tale centralità che Kelsen discuteva e approfondiva nella seconda edizione di *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, fornendo alla democrazia parlamentare una vera e propria legittimazione.

In questo modo, Kelsen, a mio avviso, non prendeva solo una chiara posizione contro quelle forze di estrema destra ed estrema sinistra che nel primo dopoguerra predicavano, sebbene per motivazioni ideologiche opposte, il superamento di tale forma di democrazia ⁽⁵⁸⁾, bensì anche contro la stessa riforma costituzionale del '29, che spostava il baricentro del potere a favore dell'Esecutivo e introduceva il principio della rappresentanza professionale.

La riflessione kelseniana sul significato e sulle caratteristiche della democrazia parlamentare muoveva da una radicale messa in discussione del concetto di popolo ⁽⁵⁹⁾. Rispetto, in particolare, al « campo » conservatore, che aveva sostenuto e giustificato la riforma costituzionale proprio in nome del popolo, contro « la tirannia dei partiti » e la « *Parlamentsherrschaft* », Kelsen proponeva un'argomentazione totalmente opposta: il popolo agiva politicamente attraverso i partiti e il meccanismo parlamentare. Non perché il parlamento rappresentasse la volontà popolare bensì perché solo per mezzo di esso prendeva forma quel processo di integrazione ⁽⁶⁰⁾ sociale e politica che portava alla formulazione delle leggi. È proprio tale processo che riveste, secondo me, un ruolo di grande rilievo nella teoria democratica kelseniana. E non avrebbe potuto essere altrimenti dato che Kelsen negava uno dei pilastri della dottrina

⁽⁵⁸⁾ D'ora in avanti, faremo riferimento in nota sia alla versione tedesca di *Vom Wesen und Wert der Demokratie* (abbreviata con la sigla VWD), sia alla versione in traduzione italiana (abbreviata con la sigla EVD). Le citazioni riportate nel saggio sono tutte tratte dalla versione italiana. VWD (1929), pp. 153-154; EVD (1929), pp. 43-44.

⁽⁵⁹⁾ Tale messa in discussione era presente anche nella prima edizione di *Vom Wesen und Wert der Demokratie* ma nella edizione del 1929 veniva ulteriormente approfondita.

⁽⁶⁰⁾ Il concetto di integrazione appare già nella prima edizione di *Vom Wesen und Wert der Demokratie* ma, mi pare, che esso diventi più rilevante nella seconda edizione.

democratica moderna ⁽⁶¹⁾, ossia l'esistenza del popolo quale soggetto unitario e dotato di una volontà definita ⁽⁶²⁾. Solo da un punto di vista giuridico il popolo era, per Kelsen, « unità », in quanto sottoposto allo stesso ordinamento normativo. Dal punto di vista « sociologico ed empirico » esso era una entità plurale, diversificata, complessa ⁽⁶³⁾.

A mio avviso, la concezione kelseniana di popolo si ricollegava direttamente a quella operazione di « de-sostanzializzazione » ⁽⁶⁴⁾ di Stato, sovranità e volontà dello Stato che egli aveva cominciato ad elaborare sistematicamente a partire dagli *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre* (1911), in polemica con la tradizione gius-politica tedesca di fine '800. Per i suoi principali esponenti, quali Carl F. von Gerber, Paul Laband, Georg Jellinek, lo Stato era infatti « persona giuridica », dotato di volontà, *prius* del diritto, rispetto al quale il parlamento stesso era da intendersi come mero « organo » ⁽⁶⁵⁾.

Influenzato dalla Scuola neokantiana di Hermann Cohen, dalla lezione di Sigmund Freud e da quella anti-metafisica del Circolo di Vienna ⁽⁶⁶⁾, Kelsen riteneva che l'errore principale commesso dai suoi predecessori fosse stato sovrapporre il piano delle norme con quello dei fatti e quindi considerare lo Stato come una entità reale, riconducendolo alla dimensione dei fatti piuttosto che a quella normativa. Egli identificava quindi lo Stato con l'ordinamento giuridico, costituito da norme di diritto positivo, gerarchicamente ordinate ⁽⁶⁷⁾.

Dal punto di vista politico, le conseguenze che scaturivano da una simile concezione erano rilevanti, sia perché il concetto di

⁽⁶¹⁾ Si veda: P.N. CAIN, S.P. SIMS, S.A. BLOCK, *Democracy and the History of Political Thought*, Lahman, Lexington Books, Rowman & Littlefield, 2021.

⁽⁶²⁾ VWD (1929), pp. 162-173; EVD (1929), pp. 57-70.

⁽⁶³⁾ Ivi, p. 163; ivi, p. 60.

⁽⁶⁴⁾ Mutuo il termine da Hermann Heller: H. HELLER, *Die Souveränität: Ein Beitrag zur Theorie des Staates und Völkerrechts*, in ID., *Gesammelte Schriften* (1927), hrsg. von C. Müller, Bd. 2, Leiden, A.W. Sijthoff, 1971, pp. 31-202.

⁽⁶⁵⁾ COSTA, *The Rule of Law*, cit., pp. 95-97.

⁽⁶⁶⁾ C. JABLONER, *Kelsen and His Circle: The Viennese Years*, in « European Journal of International Law », 1998, 9, pp. 382-385; SCHUETT, *Hans Kelsen's Political Realism*, cit., p. 66 e ss.

⁽⁶⁷⁾ H. KELSEN, *Die Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1911, pp. 3-94; 162-188; 395-412.

sovranità veniva privato di qualsiasi sostanza, trasformandosi nella particolare « qualità » dell'ordinamento giuridico ⁽⁶⁸⁾, sia (e soprattutto) perché la stessa volontà dello Stato veniva riformulata da Kelsen come un « centro di imputazione giuridica » in base al quale specifici « atti giuridici » valevano come « atti dello Stato » ⁽⁶⁹⁾.

In questo modo, lo Stato perdeva quel ruolo politico protagonista che aveva rivestito nella tradizione di pensiero precedente e lasciava spazio al parlamento che, agli occhi del giurista, era l'organo capace di porre in connessione lo Stato con la società, considerata quale dimensione plurale ⁽⁷⁰⁾. In entrambe le edizioni di *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, Kelsen definiva il popolo negli stessi termini ⁽⁷¹⁾: si chiedeva come questo, inteso quale realtà plurale, riuscisse ad agire politicamente all'interno di un sistema democratico. Egli muoveva così dalla netta distinzione tra democrazia « ideale e reale », che sviluppava attraverso un serrato confronto con Jean Jacques Rousseau. Era stato il Ginevrino, secondo Kelsen, a elaborare la definizione di democrazia ideale *par excellence*, ossia la democrazia diretta, in cui il popolo era libero poiché si autodeterminava politicamente, ubbidendo a leggi che esso stesso si era dato ⁽⁷²⁾.

A tal proposito, il giudizio di Kelsen era netto: la democrazia diretta, così come immaginata da Rousseau, non poteva essere realizzata. Il giurista contestava innanzitutto il concetto rousseviano di popolo, inteso quale soggetto unitario dotato di volontà generale, mettendo altresì in evidenza l'impossibilità di eliminare l'« opposi-

⁽⁶⁸⁾ A proposito si veda: H. KELSEN, *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts* (1920), Tübingen, Mohr Siebeck, 1981.

⁽⁶⁹⁾ KELSEN, *Die Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, cit., pp. 3-94; 162-188; 395-412.

⁽⁷⁰⁾ *Ibidem* e in particolare p. 97. Su questo aspetto si veda anche DREIER, *Rechtslehre, Staatssoziologie und Demokratietheorie*, cit., pp. 40-42.

⁽⁷¹⁾ Tuttavia, è da notare come nella seconda edizione dell'opera egli approfondisse questo concetto.

⁽⁷²⁾ VWD (1929), pp. 156-157; EVD (1929), pp. 48-49. Su Kelsen 'lettore' di Rousseau: R. BAUMERT, *Kelsen, lecteur critique de Rousseau: de la volonté générale à la volonté collective*, in «Jus Politicum. Revue de droit politique», 2015. Il saggio, consultato in data 28/09/2023, è disponibile al seguente indirizzo: <http://juspoliticum.com/article/Kelsen-lecteur-critique-de-Rousseau-de-la-volonte-generale-a-la-volonte-collective-782.html>.

zione di interessi» tra i cittadini, la diversità e il pluralismo di opinioni e ideali ⁽⁷³⁾. Richiamandosi inoltre, secondo me, alla lezione di Max Weber ⁽⁷⁴⁾, egli sottolineava come la complessità del corpo sociale e la divisione delle competenze rendessero impossibile la partecipazione diretta alla vita politica. E anche se, paradossalmente, ciò fosse stato possibile, sarebbe stato tuttavia impossibile superare il carattere intrinsecamente eteronomo dell'ordine sociale, ossia quello iato tra governati e governanti che impediva la realizzazione di una perfetta autodeterminazione politica ⁽⁷⁵⁾.

Nella prospettiva kelseniana, la democrazia reale era dunque indiretta e si caratterizzava per la diade governati-governanti. In

⁽⁷³⁾ VWD (1929), pp. 47-49; EVD (1929), pp. 4-5. In questa sede, non è mia intenzione discutere la validità o meno della interpretazione kelseniana di Rousseau, quanto prenderla in esame come un tassello fondamentale della sua riflessione sul significato di popolo nella democrazia reale. Per un raffronto critico tra il concetto di libertà e popolo in Kelsen e Rousseau: E.C. SFERRAZZA PAPA, *Il dispotismo della libertà*, cit. Kelsen avrebbe rinnovato la sua critica alla concezione rousseviana di democrazia nelle *Foundations of Democracy* (1955), ora in KELSEN, *Verteidigung der Demokratie*, cit., p. 281.

⁽⁷⁴⁾ Nella prima edizione di *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, Kelsen citava esplicitamente *Parlament und Regierung im neugeordneten Deutschland* (1918) di Max Weber. Al sociologo tedesco, il giurista riconosceva il grande merito di aver compreso e spiegato la complessità del corpo sociale, quale fattore che di per sé avrebbe reso impossibile la creazione di una democrazia diretta e il superamento dell'apparato burocratico. VWD (1920), p. 24. EVD (1920), pp. 34-35. Su Kelsen e Weber: *Le droit, le politique. Autour de Max Weber*, Hans Kelsen et Carl Schmitt, cit.

⁽⁷⁵⁾ Leggiamo infatti: « la 'validità obiettiva' dell'ordine sociale rimane intatta, per le scienze sociali, anche quando il contenuto di quest'ordine è determinato, in qualsiasi maniera, da coloro che a tale ordine sono sottomessi. Ma l'obiettività formale ne esige anche una materiale. Nel caso-limite in cui il 'tu devi' dell'imperativo sociale vien condizionato da un 'se è ciò che tu vuoi' di colui a cui è rivolto, l'ordine perde ogni senso sociale. Perciò l'esistenza della società o dello Stato presuppone possa esservi discordanza fra l'ordine sociale e la volontà di coloro che sono ad esso sottomessi ». VWD (1929), p. 157; EVD (1929), p. 49. Egli avrebbe ribadito tale concetto molti anni più tardi in *Law as a Specific Social Technique* (1941): « For the word [law] refers to that specific social technique of a coercive order which despite the vast difference between the law of ancient Babylon and that of the U.S. of today [...] is yet essentially the same for all the people differing so in time, in place, and in culture: the social technique which consists of bringing about the desired social conduct of men through threat of a measure of coercion which is to be applied in case of contrary conduct ». H. KELSEN., *Law as a Specific Social Technique*, in « University of Chicago Law Review », 1941, 9, p. 79. L'articolo, consultato in data 30/09/2023, è disponibile al seguente indirizzo: <https://chicagounbound.uchicago.edu/uclev/vol9/iss1/5/>.

particolare, essa sembrava presupporre una condizione plurale dal punto di vista sociale, politico, ideale, che il giurista riteneva insopprimibile. Egli si chiedeva allora come, proprio a partire da tale pluralismo e dalla impossibilità di una partecipazione diretta alla vita pubblica, potesse realizzarsi concretamente il governo del popolo e come, alla luce dell'altrettanto ineliminabile carattere eteronomo dell'ordine sociale, si potesse essere politicamente liberi.

La risposta ad entrambi i quesiti appare, a mio avviso, indissolubilmente legata alla centralità dell'organo legislativo e del meccanismo partitico-parlamentare, che — come vedremo — costituivano agli occhi di Kelsen potenti strumenti di integrazione sociale e politica; in altri termini, il governo del popolo, a suo giudizio, si realizzava concretamente nella democrazia reale quale democrazia parlamentare che presupponeva una condizione fondamentale, ossia la piena garanzia dei diritti civili e politici. Quest'ultimi, tuttavia, erano esercitati, secondo il giurista, con modalità e intensità differenti: innanzitutto, si profilava una prima, basilare distinzione tra i cittadini che si disinteressavano completamente della vita politica, non recandosi neppure alle urne, e coloro che invece esercitavano il loro diritto di voto. A questa se ne aggiungeva una ulteriore, altrettanto fondamentale, ossia fra coloro che esprimevano il loro voto influenzati da altri e coloro che « imprimevano una certa direzione » alla vita politica dello Stato, riunendosi e organizzandosi in partiti politici ⁽⁷⁶⁾.

La concezione kelseniana di democrazia non prevedeva quindi l'esistenza del popolo quale entità pre-costituita, omogenea, dotata di una sua volontà, piuttosto cittadini, titolari dei diritti fondamentali, che partecipavano alla vita politica con gradi di coinvolgimento e consapevolezza differenti e soprattutto per mezzo dei partiti politici. Erano quest'ultimi a costituire *il primo* e potente elemento di integrazione: nella democrazia reale il governo del popolo era possibile solo e soltanto attraverso i partiti politici poiché era per

⁽⁷⁶⁾ VWD (1929), pp. 164-165; EVD (1929), pp. 60-61. In tali considerazioni è forse possibile intravedere anche la lezione di Benjamin Constant per il quale la « libertà dei moderni » non coincideva con la partecipazione diretta alla vita pubblica. B. CONSTANT, *La libertà degli antichi paragonata a quella dei moderni* (1819), trad. it, Torino, Einaudi, 2005.

mezzo di essi che i cittadini si riunivano sulla base di comuni convinzioni e progetti:

Un'evoluzione irresistibile — scriveva Kelsen — porta in tutte le democrazie ad una organizzazione del 'popolo' in partiti. Sarebbe anzi più esatto dire che, poiché in un primo momento non esiste un 'popolo' come potenza pratica, l'evoluzione democratica fa sì che la massa di individui isolati si raggruppi e si costituisca in partiti politici, scatenando tutte quelle forze sociali che, in qualche modo, possiamo chiamare popolo (77).

La tesi che Kelsen proponeva nella seconda edizione di *Vom Wesen und Wert der Demokratie* non lasciava adito a dubbi: il popolo esisteva politicamente nella misura in cui esistevano i partiti (78). Ritengo che, da un punto di vista storico-politico, una simile affermazione non possa essere disgiunta da due obiettivi polemici, politici e storici ben precisi: uno dichiarato, l'altro implicito, entrambi egualmente rilevanti. Il primo era il giurista tedesco Heinrich Triepel, il secondo, a mio avviso, i cristianosociali. Influenzato dall'organicismo europeo e 'figlio' di quella Germania Guglielmina che si era caratterizzata per una persistente sfiducia nei confronti del pluralismo partitico e del parlamentarismo (79), Triepel aveva pubblicato nel 1927 *Die Staatsverfassung und die politischen Parteien*, in cui accusava i partiti politici di esprimere egoismi e individualismi che mettevano in pericolo l'unità e l'esistenza stessa dello Stato (80): al cosiddetto « Stato dei partiti » — osservava Kelsen — Triepel contrapponeva così lo « Stato organico » (81). A loro volta, come

(77) VWD (1929), p. 172; EVD (1929), p. 70.

(78) Ivi, p. 172 e p. 183; ivi, p. 71 e p. 85. Sulla centralità dei partiti politici nella teoria democratica kelseniana si veda: Y. MERSEL, *Hans Kelsen and Political Parties*, in « Israel Law Review », 2006, 32, pp. 158-181.

(79) O. HINTZE, *Il principio monarchico e il regime costituzionale* (1911), in Id., *Stato e società*, a cura di P. Schiera, Bologna, Zanichelli, 1980; *Moderne Preussische Geschichte 1648-1947*, hrsg. von O. Büsch et al., Berlin, De Gruyter, 1981.

(80) H. TRIEPEL, *Die Staatsverfassung und die politischen Parteien*, Berlin, Druck der Preussischen Druckerei und Verlags-Aktiengesellschaft, 1927.

(81) VWD (1929), p. 69, EVD (1929), p. 171. Nel 1928 Kelsen e Triepel furono coinvolti in una vivace *querelle* sul significato e sulla legittimità della giustizia costituzionale, criticata dal giurista tedesco e appoggiata senza riserve da quello austriaco. La

precedentemente sottolineato, i cristianosociali avevano invocato e sostenuto la riforma costituzionale in nome del popolo, contro la « tirannia dei partiti » e la predominanza del Legislativo. Lo stesso Seipel si era scagliato contro i partiti politici, ritenendoli espressione di pericolose forze disgreganti e divisive ⁽⁸²⁾. Nel suo saggio del 1929, Kelsen proponeva invece un'argomentazione a sostegno dei partiti politici che può essere letta come risposta sia a Triepel, sia ai conservatori austriaci. In linea con quanto affermato negli *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, per Kelsen, non esisteva infatti alcuna supposta « unità » precostituita (organica o meno) che i partiti politici avrebbero messo in pericolo e che doveva essere ripristinata e valorizzata; non esisteva alcun « interesse generale superiore o trascendente gli interessi dei gruppi » da difendere contro le pericolose tendenze disgreganti insite (presuntivamente) nel pluralismo partitico ⁽⁸³⁾. Piuttosto, nei partiti politici, egli vedeva forze capaci di aggregare, tenere insieme le persone sulla base di comuni ideali, convincimenti, progetti, con l'obiettivo poi di « indirizzare » il contenuto politico della « volontà dello Stato » ⁽⁸⁴⁾.

In tal senso, per il giurista, i partiti operavano una *prima* importante forma di integrazione del pluralismo sociale e politico. La *seconda* si concretizzava all'interno del parlamento, dove i partiti si organizzavano in una maggioranza e in una minoranza. Lo sguardo del giurista si spostava allora verso l'organo legislativo e il suo significato politico. Kelsen ricordava a proposito come nel tempo, a partire dalla Rivoluzione francese, l'esistenza del parla-

polemica tra i due si inseriva nel cosiddetto « Methodenstreit » che al tempo ebbe luogo nella Associazione Tedesca degli Studiosi di Diritto Pubblico. P. CALDWELL, *Popular Sovereignty and the Crisis of German Constitutional Law*, Durham, Duke University Press, 1997, p. 125 e ss.

⁽⁸²⁾ I. SEIPEL, *Das Wesen des demokratischen Staates*, in Id., *Der Kampf...*, cit., pp. 49-66. Sulla concezione dello stato nella tradizione cattolica si veda: H. ROMMEN, *The State in Catholic Thought: a Treatise on Political Philosophy*, Providence, Cluny, 2016, in particolare il Capitolo IV.

⁽⁸³⁾ VWD (1929), p. 170; EVD (1929), p. 68. Sulla critica all'esistenza di qualsiasi « unità precostituita » sia sul piano giuridico, sia su quello politico si veda l'ancor oggi fondamentale: M. FIORAVANTI, *Kelsen, Schmitt e la tradizione giuridica dell'Ottocento, in Crisi istituzionale e teoria dello Stato in Germania dopo la Prima guerra mondiale*, a cura di P. Schiera e G. Gozzi, Bologna, il Mulino, 1987, p. 60 e ss.

⁽⁸⁴⁾ VWD (1929), pp. 167-171; EVD (1929), pp. 67-70.

mento fosse stata giustificata in nome del popolo e della sua volontà sovrana. Si era così ricorsi alla « finzione » della rappresentanza politica, ossia all'idea che « il popolo possa rappresentare la propria volontà tramite il parlamento » (85). Ancora una volta, coerentemente con quanto affermato negli *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, Kelsen riteneva che non esistesse alcuna volontà politica pre-esistente e definita da rappresentare. Alla luce di ciò e tenendo presente il momento di grave crisi delle istituzioni democratiche e parlamentari, accusate in varie parti d'Europa, inclusa l'Austria, di essere distanti dal popolo ed inefficaci, Kelsen concludeva quanto fosse sterile e controproducente appellarsi alla « finzione » della rappresentanza (86).

In tal senso, egli finiva così per prendere le distanze dagli stessi socialdemocratici che, in fase costituente, avevano difeso la centralità del parlamento e la rappresentanza parlamentare proprio in nome della volontà sovrana del popolo. Il giurista riteneva piuttosto che valesse la pena guardare al parlamento secondo una prospettiva *altra*, ossia come « tecnica sociale » (87).

L'organo legislativo, a suo giudizio, nasceva e trovava la sua giustificazione più profonda nella capacità di mediare tra la complessità sociale e il principio di libertà: soltanto in ciò, per Kelsen, consisteva il significato autentico e profondo di parlamentarismo. I cittadini, titolari dei diritti fondamentali, eleggevano i propri rappresentanti che in parlamento concorrevano, organizzati in partiti politici, alla formazione delle leggi (88). Se il popolo esisteva politicamente nella forma dei partiti politici, il contenuto politico della volontà dello Stato era creato dal parlamento:

quanto più grande è la collettività statale, tanto meno il 'popolo' sembra in grado — osservava il giurista — di svolgere immediatamente l'attività veramente creatrice della formazione della volontà

(85) Ivi, pp. 175-176; ivi, pp. 73-76. Kelsen si era già soffermato sul carattere fittizio dell'istituto della rappresentanza parlamentare nella *Allgemeine Staatslehre* (1925), ora in KELSEN, *Verteidigung der Demokratie*, cit., pp. 40-42.

(86) VWD (1929), pp. 174-176; EVD (1929), pp. 76-77.

(87) Ivi, p. 176, ivi, p. 76.

(88) *Ibidem*. Nella definizione di parlamentarismo sopra riportata, mi pare che riecheggiasse ancora, almeno in parte, la lezione sociologica di Max Weber.

dello Stato, tanto più esso è costretto, su pur per ragioni tecniche, a limitarsi a controllare il vero apparecchio della formazione della volontà statale ⁽⁸⁹⁾.

Sul piano *ideale* il popolo era un soggetto unitario dotato di una propria volontà, così come il parlamento era l'organo che rappresentava perfettamente la volontà del popolo. Nella *realtà*, il primo era una entità plurale e diversificata che diventava reale soggetto politico attraverso i partiti politici, laddove il parlamento costituiva il compromesso tra libertà e complessità sociale, sulla base del quale prendevano forma le leggi che obbligavano la comunità: dopo aver negato la realizzabilità della democrazia diretta e quindi della libertà quale autodeterminazione politica, Kelsen negava che la legittimità del parlamento risiedesse nella sua capacità di rappresentare la volontà del popolo, per concludere quindi che era il parlamento a fare le leggi e che il popolo aveva in realtà la funzione di controllare la formazione dell'organo legislativo. Per certi aspetti, la definizione kelseniana di parlamento sembrava quasi enfatizzare lo iato tra governanti e governati in un momento storico in cui da più parti si accusava proprio l'organo legislativo di essere distante dal popolo ⁽⁹⁰⁾. Del resto, i cristianosociali avevano giustificato l'elezione diretta del Presidente della Repubblica, prevista nella riforma del '29, come un efficace strumento per rimettere il popolo al centro della politica, contro il primato del Legislativo e la « tirannia dei partiti ». E tuttavia, secondo Kelsen, nella democrazia reale intesa quale democrazia rappresentativa e parlamentare, la dicotomia tra governati-governanti non si traduceva nell'oppressione dei primi sui secondi, proprio in virtù del meccanismo parlamentare. Realisticamente, osservava Kelsen, i partiti che agivano in parlamento dovevano decidere secondo il principio di maggioranza. Tuttavia, ciò

⁽⁸⁹⁾ VWD (1929), p. 176; EVD (1929), p. 76.

⁽⁹⁰⁾ *Ibidem*. Su questa specifica critica: M. PASETTI, *L'Europa corporativa*, cit., S. BAUME, *Le parlement face à ses adversaires: la réplique allemande au désenchantment démocratique dans l'entre-deux-guerres*, in « Revue Française de Science politique », 2006, 56, pp. 985-998; *Genealogie e geografia dell'anti-democrazia nella crisi europea degli anni Trenta*, a cura di L. Cerasi, Venezia, Ed. Ca' Foscari, 2019 e l'importante I. STOLZI, *Rappresentanza politica e rappresentanza degli interessi*, in « Giornale di Storia costituzionale », I (2022), 43, pp. 231-256.

che, a suo giudizio, impediva a tale principio di trasformarsi nel « dominio assoluto della maggioranza sulla minoranza » era la particolare ‘natura’ della « prassi parlamentare », che riconosceva alla minoranza gli stessi diritti della maggioranza, ossia ammetteva che la minoranza di oggi potesse diventare la maggioranza di domani e viceversa ⁽⁹¹⁾. Grazie a ciò, per il giurista, nella democrazia reale, ossia parlamentare, le decisioni venivano prese sulla base di un continuo confronto e compromesso tra maggioranza e minoranza che impediva quindi alle leggi di essere il mero « diktat » della maggioranza a danno della minoranza, ossia impediva, nell’ottica di Kelsen, il trionfo della più assoluta eteronomia ⁽⁹²⁾. Egli, infatti, sottolineava come:

L’intera procedura parlamentare [...] con la sua tecnica dialettico-contraddittoria, basata su discorsi e repliche, su argomenti e controargomenti, tende a venire ad un compromesso. Questo è il vero significato del principio di maggioranza nella democrazia reale. Tale principio sarebbe comunque meglio chiamarlo principio maggioritario-minoritario in quanto organizza l’insieme degli individui in due soli gruppi essenziali, maggioranza e minoranza, offrendo la possibilità di un compromesso ⁽⁹³⁾.

Proprio il carattere compromissorio delle leggi costituiva, a mio avviso, *il terzo* e forse più alto livello di integrazione: più forte e consistente fosse stato il compromesso tra maggioranza e minoranza alla base della legislazione, meno intensamente, secondo Kelsen, si sarebbe percepito « il fardello dell’eteronomia », ossia meno intensamente lo avrebbero percepito coloro che appartenevano alla minoranza (fuori e dentro il parlamento). Ma affinché ciò fosse possibile, per il giurista, era necessario far sì che la minoranza in parlamento fosse ampiamente rappresentata. Da qui la sua dichiarata avversione al sistema maggioritario e la sua adesione al sistema proporzionale:

⁽⁹¹⁾ In tal senso, Kelsen esprimeva un principio cardine della tradizione liberal-democratica.

⁽⁹²⁾ VWD (1929), pp. 196-197; EVD (1929), pp. 104-105.

⁽⁹³⁾ Ivi, p. 197; ivi, p. 105.

L'infusso che la minoranza esercita sulle decisioni della maggioranza — scriveva Kelsen — deve essere necessariamente tanto più importante quanto più forte è la rappresentanza di quest'ultima o di queste minoranze in parlamento. Il sistema proporzionale, indubbiamente consolida questa tendenza alla libertà, che deve impedire un dominio incontestato della volontà della maggioranza su quella della minoranza ⁽⁹⁴⁾.

Il meccanismo proporzionale era stato costituzionalizzato nel 1920, principalmente su pressione socialdemocratica ⁽⁹⁵⁾. La riforma del '29 non scardinava il proporzionale; tuttavia, sottolineando con forza le qualità di questo sistema, Kelsen sembrava ribadire, a mio giudizio, la propria adesione alla prima Costituzione austriaca (in polemica con la *Bundes-Verfassungsnovelle*).

Ritengo inoltre che la difesa del proporzionale appaia particolarmente interessante perché, per certi aspetti, permette di problematizzare proprio la separazione tra democrazia reale e ideale, precedentemente discussa. Se è vero che, per Kelsen, la libertà politica in senso rousseviano, ossia la compiuta autodeterminazione politica, non era raggiungibile, egli sembrava credere che nella democrazia reale si potesse altresì ridurre il grado di eteronomia rafforzando il carattere e il contenuto compromissorio delle leggi. Ciò, a mio avviso, equivaleva ad affermare che la possibilità di alleviare il « fardello dell'eteronomia » dipendeva dal processo di integrazione che avveniva in parlamento, attraverso i partiti politici, organizzati in una maggioranza ed in una minoranza. In altri termini: nella democrazia reale quale democrazia parlamentare, a partire dalla piena garanzia dei diritti fondamentali, il popolo esisteva politicamente e governava grazie e attraverso i partiti politici e il parlamento. Non solo. Kelsen precisava che solo nell'ambito del

⁽⁹⁴⁾ Ivi, pp. 197-199; ivi, pp. 109-110.

⁽⁹⁵⁾ L'art. 26 (comma 1) della Costituzione austriaca del 1920 recitava: « Il Consiglio nazionale è eletto dalla nazione intera con suffragio generale, diretto, segreto e personale degli uomini e delle donne, che abbiano 20 anni di età al 1° gennaio dell'anno in cui ha luogo l'elezione, e secondo i principi della rappresentanza proporzionale ». Si rimanda al sito web dell'Archivio delle Costituzioni storiche: <http://www.dircost.unito.it/cs/docs/austria192.htm>, consultato in data 01/10/2023. Kelsen aveva già espresso la sua adesione al *Proporzwahlssystem* nella prima edizione *Vom Wesen und Wert der Demokratie*.

sistema parlamentare, in virtù della dialettica maggioranza-minoranza, che presupponeva il riconoscimento ad entrambe dei medesimi diritti, era possibile avvicinarsi all'originale ideale di libertà politica: la democrazia parlamentare emergeva così come quella forma di governo in grado sia di *integrare* il pluralismo sociale e politico nella forma di leggi che obbligavano la comunità, sia di *approssimarsi*, per certi aspetti, alla democrazia ideale.

Kelsen elaborava dunque una vera e propria legittimazione teorico-politica della democrazia parlamentare in un momento storico in cui questa, proprio nel suo paese, era oggetto di un sostanziale ripensamento. E nel fare ciò, secondo me, egli prendeva criticamente le distanze dalla riforma costituzionale e da alcune delle principali motivazioni ideologiche avanzate a suo sostegno. Tuttavia, ritengo che la riflessione kelseniana sul concetto di popolo, sul ruolo dei partiti politici, e sul parlamentarismo fin qui discussa sia rilevante anche per comprendere la teoria e la difesa della rappresentanza parlamentare che egli tesseva proprio nella seconda edizione di *Vom Wesen und Wert der Demokratie* contro quella professionale, prevista dalla *Bundes-Verfassungsnovelle*.

4. *Contro la rappresentanza professionale.*

La riforma costituzionale del '29 introduceva una Camera professionale che non sarebbe mai entrata in vigore ma che costituiva, senza alcun dubbio, un principio alternativo, 'concorrente', rispetto a quello della rappresentanza politico-parlamentare. I socialdemocratici si erano schierati a favore di quest'ultima sin dall'inizio del processo costituente. Del resto, molte erano state le battaglie condotte dal partito di Karl Renner durante il tardo '800 affinché nell'Austria asburgica si adottasse il suffragio universale e l'antico sistema di votazione a carattere cetuale, il *Kuriensystem*, venisse sostituito da uno coerentemente politico. In particolare, proprio Karl Renner aveva dedicato alcuni importanti contributi a tale questione ⁽⁹⁶⁾. Negli articoli apparsi nell'inverno del 1918, precedentemente ricordati, Kelsen aveva, a sua volta, difeso la

(96) Si veda ad esempio il già citato SPRINGER [RENNER], *Staat und Parlament*, cit.

necessità di introdurre nell'Austria repubblicana un sistema democratico fondato sulla rappresentanza politica ⁽⁹⁷⁾.

Con la prima edizione di *Vom Wesen und Wert der Demokratie* del 1920, il giurista si era confrontato nuovamente con questo tema, sottolineando, attraverso una serie di argomentazioni che avrebbe approfondito nuovamente nove anni più tardi, l'indissolubile legame tra democrazia reale e rappresentanza parlamentare. Nel 1920, Kelsen, che fu sempre critico nei confronti della Sinistra marxista-leninista ⁽⁹⁸⁾, si era rivolto, in particolar modo, contro Lenin e il Bolscevismo. Egli aveva così ricordato come nella Russia sovietica fosse stata adottata nel 1919 una Costituzione che aveva limitato drasticamente l'universalità dei diritti fondamentali, reintroducendo una rappresentanza che, per il giurista, era di tipo « cetuale », poiché distingueva tra l'elettorato operaio, contadino etc. ⁽⁹⁹⁾. Ai suoi occhi, si era così dato vita ad un ordinamento politico ben distante dall'incarnare una « vera democrazia », come invece sostenuto dal Leader della Rivoluzione russa ⁽¹⁰⁰⁾.

Nella seconda edizione di *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, il bersaglio polemico principale del giurista era invece costituito da quelle forze di destra che si scagliavano al tempo contro il sistema parlamentare e, nello specifico, erano favorevoli alla rappresentanza professionale. Anch'essa, per Kelsen, non era altro che una forma di rappresentanza cetuale, perché rigettava il principio — altresì, per lui, proprio della democrazia reale quale democrazia parlamentare — per cui prima di essere membri di un gruppo professionale o di una classe sociale, i cittadini erano individui titolari dei medesimi diritti civili e politici. Proprio dal negare questo principio derivava, secondo il giurista, una serie di gravi problemi che rendevano la rappresentanza professionale incapace di generare alcuna effettiva

⁽⁹⁷⁾ Si vedano i già citati: KELSEN, *Das Proportionalwahlsystem*, cit., e KELSEN, *Ein einfaches Proportionalwahlsystem*, cit.

⁽⁹⁸⁾ H. KELSEN, *Sozialismus und Staat. Eine Untersuchung der politischen Theorie des Marxismus*, Wien, C.L. Hirschfeld, 1923; A. SCOTT, *The Kelsen-Bauer Debate on Marxist State Theory and the Equilibrium of Class Forces*, in « Thesis Eleven », 2021, 2, pp. 72-100.

⁽⁹⁹⁾ VWD (1929), p. 172 e p. 183; EVD (1920), pp. 47-49.

⁽¹⁰⁰⁾ *Ibidem*. In particolare, Kelsen si riferiva a Lenin, autore di *Stato e Rivoluzione* (1917).

integrazione sociale e politica. Ritengo che la critica a tale forma di rappresentanza possa essere considerata, almeno in parte, la personale risposta di Kelsen alla Camera delle professioni, prevista dalla riforma costituzionale del '29.

Nella seconda edizione di *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, il giurista si richiamava innanzitutto al progetto, avanzato da molte forze conservatrici della sua epoca, di « sostituire il parlamentarismo con una organizzazione professionale », in base al quale ogni « gruppo professionale » sarebbe stato rappresentato e quindi valorizzato politicamente in rapporto al suo « peso », ossia alla sua « importanza per la Nazione » (101). Egli riconduceva questa specifica proposta ad un contesto più generale, caratterizzato a livello sia austriaco, sia europeo da un diffuso malcontento verso il parlamento e i partiti politici, accusati entrambi e a più riprese nel corso degli anni '20, di essere « distanti dal popolo » e, al contempo, di non saper formulare leggi « buone » (102).

Secondo il giurista, il primo tipo di accusa scaturiva dalla (per lui errata, seppur comprensibile) identificazione tra volontà del parlamento e quella del popolo, e quindi, in ultima istanza, dal principio di libertà politica intesa come autodeterminazione. Il secondo, invece, era da imputare alla convinzione che i parlamenti non riuscissero ad affrontare efficacemente i principali problemi sociali e politici del tempo, perché privi di « competenze tecniche ». In base dunque alla « divisione del lavoro » si chiedeva allora di sostituire « il corpo legislativo centrale ed universale » con « parlamenti tecnici », ossia con Camere a rappresentanza professionale (103).

Kelsen prendeva una posizione chiara e netta rispetto ad entrambe le argomentazioni, ma con una distinzione importante: se, da un lato, egli mostrava di tenere in debita considerazione il sentimento di palpabile sfiducia che si era diffuso nell'Europa del primo dopoguerra nei confronti del sistema parlamentare, dall'altro

(101) VWD (1929), p. 87; EVD (1929), pp. 183-184.

(102) *Ibidem.* Per un inquadramento delle critiche al parlamentarismo e alla democrazia parlamentare nell'Europa del primo dopo guerra, secondo una rigorosa prospettiva di storia delle dottrine politiche, si veda: S. MASTELLONE, *Storia della democrazia in Europa. Da Montesquieu a Kelsen*, Torino, UTET, 2006, p. 167 e ss.

(103) VWD (1929), pp. 187-189; EVD (1929), pp. 92-93.

il suo atteggiamento verso i sostenitori della rappresentanza professionale era di netta contrapposizione ⁽¹⁰⁴⁾. Esaminerò entrambi questi aspetti della sua riflessione. Innanzitutto, il giurista considerava utile ampliare l'intervento politico dei cittadini attraverso il ricorso al referendum. Non solo referendum costituzionale, ma anche legislativo: quest'ultimo « se non obbligatorio, almeno facoltativo » ⁽¹⁰⁵⁾.

Egli proponeva inoltre di dare maggiore spazio alla cosiddetta « iniziativa popolare »: « per cui un certo numero minimo di cittadini elettori può proporre un progetto di legge in merito al quale il parlamento dovrà deliberare » e perfino di « limitare o abolire l'immunità parlamentare » ⁽¹⁰⁶⁾.

Non ritengo che le proposte di Kelsen contraddicessero quanto da lui affermato sulla 'natura' della democrazia reale quale democrazia parlamentare, ossia sul governo del popolo che si realizzava attraverso i partiti politici e la pratica parlamentare. Egli consigliava piuttosto di introdurre alcuni istituti di « democrazia diretta » per rafforzare l'influsso dei cittadini sulla « formazione della volontà dello stato », essenzialmente come risposta a coloro che, in quel particolare momento storico, accusavano il parlamento, in varie parti d'Europa e nella stessa Austria, di essere « estraneo al popolo » ⁽¹⁰⁷⁾.

Evidentemente, per il giurista, il « rafforzamento dell'elemento democratico » non passava attraverso l'elezione diretta del Presidente della Repubblica: egli esprimeva così una posizione, peraltro, in linea con quella dei socialdemocratici, critici e diffidenti nei confronti del sistema presidenziale sin dal processo costituente ⁽¹⁰⁸⁾.

⁽¹⁰⁴⁾ Kelsen aveva già espresso un profondo atteggiamento critico verso la rappresentanza professionale nella sua *Allgemeine Staatslehre*, cit., pp. 48-50.

⁽¹⁰⁵⁾ VWD (1929), pp. 184-185; EVD (1929), pp. 87-88.

⁽¹⁰⁶⁾ *Ibidem*.

⁽¹⁰⁷⁾ *Ibidem*.

⁽¹⁰⁸⁾ Altrettanto risalente era l'avversione del giurista per il presidenzialismo. Già nella prima edizione di *Vom Wesen und Wert der Demokratie* egli si era espresso in questi termini: « se in una cosiddetta Repubblica presidenziale il potere esecutivo viene delegato ad un Presidente, che non è emanazione della rappresentanza popolare ma è direttamente eletto dal popolo, e se si garantisce per di più anche in altro modo l'indipendenza del Presidente al quale è affidato il potere esecutivo di fronte alla

La « riforma del parlamentarismo » brevemente tratteggiata da Kelsen nella seconda edizione di *Vom Wesen und Wert der Demokratie* potrebbe quindi essere interpretata sia in contrapposizione alla componente presidenziale prevista dalla riforma costituzionale del '29, sia all'idea, difesa appunto dai cristianosociali, secondo cui l'elezione diretta del Presidente federale avrebbe restituito nuova rilevanza politica al popolo.

Ben diverso l'atteggiamento del giurista nei confronti della rappresentanza professionale: di questa egli individuava una serie di componenti e caratteristiche che, ai suoi occhi, la rendevano particolarmente controversa. Innanzitutto, a suo giudizio, tale rappresentanza non riusciva a esprimere la complessità che caratterizzava necessariamente una comunità. Tutti gli interessi, i progetti, le proposte inerenti all'appartenenza « religiosa o etica », ad esempio, non potevano essere adeguatamente presi in considerazione e valutati ⁽¹⁰⁹⁾. Nello specifico, essa si fondava, secondo Kelsen, sul presupposto (per lui del tutto errato), secondo cui gli interessi legati alla propria professione fossero da ritenersi prevalenti e prioritari, laddove invece « ognuno è interessato, oltre gli stretti limiti della propria professione, a un ordine sociale giusto, opportuno, o anche solo sopportabile » ⁽¹¹⁰⁾.

In altri termini, dal suo punto di vista, coloro che sostenevano questo tipo di rappresentanza e la consideravano migliore e più efficace di quella parlamentare, coloro che chiedevano di sostituire il sistema parlamentare con una « organizzazione corporativa », sottovalutavano sia la complessità del corpo sociale, sia, e ancor prima, quella della personalità umana. Inoltre, osservava il giurista, i diversi gruppi professionali inclusi in una Camera *ad hoc* avrebbero molto difficilmente raggiunto una qualche forma di efficace interazione e dialogo perché, come tutte le realtà fondate su di una forte

rappresentanza popolare, ciò costituisce — per quanto possa sembrare paradossale — un indebolimento, piuttosto che [...] un rafforzamento del principio della sovranità popolare. Dove, infatti, ad un popolo di milioni di elettori si contrappone uno solo come eletto, lì l'idea della rappresentanza del popolo deve necessariamente perdere l'ultima apparenza di giustificazione ». VWD (1920), p. 16; EVD (1920), p. 28.

⁽¹⁰⁹⁾ VWD (1929), pp. 190-191; EVD (1929), pp. 95-96.

⁽¹¹⁰⁾ Ivi, p. 191; ivi, p. 96.

« comunione di interessi » (di tipo economico), essi si sarebbero letteralmente moltiplicati:

con un'economia — scriveva Kelsen — e una tecnica sviluppate, il numero delle professioni che pretenderebbero un'organizzazione autonoma, diventerebbero centinaia, anzi migliaia; per non parlare della delimitazione delle diverse professioni che non potrebbe essere che più o meno arbitraria ⁽¹¹¹⁾.

A ciò si aggiungeva, secondo lui, un ulteriore, enorme problema. Una parte consistente delle decisioni da assumere avrebbe inevitabilmente esulato dalla dimensione interna delle singole realtà professionali, ossia non avrebbe riguardato:

gli interessi dei membri del gruppo. La tendenza dei vari gruppi professionali a differenziarsi si sarebbe così inevitabilmente intensificata e ciò avrebbe infine reso del tutto impossibile trovare un punto di incontro che permettesse di formulare una presa di posizione comune e condivisa. In altri termini, una organizzazione di tipo professionale non era in grado di offrire alcun 'principio di integrazione' ⁽¹¹²⁾.

Alla luce di tali considerazioni, per Kelsen, affiancare una Camera professionale al parlamento, democraticamente eletto, e quindi il principio della rappresentanza professionale a quello della rappresentanza parlamentare si sarebbe rivelata una decisione pericolosa:

l'idea di affidare ad un parlamento politico generale, organizzato secondo i principi democratici e, unitamente, ad una Assemblea rappresentativa, organizzata secondo il principio corporativo, il compito di formare la volontà dello stato [...] è problematica sotto molti punti di vista. Nella maggior parte dei casi, non si può fare una distinzione netta fra il punto di vista politico e quello economico [...] Ma quale senso — concludeva Kelsen — potrà avere un organo

⁽¹¹¹⁾ *Ibidem.*

⁽¹¹²⁾ VWD (1929), p. 191; EVD (1929), p. 97.

legislativo di due elementi, ognuno dei quali sia formato secondo principi completamente diversi? ⁽¹¹³⁾.

Una domanda che, nel 1929, suonava tutt'altro che astratta o teorica, dato che la riforma costituzionale austriaca prevedeva proprio ciò che Kelsen contestava con veemenza, ossia la presenza di una Camera delle professioni da affiancare al Consiglio nazionale. Il giudizio di Kelsen non lasciava quindi margini di dubbio: la rappresentanza professionale era incapace di generare compromessi, più o meno duraturi, che, come abbiamo precedentemente osservato, costituivano ai suoi occhi l'essenza stessa della produzione legislativa in ambito democratico. La differenziazione sempre più marcata si sarebbe così trasformata in un « conflitto di interessi » permanente, col risultato di bloccare l'intero processo decisionale e la vita politica stessa ⁽¹¹⁴⁾.

Con ciò, Kelsen rimaneva tuttavia ben distante dall'affermare che attraverso la rappresentanza e il meccanismo parlamentari si potesse giungere in qualche modo ad una perfetta armonia sociale e politica. Nella prospettiva kelseniana, la capacità di creare compromessi quale aspetto centrale del più generale processo di integrazione sociale e politica non significava assenza o fine della conflittualità bensì la possibilità di de-potenziare quest'ultima in virtù di due principi, per il giurista, reciprocamente interconnessi: il riconoscimento dei medesimi diritti a tutti i cittadini e, conseguenza di ciò, il riconoscimento altrettanto fondamentale dei medesimi diritti alla maggioranza e alla minoranza, in base al quale quest'ultima poteva aspirare a diventare la maggioranza di domani ⁽¹¹⁵⁾.

Al contrario, a suo giudizio, in un sistema fondato sulla rappresentanza professionale, proprio perché incapace di integrare, si sarebbe pervenuti alla soluzione di un conflitto solo qualora un determinato gruppo fosse riuscito a prevalere sugli altri, imponendo di imperio la propria agenda. Ma ciò, per Kelsen, significava inevitabilmente decretare la fine del sistema e della convivenza democratici. La coppia oppositiva *rappresentanza parlamentare-rappresentanza profes-*

⁽¹¹³⁾ Ivi, p. 189; ivi, p. 94.

⁽¹¹⁴⁾ *Ibidem*.

⁽¹¹⁵⁾ Questo aspetto emerge chiaramente da tutte le sue opere di teoria politica.

sionale delineata nella seconda edizione di *Vom Wesen und Wert der Demokratie* ne assumeva dunque un'altra, parimenti rilevante, quella tra *compromesso* e *imposizione* che, a sua volta, sembrava implicarne un'altra ancora, quella tra *democrazia* e *dittatura* ⁽¹¹⁶⁾.

La rappresentanza professionale pareva quindi al giurista particolarmente funzionale a quei progetti politici che miravano ad imporre unilateralmente la volontà di una forza politica o di una classe sociale a danno di altre, a rovesciare rapporti di forza esistenti, pregiudicando così quel processo di integrazione sociale e politica che egli riteneva uno dei caratteri essenziali della democrazia parlamentare. In altri termini, nella volontà di affiancare la rappresentanza professionale a quella parlamentare, Kelsen individuava un disegno politico ben preciso, volto a indebolire e infine sovvertire il sistema democratico:

si può presumere, non senza qualche ragione, che la rivendicazione, già recentemente formulata, di una organizzazione professionale, manifesta non tanto la necessità di una partecipazione organica [...] tra i gruppi professionali alla formazione della volontà dello Stato quanto piuttosto l'avidità di potere di determinate cerchie di interessi ai quali la Costituzione democratica non sembra offrire occasioni di successo politico. Da notare poi che la borghesia reclama un'organizzazione professionale proprio quando si manifesta la possibilità che il proletariato [...] diventi maggioranza ⁽¹¹⁷⁾.

Nel passo appena riportato, è possibile inoltre, secondo me, cogliere un riferimento al già ricordato *Der Drang zur Verfassungsreform*, in cui Kelsen attribuiva proprio ai principali promotori della riforma costituzionale lo specifico proposito di danneggiare e indebolire politicamente i loro principali avversari, i socialdemocratici.

Nella seconda edizione di *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, il giurista esprimeva così un giudizio di grande severità, condivisibile o meno, che, a mio avviso, non riguardava solo, in senso lato, le forze conservatrici che in Europa, al tempo, peroravano la causa

⁽¹¹⁶⁾ Nel saggio del '29, così come in tutte le sue opere dedicate alla teoria democratica, Kelsen definiva i sistemi dittatoriali, indipendentemente dalla loro connotazione specificamente ideologica, con il termine « autocratie ».

⁽¹¹⁷⁾ VWD (1929), p. 193; EVD (1929), p. 99.

della rappresentanza professionale, bensì, e più nello specifico, i conservatori austriaci che nel suo paese si erano battuti affinché nel testo costituzionale riformato fosse prevista la Camera professionale.

5. *Brevi considerazioni conclusive.*

Nel presente saggio, ho cercato di leggere la seconda edizione di *Vom Wesen und Wert der Demokratie* in rapporto alla riforma costituzionale del 1929. Questa non pregiudicava il principio del governo parlamentare, ma riusciva nell'intento di spostare sensibilmente il baricentro del potere a favore dell'Esecutivo, oltre a prevedere la rappresentanza professionale quale principio 'concorrente' rispetto a quella parlamentare. I cristianosociali e Ignaz Seipel in testa vedevano nella riforma un efficace strumento per ridimensionare il ruolo del parlamento e con esso quello dei partiti e della rappresentanza politica, nella prospettiva — per richiamarsi ad un principio a loro caro — di restituire nuova rilevanza politica al popolo. Non si trattava quindi solo di colpire i loro avversari, i socialdemocratici, che continuavano ad essere un'importante forza di opposizione all'interno del Consiglio nazionale, ma anche di introdurre alcuni importanti cambiamenti all'interno di un sistema democratico, quello sancito dalla Costituzione del 1920, verso il quale i cristianosociali si erano mostrati critici già durante il processo costituente.

Con *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, Kelsen non solo si misurava con il significato e il funzionamento della democrazia (reale), bensì, come ho cercato di argomentare attraverso un approccio metodologico volto a mettere in relazione il testo con il contesto, prendeva una posizione netta rispetto alla riforma costituzionale e alla visione politica ad essa sottesa. Alla luce di una radicale critica al concetto di popolo quale entità omogenea, pre-costituita e dotata di una sua altrettanto chiara e definita volontà politica, egli sosteneva infatti che proprio il parlamento fosse il centro nevralgico della vita democratica. A suo giudizio, solo attraverso esso e i partiti politici era *pensabile e possibile* il governo del popolo nella forma di un graduale processo di integrazione del pluralismo sociale, politico e ideale che, a sua volta, presupponeva il riconoscimento dell'universalità dei diritti e quindi di eguali diritti sia alla maggioranza, sia alla

minoranza. Egli sosteneva di aver così delineato il significato della democrazia reale. Un'affermazione che — se teniamo in dovuta considerazione il 'peso' del contesto storico-politico — conteneva in sé una forte *vis polemica* nei confronti, in particolare, dei cristiano-sociali e della riforma costituzionale. Per Kelsen, infatti, mettere in dubbio e criticare la democrazia e la rappresentanza parlamentari significava attaccare la democrazia *tout court*. Nella seconda edizione di *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, teoria e difesa della democrazia parlamentare finivano così per intrecciarsi strettamente, in un momento particolarmente complesso della storia austriaca e, in senso lato, europea.

ANTONIO OJEDA AVILÉS

EL INEVITABLE SOMBREADO DE UN PERFIL:
MANUEL ALONSO OLEA, FUNDADOR DEL
DERECHO DEL TRABAJO ESPAÑOL

1. El fundador del Derecho del Trabajo español. — 2. Un sorprendente revival. — 3. Las vicisitudes vitales. — 4. La integración en el régimen político. — 5. El epílogo.

1. *El fundador del Derecho del Trabajo español.*

Hubo un tiempo en que la figura del profesor Manuel Alonso Olea se alzó majestuosa como la gran figura científica que hizo del Derecho del Trabajo una materia jurídica en sentido estricto, apartada de los menudos forcejeos que se habían resuelto hasta entonces a nivel de las empresas, y también de las graves tensiones entre el sindicalismo libre y la patronal del primer tercio de siglo. En el momento culminante de su carrera se le había considerado como el padre del Derecho Español del Trabajo y de la Seguridad Social, « el máximo cultivador que ha tenido el Derecho Español del Trabajo y uno de los más significativos juristas de nuestro tiempo » (1), pues « a él se debía la construcción dogmática, la estructura y el propio sistema de la disciplina, detectando, caracterizando y definiendo todo aquello que le ha dado autonomía y sustantividad propias » (2). El maestro por antonomasia del laboralismo español, como se le denominaba (3), había gozado de un fulgurante ascenso a partir de

(1) Alfredo MONTOYA MELGAR, *Manuel Alonso Olea, jurista*, en « El País », 25 de febrero de 2003.

(2) Germán BARREIRO GONZÁLEZ, *In memoriam Manuel Alonso Olea*, en « Civitas. Revista española de derecho del trabajo » (en adelante REDT), 116 (2003), pp. 159-166.

(3) Jesús MARTÍNEZ GIRÓN, *Don Manuel Alonso Olea, in memoriam*, en « Anuario de la Facultade de Dereito de la Universidade de A Coruña », 2003, p. 949.

un momento determinado de su madurez, y de pronto, tras décadas de prestigio y honores, se había apagado con la misma celeridad, como si toda la luz que irradiaba hubiera procedido de un foco exterior que potenciaba su figura mientras la iluminaba y luego se apagó de improviso. Será preciso mencionar brevemente los datos de su rápido encumbramiento, ya desde una perspectiva histórica de la figura, para entender cabalmente el perfil del maestro.

Parece extraño considerar a Alonso Olea como el fundador y definidor de toda esta materia jurídica, tan difícil de abarcar incluso para los especialistas. Mucho antes de su irrupción como gran cincelador de la disciplina, la importancia del conflicto social había motivado en toda Europa una serie fulgurante de leyes que marcaron el espacio operativo de la materia. En España se fundieron en el Código del Trabajo de 1926 y más tarde en la Ley de Contrato de Trabajo de 1931, con la cual vino fijado el núcleo básico, aunque a costa de dejar fuera a numerosos aspectos, algunos incluso cruciales, de lo jurídico-laboral. Basta mirar el grueso volumen titulado *Legislación obrera* y editado por la Revista de los Tribunales en 1922 para advertir hasta qué punto las normas sobre el trabajo subordinado habían regulado un amplio espectro de asuntos, de forma dispersa pese a las grandes obras de racionalización epistemológica acometidas en Alemania, Francia y Bélgica desde los comienzos de aquel siglo (4). Desde 1919, la Organización Internacional del Trabajo había acometido también un lento hilvanar de normas segmentadas cuya repercusión en España resulta innegable. Y con la dictadura del general Franco se procede a una sistematización normativa, a comenzar con la Ley de Contrato de Trabajo de 1944, en una lenta evolución que finalmente llevarían a separar las enseñanzas de esa materia de las cátedras de Derecho Administrativo, mediante la

(4) Revista de los Tribunales, *Legislación obrera. Colección de leyes, reglamentos, reales decretos y reales órdenes, circulares, modelos y estados*, Madrid, 1922³. En Francia, la codificación de la enorme y dispersa legislación obrera viene iniciada a finales del siglo XIX, con el Proyecto de Ley de 13 de junio de 1898, debido a Groussier, de 866 artículos. El primer Código de Trabajo se aprueba finalmente el 28 de diciembre de 1910. En la Historia, no obstante, debe tenerse en cuenta que durante el esfuerzo codificador de Napoleón Bonaparte estuvo a punto de ser dictado un Código laboral a principios del XIX que emparejaría esa materia con la civil y la mercantil en los esfuerzos sistematizadores.

creación de cátedras específicas de Derecho del Trabajo pocos años después, hacia la mitad del mismo siglo XX ⁽⁵⁾.

¿Por qué, pues, considerar a Alonso Olea como fundador de la disciplina científica en nuestro país, si sus aportaciones a lo laboral arrancan propiamente de dicha década de los años 1950, cuando ya se disponía de leyes generales dotadas de un carácter sistematizador innegable? Él mismo había llegado tarde a la enseñanza de lo laboral, cuando obtiene la cátedra de esa materia jurídica en la Universidad de Sevilla en 1958, y su evolución personal parece alejarse de la materia poco después, en 1962, al obtener la «excedencia activa» de la cátedra, y a partir de aquí comenzar un acelerado ascenso a diversos cargos relacionados con el Gobierno de la Dictadura, que lo llevan hasta un lugar privilegiado de la Administración laboral. Pues la excedencia activa se le concede para dedicarse plenamente al cargo político de Director General de Empleo en el Ministerio de Trabajo, de donde pasaría a vocal del consejo de administración de la empresa nacional de aviación CASA, y simultáneamente a Director General de Jurisdicción del Trabajo, en 1964 ⁽⁶⁾. En 1965, finalmente, obtiene la cátedra de la Universidad Complutense de Madrid, aunque sin abandonar el cargo de Director General antecitado, que a fines de 1967 se reconvierte en Presidente del mismo Tribunal, con Alonso Olea como titular ⁽⁷⁾. En esos pocos años, de 1962 a 1967, se produce el salto sorprendente en su carrera, que no puede ser explicado simplemente por los méritos académicos. Y, lo que presta algo de exotismo al curriculum del maestro, lo más reseñable de sus merecimientos consiste en dos largas estancias en Estados Unidos de

⁽⁵⁾ La primera cátedra de Derecho del Trabajo se concede al profesor de Derecho Administrativo Eugenio Pérez Botija en 1947 en la Universidad Central de Madrid.

⁽⁶⁾ La serie de ascensos se inicia el 20 de julio de 1962 con el Decreto por el que se le nombra Director General de Empleo. Sigue el 18 de junio de 1964, con el Decreto por el que se le nombra vocal del consejo de administración de la empresa nacional Construcciones Aeronáuticas SA. Continúa con el 18 de julio de 1964 con el Decreto por el que se le concede la Gran cruz de la orden del mérito civil. También de ese año el 3 de diciembre, es el Decreto por el que se le nombra director general de jurisdicción de Trabajo. Y el 23 de enero de 1966, una Orden Ministerial le concede la Cruz de honor de san Raimundo de Peñafort.

⁽⁷⁾ Decreto 61/1967.

donde regresará cambiado en sus planteamientos académicos e intelectuales, y de las que por su importancia hablaré después.

Alonso Olea había mostrado desde tempranamente un interés obsesivo por la figura de los sindicatos norteamericanos en cuanto grupos de presión, desde una perspectiva donde prevalecía el sesgo político y administrativo, analizados en varios artículos desde España, cuya Dictadura militar había convertido a los propios sindicatos en entidades político-administrativas (8). No por acaso, los artículos vendrían publicados en la Revista de Estudios Políticos de la época, editada por el Centro de Estudios Políticos, que tras la desaparición del régimen militar modificaría su nombre al de Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Producido su fulgurante reconocimiento, la década de los setenta señala el momento de esplendor del profesor, quien simultanea las actividades académicas con las administrativas y representativas en una demostración sorprendente de versatilidad intelectual. Luego, en los ochenta, comienza el declive también acelerado de su figura, hasta llegar un momento en que su magisterio desaparece. No hay nada que reseñar, quizá porque el Derecho del Trabajo es una materia de rápida evolución al que la robótica y la información estaría transformando aceleradamente en las últimas décadas. El tiempo de Alonso Olea declinó, y su ocaso marcó también el del gran maestro. La crisis mundial de finales de los setenta, la emergencia de Reagan, Thatcher y el neoliberalismo, y aún más tarde, la caída del muro de Berlín en 1989, señalaron el olvido de una época en donde Alonso Olea reinó indiscutible como maestro del laboralismo español.

¿O el ocaso se produjo por otros motivos? Sin negar el rápido cambio de escenario internacional, no debe olvidarse el aspecto personal, si hemos de aceptar que su fulgurante carrera se debió a méritos propios. Y en lo personal, la figura de Alonso Olea halla un paralelo innegable con la de otras grandes figuras del laboralismo

(8) Había dedicado tempranamente a ello tres artículos, titulado el primero *Los sindicatos norteamericanos como grupos políticos de presión*, en «Revista de estudios políticos», 63 (1952), pp. 183-214. El segundo, *La configuración de los Sindicatos norteamericanos*, en «Revista de estudios políticos», 70 (1953), pp. 107-152. Y el tercero, *La configuración de los Sindicatos norteamericanos (Continuación)*, en «Revista de estudios políticos», 71 (1953), pp. 41-92.

alemán e italiano que alcanzaron su cénit durante regímenes asimismo totalitarios y se vieron implicados en ellos, como Barassi y Messina en Italia, o, en Alemania, Hueck, Nipperdey y Siebert, este último «verdadero campeón del período nacionalsocialista», en palabras de Luca Nogler ⁽⁹⁾. De aquellos juristas nazis alemanes apenas queda el recuerdo, pues sus opiniones anticuadas se han diluido hace tiempo, como señala el mismo autor ⁽¹⁰⁾. Y respecto a los italianos, la aportación teórica del considerado como primer espada de su laboralismo, Barassi, ha sufrido una profunda revisión aun cuando se le mantenga como figura relevante de la disciplina en Italia ⁽¹¹⁾.

Algo similar cabría aducir de la aportación de Alonso Olea al Derecho del Trabajo español. En una extensa labor divulgadora donde aplicó el microscopio a la interpretación de los tribunales conforme a la legislación vigente, el maestro vertebró tanto el Derecho del Trabajo individual como el Derecho Procesal del Trabajo cuanto, en fin, la Seguridad Social, en Manuales que dejaron de estar dirigidos a los alumnos por su complejidad y lenguaje, y que

⁽⁹⁾ Cfr. Luca NOGLER, *La 'Politica del Diritto' y los laboristas italianos. In memoriam de U. Romagnoli*, por aparecer en «Revista de Trabajo» del MTAS.

⁽¹⁰⁾ *Ibíd.*

⁽¹¹⁾ En los comentarios de Romagnoli dedicados a Barassi, dice Ichino, «in alcuni casi la penna del professore bolognese riesce a essere anche graffiante, quando non feroce, come in molti passaggi dello scritto che apre la serie, dedicato a svalutare drasticamente il contributo dato alla nostra materia da colui che ne è considerato il primo teorico, Lodovico Barassi»: P. ICHINO, *Recensione del libro de Umberto Romagnoli, Giuristi del lavoro del Novecento italiano. Profili, Ediesse, 2018*, en «Lavoro Diritti Europa», diciembre de 2019. Véase también U. ROMAGNOLI, *‘Il contratto di lavoro’ di L. Barassi cent’anni dopo*, en *La nascita del diritto del lavoro. «Il contratto di lavoro» di Ludovico Barassi cent’anni dopo. Novità, influssi, distanze*, M. Napoli (coord.), Milano, Vita e Pensiero, 2003, p. 47 y ss. Comentaba Romagnoli la visión crítica de Gaeta, para quien los estudios en memoria de Barassi eran singularmente inadecuados, en cuanto homenaje ritual (L. GAETA, *Ludovico Barassi (1873-1961)*, en «Lavoro e diritto», 3, 1997, pp. 521-534), e indicaba que el propio libro coordinado por M. Napoli donde él escribía en ese momento no se había pensado para ajustar las cuentas con Barassi, sino para indicar que aquella monografía de 1901 era simplemente el producto cultural más representativo del cambio de época. Para L. MENGONI, por su parte, la aportación de Barassi es más de orden negativo que positivo, pues no consigue separar la relación de trabajo del derecho de la mercancía (*L’evoluzione del pensiero di Barassi dalla prima alla seconda edizione del ‘Contratto di lavoro’*, en *La nascita del diritto del lavoro*, cit., p. 16).

supieron estructurar la problemática del trabajo subordinado exclusivamente desde la perspectiva de la dialéctica judicial. Sin duda hubo otros libros menores en su biografía, pero fueron sus Manuales los que le otorgaron la fama, por su neto posicionamiento jurisprudencial basado en el precedente de sentencias y por haber sabido integrar tan compleja marea de problemas en bloques sistemáticos llenos de sentido.

El valor de la aportación emerge nítido cuando se les compara con otras obras de la época sobre la misma materia, y sobre todo de la época anterior, de la cual se aparta, donde todavía se hablaba de Derecho Obrero o Derecho Industrial, una mezcla de teoría, ideología y práctica donde la ley y la jurisprudencia hallaban escaso eco. Así pues, la aportación indiscutible de Alonso Olea sería el centrado de la disciplina en esos dos vectores, la ley y la jurisprudencia, y la ordenación nítida de materias en torno a ambas columnas. Nada nuevo quizá, porque ya había aportaciones doctrinales del mismo estilo en otros países, especialmente en Estados Unidos, donde una multitud de libros jurídicos dedicados a la enseñanza universitaria se basaban en el método del caso, sus precedentes y las vicisitudes procesales, y el alumnado aprendía y aprende a debatir dialécticamente sobre las guías procesales de los casos más relevantes. En esos países anglosajones el caso enseñaba a visualizar la ley a través del proceso y, por ende, de la interpretación de los tribunales, y al Tribunal Supremo norteamericano se le consideraba y se le considera como un sujeto político de primerísimo nivel. En el continente europeo no ocurría lo mismo, pues no se tenía ni se tiene al caso procesal como referente, pero el discurso cartesiano del método había propuesto un método racional de aproximación a los fenómenos basado en el análisis sistemático y en la verdad probada, con lo cual había desaparecido de la investigación científica la confusión de lo indemostrable. En España ese método, al igual que el anglosajón, habían quedado obviados ⁽¹²⁾, y la ciencia — incluidos los estudios sobre « leyes obreras » — navegaba entre lo divino y lo humano, por lo que sujetar la realidad jurídica a lo establecido en la ley y la

⁽¹²⁾ No se olvide que la obra de Descartes vino incluida por la Iglesia en el *índice de Libros Prohibidos*.

jurisprudencia significó un paso importante, y de ahí el gran valor de la obra de Alonso Olea.

Una aportación, por tanto, que eludía « la política » en términos amplios, y dejaba el debate circunscrito a lo jurídico. El papel de Alonso Olea en España se interpretó como un avance técnico de primer relieve, y sobre todo imparcial, pues obvió cualquier referencia no jurídica, tanto de un lado como de otro, en un debate como el laboral, donde los intereses de trabajadores y empresarios ostentan fuertes rasgos de contradicción entre sí. La asepsia de Alonso Olea se unió al método y al rigor de los comentarios del maestro, y desde entonces la investigación y la enseñanza del Derecho del Trabajo se han caracterizado en nuestro país por la misma asepsia en el planteamiento y solución de los problemas.

Por desgracia un análisis jurídico basado en el método de casos cierra la puerta a la « política » en sentido amplio, pero ésta se cuela por la ventana. Los jueces no pueden evitar su ideología, y aun cuando se les prohíba sobreponerla al mandato de la ley y el precedente, sí pueden aplicarla y de hecho la aplican a la interpretación de los pasajes ambiguos de la ley, que son multitud. El significado político de las leyes y sentencias existe, y de ahí que hoy día venga elegida una parte del Tribunal Constitucional por el Parlamento, y que tengan tanta importancia las mayorías en su seno, como en los órganos de gobierno del poder judicial.

Todavía más. Lo que Alonso Olea atajó con todo mérito al limitar el análisis a la ley y la jurisprudencia, se filtraba desde dentro de las instituciones como una fuerza intangible, porque tanto la ley como la jurisprudencia provenían de un mismo centro, el de la Dictadura militar que monopolizaba los órganos normativos en sus distintas manifestaciones. Una dictadura que había prohibido y perseguido duramente a sindicatos y partidos políticos, y que trataba de mantener el equilibrio entre empresarios y trabajadores a través del corporativismo « unitario ». Cabría alegar el modelo norteamericano como igualmente político en los magistrados de su Tribunal Supremo, designados por el Presidente de la nación, pero de alegar semejante argumento estaríamos olvidando la alternancia política que de ordinario permite la coexistencia de magistrados de las dos opciones mayoritarias en el seno de dicho Tribunal. Durante las casi cuatro décadas de dictadura militar en España no hubo algo semejante.

Y no solamente la política que llamaríamos exógena quedaba marginada del Derecho del Trabajo planteado por el maestro, sino también la que cabría entender como Filosofía del Derecho asimismo en sentido amplio. Los grandes debates sobre el sentido de las normas, el futuro de los sistemas, las contradicciones inherentes al paso del tiempo en la interpretación jurídica, debían pasar, de plantearse, por el cernidor de los casos. Escuelas y teorías que ubican un sistema en su lugar y momento quedaban obviados, y algo parecido ocurría con las instituciones laborales consideradas nocivas: si el legislador del «segundo franquismo», pese a todo, accedía a una tibia entrada normativa de ellas — por ejemplo, con la Ley de Convenios Colectivos de 1958 ⁽¹³⁾ —, Alonso Olea analizaría la norma y su jurisprudencia, con muy escasa o nula referencia al entorno. Los Manuales del maestro ofrecían un mundo feliz e irreal dentro de su pragmatismo. O, en otro ejemplo, si como consecuencia del informe de la OIT sobre el sindicalismo español se dictaba la Ley Sindical de 1971, Alonso Olea acudía a analizar su entramado jurídico con la frialdad del entomólogo. Quizá en esa evolución del tardofranquismo anduvo su mano detrás de las últimas reformas de la Dictadura, como por ejemplo la de aquel «constructo» del recurso contencioso sindical, promulgado al final del franquismo para facilitar a los sindicatos verticales del corporativismo la impugnación de reglamentos ⁽¹⁴⁾. En algún caso, trató de temas «delica-

⁽¹³⁾ Pues los sindicatos «libres» quedaban al margen, por ejemplo. Más tarde, en 1969, la OIT nombra una comisión de investigación sobre la libertad sindical en España y se entrevista con líderes sindicales que disfrutaban de una cierta tolerancia: OIT, *Informe sobre la situación laboral y sindical en España*, 1969. Por todos, véase Ana Rosa ARGÜELLES BLANCO, *Recepción en España y dificultades de aplicación de los convenios fundamentales de la OIT: en particular, sobre los Convenios núm. 87 y núm. 98*, en «Documentación Laboral», 116 (2019), pp. 17 a 26; A. OJEDA ÁVILÉS, M. GUTIÉRREZ PÉREZ, *Análisis de la libertad sindical en España bajo el prisma de la OIT. Las recomendaciones del comité de libertad sindical a escena*, en «Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social», 117 (2015) (monográfico sobre *Derecho social internacional y comunitario*), p. 17 y ss.

⁽¹⁴⁾ M. ALONSO OLEA, *Consideraciones sobre la Reforma del Sindicalismo Español*, en «Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas», 54 (1977), pp. 223-255; María Emilia CASAS BAAMONDE, *El recurso contencioso-sindical*, en «Revista de política Social», 101 (1974), p. 137. Como antecedente de aquel recurso, establecido en la Ley Sindical de 1971, una fuerte doctrina jurisprudencial había establecido desde años

dos » ya reiniciada la democracia en España, pero no se resistió a dejar su distanciamiento crítico, como los diversos escritos que publicó sobre el « caducado » proyecto de ley de huelga ⁽¹⁵⁾; en otras ocasiones, simplemente remitió la labor principal a alguien de confianza ⁽¹⁶⁾.

2. *Un sorprendente revival.*

En nuestros días, cuando ya aquel tiempo pasado y sus doctrinas habían quedado olvidados, surge una loa a la figura de Alonso Olea enfocada hacia otro aspecto de su figura mantenido hasta el momento en un discreto segundo plano, y lo hace de la mano de tres profesores de gran prestigio, en un libro meritorio e interesante por muchos motivos. Se trata de *Los libros norteamericanos sobre los jueces de la Corte Suprema de los Estados Unidos — Por la senda de los Estados Unidos en sus libros*, cuyo estudio se realiza en contemplación de otras obras pioneras en la materia escritas mucho antes por don Manuel, por lo cual subtitulan significativamente la Introducción del libro que nos ocupa como « Don Manuel Alonso Olea, más que un pretexto » ⁽¹⁷⁾.

Centrándose en la posición como Presidente del Tribunal Central de Trabajo de Alonso Olea, la ausencia en las biografías sobre dicha faceta vital y profesional del mismo — afirma Casas

antes numerosos requisitos a estas corporaciones para impugnar reglamentos, doctrina criticada en un contundente artículo por T.R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Los sindicatos y el recurso contencioso*, en « Revista de Administración Pública », 55 (1968), p. 133 y ss.

⁽¹⁵⁾ M. ALONSO OLEA, *A propósito del proyecto caducado de la Ley de Huelga*, en « Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas », 70 (1993), pp. 413-448. El mismo, *Sobre el caducado Proyecto de Ley de Huelga*, en REDT, 59 (1993), pp. 337-356.

⁽¹⁶⁾ María Emilia CASAS BAAMONDE, Manuel ALONSO OLEA, *Validez, impugnación, aplicación e interpretación del convenio colectivo (arts. 90 y 91)*, en REDT, 2000 (Ejemplar dedicado a *El estatuto de los trabajadores veinte años después*), pp. 1279-1600.

⁽¹⁷⁾ Alberto ARUFE VARELA, Jesús MARTÍNEZ GIRÓN, *Los libros norteamericanos sobre los Jueces de la Corte Suprema de los Estados Unidos. Por la senda de los Estados Unidos en sus libros*, Barcelona, Atelier, 2023, p. 19, con prólogo de María Emilia Casas Baamonde. Los libros de Alonso Olea que sirven de inspiración son: *Los Estados Unidos en sus libros*, Madrid, Ediciones Europa, 1967, 183 pp., y *Nuevos libros sobre los Estados Unidos*, Madrid, Ediciones Europa, 1970, 211 pp.

Baamonde — crea un vacío que no pueden colmar las biografías sobre su faceta docente, de modo que se agradece que los dos autores hayan pretendido colmar el hueco trayendo a colación los testimonios de cómo se comportaba don Manuel en el ejercicio del cargo, por ejemplo con las famosas reuniones de debate o « plenarios » con los demás magistrados ⁽¹⁸⁾. Y en seguida la misma prologuista acude al paralelismo con « el famosísimo juez Marshall, quien buscaba crear acuerdos con los otros jueces que componían la Corte Suprema de los Estados Unidos ». Pese a que el maestro, en su declive final, había lamentado entre sus allegados el olvido en que había caído para los nombramientos como magistrado del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional. Y marginando en el elogio la debida distancia entre la Corte Suprema norteamericana, auténtico Tribunal Constitucional de ese país, con el Tribunal Central del Trabajo del que el maestro fue único presidente durante toda su existencia.

3. *Las vicisitudes vitales.*

Comencemos por los indudables puntos de conexión entre ambas realidades: la historia de Alonso Olea como prominente laboralista nace tardíamente como una reacción crítica al enorme reconocimiento que durante sus dos estancias norteamericanas, en Nueva York y San Francisco ⁽¹⁹⁾, había observado entre el público universitario e intelectual hacia la obra de dos importantes autores alemanes de la Escuela de Francfort o del marxismo democrático, Herbert Marcuse y Erich Fromm ⁽²⁰⁾. El Alonso Olea inquieto de

⁽¹⁸⁾ M.E. CASAS BAAMONDE, *Prólogo a Los libros norteamericanos sobre los Jueces*, cit., pp. 14-15.

⁽¹⁹⁾ Tanto en la Universidad de Columbia (Nueva York) entre 1951 y 1952, como especialmente en la realizada en la Universidad de California en Berkeley entre los años 1961 y 1962.

⁽²⁰⁾ Sobre ambos puede verse recientemente A. RODRÍGUEZ BENÍTEZ, *Erich Fromm y Herbert Marcuse: Disidencia, Sicoanálisis, y Convergencia en la Utopía*, en « *Dialektika* », 2 (2020), 5, p. 23 y ss. Marcuse se había trasladado a EEUU en 1934, perseguido en Alemania por su ascendencia judía y sus tendencias marxistas. Se afincó en la Universidad de Columbia, Nueva York, y en la Universidad de California en San Diego participará activamente en los debates políticos de las décadas 1950 y 1960. Sus

sus primeros y desconocidos años como licenciado en Derecho, devorador ávido de variadas lecturas de las cuales hacía cientos de recensiones, volcado especialmente en estudios procesales y admirador del procesalista Jaime Guasp, había ganado las oposiciones a letrado del Consejo de Estado y del Instituto Nacional de Previsión. Pero al llegar a la Universidad de Columbia en Nueva York se centraría en una tesis doctoral sobre los sindicatos norteamericanos desde la perspectiva de sujetos políticos a los que leyes y jueces habían moldeado en su perfil, siendo desde esta perspectiva jurídica cinceladora y superior desde donde Alonso Olea acometerá su análisis ⁽²¹⁾. Aquí aprende y aplica el autor su estilo casuístico, pues va analizando la evolución de la legislación y jurisprudencia sobre el

obras más conocidas son de 1954 (*El hombre unidimensional*) y 1955 (*Eros y Civilización*). Nacido en 1924, Alonso Olea llega a la Universidad de Columbia con 27-28 años, y a Berkeley con 37-38 años.

(21) Así lo indica en ALONSO OLEA, *La configuración de los Sindicatos norteamericanos*, cit., pp. 107 y 108. En concreto las leyes que analiza serán la National Labor Relations Act de 1935 y la Taft-Hartley Act de 1947 (la Landrum-Griffin de 1959 sería analizada posteriormente). Sobre el tema político del sindicalismo, excepcionalmente, incidirá más tarde con artículos titulados *Las ideologías del sindicalismo*, en « Revista de Estudios Políticos », 82 (1955), pp. 19-60; *Perspectivas actuales del sindicalismo norteamericano*, en « Anales de la Universidad Hispalense », 2 (1960), pp. 25-39; *Perspectivas de la Organización Sindical del Trabajo*, en « Estudios Sindicales y Cooperativos », 10-11 (1969), pp. 7-19. Y girará la vista hacia el nuevo sindicalismo libre surgido en España con la democracia en sus *Consideraciones sobre la reforma del sindicalismo español*, en « Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas », 54 (1977), pp. 23-255. La visión sobre un segmento del sindicalismo sustituye a estos análisis sindicales globales a partir de los años ochenta, con *La regulación actual del derecho de huelga*, en REDT, 7 (1981), pp. 277-304; *Los pactos de seguridad sindical: algunas decisiones recientes*, en « Revista de Trabajo », 65 (1982), pp. 9-24; con el mismo título de *Los pactos de seguridad sindical: algunas decisiones recientes*, en REDT, 12 (1982), pp. 565-596; y *Los pactos de seguridad sindical*, en « Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas », 59 (1982), pp. 257-316. Sus últimos estudios sobre el sindicalismo tienen ya un carácter netamente jurídico: *Panorama general de la Ley Orgánica de Libertad Sindical*, en « Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense », n. extra 7, 1985 (Ejemplar dedicado a *Seminario sobre El proyecto de ley orgánica de libertad sindical*), pp. 17-36; *Sobre la constitucionalidad de la Ley Orgánica de Libertad Sindical*, en REDT, 22 (1985), pp. 259-272; *Sobre el aviso de huelga en huelga sectorial*, en REDT, 24 (1985), pp. 589-594. Y vuelve sobre los temas sindicales con motivo del proyecto fallido de ley de huelga: *Sobre el aviso de huelga en huelga sectorial*, en « Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense », n. extra 17, 1993 (Ejemplar dedicado a *El derecho de huelga: seminario Hispano-Alemán*), pp. 15-18; *Sobre la*

sindicalismo, primero en el Gran Bretaña y después en Estados Unidos, con la evolución en las fases bien conocidas ⁽²²⁾. El estilo del maestro en el análisis es terso y claro, y su estudio de los numerosos casos judiciales con los cuales destaca el imperio de los jueces, irrefutable ⁽²³⁾. En el aire flota la impresión de que el maestro había quedado sin respuesta ante el poderío sindical, pero había respirado aliviado al advertir cómo la ley y el control judicial podían sujetarlo. Algo antes, Giugni y Mancini habían viajado a Estados Unidos y habían recibido asimismo una impresión que marcaría sus vidas ⁽²⁴⁾.

Será durante su estancia en Berkeley diez años más tarde, ya como catedrático de la Universidad de Sevilla, cuando se asombre ante el entusiasmo multitudinario por Marcuse y, en menor medida, por Fromm, de los campus norteamericanos. En Berkeley, y en concreto en el vetusto edificio del Industrial Relations Institute de la Telegraph Avenue, Alonso Olea hallará una cálida acogida de sus profesores, probablemente liderados ya por George Strauss ⁽²⁵⁾, y tendrá ocasión de asistir de lleno a los debates sociales del momento, que anticipaban la entrada en la guerra de Vietnam.

regulación de la huelga, en «Razón y fe», 227 (1993), 1133, pp. 309-316; *Huelga y mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad: El estado de la cuestión*, en REDT, 58 (1993), pp. 201-210; *Sobre el caducado Proyecto de Ley de Huelga*, cit.; *A propósito del proyecto caducado de la Ley de Huelga*, cit.; y *La negociación colectiva y la mejora de las condiciones de trabajo*, en REDT, 63 (1994), pp. 137-150. A partir de ahí, y hasta su fallecimiento en 2003, se olvida del sindicalismo y dedica sus estudios principalmente a Seguridad Social y a temas muy diversos, como la mujer y la vejez.

⁽²²⁾ De conspiración criminal, liberalización, reacciones empresariales — *labor injunctions* en las *equity courts* aplicados a las huelgas, leyes antitrusts contra los sindicatos —, y la Clayton Act de 1914 denunciando que el trabajo no es una mercancía, hasta que el Tribunal Supremo del país le aplica una interpretación restrictiva que le priva de casi todo su valor. Aun cuando el signo cambiará otra vez cuando, por aplicación de la ley Norris-LaGuardia de 1932, pase a refrenar la aplicación extensiva de los interdictos.

⁽²³⁾ Por ejemplo, la aplicación judicial «restó toda la virtualidad práctica a la Ley Clayton»: ALONSO OLEA, *La configuración de los Sindicatos norteamericanos*, cit., p. 137.

⁽²⁴⁾ Viaje de estudios en 1951-1952. «Gino — scrive Umberto Romagnoli — tornerà dagli States diverso da quel che era»: G. CAZZOLA, *In ricordo di Gino Giugni*, en «Lavoro, Diritti, Europa», 12 de diciembre de 2019.

⁽²⁵⁾ Vid. R. CALLUS, R. LANSBURY, *George Strauss (1923-2020)*, en «Labour and Industry», 30 (2020), 4, pp. 433-434.

4. *La integración en el régimen político.*

Hemos visto más atrás cómo se produce el fulgurante ascenso personal de Alonso Olea al retornar de su viaje americano. Ya vimos cómo tardaría muy poco en llegar a Director General de la Jurisdicción del Trabajo, que regía las Magistraturas de Trabajo con las que el régimen del general Franco había sustituido a los tribunales industriales y jurados mixtos por Decreto de 1938. Como indica Lo Cascio, las Magistraturas de Trabajo constituirían una jurisdicción especial que tuvo una importante función política ⁽²⁶⁾.

Las nuevas Magistraturas vinieron cubiertas con abogados, jueces y notarios, y sus decisiones fueron en los primeros tiempos recurribles ante la Sala Social del Tribunal Supremo. No disponemos de datos sobre el número de miembros que procedían de cada una de tales profesiones, si bien por mero ejercicio lógico debían ser muchos más los abogados que los jueces y notarios: en todo caso, adictos al régimen que los nombraba en 1938, pero acostumbrados a aplicar la ley con un discurso metódico y detallista, muy lejos de la primacía de la realidad con que resolvían los órganos de fábrica, los enlaces sindicales y vocales jurados del « Vertical ». La Ley Orgánica de Magistraturas de Trabajo de 1940, poco después, sustituyó el recurso civil ante el Supremo por la competencia de un Tribunal Central de Trabajo (en adelante, TCT), adscrito directamente al Ministerio de Trabajo y encabezado por un cargo político, el Director General de Jurisdicción del Trabajo, y desde 1966, por un Presidente *ad hoc* ⁽²⁷⁾, probablemente en el intento de camuflar tan franca dependencia política en el mundo de los años sesenta, que solo toleraba a las dictaduras si venían maquilladas ⁽²⁸⁾.

Se trataba, en resumidas cuentas, de un cargo político del régimen, y se buscó alguien con vocación política. Alonso Olea

⁽²⁶⁾ D. LO CASCIO, *Las magistraturas de trabajo, una jurisprudencia especial*, en *Reflexiones sobre jurisdicciones especiales*, Fernández Rodríguez M. y Martínez Peñas L. (coords.), Valladolid, Asociación Veritas, 2016, p. 607.

⁽²⁷⁾ Ley 33/1966, Orgánica de Magistraturas de Trabajo: el Presidente TCT se nombra, dice su art. 9, entre abogados, catedráticos y jueces de prestigio. Art. 11. Los servicios prestados como presidentes se imputarían a sus carreras de origen.

⁽²⁸⁾ Más claro aún era el ejemplo del Tribunal de Orden Público, creado en 1963 para juzgar los delitos políticos contra la dictadura en sustitución de los tribunales militares, tras el fusilamiento de Julián Grimau.

ocuparía el cargo de Director General como cabeza del Tribunal, y desde ese cargo, en 1967, vendría designado como Presidente del mismo, por Decreto del Consejo de Ministros (29).

La carrera política del maestro no estuvo exenta de elegancia. Desde el principio dedicó sus esfuerzos a aplicar la legislación de la Dictadura de la manera más escrupulosa posible, sin resabios caciquiles de arbitrariedad, y las sentencias del Tribunal Central de Trabajo se caracterizaron por el detallismo en la observancia de la ley y de la jurisprudencia emanada por el régimen, sin atisbo de exceso alguno. Sus « plenillos » en el Tribunal eran recordados, incluso por magistrados de carrera que formaron parte del mismo, como ejemplo de aplicación estricta y escrupulosa de la normativa vigente; claro está, de una normativa no debatida sino dictada.

Alonso Olea era un hombre culto y, además inteligente. Pero su formación procedía de las décadas duras del régimen franquista, y había vivido además en Estados Unidos la aplicación de las condenas a los comunistas por el maccarthysmo y la guerra fría de los años cincuenta, así como los errores del sindicalismo norteamericano en las oscuras relaciones del poderoso sindicato de transportistas con la mafia, incluida la prisión de su líder Jimmi Hoffa, durante los años cincuenta y sesenta (30). Cuando en su estadía en Berkeley sufre el choque con las teorías de Marcuse y Fromm, su reacción no parece simplemente de repulsa, sino de alarma ante el sindicalismo libre, y la expresará indirectamente, a saber, desde la norma jurídica y la jurisprudencia.

Aún hoy los profesores italianos comprometidos con el fascismo de su época continúan reconocidos como grandes juristas, incluso por obra del profesor Romagnoli, que en sus medallones de juristas magníficos incluyó a Barassi en primer término, con inde-

(29) Decreto 61/1967. Cfr. P.M. MACIÁ ARROYO, *Las Magistraturas de Trabajo de 1938 y la ley 1912 de Tribunales Industriales y Jurados Mixtos*, Universidad Miguel Hernández, 2022, en internet.

(30) Aun antes, la corrupción mafiosa en el sindicato de estibadores de Nueva York había venido denunciada en magníficos films de enorme resonancia, como el de « La ley del silencio » (On the waterfront), de Elia Kazan, 1954.

pendencia de que luego figurara una dura crítica a su vertiente política ⁽³¹⁾.

No fue la integración en el Ministerio de Trabajo como presidente del TCT su única colaboración con el franquismo, pues éste lo utilizó plenamente en varios aspectos de política internacional, dada la carencia de técnicos de altura con conocimiento de idiomas entre sus filas.

Y aquí ha de confesar quien esto escribe que su destino se entrecruzó con el de Alonso Olea en varias ocasiones. En primer término, porque quien habla frecuentó también Berkeley años después de que lo hiciera el maestro, cuando todavía campeaba sobre la entrada principal del campus universitario, frente al café Roma, una leyenda con un texto beligerante, « La Unión Soviética nos teme: tenemos más Premios Nobel que ella ». Y disfrutó del excelente trato que el claustro del Instituto de Relaciones Industriales otorgaba a los profesores visitantes, que en el tiempo de su estancia contó también con los profesores Luigi Mariucci (Bologna), Ron Callus (Sidney) y otros alemanes y franceses ⁽³²⁾.

Junto a ello, una actividad frecuente encomendada a Alonso Olea consistió en representar al régimen del general Franco en los foros internacionales del más alto nivel. El maestro no solo dominaba varios idiomas, sino que además tenía ingenio y humor, y utilizaba como nadie los pasillos para convencer y entretener a quienes era preciso abordar antes o después de una reunión importante donde podría debatirse una de tantas denuncias contra la dictadura. En la Asamblea General de Naciones Unidas participó numerosas veces como representante de España, y perteneció a la comisión de Desarrollo Social en tres períodos. De igual modo acudió anualmente a la Conferencia de la Organización Internacional de Trabajo en Ginebra durante un período considerable, en el

⁽³¹⁾ Una recopilación de aquellos medallones, en U. ROMAGNOLI, *Giuristi del lavoro del Novecento italiano. Profili*, Ediesse, 2018. El medallón dedicado a Barassi, no obstante, lo escribe GAETA, *Ludovico Barassi (1873-1961)*, cit.

⁽³²⁾ Y que incluyó, como dato humorístico de su hospitalidad, un almuerzo de bienvenida en la pizzería cercana, donde el director de entonces nos invitó a la pasta del lugar, a expensas claro es del bolsillo de cada uno. Las reuniones del Departamento se hacían a la hora del almuerzo, con debates simultáneos al consumo de los bocadillos contenidos en las respectivas cajas de zapatos.

que, dado el carácter tripartito de dicha asamblea, se presentaba flanqueado por un representante de la sección de trabajadores del Sindicato Vertical, Noel Zapico, y otro de la sección empleadora del mismo Sindicato Vertical, José Utrera Molina, otrora gobernador civil de Sevilla. En 1972, por ejemplo, quien esto escribe se hallaba en Munich en estancia postdoctoral, junto con el profesor Fermín Rodríguez Sañudo, y decidimos acercarnos a Ginebra para asistir a la Conferencia OIT de aquel año. Allí estaba Alonso Olea, a quien pudimos ver por los pasillos en funciones de embajador. Eran tiempos difíciles porque las noticias procedentes de España hablaban de grandes convulsiones relacionadas con la crisis económica mundial y con la actividad terrorista de ETA — que al año siguiente asesinaría a Carrero Blanco —, y las peticiones de condena al régimen franquista se multiplicaban. Allí, en la tranquilidad de los pasillos de la OIT, Alonso Olea argumentaba y trataba de convencer en varios idiomas a tirios y troyanos para que desistieran de condenar al régimen del general Franco.

Quizá merezca la pena saber al hilo de estas intervenciones hasta qué punto don Manuel podía desplegar su ironía y sentido del humor con facilidad. Aun cuando no era buen orador — y su esposa Angelines comentaba el insomnio y los nervios del maestro las noches previas a sus defensas ante los tribunales cuando había ejercido de abogado —, sabía hallar el lado cómico de las situaciones, como acreditó numerosas veces, de las que veremos al menos dos: una de ellas, en torno a las fluctuaciones de la normativa sobre contratos temporales, cuyos últimos cambios nos han llegado recientemente con la profunda modificación del artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores. Invitado a dictar una conferencia sobre el tema en una residencia universitaria de Segovia, el título que se le ocurrió para el evento fue como sigue: « Contratos por tiempo indefinido y contratos temporales. La situación hoy, día 26 de febrero de 1993, a las 19:30 horas »⁽³³⁾. Mayor enjundia y quizá pitorreo desplegó con ocasión del proyecto nonnato de ley de huelga de 1992, abortado a falta únicamente de la reunión aprobatoria del Congreso, cuando el presidente Felipe González di-

⁽³³⁾ Conferencia en el Colegio Mayor Domingo de Soto, Segovia, febrero de 1993, citada en ALONSO OLEA, *A propósito del proyecto caducado de la Ley de Huelga*, cit., p. 414.

solvió las Cortes y convocó nuevas elecciones, siendo así que ya se había publicado algún libro colectivo con el título de « La nueva Ley de Huelga ». Alonso Olea señalaba triunfal a los incautos y les reconvenía condescendiente porque, como decía, había que esperar hasta que la ley estuviera publicada en el Boletín Oficial antes de ponerse manos a la obra con ella.

En otra variante de su actividad de apoyo al régimen autoritario, practicó el noble arte de la represión en la docencia universitaria, y aquí también quien esto escribe puede aportar información de primera mano. En 1973 la situación política en el país había llegado al máximo de intranquilidad, pues desde diversos frentes el régimen se veía acosado, unas veces por terroristas de ETA — que ese mismo año asesinarían al vicepresidente del Gobierno, Carrero Blanco, como ya se indicó supra —, otras por el robustecimiento de las actividades contra la Dictadura de sindicatos y partidos políticos en la clandestinidad. Ocurrió que el profesor Carlos García Valdés, uno de los jóvenes profesores no numerarios — los sufridos PNNs — de la Universidad Complutense de Madrid, ejercía también como abogado, y en defensa de un cliente discrepó del Tribunal de Orden Público, que le abrió expediente sancionador por desacato. La Complutense lo expulsó de sus aulas sin más trámite, y los demás PNNs acordamos una huelga de solidaridad en apoyo de quien años más tarde ocuparía un alto cargo en la democracia. En el caso de quien escribe, la huelga afectó a una hora de clase, lo cual vendría sancionado con la expulsión de la Universidad por el maestro. Pero no todo puede cargarse a su mochila. Al día siguiente de esa primera huelga, correspondía abstenerse de impartir su clase a otra persona del Departamento, quien nos rogó a todos que la acompañáramos para anticipar al maestro la noticia, cosa que hicimos los cinco o seis jóvenes PNNs del mismo Departamento. Y allí, en el gran despacho de Alonso Olea como presidente del TCT, le expusimos las razones de la huelga, mientras que la persona que turnaba la huelga guardaba compungido silencio detrás de los demás. Al cabo, el maestro nos despidió malhumorado, aunque reservó una comprensiva sonrisa para quien se despedía cabizbajo el último, camino de su presunto calvario. No hubo más horas de huelga que aquella primera. Al cabo de pocos días, el maestro llamó a quien escribe, en solitario, a su despacho, y le comunicó la expulsión de la Universi-

dad de forma oblicua: como responsable de la huelga, no debería aparecer más por el Departamento; y ni al año siguiente, ni en los demás, sería admitido en él.

Fueron dos años de quien esto escribe que transcurrieron en algo llamado Colegio Universitario de Huelva, en los terrenos del polo químico de la ciudad sureña, entre fumarolas de humo pestífero y mosquitos al atardecer, como profesor de la asignatura Introducción al Derecho, con obligación de residir en aquel lugar inhóspito. Pero a fines de 1975 el Dictador enfermó gravemente, y el maestro citó a este comentarista nuevamente a su despacho del Tribunal Central: se convocaban pruebas para una cátedra en Derecho del Trabajo donde su escuela de profesores competía con otras, y su único candidato preparado era quien escribe. Estimaba que era suficiente la sanción impuesta, por lo que ofrecía su apoyo si le aseguraba que no tomaría represalias en el futuro. Y el extraño acuerdo funcionó.

No es seguro que el maestro hubiera perdonado espontáneamente tan grave falta, sino más bien lo contrario, lo hizo impulsado por la deriva de los acontecimientos. Aquel año de 1975 la oposición al régimen había llegado a sus máximas cotas de manifestaciones, huelgas y violencia, como se dijo, y el régimen había contestado de manera asimismo violenta. Primero había acordado en Consejo de Ministros el fusilamiento del anarquista Puig Antich, y, más tarde, otro Consejo de Ministros había decretado el fusilamiento de cinco miembros del FRAP y de ETA ⁽³⁴⁾. Las ejecuciones fueron realizadas en Barcelona y Burgos por pelotones de voluntarios de la Guardia Civil, principal cuerpo policial afectado por los atentados, y estremecieron a la opinión pública europea ⁽³⁵⁾. El dictador, además, estaba senil, decrépito, y su fin natural llegaba con rapidez a ojos vista, como así ocurriría aquel 20 de noviembre.

Quedaba un último y poderoso argumento para contrarrestar la crítica, hasta aquí seguida, de la pertenencia del maestro al « glorioso Movimiento Nacional », y pasamos ahora a describirlo.

⁽³⁴⁾ Acuerdos de Consejos de Ministros de 2 de marzo de 1974 y 27 de septiembre de 1975.

⁽³⁵⁾ Los últimos provocaron manifestaciones en toda Europa, y la embajada en Lisboa fue incendiada.

De entre sus escritos políticos, o no jurídicos, había algunos de filiación hegeliana, que se resumían en un libro titulado *La alienación. Historia de una palabra* ⁽³⁶⁾. Pues el concepto «alienación» había logrado un enorme éxito de culto en aquel momento, como Alonso Olea indicaba expresamente en la primera línea de su estudio ⁽³⁷⁾. Como repitieron los comentaristas de su libro, el análisis efectuado por el maestro mostraba una exquisita objetividad incluso allí donde podía esperarse un análisis político respecto a los filósofos que habían utilizado el vocablo como arma de combate en la lucha política, como era el caso de Karl Marx.

La objetividad debe admitirse en el libro y sus artículos complementarios. Posiblemente el maestro había perdido interés en la figura de Marx y se había dejado llevar por la moda intelectual del momento, aquellas variaciones introducidas por la Escuela de Frankfurt y en especial por Marcuse y Fromm que tanta sorpresa le habían producido en su estadía americana. Más aún, parece haber existido una cierta evolución en los propósitos de Alonso Olea desde que comenzara a explorar el concepto en 1971 hasta que publica el libro en 1974. Al menos hay una cierta distancia entre cuanto promete en aquel discurso primigenio en la Academia de Ciencias Morales y Políticas, y lo que finalmente plasma en la obra principal. Pues en efecto, si bien el discurso académico trazaba un arco de nada menos

⁽³⁶⁾ El origen del libro y de otros escritos se sitúa en los cursos de doctorado que impartió en la Universidad Complutense durante los cursos 1971-1972 y 1972-1973 con el título de *Aspectos sociales y jurídicos de la alienación*, que vinieron acompañados de dos largos artículos de revista con un título más corto, *Sobre la alienación*, en la «Revista de Estudios Políticos», 179 (1971), pp. 5-44, y 181 (1972), pp. 51-104. En 1973 publica su conferencia de ingreso en la Academia de Ciencias Morales y Políticas, con el título *Alienación. Historia de una palabra*, Madrid, Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, 1973, donde restringe el análisis a la doctrina de Hegel como iniciador de la corriente, y a continuación publica un libro con el mismo título, Madrid, Centro de Estudios Políticos, 1974, 409 pp., donde aborda el estudio del concepto en los filósofos más relevantes, incluido Marx. Ya avanzada la democracia en España, publica una versión corregida por él mismo en México (UNAM, 1988), y de aquí se toma el texto que aparece recientemente, con ese mismo título, publicado por el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2019, con *Presentación* de Ricardo Alonso García, e *Introducción* de Alfredo Montoya Melgar.

⁽³⁷⁾ «La expresión *alienación* aparece hoy doquiera», decía en la primera línea de su discurso de ingreso en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, citado en la nota anterior.

que treinta variaciones del concepto, a los que acompañaba con sus autores y sus libros, y que no agotaban los significados del término, ni mucho menos el elenco de tratadistas ⁽³⁸⁾, el libro central vendría dedicado en cambio a los pocos autores que realmente le interesaban, cada uno con un capítulo: Hegel, Marx, Marcuse ⁽³⁹⁾, Fromm ⁽⁴⁰⁾, y Sartre, del cual analiza sus dos obras principales y los distintos significados que el concepto que nos ocupa adquiere en ellas.

⁽³⁸⁾ ALONSO OLEA, *Alienación. Historia de una palabra*, cit., pp. 9 a 16. Es dudoso que el discurso real hubiera desgranado ni siquiera la larga lista de autores, por lo tedioso del propósito, pero en la publicación del mismo aparecen acompañados de respectivas notas al pie, en donde no solo se alude al autor principal de la variante terminológica, sino a otros autores más. Había descubierto una veta anglosajona de eruditos dedicados a hacer el mismo balance, a los que cita en la nota 31 de dicho discurso en su versión escrita, y no me resisto a citarlos en esbozo: SCHACHT, *Alienation*, 1970; *Automation, Alienation and Anomie*, Marcson (ed.), 1970; SEEMAN, *L'Etude de l'aliénation dans la société de masse*, 1967; NISBET, *The Sociological Tradition*, 1967; GORZ, *Historia y Enajenación*, 1969; HOFFMAN, *Historia de las ideas sociales en los siglos XIX y XX*, 1964; DESAN, *The Marxism of Jean-Paul Sartre*, 1965; del mismo, *The Measure of Alienation*, 1961; SCOTT, *Las fuentes*, cit. (sic); BLAUNER, *Alienation and Freedom*, 1964; y NETTER, *Una medida de la alienation* (sic). E incluye además dos recopilaciones al respecto, en concreto la *Bibliografía internacional de ciencias sociales*, 1970, con 22 títulos que incluyen el vocablo alienación, y la de *Social Aspects of Alienation. An annotated bibliography*, 1969, con doscientos veinticinco artículos sobre el concepto.

⁽³⁹⁾ *Alienación*, p. 254 y ss. de la edición de 2019, en cuyo capítulo hace un « excursus » para hablar sobre « la moda de la alienación ». En p. 256 indica de nuevo cómo después de 1960, en marcado contraste con los años anteriores, la alienación pasa a ser el tema dominante, sirviendo de punto de partida para la crítica tanto de la sociedad llamada capitalista como de la sociedad colectivizada, y utilizándose como categoría general de análisis sociológico o como realidad sobre la que debe versar éste. Desde página 260 a 284, en el mismo capítulo, hay un nutridísimo elenco de autores y temas dedicados al epígrafe Sociología del Trabajo. Y desde la p. 284 a la 314, una especie de caleidoscopio donde analiza diversos aspectos de la alienación, olvidado ya del autor al que dedica el capítulo, Marcuse, y centrado en diversos significados centrales del concepto: alienación doquiera en el trabajo (284 y ss.), alienación e insatisfacción (291 y ss.), alienación, categoría abstracta (296 y ss.), las consecuencias de la moda (300 y ss.), y Adam Smith como precursor (210 y ss.).

⁽⁴⁰⁾ El título del capítulo ya no refiere al autor principal en él analizado, sino que adopta el nombre de *Ídolos y alienación*, en p. 315 y ss. Fromm y sus ideas le sirven como entrada para epígrafes muy alejados de lo jurídico, en concreto los textos bíblicos, alienación y pecado, la autoadoración al hombre en la enseñanza de Feuerbach, y sobre otros ídolos.

Pero buscábamos por la senda equivocada al esperar un pronunciamiento frontal del maestro. El verdadero propósito de Alonso Olea con tan prolijo estudio no parece haber sido otro que el de *difuminar* el concepto en base a los múltiples significados adquiridos en aquella explosión epistemológica que su tiempo alumbró en otras partes del mundo. Al fragmentarlo desaparecía el concepto, perdido entre tantas variables. La alienación no significaba nada porque lo significaba todo. Sobre Marx, por ejemplo, advierte cómo la referencia al concepto de alienación surge en sus primigenios *Manuscritos de París* y *La ideología alemana*, y ya en *El Capital* ha perdido fuerza ⁽⁴¹⁾. En todo caso se utiliza en diversos sentidos en esas obras, así como en los dos ensayos sobre *La cuestión judía* ⁽⁴²⁾.

De este modo, parece lógico que ya hacia la mitad del libro, como colofón al capítulo sobre Marx, resuma en una frase el que podría ser el significado o la intención del libro: «Es imposible entrar aquí en estos temas tan complejos y de interpretación tan poco pacífica» ⁽⁴³⁾.

Un trabajo erudito, de estudiada confusión, cabría decir. Su hechura es proustiana, o si se quiere francesa, en el amor por las estructuras sintácticas complejas, con numerosas oraciones de relativo y disposición a manera de muñecas rusas, con frases incrustadas unas en otras hasta el paroxismo, huyendo del punto terminal, a diferencia del estilo sencillo y directo de la lengua inglesa. Buena prueba de ello es la Conclusión del libro, en pp. 407-408, donde proclama el final de la idea-fuerza:

La realidad objetivada (*'objectivation*, o del hombre actuando sobre la materia') actúa sobre el hombre mismo (*'objectivité*, o de la materia actuando sobre el hombre'). Con otra terminología, 'la anti-*praxis* [es] momento... necesario de la *praxis*', o el hombre es el producto de sus propios productos. Si a ello se añade la hostilidad, de por sí innata y exacerbada por la escasez, a la vez condición y efecto tanto de la *praxis* como de la anti-*praxis*, presidiendo tanto la objetivación del hombre

⁽⁴¹⁾ ALONSO OLEA, *Alienación. Historia de una palabra*, edición de 2019, cit., p. 137 y ss.

⁽⁴²⁾ *Ibíd.*, p. 195 y ss.

⁽⁴³⁾ *Ibíd.*, p. 230. Las dos versiones distintas de la función del filósofo, acción para unos y contemplación para otros, van referidas a Fichte en el capítulo de Marx.

como el retorno contra él de su objetivación, ‘después de la alienación por la escasez, una nueva alienación’, anterior e independiente a cualquier proceso de ‘explotación’, siempre con el ‘otro’, con los demás hombres, como el enemigo *per se*, y se añade que, a su vez, se aliena tanto quien intenta verlo bajo otra perspectiva, como quien cree que cualquier modo de contemplación le ahorra su necesidad de decidir libremente, se está en la alienación básica sartreana ya expuesta, que en su radicalización sin concesiones, ni a la realidad ni a la utopía ni, por supuesto, a la incoherencia (de la misma forma que ante su escasez radical parece opulenta la necesidad de los economistas clásicos, que es sustancialmente la que manejan episódicamente Hegel y centralmente Marx, en las versiones de Smith y Ricardo respectivamente), menos aún al desarrollo, cuya noción se coloca allende la experiencia y la lógica, ni al hombre ni al mundo, hace de éste un infierno y de aquél un alienado ya en el sentido de un loco, desventurado ser al que la desgracia de haber nacido lo disocia de la naturaleza, de sus semejantes y, en cuanto intente un mínimo acomodamiento a aquélla o a éstos, de sí mismo. El distanciamiento o separación con que la alienación comenzara en Hegel se nos ha convertido en disociación o esquizofrenia en la alienación de Sartre, y con ello pudiera decirse que la expresión ha llegado al término final de su accidentado recorrido (44).

5. *El epílogo.*

El fallecimiento del *caudillo* el 20-N de 1975 no acabó con el mundo del maestro, y, en una transición densa y larga de años, Alonso Olea se irá viendo privado de cargos de representación, pero no así de la presidencia del Tribunal Central de Trabajo, que continuaría todavía algún tiempo, aunque los rumores de su supresión comenzaran en la década siguiente (45). Finalmente la Ley Orgánica del Poder Judicial 6/1985 inició su final (46):

(44) *Ibíd.*, p. 408.

(45) Juan A. SAGARDOY BENGOCHEA, *¿Desaparece el Tribunal Central de Trabajo?*, en « El País », 4 de enero de 1982, con alusión al proyecto de crear una Sala Social en la Audiencia Nacional; J. AVILÉS CABALLERO, *Sobre la supresión del Tribunal Central de Trabajo*, en « La Ley », 4 (1984), pp. 1158-1162.

(46) Disposición Transitoria 18 LOPJ 6/1985. La Ley de Demarcación y Planta Judicial 38/1988 determinaría la desaparición efectiva de aquel Tribunal. A tenor de su artículo 38, « El Consejo General del Poder Judicial, una vez hayan iniciado el ejercicio

El Tribunal Central de Trabajo quedará suprimido en la fecha en que entren en funcionamiento las Salas de lo Social de la Audiencia Nacional y de los Tribunales Superiores de Justicia, que serán establecidas por la ley que fije la planta de los Tribunales. Serán de aplicación las reglas siguientes:

1.^a Los Presidentes y Magistrados del Tribunal Central que, en virtud de lo dispuesto en la disposición transitoria anterior, se integren en la Carrera Judicial, pasarán a constituir la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional y del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, según exija la Ley de Planta, y si excedieren de la plantilla que se establezca, se seguirá un orden de preferencia atendiendo a la mayor antigüedad en el cargo, quedando los restantes adscritos a la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid hasta que obtengan destino en propiedad. Dicha Sala conocerá de todos los asuntos pendientes en el Tribunal Central, con excepción de los que correspondan a la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional [...].

En observancia del mandato legal, el Consejo General del Poder Judicial ejecutó la disolución en 1989 ⁽⁴⁷⁾.

La disolución deparó a Alonso Olea dos profundas decepciones: una, que el personal con origen judicial del TCT pasaría a la Audiencia Nacional o a los Tribunales Superiores de Justicia, pero no al Tribunal Supremo ⁽⁴⁸⁾; otra, que el destino de su Presidente no venía considerado, pues solo se dio opción a (re)integrarse en los

de su competencia la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional y las Salas de lo Social de todos los Tribunales Superiores de Justicia, y efectuadas las integraciones que prevé la disposición transitoria decimoctava de la Ley Orgánica del Poder Judicial, determinará la fecha de supresión del Tribunal Central de Trabajo y finalización del ejercicio de su competencia y ordenará su publicación en el 'Boletín Oficial del Estado'. A partir de esta fecha, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en la forma que establece la disposición transitoria ya citada, conocerá de los asuntos pendientes ante el Tribunal Central de Trabajo, con excepción de lo que corresponda a la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional ».

⁽⁴⁷⁾ Acuerdo del Pleno del CGPJ de 10 de mayo de 1989 sobre la « supresión forzosa del Tribunal Central de Trabajo ».

⁽⁴⁸⁾ Artículo 31, Ley de Demarcación y Planta Judicial: « 1. En el plazo de tres meses a partir de la entrada en vigor de esta Ley, el Consejo General del Poder Judicial efectuará las adscripciones de Presidentes de Sala y Magistrados del Tribunal Central de Trabajo a la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional y a la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, siguiendo el orden de preferencia establecido en la disposición transitoria decimoctava de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

escalafones judiciales a los magistrados y fiscales originarios — vale decir, por oposición en los cuerpos « regulares » que hubieran optado por el traslado al TCT-, según la propia Ley Orgánica del Poder Judicial ⁽⁴⁹⁾.

Todavía habría una tercera decepción a fines de la siguiente década, con un Auto del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 2 de octubre de 1999 (rec. 4356/1998), por el cual no se reconocía validez a la doctrina de aquel Tribunal para fundar un recurso de casación en unificación de doctrina ⁽⁵⁰⁾. No ya la existencia, sino también la propia actividad de la que tan orgulloso se sentía el maestro, quedaban definitivamente arrumbadas junto a los símbolos de aquel período oscuro.

Quedaba a Alonso Olea abrigar un último sueño con la aparición del Tribunal Constitucional, del que inicialmente, no obstante, había lanzado alguna reserva, como muchos jueces en aquel momento. Los catedráticos juristas de la Universidad Complutense habían comenzado a integrarse en él, como se ha dicho, y el maestro consideraba posible e incluso obligado que su larga experiencia en la justicia social le deparara también ese honor. Debíó darse cuenta de que no sería así cuando su primer discípulo, Miguel Rodríguez Piñero, vino nombrado para el cargo en 1986. Esta sería la cuarta decepción. Y no se trataba de ningún olvido, porque el maestro no era un desconocido en el Gobierno: el presidente de entonces, Felipe González Márquez, conocía el libro sobre la alienación y había comentado su admiración por él, recordando a Alonso Olea como el autor de la más destacada obra que, en su opinión, se había escrito en español sobre la materia, y

Efectuadas las adscripciones, el Gobierno, en el plazo de un mes, a partir de su publicación, fijará la fecha, que se publicará en el 'Boletín Oficial del Estado', en que comenzará el ejercicio de su competencia. 2. El personal al servicio de la Administración de Justicia que presta servicio en el Tribunal Central de Trabajo será destinado a la Audiencia Nacional o al Tribunal Superior de Justicia de Madrid. La adscripción se determinará con arreglo a lo dispuesto reglamentariamente ».

⁽⁴⁹⁾ Disposición Transitoria 17 LOPJ.

⁽⁵⁰⁾ Escuetamente motivaba su decisión el TS en el hecho de que « La contradicción que, como requisito del recurso de casación para la unificación de doctrina, regula el artículo 217 de la LPL, ha de establecerse con las sentencias que menciona ese precepto, sin que puedan tenerse en cuenta a estos efectos las del extinguido Tribunal Central de Trabajo que no están relacionadas en la norma citada ».

paradójicamente — había añadido — por alguien que rechazaba al marxismo ⁽⁵¹⁾. Pero su pretendida admiración no le impedía a renglón seguido postergarlo en base a tan largo período de servicios al régimen militar.

Por todo ello, y volviendo al principio de este largo excursus, la equiparación ideal de una jurisdicción especial como fue el Tribunal Central de Trabajo español, y su presidente al frente, con el Tribunal Constitucional más poderoso de la Tierra, la Corte Suprema de Estados Unidos, y sus presidentes y jueces, no puede ser otra cosa sino un romántico deseo que debe arrumbarse en el baúl de los ensueños. Alonso Olea tuvo otros aciertos, en concreto el haber sujetado el debate jurídico laboral del país a los rigurosos pedimentos de la casuística procesalista, aunque con ello se descuidara el debate sobre los fundamentos de nuestra materia; pero su aventura política, su devoción a los instrumentos del franquismo, no debiera a estas alturas ser maquillada, en cuanto necesario contrapeso de aquella figura jurídica.

⁽⁵¹⁾ R. ALONSO GARCÍA, *Presentación* al libro *Alienación. Historia de una palabra*, edición de 2019, cit., p. XIII. El comentario del presidente del Gobierno se había producido en 2017, pero mucho antes, durante el período final de la Dictadura y los años de la Transición, el después jefe del ejecutivo había ejercido como abogado laboralista en Sevilla y formado parte como profesor colaborador del Departamento de Derecho de Trabajo de la Universidad, entonces dirigido por el profesor Rodríguez Piñero y antes de éste por Alonso Olea.

TSUBASA DOI

SANTI ROMANO IN GIAPPONE (*)

1. Introduzione. — 2. Il diritto comparato e lo studio sul diritto italiano in Giappone. — 3. Il dibattito giapponese sulla teoria romaniana. — 3.1. Teoria della « azienda-famiglia »: Riuzo Maitani e l'istituzionalismo giuridico. — 3.1.1. Riuzo Maitani e l'istituzionalismo giuridico. — 3.1.2. La teoria della « azienda-famiglia ». — 3.1.3. L'istituzionalismo giuridico di Maitani dopo la guerra. — 3.2. La teoria di Romano come giurisprudenza della Corte Suprema giapponese? Kōtarō Tanaka e il pluralismo. — 3.2.1. Kōtarō Tanaka e il pluralismo. — 3.2.2. La teoria di Romano come giurisprudenza della Corte Suprema giapponese? — 3.2.3. Il principio delle « società parziali » dopo la presidenza di Tanaka. — 3.3. La costruzione oggettiva del diritto amministrativo: Takeshi Nakano e la teoria del diritto amministrativo. — 3.3.1. Takeshi Nakano e la teoria del diritto amministrativo. — 3.3.2. Costruzione oggettiva del diritto amministrativo. — 3.3.3. Il dibattito sul futuro del sistema di diritto amministrativo. — 4. Conclusione.

1. *Introduzione.*

Non v'è dubbio che Santi Romano sia stato uno dei più influenti giuspubblicisti italiani della prima metà del XX secolo. Ma la sua teoria, illustrata in opere come *L'ordinamento giuridico* ⁽¹⁾, ha avuto un'ampia risonanza anche all'estero ⁽²⁾. Altri studi hanno già

(*) L'autore desidera ringraziare Roberto Cavallo Perin, Lorenzo Pacinotti, Gabriella Racca e Gianluca Russo per i commenti che hanno migliorato notevolmente il manoscritto e Takeshi Nakano per aver generosamente verificato la correttezza della sua impostazione scientifica esposta in questo saggio. Tuttavia, gli eventuali errori sono miei e non devono compromettere la reputazione di questi stimati colleghi. Questo lavoro è stato sostenuto dal JSPS KAKENHI Grant Number 21K01143.

⁽¹⁾ S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Firenze, Sansoni, 1946². L'opera è stata tradotta in giapponese da Fumio Iguchi, *Hōchitsujo* [L'ordinamento giuridico] (1)-(4), in « Okayama Daigaku Hōugakukai Zasshi [Bollettino della Società di Giurisprudenza dell'Università di Okayama] », 62 (2012), 1, p. 98-(2013), 4, p. 109.

⁽²⁾ Un esempio è Carl SCHMITT, *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens*, Hamburg, 1934, pp. 24-25 e 54-55. Con la pubblicazione della traduzione in

approfondito l'influenza della teoria di Romano in diversi paesi ⁽³⁾. L'obiettivo di questo articolo è esplorarne la recezione in un contesto meno noto: quello giapponese.

Per raggiungere tale fine, il presente lavoro si articola secondo le seguenti linee argomentative. Inizialmente, quale presupposto per analizzare la recezione di Romano, viene offerta una breve panoramica sulla posizione del diritto comparato nella scienza giuridica giapponese, mostrando come lo studio del diritto italiano sia servito per ricostruire, sin dalle fondamenta, il valore più autentico degli orientamenti dottrinali. In seguito, si analizza la recezione delle idee romane in Giappone attraverso tre esempi specifici: l'adesione all'istituzionalismo e alla teoria pluralista tra gli anni '30 e '60, e la reinterpretazione della teoria del diritto amministrativo negli anni 2000. Ciò permetterà di evidenziare la capacità sottesa alla teoria romana di alimentare un vivo dibattito nella scienza giuridica giapponese.

2. *Il diritto comparato e lo studio sul diritto italiano in Giappone.*

È una caratteristica peculiare della scienza giuridica giapponese l'abitudine di quasi tutti i ricercatori di dedicarsi al diritto comparato, almeno nelle loro prime opere. In altri termini, si è *de facto* instaurato un interesse tra gli studiosi verso le scuole di diritto inglese, francese, tedesco e americano, a seconda dell'università di appartenenza, dell'area di specializzazione o del particolare tema oggetto di studio. Una prassi non scritta nell'ambito accademico vuole che gli studiosi si concentrino sul « diritto madre (*bohō*) » ⁽⁴⁾

inglese de *L'ordinamento giuridico*, l'influenza delle idee romane nel mondo anglofono sta crescendo. Si veda S. ROMANO, *The Legal Order* (trad. M. Croce), 2017.

⁽³⁾ Ad esempio, D. SCHEFOLD, *La recezione dell'Ordinamento Giuridico in Germania*, in S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico (1917-2017)*, a cura di M. Mazzamuto, Napoli, Editoriale Scientifica, 2020, p. 319; Jean-Sylvestre BERGÉ, *Les ordres juridiques*, Paris, Dalloz, 2015.

⁽⁴⁾ Il concetto di « diritto madre » si riferisce a un diritto che è servito da modello per il diritto giapponese. Ad esempio, il vecchio Codice civile giapponese (l. n. 28/1890 e l. n. 98/1890) fu redatto da un professore francese, Gustave Émile Boissonade, e pertanto risente fortemente dell'influenza del Codice civile francese.

e redigano le loro prime opere su di esso ⁽⁵⁾. I paesi scelti come « riferimento » sono proprio quelli che hanno giocato un ruolo cruciale nella recezione del diritto occidentale in Giappone ⁽⁶⁾: l'Inghilterra, la Francia e la Germania durante il periodo Meiji (1868-1912) e gli Stati Uniti nel periodo post-Seconda guerra mondiale ⁽⁷⁾.

Ad esempio, nel campo del diritto costituzionale, alcuni hanno iniziato la loro carriera studiando la vicenda statunitense, che ha segnato una forte influenza nella redazione della Costituzione vigente, e si sono poi focalizzati su argomenti quali la teoria della *judicial review*. Altri hanno preferito il diritto tedesco, che ha avuto una notevole importanza negli studi di diritto pubblico giapponese sin dal periodo prebellico, dedicandosi in seguito a temi come la *Dreistufentheorie*.

È interessante notare come gli studiosi, a seconda del loro « paese di riferimento », tendano a proporre interpretazioni significativamente diverse del diritto giapponese ⁽⁸⁾. A titolo esemplificativo, nel diritto costituzionale, a partire dagli anni '70, si è delineato un orientamento, attraverso l'adozione della teoria americana della *judicial review*, qui intesa relativamente al compito del diritto pubblico di limitare la discrezionalità giudiziaria ⁽⁹⁾. La sua implementazione ha però incontrato notevoli difficoltà ⁽¹⁰⁾. Di conseguenza, a partire dagli anni 2000, gli studiosi che considerano la Germania come loro « paese di riferimento » ⁽¹¹⁾ hanno iniziato a promuovere

⁽⁵⁾ Ichiro OZAKI, *Kikaku shushi* [Lo scopo del progetto], in « Hōritsu Jihō [Cronaca della Legge] », 92 (2020), 4, p. 4.

⁽⁶⁾ Tomonobu HAYASHI, *Rekishitetsugaku no ato de* [Dopo la filosofia della storia], in « Hōritsu Jihō », 92 (2020), 4, p. 6.

⁽⁷⁾ G.F. COLOMBO, *Cenni storici*, in ID., *Introduzione al diritto giapponese*, Torino, Giappichelli, 2021, pp. 12-16.

⁽⁸⁾ George SHISHIDO, *Shihō no pragmatic* [Pragmatica giudiziaria], in « Hōgaku Kyōshitsu [Scuola della Giurisprudenza] », 322 (2007), p. 24.

⁽⁹⁾ Si veda, ad esempio, Nobuyoshi ASHIBE, *Kenpōgaku no gendaiteki tenkai* [Sviluppi contemporanei nel contenzioso costituzionale], Tokyo, Yuhikaku, 1981.

⁽¹⁰⁾ Kazuyuki TAKAHASHI, *Ikenshinsa hōhō ni kansuru gakusetsu hanrei no dōkō* [Tendenze nelle teorie e nei precedenti sui metodi di controllo della costituzionalità], in « Hōsō Jihō [Cronaca del Foro] », 61 (2009), 12, pp. 41-42.

⁽¹¹⁾ Si veda, ad esempio, Kazuhiko MATSUMOTO, *Kibonken no hōshō to seiyaku ni kansuru ichikōsatsu* [Uno studio sulle garanzie e le limitazioni dei diritti fondamentali]

la *Dreistufentheorie* tedesca ⁽¹²⁾ come un metodo di controllo della costituzionalità più facilmente accettabile dalla Corte Suprema e metodologicamente giustificato ⁽¹³⁾. La tensione tra questi due approcci, sebbene si sia attenuata, continua a esistere.

La scelta del « paese di riferimento » — lo si ripete — può influenzare in maniera significativa la comprensione del diritto giapponese.

In questo contesto, gli studiosi che si dedicano al diritto italiano sono una minoranza, dato che in Giappone non esistono leggi significative con il diritto italiano quale « diritto madre » ⁽¹⁴⁾. La scelta dell'Italia a « paese di riferimento » si rivela spesso uno strumento per sfidare l'opinione dottrinale prevalente ⁽¹⁵⁾.

(1)(2), in « *Minshōhō Zasshi* [Rivista del diritto civile e commerciale] », 111 (1994), 1, p. 25, e (1994), 2, p. 223, per un saggio che ha introdotto per la prima volta in Giappone la teoria della *Dreistufentheorie*.

⁽¹²⁾ Si veda, ad esempio, Bodo PIEROTH, Bernhard SCHLINK, *Gendai doitsu kibonken* [I diritti fondamentali della Germania contemporanea], trad. di Hideki Nagata *et al.*, Kyoto, Hōritsubunkasha, 2001: è una traduzione giapponese di *Grundrechte. Staatsrecht II*, Heidelberg, 1999¹⁵.

⁽¹³⁾ Kenji ISHIKAWA *et al.*, *Mission: Alternative*, in « *Hōgaku Kyōshitsu* », 342 (2009), p. 41.

⁽¹⁴⁾ Ma ci sono almeno due leggi italiane che hanno funzionato da « diritto madre » per una legge giapponese. La prima è il TU delle leggi doganali approvato con r.d. dell'8 settembre 1889. Quando il governo giapponese elaborò la vecchia legge doganale (l. n. 61/1889), diede priorità allo studio del TU poiché era ben strutturato. L'altra è la legge del 12 luglio 1923, n. 1511, riguardante la costituzione del Parco Nazionale d'Abruzzo. La vecchia legge sul parco nazionale ha adottato la struttura di quella italiana. Si veda Takeshi NAKANO, *Kokka sayō no honshitsu to taikai* [Essenza e sistema delle funzioni statali], Tokyo, Yuhikaku, 2014, p. 200; Id., *Kōbutsu to shishoyūken* [Beni pubblici e proprietà privata], in « *Jichi Kenkyū* [Ricerca di Autonomia] », 92 (2016), 8, p. 73 n. 171.

⁽¹⁵⁾ Si veda, ad esempio, Genta OKANARI, *Isanbunkatsu no zenteimondai to koyūbintsuyōteki-kyōdōsoshō* [Le questioni preliminari della controversia e il litisconsorzio necessario], in « *Tokyo daigaku hokudaigakuin Law Review* [Law Review dell'Università di Tokyo] », 9 (2014), p. 3; Akinori Tōjō, *Jikkō no chakushu ron no saikentō* [Riesame della teoria del principio di esecuzione] (1)-(6), in « *Hōgakukyōkai Zasshi* [Bollettino della Associazione di Giurisprudenza] », dal vol. 136 (2019), 1, p. 189 al vol. 138 (2021), 10, p. 1876. Ambedue hanno studiato all'Università di Firenze come *visiting scholar*: Okanari dal 2021 al 2022 e Tōjō dal 2021 al 2023.

3. *Il dibattito giapponese sulla teoria romaniana.*

Circa la recezione della teoria romaniana in Giappone, si analizzano, in particolare, tre casi chiave.

a) Il primo concerne l'istituzionalismo giuridico adottato negli anni '30 come quadro teorico per supportare la legislazione rivolta al controllo dell'economia. È a questo contesto che può riferirsi un fenomeno descrivibile come la « giapponesizzazione dell'istituzionalismo giuridico ».

b) Nel medesimo periodo storico, la teoria pluralista di Romano fu vista inoltre come alternativa all'individualismo dominante. La stessa ha in seguito influenzato quelle decisioni della Corte Suprema giapponese che, nel periodo postbellico, hanno elaborato il cosiddetto « principio delle società parziali ».

c) Infine, negli anni 2000, la teoria dell'ordinamento giuridico e del diritto amministrativo di Romano è stata rivalutata in contrapposizione alla metodologia dominante, che si è consolidata attorno al concetto di diritti pubblici soggettivi. Si è sviluppato, in questa fase, un nuovo quadro teorico focalizzato sull'idea degli « interessi aggregati ».

Sebbene esistano già alcuni saggi giapponesi che discutono la teoria di Romano ⁽¹⁶⁾, si ritiene comunque utile approfondire questi tre casi. E ciò per due motivi principali. In primo luogo, gli autori presi in considerazione nella nostra analisi dimostrano una marcata consapevolezza della interazione tra le teorie o i contesti stranieri e quelli giapponesi. Grazie a questa sensibilità, sono stati in grado di elaborare una teoria che si adatta specificamente al contesto nipponico, influenzando notevolmente l'opinione prevalente nel paese. In secondo luogo, questi studiosi hanno adottato tre distinti approcci nella recezione di una teoria esterna: a) assimilare la teoria esterna e

⁽¹⁶⁾ Oltre a quelle discusse nel testo che segue, esistono diversi saggi in lingua giapponese sulla teoria di Romano. Negli anni '80, sono stati scritti due articoli sulle teorie di Romano riguardanti il diritto internazionale da Hiroshi Kajimura. A partire dagli anni Duemila, sono emersi numerosi articoli che delineano la teoria di Romano sull'ordinamento giuridico e le sue implicazioni. Si vedano le opere di Fumio Iguchi, Nobuhisa Kajiyama, Hajime Tajika, e Keisuke Kondo. In parallelo, sono stati redatti articoli incentrati sull'argomentazione di Romano riguardante il dinamismo nella instaurazione del diritto, con particolare attenzione al concetto di necessità. Katsuyuki Ehara, ad esempio, ha esplorato questo tema in una serie di articoli.

rielaborarla completamente secondo lo « spirito giapponese », mantenendone solo la forma esteriore; *b*) adottare la teoria esterna e applicarla, occultandone le radici originarie; *c*) individuare un aspetto non completamente sviluppato nella teoria esterna e integrarlo con riflessioni di matrice nazionale.

3.1. *Teoria della « azienda-famiglia »: Riuzo Maitani e l'istituzionalismo giuridico* (17).

3.1.1. *Riuzo Maitani e l'istituzionalismo giuridico.*

Uno dei principali esponenti dell'istituzionalismo giuridico in Giappone, che tentò di introdurre questa metodologia a partire dalla fine degli anni '30, fu Riuzo Maitani (1899-1958) (18). Dopo aver conseguito la laurea, Maitani lavorò come funzionario presso la Divisione Assicurazioni dell'Ufficio Contenzioso del Ministero del Commercio e dell'Industria. Successivamente, fu incaricato di diritto commerciale presso la sua *alma mater*, l'Università Commerciale di Tokyo (ora Università Hitotsubashi), specializzandosi nella teoria delle condizioni generali di contratto. Il suo interesse per tali clausole lo indirizzò verso lo studio dell'istituzionalismo giuridico. Maitani era consapevole del problema rappresentato dalle clausole tipiche standardizzate, nelle quali non c'è spazio per la negoziazione; queste non rientravano nell'ambito dei contratti stipulati mediante l'accordo di volontà di entrambe le parti, ma dovevano essere intese

(17) Per questa sezione, si veda, Shinji KOJIMA, *Nihon ni okeru seidobōgaku no juyō* [Recezione dell'istituzionalismo giuridico in Giappone], in *Takami Katsutoshi sensei koki kinen* [Studi in onore di K. Takami], a cura di Nobuhiro Okada *et al.*, Tokyo, Shinzansha, 2015, p. 259.

(18) Maitani ha redatto un articolo in italiano, che sembra essere stato pubblicato soltanto in Giappone: R. MAITANI, *Sullo Stato della Scienza del Diritto Commerciale in Giappone*, in *Id.*, *Maitani Riuzo senshū* [Scritti di R. Maitani], t. 3, Tokyo, Maitani Riuzo Senshū Kankōkai, 1962, p. 115. Questo articolo pare sia il manoscritto di una relazione presentata all'Università di Pisa il 27 maggio 1933. A partire dal 1932, Maitani intraprese ricerche all'estero, in particolare in Italia, avendo come base Roma e Pisa, e visitò 15 città italiane per incontrare studiosi di diritto commerciale nelle varie università. Con riguardo a Santi Romano, oggetto di questo articolo, Maitani ha avuto l'opportunità di interagire con i due figli a Pisa (cfr. R. MAITANI, *Italia issbū* [In giro per l'Italia], in *Id.*, *Fascista Kyōhon* [Manuale fascista], Tokyo, Jitsugyō-no-nihonsha, 1941, pp. 205-206).

come istituzione di diritto oggettivo. Questa consapevolezza lo spinse verso l'istituzionalismo giuridico ⁽¹⁹⁾: l'attenzione al modo in cui le relazioni umane si organizzano in risposta alla crescente complessità delle strutture economiche, e la conseguente messa in discussione della « visione individualistica e liberale del diritto » ⁽²⁰⁾, costituiscono l'elemento fondamentale della sua argomentazione.

Nel 1938, Maitani pubblicò una bibliografia sull'istituzionalismo giuridico, in cui elenca i saggi in lingue francese, tedesco, italiano, spagnolo, inglese e giapponese ⁽²¹⁾. Tra questi, egli poneva particolare attenzione a Maurice Hauriou, Santi Romano, Georges Renard e Joseph Thomas Delos. A suo giudizio, l'istituzionalismo giuridico si era sviluppato indipendentemente sia da Hauriou che da Romano, più o meno nello stesso periodo ⁽²²⁾, per essere poi ripreso dal successore di Hauriou, Renard, e dal collaboratore di quest'ultimo, Delos ⁽²³⁾.

Due sono le caratteristiche di ciò che Maitani definisce istituzionalismo giuridico: in primo luogo, un atteggiamento critico nei confronti degli argomenti che riducono il diritto a mere questioni empiriche ⁽²⁴⁾ di volontà e interesse individuale ⁽²⁵⁾; in secondo luogo, una strutturazione attorno ai concetti di legge naturale (*lex naturalis*) e di bene comune (*bonum commune*) del Tomismo, in qualità di entità che non si pongono come elementi di natura soggettiva e non dipendono dalle percezioni dei singoli ⁽²⁶⁾. Quindi,

⁽¹⁹⁾ R. MAITANI, *Yakkanbō no riron* [Teoria del diritto delle clausole tipiche], Tokyo, Yuhikaku, 1954, p. 383.

⁽²⁰⁾ R. MAITANI, *Shōbō gaisetsu* [Schema di diritto commerciale], t. 1, Tokyo, Yuhikaku, 1941, p. 16.

⁽²¹⁾ R. MAITANI, *Seidobōgaku ni kansuru bunken* [Bibliografia sull'istituzionalismo giuridico], in « Hitotsubashi Ronsō [Bollettino di Hitotsubashi] », I (1938), 5, p. 147.

⁽²²⁾ R. MAITANI, *Seidobōgaku no tenkai* [Gli sviluppi dell'istituzionalismo giuridico], in « Hitotsubashi Ronsō », I (1938), 5, pp. 106-111.

⁽²³⁾ Ivi, p. 111.

⁽²⁴⁾ In altre parole, l'istituzionalismo giuridico di Maitani enfatizza l'idea che le istituzioni esistano in una dimensione metafisica, come verrà approfondito di seguito. Maitani critica la scienza del diritto privato tradizionale, focalizzata sull'atto soggettivo, affermando che essa appare « come una sorta di psicologia pratica » (MAITANI, *Shōbō gaisetsu*, cit., p. 15).

⁽²⁵⁾ KOJIMA, *Nibon*, cit., p. 267, enfatizza questo punto.

⁽²⁶⁾ MAITANI, *Seidobōgaku no tenkai*, cit., pp. 101-102.

le istituzioni si organizzano in forma piramidale, partendo da quelle di livello più elevato fino a raggiungere i livelli progressivamente inferiori (secondo una « visione tridimensionale delle istituzioni »). I membri di ogni istituzione operano per il bene comune dell'istituzione di appartenenza e ogni istituzione agisce per il bene comune di quella di livello superiore (« legge naturale di progresso graduale ») (27).

Nel suo ragionamento, Maitani elogia Romano (28) analizzando, in particolare, la sua « teoria della rilevanza giuridica » e definendola « un precursore della teoria di Renard » (29). In questa chiave di lettura, egli sembra, per certi aspetti, apprezzare più le riflessioni romane che quelle di Hauriou. Mentre quest'ultimo, pur mettendo l'accento sugli elementi oggettivi della giurisprudenza, riconosceva una predominanza della soggettività (30) — aprendo così ad alcune ambiguità interpretative (31) —, in Romano emerge una più chiara inclinazione all'oggettivismo (32). Come detto, l'istituzionalismo giuridico di Maitani si caratterizza per una critica al soggettivismo e per una focalizzazione sulla struttura gerarchica delle istituzioni. Sarebbe quindi corretto affermare che lo studioso giapponese abbia ereditato queste caratteristiche, tra gli altri, da Santi Romano.

Tuttavia, non è certo che Maitani abbia esaminato in modo sistematico e approfondito le argomentazioni romane (33). Contro

(27) Ivi, pp. 104-105, 121.

(28) MAITANI, *Seidohōgaku no tenkai*, cit., si riferisce esclusivamente a S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, in « Annali delle Univ. Toscane », 1917.

(29) La cui sistematica è considerata l'emblema dell'istituzionalismo giuridico, poiché rivela « una visione tridimensionale delle istituzioni » (MAITANI, *Seidohōgaku no tenkai*, cit., p. 111).

(30) *Ibidem*.

(31) Ivi, p. 107.

(32) Ivi, p. 111.

(33) Questo dubbio vale anche in altri casi, per altri autori. Ad esempio, sebbene Maitani offra la propria lettura di Georges RENARD, *L'institution, fondement d'une rénovation de l'Ordre sociale*, Paris, Flammarion, 1933, non ne approfondisce l'altro lavoro ID., *De l'institution à la conception analogique du droit*, in « Archive de philosophie du droit », 1935, 1-2, p. 81. Si affida alla letteratura secondaria: quest'ultimo lavoro è « troppo per me da gestire, lasciamo che Paul Vignaux lo riassume » (MAITANI, *Seidohōgaku no tenkai*, cit., p. 112).

l'ostilità romaniana verso la dottrina giusnaturalistica ⁽³⁴⁾, egli valuta il diritto naturale di Tommaso d'Aquino un elemento fondamentale dell'istituzionalismo giuridico e, dopo un esame sommario, etichetta Santi Romano come un tomista inconsapevole ⁽³⁵⁾.

3.1.2. *La teoria della « azienda-famiglia ».*

Così, invece di perfezionare la propria tesi sulla base di un esame dettagliato delle differenze tra i vari autori, Maitani concepisce l'istituzionalismo come un movimento tendenzialmente uniforme e unitario ⁽³⁶⁾. Più che la teoria delle clausole tipiche contrattuali ⁽³⁷⁾, egli offre una peculiare — e forse più affascinante — argomentazione riguardo alla recezione dell'istituzionalismo giuridico in Giappone.

Esisteva un'ulteriore motivazione che induceva Maitani a spingere in questa direzione. Definendosi un « combattente in prima linea sul fronte ideologico » durante la guerra sino-giapponese, desiderava « fare comprendere all'intelligenza moderna la vera natura del Giappone », ricorrendo alla metodologia dell'istituzionalismo in voga in Occidente, per illustrare la struttura dello « spirito giapponese » ⁽³⁸⁾. Valorizzava dunque l'istituzionalismo come strumento per chiarire la natura dello spirito giapponese in quanto, a suo avviso, la formula istituzionalistica interpretava efficacemente l'ossatura dello spirito giapponese ⁽³⁹⁾.

Secondo Maitani, i tre elementi fondamentali dell'istituzione — l'ideale guida (*idée directrice*), l'autorità (*autorité*) e l'intimità

⁽³⁴⁾ Si pensi a quando ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, cit., p. 96, scrive: « mantenendoci rigorosamente sul terreno di una concezione positiva del diritto ed evitando ogni veduta giusnaturalistica ».

⁽³⁵⁾ MAITANI, *Seidobōgaku no tenkai*, cit., p. 110.

⁽³⁶⁾ R. MAITANI, *Seidoriron to keizaihō* [L'istituzionalismo e il diritto dell'economia], in « Hōritsu Jihō », XI (1939), 7, p. 9.

⁽³⁷⁾ MAITANI, *Yakkanbō*, cit., Cap. 3 e 4 dimostrano la forma completa di siffatta teoria.

⁽³⁸⁾ R. MAITANI, *Seidoshisō no tenkai* [Lo sviluppo dell'istituzionalismo], in « Hitotsubashi Ronsō », II (1938), 6, pp. 41-45.

⁽³⁹⁾ Ivi, p. 42.

(*intimité ou communion, adhésion*) (40) — sono interpretati in Giappone come « *Musubi* [connessione] », l'ideale creativo del popolo Yamato; « *Miitsu* [autorità dell'Imperatore] », il calore inclusivo derivante dalla beneficenza volontaria; e « *Makoto* [sincerità] », rappresentato dall'ordine degli anziani e dalla fede fraterna che ricompensa tale beneficenza (41). Inoltre, « la « *Inochi* [vita] » giapponese si sviluppa all'interno delle istituzioni, in modo che ognuno adempia al proprio dovere di creazione seguendo il principio della ricompensa che ha al suo centro la figura dell'Imperatore: ciò rappresenta il Bushido-shintoismo » (42).

Pertanto, uno degli obiettivi era quello di rifondere l'istituzionalismo giuridico di derivazione occidentale nello spirito giapponese. Maitani ne intravedeva l'essenza nella negazione del soggettivismo, il quale considera le questioni di volontà e interesse individuale come elementi fondanti del fenomeno giuridico. Di contro, si vedeva lo shintoismo — allora religione di Stato strettamente connessa con l'Imperatore — come fondamento sia del diritto che della scienza giuridica (43). Tale posizione può effettivamente essere valutata secondo logiche uniformanti e conformiste, dato che in quell'epoca lo shintoismo veniva utilizzato a sostegno di dinamiche in tutto compatibili con il totalitarismo (44).

Tali caratteristiche del discorso di Maitani emergono chiaramente nella sua valutazione del regime giuridico in tempo di guerra. Quando, nel 1937, iniziò la guerra sino-giapponese, il Giappone adottò un regime specifico per la guerra: furono introdotte nuove forme societarie, come le società di politica nazionale (*kokusaku-gaisha*), le federazioni per l'auto-controllo delle società industriali (*tōseikai*) e le « società pubblico-privato » (*eidan*). Queste nuove forme sostituivano le tradizionali società per azioni. In queste nuove

(40) V. Maurice HAURIU, *La théorie de l'institution et de la fondation (essai de vitalisme social)*, in ID., *Aux sources du droit. Le pouvoir, l'ordre et la liberté*, Paris, Librairie Bloud & Gay, 1933, pp. 98-106.

(41) Sul contenuto dei tre elementi, si veda MAITANI, *Seidoshisō*, cit., pp. 55-57: ID., *Seidohōgaku no tenkai*, cit., pp. 122-123.

(42) MAITANI, *Seidohōgaku no tenkai*, cit., p. 123.

(43) KOJIMA, *Nihon*, cit., p. 276.

(44) Dopo la guerra il Comandante supremo delle forze alleate ha vietato lo shintoismo come religione di Stato in Shinto Directive (SCAPIN-448).

società o federazioni, il governo ha un ruolo centrale nel processo di costituzione ⁽⁴⁵⁾, e la distinzione tra proprietà e gestione è ancor più marcata rispetto alle forme societarie tradizionali ⁽⁴⁶⁾.

Maitani interpreta questi cambiamenti nel seguente modo: le società di politica nazionale e le associazioni per l'auto-controllo delle società industriali stanno guidando l'economia nazionale verso la *Iyasaka* [prosperità] ⁽⁴⁷⁾, fornendo allo stesso tempo un meccanismo di auto-controllo per i loro membri. « Il Decreto sulle Organizzazioni Industriali Importanti [che istituisce le federazioni per l'auto-controllo] rappresenta l'essenza di un controllo organizzativo, organico e gerarchico dell'intera economia, segnando un passo avanti nello sviluppo del nostro diritto dell'economia » ⁽⁴⁸⁾.

Dietro questa valutazione c'è un preciso quadro socio-teorico ⁽⁴⁹⁾: secondo Maitani, la società per azioni, che ha avuto un ruolo decisivo nell'affermazione del capitalismo Meiji, è un sistema societario inventato in Europa occidentale come strumento di guadagno per i cittadini. Questo è tipico delle *Gesellschaft* (Ferdinand Tönnies), che si costituiscono per il profitto e si sciolgono quando il profitto cessa. Una società per azioni di tipo occidentale

⁽⁴⁵⁾ Ad esempio, per la costituzione di una società di politica nazionale, il governo nomina un comitato fondatore e approva lo statuto redatto dallo stesso comitato (artt. 39 e 40, l. n. 53/1937).

⁽⁴⁶⁾ Ad esempio, le società pubblico-privato, a differenza delle società per azioni, non avevano un organo assembleare come l'assemblea generale; pertanto, la proprietà e la gestione erano completamente separate e le società erano sottoposte a un intenso controllo statale (cap. 2 e art. 35, l. n. 51/1941).

⁽⁴⁷⁾ *Iyasaka* rappresenta un sinonimo di *Musubi*, che Maitani definisce come l'ideale guida secondo la terminologia dell'istituzionalismo giuridico giapponese (MAITANI, *Seidoshisō no tenkai*, cit., p. 56). *Iyasaka* si traduce letteralmente come « prosperare sempre di più » ed è un'espressione favorita dai nazionalisti. Ad esempio, Katsuhiko Kakei, un professore nazionalista di diritto pubblico dell'Università Imperiale di Tokyo, sosteneva che l'espressione *Banzai*, comunemente usata come esclamazione in presenza di un evento positivo, avrebbe dovuto essere sostituita con *Iyasaka*. Questo perché *Iyasaka* è un'antica espressione giapponese, mentre *Banzai* ha origine cinese (cfr. K. KAKEI, *Yamato bataraki* [Ginnastica giapponese], Tokyo, Shunyōdō, 1929, pp. 93-94).

⁽⁴⁸⁾ R. MAITANI, *Nihon Shōbō Kyōhon* [Compendio del diritto commerciale giapponese], Tokyo, Tokyo-Kaiseikan, 1942, p. 317.

⁽⁴⁹⁾ R. MAITANI, *Kigyō-ikka no riron* [Teoria della azienda-famiglia], in Id., *Kigyō-ikka no riron*, Tokyo, Diamondsha, 1944, p. 3.

non è in armonia con le condizioni nazionali del Giappone. Lì, infatti, la società per azioni ovvero l'azienda devono essere vista come un'estensione della famiglia nel contesto lavorativo, un'appendice della famiglia medesima ⁽⁵⁰⁾.

Ma cosa significa che un'azienda è un'appendice della famiglia? E se un'azienda è un'appendice della famiglia, perché le società per azioni non sono adatte al Giappone?

Secondo Maitani, la famiglia occidentale è fondamentalmente diversa da quella giapponese. Mentre la prima si forma attraverso il matrimonio e si dissolve con la morte o il divorzio, la famiglia giapponese è concepita come una struttura permanente in cui tutti i membri, dai progenitori ai membri attuali, sono uniti a formare un'unica entità. Genitori, figli, fratelli e sorelle hanno ciascuno il proprio ruolo e status. Nella famiglia giapponese si sviluppa il « *Musubi* », inteso come il « principio della nascita » che « intensifica la connessione tra le persone ». In sintesi, la famiglia occidentale è una semplice associazione di individui legati dal matrimonio, mentre quella giapponese è una connessione eterna basata sull'ascendenza, e la relazione tra i suoi membri è così profonda che l'amore per sé e l'amore per l'altro si confondono ⁽⁵¹⁾.

« Il rapporto tra i giapponesi è radicato nel legame vitale tra genitori e figli » ⁽⁵²⁾. Inoltre, « lo status di ogni individuo si realizza nella famiglia della casa, nel clan della propria città natale, e infine nella nazione del Paese. L'Imperatore è il « grande genitore » del popolo giapponese, il vero Dio umano (*Arahitogami*) ⁽⁵³⁾. « Il Paese è la famiglia e la famiglia è il Paese. Il Paese è la famiglia delle famiglie » ⁽⁵⁴⁾. Basandosi su questa peculiare percezione, Maitani sostiene che « i giapponesi possiedono un sistema familiare unico al mondo come fondamento della vita, e attraverso di esso perseguono l'« onore della famiglia », lottando per i grandi ideali dello Stato,

⁽⁵⁰⁾ Ivi, p. 23.

⁽⁵¹⁾ Ivi, p. 30.

⁽⁵²⁾ Ivi, p. 13.

⁽⁵³⁾ Ivi, pp. 18-19.

⁽⁵⁴⁾ Ivi, p. 19. Cfr. Maurice HAURIUO, *Précis de droit administratif*, Paris, 1907⁶, p. IX: lo Stato è un'istituzione di istituzioni (*l'institution des institutions*).

che rappresenta una forma istituzionale superiore. In questo modo, i giapponesi si conservano » (55).

In sintesi, si identifica una struttura istituzionale e organizzativa su più livelli, basata sulla relazione genitori-figli, che culmina con *Arabitogami* [l'Imperatore] al vertice. Come menzionato in precedenza, Maitani ritiene che tutte le istituzioni debbano essere guidate da una « legge naturale di progresso graduale » che mira al bene comune dell'istituzione superiore. Pertanto, anche le istituzioni intermedie tra la famiglia e lo Stato dovrebbero aderire allo spirito della famiglia, e la loro guida dovrebbe manifestarsi con un approccio patriarcale e amorevole.

Pertanto, un'azienda dovrebbe riflettere lo spirito che caratterizza la famiglia giapponese. Più precisamente, in una « azienda-famiglia » (*kigyō-ikka*), il presidente non dovrebbe detenere solo il potere *de facto* ma incarnare la « *Makoto* » e il « *Chikara* » [capacità] di un capofamiglia (56). Tuttavia, nelle società per azioni occidentali introdotte in Giappone, gli azionisti non sono considerati come membri della famiglia a causa della responsabilità limitata e della libertà di trasferimento delle azioni: possono comportarsi in modo diverso da un membro della famiglia, in tal modo minando l'integrità dell'azienda-famiglia. Quindi, l'anonimato degli azionisti delle società per azioni dovrebbe essere superato, poiché i membri della famiglia giapponese agiscono sempre in qualità di componenti il nucleo familiare e mirano a elevarne l'onore (57).

D'altra parte, come è noto, nelle nuove forme di società, si tende a separare la proprietà dalla gestione (58). Anche se una società pubblico-privata è formalmente indipendente dallo Stato, rappresenta sostanzialmente una forma di gestione governativa. Pertanto, i membri di queste società percepiscono il loro lavoro come parte del « *Musubi* » dello Stato. Se non si può negare che l'efficienza nel lavoro sia legata al profitto personale, è essenziale

(55) MAITANI, *Seidobōgaku no tenkai*, cit., p. 122.

(56) MAITANI, *Kigyō-ikka*, cit., p. 27.

(57) Ivi, pp. 28-29.

(58) Per la descrizione di questo paragrafo, ivi, pp. 29-30.

riconoscere che ogni lavoro contribuisce anche al benessere dello Stato. In questo contesto, le società pubblico-privato possono riflettere meglio lo spirito giapponese rispetto alle società per azioni che perseguono esclusivamente interessi individuali.

Tuttavia, le società pubblico-private dell'epoca erano spesso coinvolte in contratti e lavori di subappalto per il governo che alimentavano non pochi problemi burocratici. Insomma, Maitani ha sottolineato l'importanza di formare individui capaci di promuovere sia gli interessi privati che quelli nazionali ⁽⁵⁹⁾. E « come professore dell'Università Commerciale in tempo di guerra, si è impegnato a formare 'risorse economiche militanti' » ⁽⁶⁰⁾. L'obiettivo principale era far reagire l'istituzionalismo giuridico con lo « spirito giapponese », così da promuovere una giustificazione teorica per un regime di guerra e formare individui capaci di realizzare il suo ideale.

3.1.3. *L'istituzionalismo giuridico di Maitani dopo la guerra.*

Dopo la guerra Maitani fu epurato dalla sua posizione di professore. Tuttavia, circa otto anni dopo, Maitani fu insignito del Premio dell'Accademia del Giappone — un prestigioso premio accademico — per il suo libro *Teoria del diritto delle clausole tipiche*. Nel suo discorso di ringraziamento, dopo aver criticato coloro che lo avevano epurato, rivendicava la costante validità della sua teoria ⁽⁶¹⁾. Ciononostante, l'audace teoria proposta da Maitani durante la guerra non trovò particolare seguito, e nell'antologia delle sue opere pubblicata nel dopoguerra tale concezione fu completamente omessa ⁽⁶²⁾.

⁽⁵⁹⁾ R. MAITANI, *Eidan to keizai-Bushidō* [Società pubblico-private e Bushido economico], in ID., *Kigyō-ikka*, cit., p. 97.

⁽⁶⁰⁾ KOJIMA, *Nihon*, cit., p. 279.

⁽⁶¹⁾ R. MAITANI, "Yakkanhō no riron" ni tsuite [Sulla 'Teoria del diritto delle clausole tipiche'], in ID., *Maitani Riuzo senshū*, cit., t. 3, pp. 173-174.

⁽⁶²⁾ MAITANI, *Maitani Riuzo senshū*, cit., t. 1, pp. 26, 40-42, 51-52.

3.2. *La teoria di Romano come giurisprudenza della Corte Suprema giapponese? Kōtarō Tanaka e il pluralismo.*

3.2.1. *Kōtarō Tanaka e il pluralismo* ⁽⁶³⁾.

Al contrario di Maitani, Kōtarō Tanaka (1890-1974) ⁽⁶⁴⁾, anch'egli sensibile alla teoria istituzionalistica, ha mantenuto una notevole influenza nei circoli accademici sia durante che dopo la guerra. La sua teoria è di particolare interesse poiché manifesta un carattere pluralistico simile a quello romaniano e ha esercitato una fortissima influenza sulla giurisprudenza della Corte Suprema giapponese. Oltre a introdurre il concetto di « pluralità degli ordinamenti giuridici », Tanaka ha tratto da esso diverse implicazioni interpretative. Successivamente, ci soffermeremo sull'analisi della sua teoria.

Tanaka ⁽⁶⁵⁾ era un professore di diritto commerciale all'Università Imperiale di Tokyo prima della guerra e una figura nota

⁽⁶³⁾ Sempre in relazione a questa sezione, è importante KOJIMA, *Nihon*, cit.

⁽⁶⁴⁾ Per una recente biografia, si veda Izuru MAKIHARA, *Tanaka Kōtarō*, Tokyo, Chūōkōron-shinsha, 2022. Per una discussione recente su Tanaka durante il suo periodo come Presidente della Corte Suprema, si veda Ken OGATA, *Futō no shizenbō ronja* [Indomabile giusnaturalista], in *Kenpōgaku kara mita saikōsaibansho hanji* [I giudici della Corte Sprema dal punto di vista del diritto costituzionale], a cura di Yasuyuki Watanabe *et al.*, Nihon-hyōronsha, 2017, p. 49.

⁽⁶⁵⁾ Tanaka ha vissuto in Italia in due momenti, precisamente dal 1921 al 1922 e dal 1935 al 1936. Durante il secondo soggiorno, in particolare, ha scritto numerosi articoli in italiano. Takeo Suzuki, nella bibliografia del volume da lui curato *Tanaka Kōtarō*, Tokyo, Yuhikaku, 1977, pp. 659-660, elenca le seguenti opere in italiano: K. TANAKA, *Caratteristiche del contratto di assicurazione*, in « Assicurazioni », III (1936), 1, p. 306; *Il diritto e la Tecnica*, in « Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto », XVI (1936), p. 343; *La divisione del lavoro e la responsabilità civile nel diritto commerciale*, in « Foro Italiano », LXI (1936), 4, pp. 219-220; *Il metodo del diritto commerciale*, in « Archivio di studi corporativi », 1936, p. 121; *Natura giuridica dei rapporti cambiari*, in « Rivista del Diritto Commerciale », XXXIV (1936), p. 505; *La riforma della legislazione sulle società anonime in Giappone*, in « Annuario di diritto comparato e di studi legislativi », XII (1936), p. xxx. Le seguenti due edizioni sono elencate nella bibliografia, ma non è possibile verificarne l'esistenza: K. TANAKA, *Lineamento della teoria del diritto universale*, Milano, 1936; *Democrazia e diritto naturale nella nuova costituzione giapponese*, Roma, Centro di Cultura Italo-Giapponese, 1959. Tanaka ha contribuito anche al volume commemorativo di Lorenzo Mossa, incaricato di diritto commerciale all'Università di Pisa, ma in francese (K. TANAKA, *Le droit commercial et le droit naturel*, in *Studi in memoria di Lorenzo Mossa*, vol. 3, Padova, Cedam, 1961, p. 529).

anche per le sue ricerche in filosofia del diritto, tra le quali la *Teoria del diritto universale* ⁽⁶⁶⁾. Dopo aver partecipato alle operazioni per concludere la guerra insieme al collega Shigeru Nambara e ad altri, divenne Ministro dell'Istruzione (1946-1947), membro della Camera dei Consiglieri (1947-1950) e Presidente della Corte Suprema (1950-1960). Nel novembre 1960, circa un mese dopo il suo ritiro, fu nominato giudice della Corte Internazionale di Giustizia, carica che mantenne fino al febbraio 1970.

Sebbene Maitani sostenga che Tanaka sia uno dei sostenitori dell'istituzionalismo giuridico ⁽⁶⁷⁾, non esiste una letteratura in cui quest'ultimo dichiara di adottare l'istituzionalismo come suo metodo principale ⁽⁶⁸⁾. Nonostante ciò, Maitani potrebbe aver citato Tanaka in tal senso poiché condivideva l'esigenza di non ridurre il diritto a fatti empirici legati alla volontà e all'interesse individuale ⁽⁶⁹⁾. Queste caratteristiche dell'argomentazione di Tanaka si manifestano nella sua teoria del diritto naturale e nella sua affermazione della tecnicità del diritto.

In primo luogo, la teoria del diritto naturale di Tanaka, nelle sue conclusioni, assume la forma di un'esposizione secondo cui i

⁽⁶⁶⁾ K. TANAKA, *Sekaibō no riron* [Teoria del diritto universale], t. 1-3, Iwanami-shoten, 1932-1934. Cfr. Kevin M. DOAK, *Tanaka Kōtarō and World Law: Rethinking the Natural Law Outside the West*, Palgrave Macmillan, 2019.

⁽⁶⁷⁾ MAITANI, *Seidohōgaku ni kansuru bunken*, cit., pp. 152, 155. In particolare, sono prese in considerazione le ricerche di Tanaka sul diritto naturale e la ricerca sul matrimonio.

⁽⁶⁸⁾ Ad esempio, esiste un solo riferimento di Tanaka ad Hauriou: nell'ambito della distinzione tra le norme generate dalle esigenze interne dell'attività economica e le restrizioni esternamente imposte dalle esigenze politiche, come le norme sui cartelli, Tanaka cita M. HAURIUO, *Principes de droit public*, Paris, Sirey, 1916², p. 177, in cui viene spiegata la relativa indipendenza del commercio rispetto alla politica (K. TANAKA, *Soshikibō to shite no shōbō to kōuibō toshite no shōbō* [Il diritto commerciale come diritto dell'organizzazione e il diritto commerciale come diritto dell'azione aziendale], in Id., *Shōbō kenkyū* [Studi sul diritto commerciale], t. 1, Tokyo, Iwanami-shoten, 1929, pp. 235 e 266). Renard viene anch'esso citato, ma solo come uno dei teorici della teoria del diritto naturale (si veda, ad esempio, TANAKA, *Sekaibō*, cit., t. 1, p. 61). Negli scritti di Tanaka non è stato possibile trovare alcun riferimento diretto a Romano. Tuttavia, la base per la discussione in questo articolo sulla ricezione di Romano da parte di Tanaka verrà trattata in dettaglio nelle sezioni successive.

⁽⁶⁹⁾ KOJIMA, *Nihon*, cit., p. 267.

principi giuridici universali, guidati dall'ideale del Regno di Dio, dovevano trovare applicazione in un orizzonte di tipo secolare.

In secondo luogo, Tanaka identifica le idee dominanti dell'epoca, che legavano, in qualità di manifestazioni individualistiche, direttamente il diritto alla volontà e agli interessi degli individui. Più specificamente, diagnostica una crisi del pensiero giuridico nell'era moderna: mentre il popolo privilegia l'interesse personale al di sopra dell'ordinamento giuridico, i materialisti richiedono leggi conformi unicamente agli interessi della loro classe. Tanaka attribuisce questa crisi al pensiero individualista originatosi dalla Riforma protestante ⁽⁷⁰⁾: le idee che vedono il diritto come strumento per soddisfare l'interesse personale hanno origine nel protestantesimo. Questa connessione si spiega con il fatto che questo sottolinea una lettura personale e soggettiva della Bibbia, oscurando così il contenuto del precetto morale universale ⁽⁷¹⁾. Partendo da questa constatazione, Tanaka rigetta l'individualismo protestante, che lascia l'interpretazione delle norme alla discrezione individuale, e sottolinea che l'autorità del diritto dovrebbe essere ristabilita attraverso un collettivismo moderato ⁽⁷²⁾.

Come tende a strutturarsi l'autorità giuridica? In sintesi, Tanaka riconosce l'esistenza e la validità di un precetto morale e di

⁽⁷⁰⁾ K. TANAKA, *Gendai hōritsu shisō no kiki* [La crisi del pensiero giuridico moderno], in Id., *Kyōyō to bunka no kiso* [Fondamento della cultura], Tokyo, Iwanamishoten, 1937, pp. 192-193.

⁽⁷¹⁾ K. TANAKA, *Gendai no shisōteki anarchy to sono genn'in no kentō* [Uno studio sull'anarchia ideologica moderna e le sue cause], in Id., *Kyōyō*, cit., p. 37. Questo aspetto è connesso alla conversione di Tanaka al cattolicesimo dopo essere stato inizialmente un membro del *Mukyōkai* [letteralmente « Nessun-chiesa », una corrente giapponese del cristianesimo che nega l'autorità o l'esistenza stessa della chiesa]. Tanaka entrò in conflitto con Kanzō Uchimura, leader del movimento *Mukyōkai*, sulla questione se un suo amico potesse sposarsi o meno, e fu scomunicato da Uchimura. Questo episodio spinse Tanaka verso la conversione al cattolicesimo. Ebbe dei dubbi sulla scomunica dovuta al disaccordo sull'interpretazione biblica tra i credenti del *Mukyōkai*, che presuppongono che ogni credente sia un interprete autorevole della Bibbia. Tanaka arrivò a pensare che fosse più appropriato riconoscere l'autorità della Chiesa come unica interprete autorevole (K. TANAKA, *Watashi no rirekisho* [La mia vita], Tokyo, Shunjūsha, 1961, pp. 54-55).

⁽⁷²⁾ TANAKA, *Gendai hōritsu shisō*, cit., pp. 193-194.

principi giuridici universali ⁽⁷³⁾. Descrive queste idee come « una filosofia giuridica centrata sull'ideale » ⁽⁷⁴⁾. E l'ideale sociale che guida il diritto « deve avere origine dall'esterno, ovvero dall'alto, e non sorgere dall'interno della società, cioè dal basso » ⁽⁷⁵⁾.

Ma cosa significa esattamente affermare che l'ideale sociale proviene dall'alto, dall'esterno, e non dall'interno della società, dal basso? In questo contesto, il ruolo dello Stato nell'argomentazione di Tanaka diventa centrale. Secondo Tanaka, le funzioni dello Stato sono: garantire e migliorare la vita materiale e culturale dell'umanità, fungere da intermediario con il mondo spirituale e preservare l'ordine morale. Lo Stato deve mirare a un ideale imposto dall'esterno coincidente con l'idealtipo del Regno di Dio ⁽⁷⁶⁾: l'obiettivo supremo del diritto è quello che si trova sul mondo celeste ⁽⁷⁷⁾. Con tale delimitazione del ruolo dello Stato o del diritto nazionale, questa concezione teorica conduce all'argomentazione pluralista di Tanaka, che esploreremo nella sezione successiva.

La seconda caratteristica a sua argomentazione è l'affermazione della tecnicità del diritto o, più in generale, dell'autonomia della tecnica ⁽⁷⁸⁾; affermazione chiave nella struttura teorica di Tanaka al fine di sostenere il pluralismo giuridico in compresenza con un ideale, unico, dettato da Dio.

Con « tecnicità » di una norma giuridica si intende qui la sua natura rivolta a soddisfare uno scopo determinato ⁽⁷⁹⁾. Ad esempio, il diritto commerciale ha come obiettivo la regolamentazione della vita economica dei commercianti; questo scopo rappresenta solo una parte dell'obiettivo generale della vita umana: pertanto, il diritto

⁽⁷³⁾ TANAKA, *Gendai no shisōteki anarchy*, cit., pp. 23-24.

⁽⁷⁴⁾ K. TANAKA, *Hō to shūkyō to shakai seikatsu* [Diritto, religione e vita sociale], Tokyo, Kaizō-sha, 1927, p. 54.

⁽⁷⁵⁾ Ivi, p. 61.

⁽⁷⁶⁾ Ivi, pp. 188-189.

⁽⁷⁷⁾ KOJIMA, *Nihon*, cit., p. 270.

⁽⁷⁸⁾ Le argomentazioni sulla tecnicità del diritto esposte da Tanaka si basano su KOJIMA, *Nihon*, pp. 270-274.

⁽⁷⁹⁾ K. TANAKA, *Gijutsuteki-hō to shite no shōbō* [Diritto commerciale come diritto tecnico], in ID., *Shōbō kenkyū*, cit., p. 193. Questa distinzione tra diritto tecnico (*normes techniques*) e diritto etico (*normes étiqques*) è basata su N.M. KORKOUNOV, *Cours de théorie générale du droit*, trad. par. I. Tchernoff, Paris, M. Giard & E. Brière, 1914², p. 45 e s.

commerciale è un diritto tecnico. Al contrario, il diritto di famiglia e il diritto penale mirano a selezionare e armonizzare i vari scopi umani nella vita personale e sociale, e il loro obiettivo riguarda la vita umana in toto. Di conseguenza, questi diritti sono i « diritti etici », in contrapposizione ai diritti tecnici ⁽⁸⁰⁾.

Il diritto tecnico è in un certo senso autonomo rispetto al diritto etico ⁽⁸¹⁾: il diritto tecnico viene valutato sulla base della sua razionalità come strumento sociale per raggiungere determinati scopi, escludendo considerazioni etiche. Ad esempio, il diritto in materia di cambiale riguarda il regolamento dei metodi per garantire il pagamento di determinate somme di denaro, senza considerare se tale pagamento sia eticamente giustificato o meno. Queste considerazioni rientrano nella sfera del diritto privato generale, che è di natura etica ⁽⁸²⁾. In sintesi, la razionalità del diritto tecnico è neutra dal punto di vista etico, e proprio questa neutralità, secondo Tanaka, rende il diritto tecnico universale e tende a generare normative uniformi in diversi Paesi. Ad esempio, una legge che stabilisce la circolazione dei veicoli a motore sul lato sinistro della strada è di natura tecnica, e perciò potrebbe dare origine a una normativa globale uniforme ⁽⁸³⁾.

Tanaka, inoltre, estende questo concetto di autonomia rispetto allo Stato a settori che presentano tale universalità, non limitandosi al solo diritto. Ad esempio, si oppone all'« ascesa del nazionalismo in tutti gli ambiti della vita » ⁽⁸⁴⁾ visibile negli anni '30 e difende l'universalità della cultura: l'universalità delle scienze le orienta naturalmente verso la cooperazione internazionale ⁽⁸⁵⁾. D'altro canto, considera l'arte come una forma di cultura intrinsecamente legata all'identità etnica, anche se solo in modo relativo poiché, se

⁽⁸⁰⁾ TANAKA, *Gijutsuteki-hō*, cit., pp. 192-206.

⁽⁸¹⁾ Tuttavia, si dice che il diritto tecnico non sia completamente autonomo dal diritto etico. Questo perché il diritto tecnico non può funzionare senza il diritto etico; è solo un mezzo e non un fine (ivi, p. 232).

⁽⁸²⁾ Ivi, pp. 202-203.

⁽⁸³⁾ K. TANAKA, *Hidarigawa tsūkō no hōri* [La legge del passaggio a sinistra], in ID., *Kyōyō*, cit., pp. 44-445.

⁽⁸⁴⁾ K. TANAKA, *Kokusai bunka undō no rinen* [La filosofia del movimento culturale internazionale], in ID., *Kyōyō*, cit., p. 97.

⁽⁸⁵⁾ Ivi, pp. 122-123.

l'arte fosse completamente legata all'etnicità, non saremmo mai in grado di apprezzare le culture di altri popoli ⁽⁸⁶⁾. In relazione a questa concezione di universalità, Tanaka afferma l'autonomia del settore culturale rispetto allo Stato. Critica il fatto che in Giappone, durante la formazione dello Stato moderno, la cultura fosse spesso sotto la tutela dello Stato e che i progetti culturali internazionali intrapresi nello stesso periodo fossero influenzati dallo Stato ⁽⁸⁷⁾.

Ciò è in linea con la teoria statale di Tanaka, già discussa in precedenza. Secondo Tanaka, dato che lo Stato deve essere guidato dall'ideale del mondo celeste, non può intervenire direttamente nella sfera della cultura — che non è detenuta dallo Stato terreno ⁽⁸⁸⁾ — potendo solo limitarsi a sostenerla ⁽⁸⁹⁾.

Si parla pertanto di autonomia della sfera tecnica rispetto allo Stato. « I giudici servono la giustizia, gli educatori il carattere, gli artisti la bellezza, gli studiosi i veri valori » ⁽⁹⁰⁾. La società statale, quindi, si affida a figure — come gli studiosi — per perseguire uno scopo specifico, ad esempio la ricerca della verità, delegando loro un'ampia serie di questioni nelle quali lo Stato non dovrebbe intervenire ⁽⁹¹⁾. È evidente che tale visione si collega strettamente al pluralismo giuridico di Tanaka, che verrà discusso in seguito.

Abbiamo finora esaminato gli argomenti del giurista giapponese da due prospettive — il diritto naturale e la tecnicità del diritto — che appaiono completamente estranee alle considerazioni romane. Nella sezione seguente, invece, esamineremo in quali termini si possa ritenere che Tanaka abbia costruito la sua teoria pluralista ispirandosi al pensiero di Santi Romano. Inoltre, vedremo come la

⁽⁸⁶⁾ Ivi, pp. 129-131.

⁽⁸⁷⁾ Ivi, pp. 110-112, 138-139.

⁽⁸⁸⁾ Tuttavia, ciò non è una necessità logica. Ad esempio, se supponiamo che lo Stato abbia l'autorità di interpretare l'ideale del mondo celeste nella vita terrena, allora l'intervento dello Stato nella sfera culturale ne risulterebbe giustificato. Per una chiara illustrazione della contesa tra Hobbes e Spinoza riguardo al potere di interpretazione biblica da parte del sovrano (*res circa sacra*), si veda Atsuko FUKUOKA, *The Sovereign and the Prophets*, Leiden, Brill, 2018.

⁽⁸⁹⁾ KOJIMA, *Nihon*, cit., p. 274.

⁽⁹⁰⁾ K. TANAKA, *Shibōken to kyōikukun no dokuritsu* [Potere giudiziario e indipendenza del diritto all'istruzione], in Id., *Tanaka Kōtarō chosakushū*, Tokyo, Shunjūsha, 1954, t. 5, p. 421.

⁽⁹¹⁾ Ivi, p. 434.

teoria pluralista del nostro sia stata adottata dalla Corte Suprema giapponese attraverso il « principio delle società parziali ».

3.2.2. *La teoria di Romano come giurisprudenza della Corte Suprema giapponese?*

Tanaka assunse il ruolo di secondo Presidente della Corte Suprema nel 1950. Durante la sua presidenza, la Corte, pilastro fondamentale del sistema giudiziario, emise una serie di decisioni e sentenze di grande rilievo. Tra queste, spicca la giurisprudenza relativa al « principio delle società parziali », che ha lasciato un segno indelebile nel panorama giuridico giapponese.

Il principio delle società parziali afferma che, per quanto concerne le vertenze all'interno di una società o di un'organizzazione dotata di norme giuridiche autonome, se queste vertenze riguardano esclusivamente la autonoma disciplina interna, non sono soggette al controllo giudiziario ⁽⁹²⁾. A testimonianza di ciò, la Corte Suprema ha stabilito che qualsiasi tentativo di annullare decisioni relative alle sanzioni disciplinari — in particolare alla sospensione della partecipazione assembleare — adottate dai consigli municipali non rientra nella giurisdizione giudiziaria, come evidenziato nella seguente sentenza (Corte Sup., sez. un., 19 ottobre 1960, (o) n. 10/1959).

L'articolo 3 della legge sui tribunali [l. n. 59/1947] ⁽⁹³⁾ afferma chiaramente che alla giurisdizione vengono attribuite tutte le controversie legali, tranne quelle che sono di sua competenza in base alla Costituzione o ad altre leggi. Tuttavia, 'tutte le controversie legali (*hōritsujō-no-sōshō*)' non significa 'tutte le vertenze legali (*hōritsujō-no-keisō*)'. Il termine 'vertenze legali' copre un'ampia gamma di vertenze, alcune delle quali devono rimanere al di fuori dell'ambito della giurisdizione. Questo perché, nelle società o associazioni dotate di norme giuridiche autonome, la realizzazione di tali norme dovrebbe essere lasciata a procedure autonome come questione di disciplina interna e non dovrebbe essere soggetta a controllo giudiziario. È ragionevole concludere che punizioni discipli-

⁽⁹²⁾ *Shinpan taikai kenpō jiten* [Dizionario sistematico del diritto costituzione. Nuova edizione], a cura di Yasuo Sugihara, Tokyo, Seirin-shoin, 2008, p. 416.

⁽⁹³⁾ Si può consultare il testo inglese di questa legge: <https://www.japaneselawtranslation.go.jp/ja/laws/view/4150>.

nari, come la sospensione della partecipazione nel caso in questione, rientrano in questa categoria ⁽⁹⁴⁾.

Ciò richiama l'argomentazione di Romano sotto due aspetti. In primo luogo, si riconosce che ci sono casi in cui il potere giudiziario, in quanto autorità statale, non si estende a « società o associazioni dotate di norme giuridiche autonome » ⁽⁹⁵⁾. In secondo luogo, tali casi includono sanzioni disciplinari all'interno dei consigli municipali, la cui autonomia è espressamente riconosciuta dalla legge statale ⁽⁹⁶⁾.

Questa impressione è ulteriormente rafforzata se si considerano le circostanze che hanno portato alla formazione del parere della Corte. Il principio della società parziale trae le sue origini direttamente dalle opinioni di minoranza di Tanaka in due pronunce che hanno preceduto la sentenza dell'ottobre 1960. La prima volta ⁽⁹⁷⁾ in cui egli espresse la sua opinione di minoranza su questo tema fu nella sentenza del 16 gennaio 1953, relativa a un caso in cui era stata richiesta la sospensione dell'esecuzione dell'espulsione di un membro del consiglio regionale (Corte Sup., sez. un., 16 gennaio 1953, (ku) n. 109/1952). Tanaka sostenne che tale espulsione doveva essere lasciata alla deliberazione del consiglio come una questione di

⁽⁹⁴⁾ Corte Sup., sez. un., 19 ottobre 1960, (o) n. 10/1959.

⁽⁹⁵⁾ ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, cit., p. 213.

⁽⁹⁶⁾ Gli enti autarchici sono proprio l'esempio che S. Romano cita accanto alla Chiesa in *L'ordinamento giuridico*, cit., p. 213. Invece, l'azione disciplinare nelle imprese, che dal punto di vista del diritto statale sono considerate semplici associazioni umane basate su rapporti contrattuali, viene trattata da Romano in modo diverso rispetto all'azione disciplinare negli enti pubblici locali (ivi, pp. 198-202).

⁽⁹⁷⁾ La seconda volta che Tanaka espresse il principio delle società parziali fu nell'opinione supplementare congiunta con Yūsuke Saitō e Shimoizaka Masuo nella sentenza del 9 marzo 1960 (Corte Sup., sez. un., 9 marzo 1960, (o) n. 430/1955). In quella occasione, lui e i suoi colleghi citarono come esempi di « società all'interno dello Stato » non solo le associazioni private, ma anche istituzioni pubbliche come i tribunali, la Dieta, le università nazionali e gli enti pubblici locali. Izuru Makihara ha analizzato il principio delle società parziali dal punto di vista della politologia della giustizia (*political analysis of the judicial system*), sottolineando che « la Corte, che è rimasta fragile fin dalla sua fondazione, ha cercato di proteggere la sua indipendenza evitando decisioni che potrebbero turbare l'ordine delle organizzazioni » (MAKIHARA, *Tanaka Kōtarō*, cit., p. 226; Id., *"Bubun-shakai" to "zōge no tō"* [Società parziali e torre d'avorio], in *Seiji o ikiru* [Vivere la politica], a cura di Ō Jun *et al.*, Chūōkōrōn-Shinsha, 2012, pp. 228-229).

disciplina interna e, pertanto, l'intervento giudiziario non era ammissibile. Spiegava il suo ragionamento nei termini che seguono.

La base teorica di questa conclusione va ricercata nella pluralità degli ordinamenti giuridici. I fenomeni giuridici sono universali nelle società umane e non sono necessariamente limitati alla società dello Stato. La comunità internazionale ha il suo diritto, e all'interno delle società statali ci sono varie società, come le associazioni di bonifica, le aziende, le scuole, le organizzazioni sociali e sportive, che hanno un proprio ordinamento giuridico. L'ordinamento giuridico è pluralistico in accordo con la pluralità delle società. Alcuni di questi ordinamenti giuridici particolari hanno un certo grado di connessione con l'ordinamento giuridico statale, ossia con l'ordinamento giuridico generale, mentre altri non ne hanno. Il grado di connessione è una questione di politica legislativa che lo Stato deve determinare dal punto di vista del benessere pubblico [...]. In breve, i giudici hanno il compito di realizzare lo 'Stato di diritto' all'interno dello Stato e della società, ma ci sono alcuni limiti alle questioni cui possono riferirsi. Tali limiti variano in base alla natura della società. [...] L'ordinamento giuridico cui si occupano i giudici è limitato al generale e non si estende al particolare ⁽⁹⁸⁾.

La similitudine tra l'opinione di Tanaka e la teoria di Romano è più evidente sotto diversi aspetti: in primo luogo, viene utilizzato il concetto chiave della teoria romaniana, ovverosia la « pluralità degli ordinamenti giuridici » ⁽⁹⁹⁾; concetto non comunemente adottato nella scienza giuridica giapponese all'epoca ⁽¹⁰⁰⁾. In secondo luogo, al pari di Romano, egli distingue tra ordinamenti giuridici

⁽⁹⁸⁾ Corte Sup., sez. un., 16 gennaio 1953, (ku) n. 109/1952.

⁽⁹⁹⁾ È da notare che il primo esempio di Tanaka è il diritto internazionale, che è, secondo Romano, « pietra di paragone » per ogni definizione del diritto (ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, cit., p. 52).

⁽¹⁰⁰⁾ Una ricerca della letteratura antecedente al 1953 conservata nelle Collezioni Digitali della Biblioteca della Dieta Nazionale giapponese (<https://dl.ndl.go.jp/>), utilizzando l'espressione « hōchitsujo no tagensei [pluralità degli ordinamenti giuridici] », mostra che l'unico documento che contenere l'espressione è Riuzo MAITANI, *Yakkanbō no seikaku* [Carattere del diritto delle clausole tipiche], Tokyo, Tsūshin-kyōiku-shinkōsha, 1948, p. 445. Sembrerebbe pertanto che l'espressione « pluralità degli ordinamenti giuridici » non fosse nell'uso comune in Giappone di quel periodo.

« generali » e « particolari », configurando quello dello Stato a cui appartengono i giudici come appartenente alla prima categoria ⁽¹⁰¹⁾. In terzo luogo, collega il grado di coinvolgimento dello Stato in un determinato ordinamento giuridico all'interno dello Stato alla politica legislativa ⁽¹⁰²⁾.

Così, il principio delle società parziali consolidatosi durante la presidenza di Tanaka, pur non facendo mai un riferimento esplicito a Romano nei suoi scritti, richiama fortemente la teoria romaniana dell'ordinamento giuridico.

Da un lato, secondo una certa opinione, l'argomentazione di Tanaka sarebbe stata influenzata dalle opinioni di Eijirō Kawai ⁽¹⁰³⁾, che ha introdotto la teoria pluralista dello Stato di George Douglas Howard Cole ⁽¹⁰⁴⁾. Nel suo *Teoria del diritto universale*, pubblicato nel 1932, Tanaka cita Cole come pluralista assieme a Harold Laski e Robert Morrison MacIver ⁽¹⁰⁵⁾. Nello stesso libro, Tanaka si riferisce anche al fatto che gli enti locali pubblici, professionali, commerciali, accademici, culturali e religiosi « stabiliscono i loro statuti specifici per la società, ai quali i loro membri sono obbligati a conformarsi e si devono riconoscere il loro carattere giuridico », come « Dezentralisation der Rechtsbildung » ⁽¹⁰⁶⁾. L'espressione *Dezentralisation der Rechtsbildung* si deve a Hugo Krabbe ⁽¹⁰⁷⁾, che

⁽¹⁰¹⁾ Cfr. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, cit., pp. 141-142.

⁽¹⁰²⁾ « Dalle leggi dello Stato, per esempio, dipenderà il valore che un atto amministrativo o giudiziario dello Stato stesso avrà pel Comune, nonché quello che il regolamento o un atto del Comune, compiuto in base al proprio regolamento, avrà per lo Stato » (ivi, p. 184).

⁽¹⁰³⁾ Eijirō Kawai era professore presso la Facoltà di Economia dell'Università Imperiale di Tokyo ed era noto per le sue critiche sia al fascismo che al comunismo. È importante sottolineare che Kawai fu incriminato e condannato per violazione della Legge sulle pubblicazioni per aver « disturbato l'ordine pubblico », definendo lo Stato come una società parziale nelle sue opere. In seguito a questa incriminazione, Yuzuru Hiraga, presidente dell'Università Imperiale di Tokyo, sospese Kawai dalla sua posizione, e Tanaka lo sostenne in qualità di consigliere (MAKIHARA, *Tanaka Kōtarō*, cit., pp. 109-112).

⁽¹⁰⁴⁾ MAKIHARA, "Bubun-shakai", cit., pp. 229-230.

⁽¹⁰⁵⁾ TANAKA, *Sekaihō*, cit., t. 1, p. 303.

⁽¹⁰⁶⁾ Ivi, pp. 112-114.

⁽¹⁰⁷⁾ Cfr. H. KRABBE, *Die moderne Staats-Idee*, Haag, M. Nijhoff, 1919, p. 187 e ss.

all'epoca era conosciuto come uno studioso che esprimeva opinioni simili a quelle di Laski e Cole ⁽¹⁰⁸⁾.

Sembra quindi che il pluralismo recepito dalla Corte Suprema grazie a Tanaka sia più il frutto dell'influenza di questi studiosi piuttosto che di Romano. Ci sono tuttavia due aspetti da considerare: in primo luogo, il pluralismo di Tanaka in *Teoria del diritto universale* è riferito quasi esclusivamente al contesto della relativizzazione della sovranità statale e al rafforzamento della possibilità di formazione del diritto universale attraverso di essa ⁽¹⁰⁹⁾. In altre parole, il tema del principio delle società parziali — ovvero sia l'interdipendenza tra gli ordinamenti giuridici — non viene affrontato. In secondo luogo, quando parla della *Dezentralisation der Rechtsbildung*, Tanaka spiega che gli statuti stabiliti dalle varie associazioni « non possono essere interpretati dalla scienza giuridica tradizionale, ovvero semplicemente dai principi del contratto del diritto romano » ⁽¹¹⁰⁾. Questo ragionamento non è presente in Krabbe ed è tipico dell'istituzionalismo giuridico. In altre parole, anche se il termine « istituzione » non viene utilizzato, si può ipotizzare che le istituzioni fossero considerate come un nuovo concetto da contrapporre a quello tradizionale di contratto ⁽¹¹¹⁾.

Dall'altro lato, si ritiene che l'argomentazione di Tanaka sia stata influenzata da Romano ⁽¹¹²⁾. Chi sostiene questa opinione, nondimeno, ritiene la relazione d'influenza come evidente, senza fornire alcuna motivazione particolare. Del resto, come possibile fondamento di questa opinione, si evidenzia che la descrizione in un

⁽¹⁰⁸⁾ Cfr. Ikuo ŌYAMA, *Ōyama Ikuo zenshū* [Opere complete di I. Oyama], t. 2, Tokyo, Chūōkōron-sha, 1949², p. 146.

⁽¹⁰⁹⁾ Si veda, ad esempio, la descrizione di Krabbe in TANAKA, *Sekaihō*, cit., t. 1, pp. 109-110, 137-138 e 380-381. Inoltre, a causa di tale contesto, questi teorici tendono a sostenere che lo Stato sia anch'esso una società parziale, al pari di altre società intra-statali. Tuttavia, nell'opinione di minoranza della sentenza del 1953, Tanaka descrive lo Stato come un ordinamento giuridico generale, distinguendolo chiaramente da altri ordinamenti giuridici particolari.

⁽¹¹⁰⁾ TANAKA, *Sekaihō*, cit., t. 1, p. 112.

⁽¹¹¹⁾ S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, cit. §45, contrappone insistentemente il contratto di lavoro all'istituzione dell'impresa.

⁽¹¹²⁾ T. NAKANO, *Kōkenryoku no kōshi gainen no kenkyū* [Studio del concetto di esercizio del potere pubblico], Tokyo, Yuhikaku, 2007, p. 250 n. 1.

libro di testo ⁽¹¹³⁾, pubblicato dopo l'intervento di Tanaka nelle decisioni sopra citate, presenta molte somiglianze con l'argomentazione di Romano ⁽¹¹⁴⁾.

Inoltre, ci sono motivi per credere che il nostro fosse a conoscenza dell'argomentazione romaniana. Le espressioni latine *ubi societas ibi ius* e *ubi ius ibi societas* (soprattutto quest'ultima, utilizzata in *Teoria del diritto universale* ⁽¹¹⁵⁾ — suggeriscono che Tanaka fosse a conoscenza dell'argomento di Romano. Per due ragioni: in primo luogo, mentre *ubi societas...* era effettivamente un'espressione idiomatica all'epoca in cui Tanaka scrisse *Teoria del diritto universale*, l'accostamento parallelo tra *ubi societas...* e *ubi ius...* non lo era. Si ritiene, infatti, che *ubi ius...* sia stato raramente utilizzato almeno fino al 1917, anno in cui Romano lo introdusse nel suo *L'ordinamento giuridico*. Detto in altri termini, Tanaka avrebbe utilizzato *ubi societas...* accanto a *ubi ius...* facendo riferimento, direttamente o indirettamente, a Santi Romano. In secondo luogo, in un passaggio della *Teoria del diritto universale*, Tanaka, chiarito che entrambe le formule costituiscono « frasi spesso citate dagli studiosi », ritiene che solo *ubi ius...* avesse una chiara origine ⁽¹¹⁶⁾. Ammette invece relativamente alla formula *ubi societas*: « purtroppo non conosco l'origine di questa famosa espressione » ⁽¹¹⁷⁾. E Tanaka sembra dimostrarsi consapevole che il concetto *ubi ius...* debba

⁽¹¹³⁾ K. TANAKA, *Hōritsugaku gairon* [Introduzione alla scienza giuridica], Tokyo, Gakusei-sha, 1953.

⁽¹¹⁴⁾ Iguchi, nella trad. di Santi Romano, cit., p. 139, menziona le sezioni in cui Tanaka sostiene che l'atteggiamento di non riconoscere l'esistenza di società diverse dallo Stato rispecchia un'idea individualista romana e che tale concetto non era presente nel Medioevo; aggiunge inoltre che le regole delle varie società all'interno dello Stato, come quelle per la distribuzione dei beni in una banda di ladri, erano considerate diritto (TANAKA, *Hōritsugaku*, cit., pp. 20-23; cfr. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, cit., pp. 108, 122-125).

⁽¹¹⁵⁾ TANAKA, *Sekaihō*, cit., t. 1, pp. 46-47. Tanaka fa riferimento ai libri di François Gény, Jean Dabin, Julien Bonnetcase, Eugen Ehrlich e Léon Duguit, ma nessuno di loro cita la frase *ubi ius...*

⁽¹¹⁶⁾ Ancora oggi la fonte di questa espressione è oggetto di dibattito: v. Renato FEDERICI, "Ubi societas ibi ius". "Ubi ius ibi societas". *Alla ricerca dell'origine e del significato di due formule potenti*, in « Amministrazione e Contabilità dello Stato e degli Enti Pubblici », I (2017).

⁽¹¹⁷⁾ TANAKA, *Sekaihō*, cit., t. 1, pp. 46-47.

essere considerato una creazione di Santi Romano o, quantomeno, che da lui sia stato reso popolare ⁽¹¹⁸⁾.

Pertanto, per due motivi — le analogie contenutistiche con le argomentazioni di Romano presenti nelle decisioni della Corte Suprema e negli scritti successivi, e la peculiarità delle espressioni latine utilizzate in *Teoria del diritto universale* — è possibile considerare la teoria pluralista di Tanaka, almeno in parte, come erede della teoria romaniana: non sarebbe dunque insensato ritenere che *L'ordinamento giuridico* di Romano abbia influenzato la giurisprudenza di una Corte Suprema dall'altra parte del mondo circa quaranta anni dopo la sua pubblicazione.

3.2.3. *Il principio delle « società parziali » dopo la presidenza di Tanaka.*

Il principio delle « società parziali », inteso come concetto giurisprudenziale, è stato considerato valido per i casi riguardanti l'autonomia dei consigli locali dopo la citata sentenza dell'ottobre 1960. E il contesto giurisprudenziale si è consolidato nel senso che le azioni disciplinari dei consigli locali erano soggette a controllo giurisdizionale solo in caso di espulsioni, poiché soltanto in questo caso si verifica un contatto tra le due comunità societarie: quella generale, ossia la società statale, e quella particolare, cioè la società dei consigli.

La nozione aveva un ambito di applicazione piuttosto limitato; poteva dunque sembrare che « il principio delle società parziali fosse destinato a scomparire. [...] Tuttavia, è stato rievocato nel 1977 in una decisione di una sezione [della Corte Suprema] come spiega-

⁽¹¹⁸⁾ Al contrario, in un libro di testo scritto da Tanaka, egli affianca *ubi societas... e ubi ius...* e poi afferma: « purtroppo non sono ancora in grado di individuare la fonte di queste espressioni idiomatiche latine » (TANAKA, *Hōritsugaku*, cit., pp. 18-19 corsivo mio). Esistono diverse possibili spiegazioni per le incongruenze tra i due testi. Ad esempio, *a*) nella *Teoria del diritto universale*, potrebbe aver commesso un errore includendo la frase; *b*) al momento della redazione dell'*Introduzione*, potrebbe aver pensato che entrambe le espressioni fossero effettivamente proverbi latini; *c*) nella stesura di quest'ultima, potrebbe aver tentato di celare gli indizi riguardanti l'influenza di Romano sulla sua teoria, ecc.

zione del precedente giurisprudenziale »⁽¹¹⁹⁾: la sentenza della Corte Suprema del 15 marzo 1977, riguardante una controversia sul mancato riconoscimento di crediti presso un'università nazionale, rigetta, citando la sentenza dell'ottobre 1960, il ricorso degli studenti universitari dicendo che « non tutte le vertenze legali nelle università, che sono società parziali e particolari, devono essere soggette al controllo giudiziario dei giudici, e i problemi interni che non hanno un rapporto diretto con l'ordinamento giuridico civile e generale dovrebbero essere esclusi dall'ambito del controllo giudiziario ».

In questo modo, vietando il controllo giurisdizionale di quegli organismi distinti dall'« ordinamento giuridico civile e generale », il principio delle società parziali è stato esteso in senso generalizzato⁽¹²⁰⁾. Sulla base di tale assunto, oltre alle università, i giudici hanno rifiutato di giudicare le vertenze all'interno di altre « società parziali », quali le organizzazioni religiose⁽¹²¹⁾ e i partiti politici⁽¹²²⁾, perché estranee all'ordinamento giuridico civile e generale.

Per molto tempo, gli accademici hanno criticato questo principio⁽¹²³⁾. I motivi possibili per rifiutare l'intervento dei giudici nelle

⁽¹¹⁹⁾ K. TAKAHASHI, *Taiki kenpō soshō* [Sistema del contenzioso costituzionale], Tokyo, Iwanami-shoten, 2017, pp. 94-95.

⁽¹²⁰⁾ Sulla distinzione di Romano tra enti pubblici locali ed enti privati, si veda la nota 96.

⁽¹²¹⁾ Sebbene non sia strettamente inteso come un esempio di applicazione del principio delle società parziali: si veda, ad esempio, Corte Sup., 11 gennaio 1980, (o) n. 1199/1978.

⁽¹²²⁾ Corte Sup., 20 dicembre 1988, (o) n. 4/1985.

⁽¹²³⁾ Già nella sentenza del 1953 si può trovare una critica veemente contro il principio delle società parziali. L'opinione di Tsuyoshi Mano, in cui sottolineava l'importanza della validità universale del diritto nazionale, affermava: « [a] meno che non si abbia la fiducia, la ragione e il coraggio di credere in questa legge naturale o neo-naturale, che deriva dall'idea medievale dell'universalismo dell'autorità ecclesiastica secondo cui la legge fatta dall'uomo non è all'altezza della legge fatta da Dio, e di dichiarare apertamente che le disposizioni costituzionali contrarie alla legge naturale non sono valide, tutti i problemi legali che sorgono nell'ormai indipendente Stato del Giappone dovranno essere ricondotti alla fonte della Costituzione del Giappone ed esaminati da lì ». È chiaro che si tratta di un'affermazione che tiene conto dell'opinione minoritaria del giusnaturalista, Tanaka.

vertenze interne delle associazioni variano a seconda della natura di ciascuna associazione, delle differenze nei diritti costituzionali rivendicati, ecc. Se è essenziale considerare le specificità di ciascun caso, di conseguenza, il principio delle società parziali — criterio troppo generale e poco specifico — risulta inappropriato come base per escludere il sindacato giudiziario ⁽¹²⁴⁾.

Tuttavia, gli accademici non hanno sempre osservato tali questioni in modo profondo e articolato ⁽¹²⁵⁾. Si aggiunga poi che insieme alla scarsa attenzione allo studio del diritto italiano in Giappone, come discusso all'inizio di questo articolo, non vi è stato neanche un esame approfondito del principio delle società parziali alla luce delle conoscenze ereditate da Romano ⁽¹²⁶⁾. In questo contesto, nel 2020, la Corte Suprema ha disconosciuto la decisione dell'ottobre 1960 ⁽¹²⁷⁾. E gli studiosi, che per molto tempo hanno espresso critiche nei confronti del principio, sembrano ora cogliere l'occasione per tornare a discutere della sua scomparsa ⁽¹²⁸⁾.

In breve, se il pluralismo di Romano veniva recepito in Giappone da Tanaka ed è entrato nell'ordinamento giuridico giapponese in forza della giurisprudenza della Corte Suprema, sembra ora essere stato archiviato senza concretamente approfondirne lo sfondo teorico.

⁽¹²⁴⁾ Nobuyoshi ASHIBE (rivisto da K. Takahashi), *Kenpō* [Costituzione], Tokyo, Iwanami-shoten, 2019⁷, p. 356.

⁽¹²⁵⁾ Come eccezioni, si veda, ad esempio, Kazuhiko YAMAMOTO, *Shinpanken no genkai* [Limitazioni della giurisdizione], in ID., *Minjisoshōbō no kibon mondai* [Argomenti fondamentali nel diritto processuale civile], Tokyo, Hanrei-Times-sha, 2002, p. 33.

⁽¹²⁶⁾ Un autorevole costituzionalista si è proposto di analizzare « il contesto filosofico e il contenuto del principio delle 'società parziali' », ma in realtà ha confrontato l'opinione di Tanaka, per ragioni non chiare, con quella dei professori statunitensi (Koji SATO, *Bubunsbakai to shibōken*, in ID., *Gendai kokka to shibōken* [Stato contemporaneo e potere giudiziario], Tokyo, Yuhikaku, 1988, pp. 160-164).

⁽¹²⁷⁾ Corte Sup., 25 novembre 2020, (gyō-hi) n. 417/2018.

⁽¹²⁸⁾ Masato ICHIKAWA, *“Dantainai hunsō” to shibōken* [‘Controversie infra-gruppo’ e il potere giudiziario], in « Ronkyū Jurist [Giurista Trimestrale] », XXXVI (2021), p. 142. In realtà, non è ancora chiaro se la Corte Suprema abbia rinunciato al principio delle società parziali o meno: c'è ancora la possibilità che abbia cambiato solo il risultato della sentenza di ottobre 1960.

3.3. *La costruzione oggettiva del diritto amministrativo: Takeshi Nakano e la teoria del diritto amministrativo.*

3.3.1. *Takeshi Nakano e la teoria del diritto amministrativo.*

L'ordinamento giuridico di Romano non ha attirato molte attenzioni fino agli anni Novanta, nonostante sia stato implicitamente recepito in Giappone secondo le dinamiche sopra esposte. È però comunque possibile notare, ampliando lo sguardo, un piccolo gruppo di studiosi del diritto costituzionale dediti ad approfondire il diritto italiano. Un evento emblematico è stata la pubblicazione, nel 1998, della *Storia del diritto costituzionale italiano* di Fumio Iguchi⁽¹²⁹⁾: il libro traccia la storia costituzionale dell'Italia dal 1861, anno di istituzione del Regno d'Italia unito, fino alla costituzione della Repubblica, delineando i tratti principali della teoria romaniana.

Tra il 2002 e il 2003 è poi apparso un discorso di Takeshi Nakano⁽¹³⁰⁾. Nakano si è laureato presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Tokyo ed è stato subito assunto come professore assistente. Tre anni dopo, a seguito dello *Studio del concetto di esercizio del potere pubblico*, è stato invitato alla Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Tohoku, un importante centro di studi di diritto pubblico giapponese, come professore associato. Durante la sua permanenza all'università, è stato distaccato presso l'Ufficio Legislativo del Gabinetto e il Ministero degli Affari Esteri: un'esperienza particolare e rara per un professore di giurisprudenza. Attualmente, Nakano è titolare della cattedra di Diritto amministrativo presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Kyoto.

All'inizio di questo studio, abbiamo sottolineato come la comparazione tra il diritto italiano e quello giapponese possa offrire feconde opportunità per permettere di riconsiderare alcune impo-

(129) Fumio IGUCHI, *Italia kenpō-shi* [Storia della Costituzione italiana], Tokyo, Yūshindō-kōbunsha, 1998.

(130) Takeshi NAKANO, *Kōkenryoku no kōshi gainen no kenkyū* [Studio del concetto di esercizio del potere pubblico], (1)-(5), in «Hōgakukyōkai Zasshi», 119 (2002), 2, pp. 161-120, (2003), 2, p. 50. Questa serie di articoli, dopo le aggiunte e le correzioni, è stata pubblicata come NAKANO, *Kōkenryoku*, cit. Nel prosieguo, le citazioni saranno tratte da quest'ultima edizione, se non diversamente necessario.

stazioni dottrinali. Questa caratterizzazione è molto evidente nelle argomentazioni di Nakano. La sua prima opera, *Studio del concetto di esercizio del potere pubblico*, dopo aver riassunto la metodologia degli amministrativisti giapponesi, illustra le ragioni per cui essa dovrebbe essere superata. Qui di seguito, si descrive come Nakano abbia criticato il metodo convenzionale, utilizzando Santi Romano come « arma » contro tale impostazione.

In primo luogo, i dubbi di Nakano sulla metodologia convenzionale possono essere riassunti come « dubbi sul pensiero privatistico » nel diritto pubblico ⁽¹³¹⁾. Secondo Nakano, « esiste un'unità metodologica fondamentale nella scienza del diritto amministrativo tradizionale giapponese, che cerca di ridurre il diritto amministrativo a un insieme di diritti individuali tra lo Stato e i privati »: « il sistema del diritto amministrativo consiste nel diritto sostanziale come fascio di relazioni di diritti, con cui i privati possono respingere gli atti basati su norme di garanzia che violano dei propri diritti individuali, quasi come se tali diritti analoghi ai diritti che legittimano l'azione negatoria. Parallelamente, esiste un diritto procedurale basato sulla teoria delle norme di garanzia [*Schutznormtheorie*] ». Tuttavia, concentrandosi unicamente sui rapporti normativi tra cittadino e amministrazione, non vi è certezza che il diritto amministrativo come sistema complesso di situazioni giuridiche sia valorizzato. Questo perché nella maggior parte dei casi, a eccezione dei provvedimenti ablatori contro un destinatario, i diritti individuali rappresentano solo una frazione dell'intera operazione amministrativa. Di conseguenza, « per il diritto amministrativo, il cui compito principale dovrebbe essere la regolamentazione del perseguimento dell'interesse pubblico, l'attenzione principale diventa la protezione dei diritti individuali che potrebbero essere violati nel corso di tale proseguimento ». Questo approccio ha relegato interessi privati, che se considerati collettivamente hanno un legame con l'interesse pubblico (come l'ambiente di vita), « al margine della considerazione giuridica, a causa della tendenza inevitabile alla frammentazione individuale ».

Secondo Nakano, la metodologia convenzionale, inoltre, presenta delle incongruenze con il sistema di contenzioso amministra-

⁽¹³¹⁾ Per la descrizione di questo paragrafo, *ivi*, pp. 1-2.

tivo. Questo sistema distingue tra azioni di impugnazione (*kōkokū-soshō*) (art. 3, comma 1, l. 139/1962 ⁽¹³²⁾), che sono principalmente azioni di annullamento di provvedimenti amministrativi (*shobun*) (art. 3, para. 2), e azioni di parte (*tōjisha-soshō*) (art. 4), intese come « azioni dichiarative sui rapporti giuridici di diritto pubblico e altre azioni inerenti a rapporti giuridici di diritto pubblico ». Successivamente, il sistema privilegia le prime rispetto alle seconde: non è possibile avanzare un'azione di parte quando si può proporre un'azione di impugnazione. Tuttavia, la dottrina convenzionale tenta di trattare l'azione di annullamento come se fosse una sorta di azione di parte ⁽¹³³⁾, ritenendo di fatto che sia equiparabile all'azione negatoria. Questo perché, per tale dottrina, ogni provvedimento dovrebbe essere ricondotto ai meri rapporti giuridici. Questa interpretazione è in conflitto con i principi del sistema, i quali stabiliscono una chiara distinzione tra l'azione di impugnazione e l'azione di parte.

Pertanto, Nakano si impegna ad esplorare non una costruzione di diritto sostanziale basata sui diritti, ovvero una costruzione soggettiva, ma piuttosto una costruzione di diritto sostanziale che si fondi sull'ordine o sulle istituzioni amministrative: una costruzione oggettiva, nel senso che non deriva dalla volontà dei singoli ⁽¹³⁴⁾. Gli spunti per tale indagine provengono dalle teorie proposte in Germania, Francia e Italia ⁽¹³⁵⁾.

⁽¹³²⁾ Si può consultare il testo inglese di questa legge: <https://www.japaneselawtranslation.go.jp/ja/laws/view/3781>.

⁽¹³³⁾ Ad esempio, Takehisa NAKAGAWA, *Gyōseisoshō no kibon kōzō* [Struttura fondamentale di contenzioso amministrativo] (1) (2), in « Minshōhō Zasshi », 150 (2014), 1, p. 1; 150 (2014), 2, p. 170.

⁽¹³⁴⁾ NAKANO, *Kōkenryoku*, cit., p. 12.

⁽¹³⁵⁾ Nel suo *Studio del concetto di esercizio del potere pubblico*, nel capitolo 1 intitolato « Organismi », Nakano analizza l'evoluzione della costruzione soggettiva nel diritto pubblico tedesco tra la fine del XIX e l'inizio del XX secolo. Nakano presta particolare attenzione alla controversia tra Otto von Gierke e Paul Laband, e poi la teoria di Otto Mayer, che era influenzato dal diritto amministrativo francese ed era incline a incorporare la teoria del diritto oggettivo nella sua teoria degli atti amministrativi (pp. 49-122). Il capitolo 2, intitolato « Istituzioni », si concentra principalmente sul rapporto tra la teoria istituzionale di Maurice Hauriou e la sua concezione del diritto amministrativo. Dal punto di vista della contribuzione alla teorizzazione di una costruzione oggettiva del diritto amministrativo, Nakano valuta positivamente il periodo

In questo senso, Nakano distingue le opere di Romano sostanzialmente in due fasi: la prima è rappresentata da *La teoria dei diritti pubblici subbiettivi* (1897) e *Principii di diritto amministrativo italiano* (1902); la seconda da *L'ordinamento giuridico* (1918), *Corso di diritto amministrativo* (1930), la seconda edizione di *L'ordinamento giuridico* (1946) e *Frammenti di un dizionario giuridico* (1947) ⁽¹³⁶⁾.

Per la prima fase, *Principii del diritto amministrativo italiano*, e in particolare la teoria degli interessi in essi contenuta, sono enfatizzati come un'opportunità per superare il dualismo tedesco tra diritti e interessi riflessi. Nakano mette particolarmente in evidenza l'argomentazione di Romano che classifica gli interessi in tre tipi: interessi semplici, interessi occasionalmente protetti e interessi legittimi ⁽¹³⁷⁾. Questa classificazione viene reinterpretata da Nakano con riferimento a tre livelli: individuo (*individuum*), specie (*species*) e genere (*genus*) ⁽¹³⁸⁾. Tuttavia, secondo Nakano, nell'argomentazione romaniana, gli interessi legittimi non sono sufficientemente distinti dai diritti subbiettivi e il meccanismo di tutela oggettiva degli interessi semplici e occasionalmente protetti rimane inesplorato, portandolo alla conclusione che « il sistema iniziale di Romano oscilla tra una 'costruzione soggettiva' e una 'costruzione oggettiva' » ⁽¹³⁹⁾.

Passiamo alla seconda fase del pensiero romaniano. Ciò che Nakano sottolinea è che, a differenza di Gierke e Hauriou, Romano ha messo in risalto la funzione ordinante dei concetti giuridici ⁽¹⁴⁰⁾. Questo ha eliminato le sfumature sociologiche, equiparando le

intermedio della teoria di Hauriou, illustrato, ad esempio, nei *Principes de droit public*. Tuttavia, poiché la teoria istituzionale di Hauriou mantiene un tono sociologico e tende a centrare le sue argomentazioni sugli individui e persone giuridiche come soggetti, Hauriou viene interpretato anche come un teorico che non ha portato a termine una costruzione pienamente oggettiva (pp. 123-204). Nel capitolo 3 intitolato « Ordine giuridico », Nakano tratta le posizioni degli studiosi italiani, ad esempio, Dante Majorana, Emilio Bonaudi, Giovanni Miele, Guido Zanobini e Antonio Amorth, oltre a quella di Romano (pp. 205-269).

⁽¹³⁶⁾ Ivi, p. 205.

⁽¹³⁷⁾ S. ROMANO, *Principii di diritto amministrativo italiano*, Milano, Società Editrice Libreria, 1912³, pp. 44-47.

⁽¹³⁸⁾ NAKANO, *Kōkenryoku*, cit., pp. 213-215.

⁽¹³⁹⁾ Ivi, p. 218.

⁽¹⁴⁰⁾ S. ROMANO, *Voce: Diritto (funzione del)*, in Id., *Frammenti di un dizionario giuridico*, Giuffrè, 1953, p. 81.

istituzioni al diritto e rendendo possibile una stratificazione multi-livello del sistema giuridico ⁽¹⁴¹⁾. Attraverso la sua interpretazione de *L'ordinamento giuridico*, Nakano valorizza la costruzione oggettiva della visione romaniana.

Il punto di partenza è rappresentato dalle critiche rivolte alla prima edizione de *L'ordinamento giuridico* e dalla risposta di Romano a tali critiche. In particolare, la prima edizione è stata oggetto di critiche da parte di Orlando perché non aveva definito con chiarezza il concetto di istituzione. In risposta, Romano afferma che « quando ci sia un'istituzione [...] non è sempre facile accertarlo » e che concetti fondamentali come ente e corpo sociale, quando si pretende di definirli ulteriormente, si rischia di snaturarli ⁽¹⁴²⁾.

Nakano sostiene, tuttavia, che lo standard definitorio del concetto di istituzione era già stato proposto da Romano stesso ⁽¹⁴³⁾. La chiave sta nell'uso che il giuspubblicista siciliano fa del termine « posizione », riferendosi sia alla « costituzione » delle istituzioni o del diritto, sia al « posizionamento » dei loro membri all'interno dell'istituzione ⁽¹⁴⁴⁾. Questa terminologia suggerisce che, affinché un'istituzione si costituisca, essa deve essere organizzata da membri

⁽¹⁴¹⁾ S. ROMANO, *Osservazioni sulla completezza dell'ordinamento statale*, in ID., *Scritti minori*, Milano, Giuffrè, 1990, vol. I, p. 455. Cfr. NAKANO, *Kōkenryoku*, cit., pp. 228-229.

⁽¹⁴²⁾ ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, cit. p. 35 n. 29-ter e p. 39 n. 30-bis.

⁽¹⁴³⁾ Per la descrizione di questo paragrafo, NAKANO, *Kōkenryoku*, cit., pp. 231-232.

⁽¹⁴⁴⁾ Sebbene Nakano non indichi specificamente le pagine di riferimento, di seguito sono riportati alcuni passaggi che sembrano evidenziare l'uso del termine « posizione » in relazione alla « costituzione ». I riferimenti sono tratti da ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, cit. (i numeri tra parentesi indicano le pagine dell'opera citata): « [I] diritto [...] è organizzazione, struttura, *posizione* della stessa società in cui si svolge e che esso costituisce come unità, come ente per sé stante » (27); « La prima *posizione* del diritto non è quindi data da quest'ultima [norma] » (51); « il diritto è, anzi tutto, *posizione*, organizzazione di un ente sociale » (51).

Inoltre, la parola « posizione » viene utilizzata due volte nei paragrafi successivi; sembra che nel primo caso ci si riferisca alla « costituzione » di un ente, mentre nel secondo al « posizionamento » all'interno di un ente come membro: « [t]ali esempi sembra che siano la più evidente conferma del criterio, in base al quale si deve distinguere fra istituzione e semplice rapporto: la prima è *posizione* stabile di un ente; il secondo, avvicinamento più o meno transitorio di più enti. Un rapporto può mutarsi in un'istituzione, solo quando, per forze interne o esterne, i suoi termini stessi rimangono

ai quali viene attribuita una certa posizione. Tale principio si applica anche alle istituzioni composite, ovvero istituzioni sovraordinate che includono come membri istituzioni subordinate. La questione della costituzione di un'istituzione sovraordinata e del posizionamento di un'altra identica istituzione al suo interno è uno dei temi trattati nella Parte II de *L'ordinamento giuridico*: la rilevanza giuridica. Ciò giustifica, a sua volta, l'uso dell'argomentazione della rilevanza giuridica circa la relazione tra le istituzioni e i membri che le fondano e vi si posizionano. In altre parole, « si può affermare che un ente sia un'istituzione se esiste una certa relazione giuridica tra le persone che compongono l'ente e l'ente nel suo insieme ». Di conseguenza, Nakano conclude che l'esistenza stessa di un'istituzione diventa una questione di pura interpretazione giuridica: l'approccio di Santi Romano, fortemente positivista in termini giuridici, risulterebbe completamente esente da sfumature sociologiche.

Reinterpretato *L'ordinamento giuridico*, Nakano si interroga sulla concezione romaniana del diritto sostanziale ⁽¹⁴⁵⁾. Anche se sottolinea l'esistenza di diverse interpretazioni possibili, evidenzia come Helmut Coing parafrasi l'ordine di possesso legato all'*actio spolii* nel diritto canonico come « ordinamento giuridico » ⁽¹⁴⁶⁾, e successivamente ridefinisce la teoria dell'ordinamento giuridico come un tentativo di istituire un diritto sostanziale che non si riduca ai diritti soggettivi. Le stesse dichiarazioni romaniane sembrano suggerire questo tentativo ⁽¹⁴⁷⁾. Il diritto sostanziale di Santi Romano, così interpretato, è « precisamente l'opposto dell'idea di procedere attraverso le norme intese come relazioni di diritti e di giungere all'ordinamento giuridico come insieme di norme. Per

modificati e stabilmente collegati in una *posizione* organica, cioè come membri di un'entità a sé » (70).

⁽¹⁴⁵⁾ Per la descrizione di questo paragrafo, NAKANO, *Kōkenryoku*, cit., pp. 232-233.

⁽¹⁴⁶⁾ Helmut COING, *Europäisches Privatrecht*, Bd. I, 1985, p. 342.

⁽¹⁴⁷⁾ ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, cit., pp. 170-171, determina due fonti di influenza del diritto internazionale sul diritto nazionale: la prima è rappresentata dai rapporti stabiliti dal diritto internazionale e la seconda da uno *status* generico derivante dall'istituzione della *societas gentium*. Partendo da questa considerazione, Nakano sostiene che Romano concepisce due diritti sostanziali distinti.

Romano, i diritti sono basati indirettamente sull'ordinamento giuridico attraverso le norme » (148).

Dopo aver ricostruito il concetto di diritto sostanziale, Nakano conclude discutendo il rapporto tra *L'ordinamento giuridico* e la teoria del diritto amministrativo; individuandone le caratteristiche nella discussione dettagliata delle situazioni oggettive, che va oltre i rapporti di diritto (149), e nel tentativo di fornire una base organizzativa al diritto che regola l'operazione amministrativa (150). Nakano offre un esame dettagliato della teoria giuridica amministrativa, pur concentrandosi unicamente su due questioni (151).

In primo luogo, Nakano si concentra sulla discussione relativa al concetto di posizione. Da un lato, sostiene che l'argomentazione tesa a classificare le posizioni in termini di superiorità, subordinazione e indipendenza (152) gli ricorda il concetto di rilevanza giuridica della Parte II de *L'ordinamento giuridico*. Tuttavia, comprende che Romano stesso non osi approfondirlo come parte generale del diritto amministrativo. D'altro canto, Nakano sottolinea l'affermazione di Romano secondo la quale il diritto amministrativo si configura come un ordine gerarchico (153) e che nel diritto amministrativo le persone possono essere prese in considerazione non solo singolarmente, ma anche per gruppi o categorie determinante in vario modo (154). Da ciò Nakano deduce che, « coloro che occupano posizioni che articolano il sistema del diritto amministrativo non sono necessariamente 'individui' divisibili » (155).

In secondo luogo, Nakano focalizza l'attenzione sulla teoria degli interessi legittimi di Romano (156). La premessa è che quest'ultimo identifica come « principio molto importante nel diritto pubblico » l'idea secondo cui possono esserci casi in cui i doveri di un'entità non corrispondano ai diritti di un'altra, e che gli interessi

(148) NAKANO, *Kōkenryoku*, cit., p. 233.

(149) S. ROMANO, *Corso di diritto amministrativo*, 1937³, p. 137 e ss.

(150) *Ivi*, p. 17.

(151) NAKANO, *Kōkenryoku*, cit., p. 235.

(152) ROMANO, *Corso di diritto amministrativo*, cit., p. 138.

(153) *Ibidem*.

(154) *Ivi*, pp. 134-135.

(155) NAKANO, *Kōkenryoku*, cit., p. 236.

(156) Per le descrizioni dei tre paragrafi che seguono, *ivi*, pp. 240-243.

legittimi possano corrispondere a tali doveri ⁽¹⁵⁷⁾. L'analisi di Nakano delle componenti del diritto sostanziale diverse dai diritti si concentra, pertanto, sulla trattazione romaniana degli interessi legittimi.

Romano distingue tre tipi di interessi giuridici: interessi semplici, interessi occasionalmente protetti e interessi direttamente protetti; è su questi ultimi che Nakano si concentra particolarmente. Gli interessi direttamente protetti sono interessi individuali riannodati con interessi generali e si suddividono nelle seguenti tre categorie ⁽¹⁵⁸⁾: *a*) le cosiddette aspettative di diritto, come le aspettative concernenti la futura carriera degli impiegati; *b*) altre « situazioni giuridiche », derivanti dalla fase di formazione del diritto soggettivo o di estinzione di un'obbligazione, dallo svolgimento di certi rapporti, dal susseguirsi di diversi momenti attraverso i quali si realizza un atto complesso, ecc.; *c*) le garanzie e prerogative, immunità che proteggono coloro che sono incaricati dell'esercizio di una certa funzione, ecc.

Tra questi, Nakano, in particolare, considera le « situazioni giuridiche » dal punto di vista del loro rapporto con la teoria dell'ordinamento giuridico: secondo Romano, queste si creano in procedure che si svolgono diacronicamente ⁽¹⁵⁹⁾. Per quanto riguarda gli interessi in gioco, egli afferma anche che « [g]li interessati poi, ammessi ad impugnare l'atto invalido, non sono soltanto persone determinate con i vari criteri propri del diritto privato, ma tutti i titolari di interessi giuridici che abbiano attinenza con l'atto » ⁽¹⁶⁰⁾. Nakano, notando queste posizioni di Romano, sostiene che « chi è familiare con la teoria dell'ordinamento giuridico si aspetterebbe che l'attinenza di ogni situazione giuridica rispetto a ogni atto amministrativo nella 'procedura' sia elaborata attraverso il concetto di rilevanza giuridica. Tuttavia, Romano si mostra cauto nell'applicare la teoria dell'ordinamento giuridico al contenzioso amministrativo » ⁽¹⁶¹⁾.

⁽¹⁵⁷⁾ ROMANO, *Corso di diritto amministrativo*, cit., p. 155.

⁽¹⁵⁸⁾ Ivi, pp. 153-154.

⁽¹⁵⁹⁾ Ivi, p. 151.

⁽¹⁶⁰⁾ Ivi, p. 267.

⁽¹⁶¹⁾ NAKANO, *Kōkenryoku*, cit., p. 242.

Per questi motivi, si può ritenere che Nakano, integrando, per certi versi, le concezioni romaniane, abbia cercato di costruire un quadro completo del sistema di diritto amministrativo basato sulla teoria dell'ordinamento giuridico. Nella sezione seguente, esamineremo il sistema che Nakano ha sviluppato a partire dalle riflessioni di Romano.

3.3.2. *Costruzione oggettiva del diritto amministrativo.*

Dopo aver esaminato le argomentazioni di Romano e di altri, Nakano ha « smontato e riassembleato i loro quadri teorici in modo definitivo, portandoli a un livello tale da far perdere loro la forma originaria »⁽¹⁶²⁾. Si fornisce, di seguito, una panoramica della sua concezione del diritto sostanziale amministrativo.

Secondo Nakano, nel diritto amministrativo si identificano due tipi di diritto sostanziale situati su due diversi strati⁽¹⁶³⁾. Il primo è il diritto sostanziale relativo al contenzioso che tutela i diritti, ossia il contenzioso civile e l'azione di parte. Tale diritto sostanziale, analogamente al diritto sostanziale civile, riconduce ai diritti acquisiti degli individui e alle loro rivendicazioni nei confronti dello Stato o di altri enti pubblici⁽¹⁶⁴⁾. In secondo luogo, vi è il diritto sostanziale associato alle azioni di tutela delle istituzioni, come le azioni di impugnazione, in particolare le azioni di annullamento. Quest'ultimo presenta una struttura diversa dal diritto sostanziale civile e regola la realizzazione dell'interesse pubblico nel suo complesso coordinando vari interessi privati attraverso l'azione amministrativa⁽¹⁶⁵⁾. La concezione di Nakano di questo diritto sostanziale può essere delineata attraverso tre elementi: *a*) la categorizzazione giuridica degli interessi; *b*) la realizzazione dell'interesse pubblico mediante il coordinamento di diversi interessi; *c*) la creazione di una situazione giuridica complessiva e la sua revoca attraverso le azioni di annullamento.

⁽¹⁶²⁾ Ivi, p. II.

⁽¹⁶³⁾ Ivi, pp. 314-318; si veda anche HAURIUO, *Principes*, cit., p. 799.

⁽¹⁶⁴⁾ Ad esempio, il diritto di richiedere il rimborso delle imposte (art. 56, comma 1, l. n. 66/1962) e lo status di cittadinanza acquisito per nascita (art. 2, l. n. 147/1950) si trovano in questo strato.

⁽¹⁶⁵⁾ NAKANO, *Kōkenryoku*, cit., p. 2.

In primo luogo, si esamina *a)* la classificazione giuridica degli interessi. Distinguendo tra interessi pubblici e privati, Nakano categorizza questi ultimi in tre gruppi. Da una parte, l'interesse pubblico, a livello nazionale, viene definito come l'interesse del popolo nel suo insieme, quale collettività che costituisce lo Stato. Dall'altra parte, l'interesse privato in senso lato rappresenta l'interesse dei singoli cittadini ⁽¹⁶⁶⁾. Tali interessi privati vengono ulteriormente suddivisi in interessi privati in senso stretto, interessi aggregati (*gyōshū-rieki*) ⁽¹⁶⁷⁾ e interessi diffusi ⁽¹⁶⁸⁾. Gli interessi privati in senso stretto, che si collocano a un estremo, rappresentano interessi divisibili che appartengono esclusivamente a singoli individui, come ad esempio la proprietà immobiliare. Gli interessi diffusi, all'altro estremo, sono quegli interessi che vengono tutelati di riflesso a seguito della protezione dell'interesse pubblico. Un esempio di questo potrebbe essere l'interesse del pubblico come consumatore riguardo al rispetto delle norme sull'etichettatura delle confezioni di succo di frutta secondo la legge n. 134/1962 ⁽¹⁶⁹⁾.

Inoltre, gli interessi aggregati si collocano tra gli interessi privati in senso stretto e gli interessi diffusi. La costruzione oggettiva di Nakano si basa proprio sulla chiarificazione giuridica degli interessi aggregati ⁽¹⁷⁰⁾: essi sono definiti come interessi indivisibili di cui

⁽¹⁶⁶⁾ T. NAKANO, *Gyōseihō ni okeru kōeki to shieki* [Interessi pubblici e interessi private nel diritto amministrativo], in Id., *Hōchikokugenri to kōhōgaku no kadai* [Principio dello Stato di diritto e i compiti dello studio del diritto pubblico], Tokyo, Kōbundo, 2018, p. 1.

⁽¹⁶⁷⁾ L'interesse aggregato è un termine coniato da Nakano, che lo ha introdotto come antonimo di « interesse diffuso » nel diritto amministrativo italiano (T. NAKANO, *Fukabunteki rieki no hogo ni kansuru gyōseihō minjibō no hikaku bunseki* [Analisi comparativa sulla tutela degli interessi indivisibili nel diritto amministrativo e diritto civile], in Id., *Hōchikokugenri*, cit., p. 157, n. 15).

⁽¹⁶⁸⁾ NAKANO, *Gyōseihō*, cit., pp. 3-4.

⁽¹⁶⁹⁾ Corte Sup., 14 marzo 1978, (gyō-tsu) n. 99/1974.

⁽¹⁷⁰⁾ Ad esempio, un teorico che ha sviluppato l'interesse collettivo nel diritto amministrativo giapponese (Tadasu WATARI, *Kyōdōrieki-ron to "kenri" ninte no hōhō* [La teoria dell'interesse collettivo e il metodo di riconoscimento dei 'diritti'], in Id., *Gyōseishō to kyōdōrieki-ron* [Contenzioso amministrativo e interessi collettivi], Tokyo, Shinzansha, 2022, p. 367), lo considera primariamente come un interesse sociologico. L'argomentazione di Nakano si contrappone a questa tesi. Questa marcata attenzione verso i concetti giuridicamente costruiti è una caratteristica distintiva dell'argomenta-

godono, in modo non esclusivo ⁽¹⁷¹⁾, le persone che si trovano all'interno di un certo ambito ⁽¹⁷²⁾. I soggetti che godono dell'interesse aggregato sono legittimati ad agire in giudizio. È importante notare che il « certo ambito » della definizione non è determinato da fatti sociologici, ma dalla legge: affinché esista un interesse aggregato, la legge deve in qualche modo delimitare i confini esterni delle persone che godono di tale interesse in maniera indivisibile ⁽¹⁷³⁾. Ciò consente a chi gode di tali interessi di formare un gruppo (non costituito come persona giuridica) come « entità giuridica organizzativa », che è « nettamente distinta dal pubblico in generale » ⁽¹⁷⁴⁾.

Ad esempio, il sistema previsto dalla vecchia legge sulla foresta per la declassificazione delle foreste di protezione (cap. 3, l. n. 43/1907) non richiede l'identificazione individuale di coloro che beneficiano della designazione o declassificazione delle foreste di protezione. Tuttavia, l'ambito degli interessati è definito dall'insieme dei beneficiari, determinato in base alle funzioni della foresta protetta. La legge coniuga questo ambito con l'insieme delle persone alle quali è attribuita una quota per il mantenimento della foresta

zione di Nakano. Abbiamo notato che Nakano ha elogiato Romano per la sua metodologia esclusivamente giuridica.

⁽¹⁷¹⁾ L'espressione « godimento non esclusivo » di un interesse si riferisce alla situazione di diritto sostanziale che potrebbe comportare un litisconsorzio unitario o quasi necessario nel caso in cui ciascun beneficiario richieda la tutela giudiziaria (NAKANO, *Fukabunteki rieki*, cit., p. 152).

⁽¹⁷²⁾ NAKANO, *Gyōseihō*, cit., p. 3.

⁽¹⁷³⁾ Nakano, dopo aver esaminato l'attuale legislazione, identifica l'esistenza di interessi aggregati almeno quando esiste un sistema giuridico [*bōteki-shikumi*] che consente solo a un determinato gruppo di persone di richiedere un provvedimento ablatorio nei confronti dei controinteressati, di presentare obiezioni a un provvedimento favorevole ai controinteressati o di esprimere pareri (NAKANO, *Kōkenryoku*, cit., pp. 290-303). Inoltre, finché ciò non conduce a un'azione popolare, i giudici possono riconoscere l'esistenza di un interesse aggregato attraverso un'interpretazione flessibile di una legge (ID., *Fukabunteki rieki*, cit., p. 155).

⁽¹⁷⁴⁾ L'associazione in oggetto è « un'entità unica con una struttura interna che non può essere ridotta alle singole persone che ne fanno parte e questa unità persiste nonostante i cambiamenti nei suoi membri » (NAKANO, *Kōkenryoku*, cit., p. 285). Come è noto, Nakano ha argomentato che Romano ha cercato di analizzare l'operazione amministrativa dal punto di vista dell'organizzazione. Alcuni aspetti dell'argomentazione di Nakano derivano da questa prospettiva di Romano. Si veda, ad esempio, NAKANO, *Gyōseihō*, cit., p. 1.

(comma 3, art. 28). In tali casi, gli interessati godono di interessi aggregati, costituendosi come gruppo giuridicamente distinto dal pubblico in generale ⁽¹⁷⁵⁾.

Pertanto, gli interessi aggregati possono esistere solo attraverso e all'interno dei sistemi giuridici costituiti dalle leggi oggettive ⁽¹⁷⁶⁾. Ciò contrasta con l'idea che la base dei diritti debba essere ricercata nella volontà autonoma degli individui ⁽¹⁷⁷⁾. La caratteristica saliente dell'argomentazione di Nakano è la spiegazione teorica ⁽¹⁷⁸⁾ secondo cui questi interessi aggregati, che non sono né interessi privati in senso stretto né interessi diffusi o interessi pubblici, costituiscano la base per la legittimazione ad agire dei soggetti che ne beneficiano ⁽¹⁷⁹⁾.

⁽¹⁷⁵⁾ NAKANO, *Kōkenryoku*, cit., p. 285.

⁽¹⁷⁶⁾ In questo senso, gli interessi aggregati presuppongono l'esistenza di un procedimento amministrativo e non sono indipendenti dal diritto che lo disciplina (NAKANO, *Fukabunteki rieki*, cit., p. 154). Questa concezione secondo cui gli interessi che stanno alla base della legittimazione ad agire si formano nel procedimento amministrativo è coerente con la teoria degli interessi giuridici di Romano esaminata in precedenza, in particolare con la sua discussione delle « altre situazioni giuridiche » come un tipo di interesse direttamente protetto (ROMANO, *Corso di diritto amministrativo*, cit., p. 151).

⁽¹⁷⁷⁾ NAKANO, *Kōkenryoku*, cit., p. 285. Nakano analizza la differenza tra i diritti e gli interessi o gli status basati sulle leggi oggettive in un altro modo: « i diritti senza soggetti sono inconcepibili, ma lo status può essere concepito anche se le persone interessate non esistono » (ID., *Aratana kichō rinen no mosaku* [Ricerca di una nuova idea programmatica], in « Jichi Kenkyū », 79 (2003), 4, p. 22). Cfr. Maurice HAURIU, *Précis de droit administratif*, Paris, Sirey, 1927¹¹, pp. 50-51 che cita Ferrari, e ROMANO, *Corso di diritto amministrativo*, cit., pp. 134-135; 138.

⁽¹⁷⁸⁾ Più specificamente, secondo l'interpretazione di Nakano, la legittimazione alla partecipazione ai procedimenti amministrativi coincide con la legittimazione a ricorrere. Questo lo ha portato a concludere che i beneficiari degli interessi aggregati, che sono coloro che hanno la legittimazione alla partecipazione ai procedimenti (come indicato nella nota 188), possiedono la legittimazione a ricorrere. Nakano riconosce questa coincidenza tra le due legittimazioni in quanto ritiene che i procedimenti pre-provvedimento e le procedure post-provvedimento siano inestricabilmente connessi (NAKANO, *Kōkenryoku*, cit., pp. 308-314).

⁽¹⁷⁹⁾ Secondo un'analisi autorevole, la formula sulla legittimazione a ricorrere adottata dalla Corte Suprema si compone di tre fasi: *a)* determinare se il provvedimento in questione viola o meno l'interesse del ricorrente; *b)* stabilire se tale interesse sia o meno protetto dalla norma che delega all'amministrazione di emanare detto provvedimento; e *c)* verificare se questa norma tutela tale interesse come interesse individuale e non come parte dell'interesse pubblico (Mitsuo KOBAYAKAWA, *Gyōseibō kōgi* [Lezione di

Introducendo il concetto di interessi aggregati, Nakano tenta di *b*) delineare in maniera più dettagliata la modalità con cui l'interesse pubblico viene realizzato attraverso un provvedimento ⁽¹⁸⁰⁾. Partendo dalla premessa che al centro dell'attività amministrativa vi sia la riconciliazione di diversi interessi in conflitto ⁽¹⁸¹⁾ e che l'amministrazione non agisca esclusivamente a favore degli interessi privati, i provvedimenti possono essere categorizzati in base alla natura degli interessi che vengono riconciliati: ci può essere una riconciliazione tra interesse privato in senso stretto

diritto amministrativo], t. 2-3, Tokyo, Kōbundō, 2007, p. 257). In questo quadro, resta difficile delineare le basi su cui gli interessi collettivi possono costituire il fondamento della legittimazione a ricorrere. L'argomentazione di Nakano tenta di superare questa impasse, sostenendo che « interesse individuale » non sia sinonimo di « interesse di una persona determinata o di persone determinate » (T. NAKANO, *Gyōsei jiken ni okeru soshō-yōken no igi* [L'importanza dei filtri processuali nelle cause amministrative], in *Id.*, *Hōchikokugenri*, cit., pp. 278-280, 287-288).

⁽¹⁸⁰⁾ Nakano ha presentato una spiegazione profondamente influenzata da Romano sulla struttura dei vari sistemi giuridici, sebbene tale argomento sia stato omissso nella versione finale del libro (NAKANO, *Kōkenryoku* (5), cit., in « Hōgakukyōkai Zasshi », 120 (2003), 2, pp. 92-96, e *Id.*, *Aratana*, cit., pp. 21-22).

Secondo gli articoli sopra citati, il diritto amministrativo sostanziale si articola in sistemi giuridici multilivello, aventi una struttura frattale, che vanno dai sistemi sovraordinati ai sistemi subordinati, e all'interno di un sistema, agli status. Il sistema giuridico rappresenta un'unità non riducibile alle singole norme, e al contempo un ordinamento sostenuto da un gruppo di interessati. Questo gruppo, inoltre, non può essere ridotto alle singole persone che ne fanno parte. La relazione tra questi sistemi giuridici, o tra un sistema giuridico e uno status, è interpretata attraverso il concetto di rilevanza giuridica. La rilevanza include relazione di subordinazione, presupposizione, dipendenza indiretta, trasmissione e successione in termini di esistenza, contenuto ed effetti. Ad esempio, il sistema giuridico relativo alle foreste di protezione dei bacini idrografici è interconnesso con lo status del gruppo di persone interessate, ovvero i proprietari di terreni forestali, e con lo status dei residenti nei bacini idrografici. Secondo la Legge sulle Foreste, la relazione tra lo status dei proprietari forestali e tale sistema è di presupposizione in termini di contenuto, mentre la relazione tra lo status degli abitanti dei bacini idrografici e il sistema è di subordinazione in termini di esistenza e contenuto.

Nakano ha sostenuto che la teoria degli interessi legittimi di Romano non aveva ancora « raggiunto il punto di essere sviluppata utilizzando il concetto di rilevanza giuridica » e che « il suo pieno sviluppo sembra essere stato rimandato alle generazioni future » (NAKANO, *Kōkenryoku* (5), cit., p. 61). L'argomento sopra menzionato può essere interpretato come il tentativo di Nakano di espandere la teoria degli interessi legittimi proposta da Romano.

⁽¹⁸¹⁾ Corte Sup., 9 settembre 1972, (gyō-tsu) n. 56/1977.

e un altro interesse privato in senso stretto, oppure una riconciliazione tra interesse privato in senso stretto e interesse aggregato, ecc. ⁽¹⁸²⁾. Prendiamo come esempio la declassificazione delle foreste di protezione: questa concilia l'interesse privato in senso stretto, ovvero i diritti di proprietà del padrone della foresta, con l'interesse aggregato dei residenti, quali gli interessi legati alla mitigazione delle inondazioni e alla prevenzione della siccità. Se il primo interesse venisse considerato prevalente, l'autorità competente potrebbe decidere per la declassificazione ⁽¹⁸³⁾.

È importante sottolineare che *c*) un provvedimento, soprattutto quello che concilia gli interessi aggregati e gli altri interessi, stabilisce una rilevanza giuridica tra diversi interessi in conflitto generando una « situazione giuridica complessiva (*ittaiteki-hōritsu-jōtai*) ». Tale situazione distingue il diritto amministrativo dal diritto civile, e rappresenta la ragione della priorità accordata alle azioni di impugnazione rispetto alle azioni civili e alle azioni di parte.

Ad esempio, nel provvedimento che riguarda la designazione o la declassificazione di una foresta di protezione, i diritti di proprietà del proprietario del bosco e gli interessi aggregati degli abitanti di una certa zona sono strettamente interconnessi. Da un lato, gli interessi aggregati di questi ultimi dipendono dai diritti di proprietà dei primi, che sono limitati dal provvedimento di designazione ⁽¹⁸⁴⁾. Dall'altro, a causa dell'esistenza dell'interesse aggregato dei primi, i proprietari non possono far valere individualmente i loro diritti ⁽¹⁸⁵⁾; ad esempio, non possono intentare un'azione dichiarativa per confermare la non-esistenza della limitazione sul proprio diritto di proprietà. Pertanto, interessi multipli sono giuridicamente collegati da un unico provvedimento e sono considerati come elementi di una situazione giuridica complessiva. Questo è il motivo per cui la

⁽¹⁸²⁾ NAKANO, *Gyōseihō*, cit., pp. 5-6.

⁽¹⁸³⁾ Corte Sup., 9 settembre 1972; NAKANO, *Fukabunteki rieki*, cit., pp. 153-154.

⁽¹⁸⁴⁾ Si badi: gli interessi aggregati non sono interessi sociologici, ma giuridici. Senza un sistema giuridico stabilito dalla legge, tali interessi non esisterebbero. Limitando i diritti di proprietà, la legge sulle foreste crea uno spazio affinché gli interessi aggregati degli abitanti possano esistere.

⁽¹⁸⁵⁾ Ivi, p. 154.

designazione o la declassificazione avviene tramite avviso anziché tramite notifica (art. 33, comma 2, l. 249/1951) ⁽¹⁸⁶⁾.

Generalizzando quanto detto sopra, se una legge attribuisce specificamente all'amministrazione il potere di formare una situazione giuridica complessiva, il titolare dei diritti non può opporsi al provvedimento attraverso un'azione per la tutela dei diritti, sia essa un'azione civile o un'azione di parte. Questo perché « è naturale dedurre che la legge in questione abbia l'intenzione di preservare tale situazione giuridica complessiva da interferenze o limitazioni derivanti da rivendicazioni individuali di diritto » ⁽¹⁸⁷⁾. L'opinione prevalente secondo cui l'oggetto di giudizio nell'azione di annullamento è l'illegittimità generale del provvedimento, è in linea con la natura del diritto amministrativo come diritto di regolazione degli interessi che includono interessi aggregati ⁽¹⁸⁸⁾.

3.3.3. *Il dibattito sul futuro del sistema di diritto amministrativo.*

Come è stato accolto questo fondamentale approccio ai problemi proposto da Nakano? Da una parte, Ryūji Yamamoto, che ha studiato profondamente il diritto amministrativo tedesco e ha elaborato una teoria tradizionale e rivoluzionaria del diritto amministrativo giapponese, denominata « teoria delle relazioni giuridiche » ⁽¹⁸⁹⁾, ha mostrato un atteggiamento piuttosto timido nei suoi confronti. Yamamoto afferma: « bisogna riflettere se tale concezione sia compatibile con le attuali idee di diritto costituzionale e civile, e se tale contrapposizione [tra concetti derivati dalla tradizionale giurisprudenza civile e quelli di diversa origine introdotti da Nakano in altri saggi da noi trattati] sia produttiva per analizzare l'attuale

⁽¹⁸⁶⁾ La dicotomia « destinatario » e « terzo diverso dal destinatario » non è valida in questo caso (NAKANO, *Kōkenryoku*, cit., p. 286).

⁽¹⁸⁷⁾ *Ibidem*.

⁽¹⁸⁸⁾ Ivi, p. 305.

⁽¹⁸⁹⁾ Si veda, ad esempio, Ryūji YAMAMOTO, *Gyōsei-jō no shukanbō to hōkankei* [Diritti soggettivi e relazioni giuridiche nel diritto amministrativo], Tokyo, Yuhikaku, 2000.

amministrazione pubblica » (190). Questa osservazione mette in evidenza la principale preoccupazione della metodologia convenzionale rispetto alla teoria di Nakano. Considerando che Nakano sostiene che il diritto amministrativo non dovrebbe basarsi sul diritto civile in aree in cui sono coinvolti interessi aggregati, potrebbe però sembrare che il disegno di Yamamoto presenti alcune incongruenze (191).

D'altra parte, recentemente, sta emergendo una tendenza diretta a comprendere in maniera approfondita le differenze tra la teoria di Nakano e la teoria tradizionale che egli critica. E si considera, ad esempio, la cosiddetta teoria delle relazioni giuridiche come un quadro teorico focalizzato sui diritti, ma che cerca anche di incorporare elementi di ordine pubblico. La distinzione principale con l'impostazione teorica di Nakano risiede nel « determinare se la costruzione della teoria del diritto pubblico debba o meno partire dall'individuo » (192). In altre parole, i due approcci non sono necessariamente in contrapposizione: « se usiamo come riferimento l'ordinamento giuridico, possiamo chiaramente delineare la funzione regolatoria degli interessi del diritto amministrativo in relazione ai gruppi umani. Se invece usiamo come riferimento le relazioni giuridiche, possiamo dettagliare il processo di realizzazione della costruzione teorica delle pretese (*Anspruch*), incorporando sia elementi di diritto oggettivo che situazioni d'interesse nella vita sociale nell'ambito del diritto amministrativo ». Se questa è l'interpretazione, allora « il modo in cui la giurisprudenza amministrativa viene organizzata dovrebbe dipendere strettamente dallo scopo per cui la teoria generale del diritto amministrativo viene sviluppata » (193).

(190) R. YAMAMOTO, *Gendai ni okeru gyōseihōgaku no taikai* [Il sistema del diritto amministrativo nell'età moderna], in *Gendai gyōseihō kōza* [Corso di diritto amministrativo contemporaneo], t. 1, Tokyo, Nihon-hyōronsha, 2016, p. 49 n. 76.

(191) Lo stesso Nakano lo confuta così: NAKANO, *Fukabunteki rieki*, cit., pp. 169-170.

(192) YAMAMOTO, *Gendai*, cit. concorda con questa valutazione.

(193) Hiroki HARADA, *Hōchitsujo, kōikeishiki, hōkankei* [L'ordinamento giuridico, forme di azione, rapporto giuridico], in «Hōseikenkyū [Bollettino della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Kyūshū]», 74 (2007), 3, p. 195.

Così, venti anni dopo le provocazioni di Nakano (194), sembra che si sia creato il terreno adatto per radicare una discussione approfondita. E un serio dibattito sulla validità di un sistema di diritto amministrativo centrato sull'ordine sarà il compito della giurisprudenza amministrativa giapponese in futuro.

4. *Conclusione.*

Abbiamo analizzato la recezione delle idee di Santi Romano in Giappone, prendendo in esame le riflessioni di tre eminenti giuristi: Riuzo Maitani, Kotaro Tanaka e Takeshi Nakano. Ognuno di questi studiosi ha elaborato e ampliato il potenziale della teoria romaniana. Maitani ha adattato l'istituzionalismo giuridico di Romano alla realtà giapponese, evidenziandone gli aspetti potenzialmente pericolosi. Tanaka ha illustrato l'universalità e la persuasività del suo pensiero, permettendone il riconoscimento da parte della Corte suprema. Nakano ha mostrato come, combinando la teoria dell'ordinamento giuridico di Romano con la giurisprudenza amministrativa, si possa creare un sistema di diritto amministrativo rigoroso, oltre che stimolante da un punto di vista specificamente accademico.

Fino ad ora, la ricchezza di argomenti presenti nella scienza giuridica giapponese è rimasta largamente ignota all'Italia e al mondo, principalmente a causa di barriere di tipo linguistico. Anche grazie all'avvento della traduzione automatica, tali barriere sono notevolmente diminuite. Si spera che questo articolo, grazie al suo contenuto, possa suscitare un crescente interesse verso la scienza giuridica giapponese.

(194) Nakano ha anche previsto fin dall'inizio che la sua argomentazione avrebbe avuto un forte impatto sulla comunità accademica e che ci sarebbe stato un contraccolpo, e ha ricordato al pubblico che la sua argomentazione « non è assolutamente un tentativo di negare e sostituire tutta la giurisprudenza giapponese accumulata fino ad ora » (NAKANO, *Aratana*, cit., p. 22).

Testimonianze

GUSTAVO ZAGREBELSKY

NORBERTO BOBBIO
SEMPER IDEM ET SEMPER NOVUS (*)

1. Metodo. — 2. Tolleranza. — 3. Dialogo. — 4. Impegno. — 5. Il labirinto. — 6. Epilogo.

Vieni a trovarmi! Quante volte, negli ultimi anni, quando viveva ormai ritirato dalla scena pubblica, il professor Bobbio ha detto o scritto queste parole. Oggi possiamo solo più andare a trovarlo o nei ricordi personali o attraverso lo studio del suo pensiero, consolidato in un'opera sterminata. I ricordi restino personali; le pagine scritte, invece, sono un dono destinato a tutti gli amanti della cultura, quali siamo noi per il fatto stesso d'essere qui a ricordarlo. Un dono che contiene molte cose, aggirarsi tra le quali senza perdersi non è facile e richiede che se ne individui una struttura, una traccia.

Le tracce hanno sempre qualcosa di soggettivo, se non di arbitrario: ce le diamo e le seguiamo perché siamo mossi in vista di ciò che interessa trovare e quindi implicano sottolineature e, immancabilmente, omissioni o minimizzazioni e non escludono la possibilità di tracce alternative e d'altri risultati.

Semper idem et semper novus. Con cautela, dunque, procedo facendo mia un'antica espressione, un ossimoro: *semper idem et semper novus*. Questo, in sintesi, per me è stato Norberto Bobbio secondo la complessa immagine della sua personalità di studioso e di cittadino che conservo di lui. Cerco qui di seguito di spiegare. *Idem* nel metodo concettuale; *novus* nei risultati pratici. Fermo l'approc-

(*) Si pubblica qui, in versione estesa, la commemorazione tenuta in forma solenne, il 18 gennaio 2024, in Palazzo Civico a Torino, in occasione del ventennale della scomparsa di Norberto Bobbio.

cio, variabili gli approdi. Rigore e flessibilità convivono perché il metodo è aperto ai problemi. Il problema accende il metodo e il metodo non schiaccia il problema. Consideriamo che i problemi sono dati dall'esterno, dai casi della vita, mentre il metodo siamo noi a dovercelo dare. Il metodo non è un freddo atteggiamento teorico; è un modo d'essere morale. I metodi ballerini sono propri di coloro che scodinzolano di fronte alla realtà che è, essa sì, ballerina. Parlando di metodo, parliamo perciò non semplicemente d'un utensile concettuale, ma parliamo di una personalità. Come il linguaggio rivela il mondo interiore del parlante, così il metodo esprime e rivela il mondo interiore dello studioso.

1. *Metodo.*

Una caratteristica, forse quella saliente, è l'attrazione esercitata dalle dicotomie, anzi dalle « grandi dicotomie », sul pensiero, anzi sulla *forma mentis* in generale del professor Bobbio. Che cosa sono le dicotomie? Per esempio: giovane e vecchio, buongoverno e malgoverno, pace e guerra, democrazia e autocrazia, fascismo e antifascismo, società e comunità, giuspositivismo e giusnaturalismo, meccanicismo e organicismo, individualismo e totalitarismo, stato di natura e stato civile, governo degli uomini e governo delle leggi, uguaglianza e gerarchia, dominanti e dominati, politica *ex parte principis* ed *ex parte populi*, *lex* e *ius*, destra e sinistra, pubblico e privato. Proprio a questo ultimo proposito, in un testo di esemplare chiarezza (*Pubblico/privato*, in *Enciclopedia*, XI, Torino, Einaudi, 1980, p. 401 e ss.) troviamo un trattatello sul « pensar dicotomico », ritenuto valido addirittura « in ogni campo del sapere » (*Destra e sinistra*, Roma, Donzelli, 1995², p. 31). Non è questa l'occasione per approfondire le distinzioni di cui Bobbio era maestro: dicotomie principali e derivate, descrittive e prescrittive, eccetera. Basti dire che le dicotomie dividono concettualmente la realtà sotto esame in due sole parti, in modo che ciò che sta in una non può stare, contemporaneamente, nell'altra. Concettualmente, aut-aut. Il mondo di cui parliamo, oltre che descrittivo, può essere anche morale o politico. Un esempio di dicotomia nel campo morale è egoismo-altruismo; un esempio di dicotomia nel campo politico è amico-nemico. Siamo in immersione nelle dicotomie e nelle antitesi,

sia quando cerchiamo di capire che quando cerchiamo di prendere posizione « a ragion veduta ». In nessun caso, teoricamente, sono ammessi i mescolamenti, che intorbiderebbero le acque, e nemmeno le sintesi, che supererebbero le separazioni e quindi il pensiero dicotomico. Il quale pensiero dicotomico ha la virtù di illuminare l'« altro lato » del concetto; altro lato che, se rimanesse nell'oscurità, renderebbe la conoscenza soltanto parziale.

Sono dicotomiche le idee di cui si può dimostrare l'idoneità: *a*) a dividere il campo in due sfere, congiuntamente esaustive, nel senso che tutti gli enti di quell'universo vi rientrano, nessuno escluso (*tertium non datur*), e reciprocamente esclusive, nel senso che un ente compreso nella prima non può contemporaneamente essere ricompreso nella seconda; *b*) a stabilire una divisione che è insieme *totale*, in quanto tutti gli enti dell'universo cui il discorso si riferisce debbono potervi rientrare, e *principale*, in quanto tende a far convergere verso di sé altre distinzioni che, rispetto alle dicotomie, risultano secondarie. Infine, delle dicotomie si possono fare usi diversi: per iniziare a conoscere e per iniziare a giudicare, cioè per « prendere posizione ». Conoscenza e giudizio sono cose diverse, ma il giudicare per non essere campato in aria ha bisogno di conoscere.

Non mi risulta — posso sbagliare nell'immensità della sua opera — che il professor Bobbio abbia commentato il detto della sapienza antica (Siracide 42, 25): *omnia duplicia, unum contra unum*. Oppure il celeberrimo « c'è un tempo di... e di... » del Qohelet (3, 2-8): di nascere e di morire; di distruggere e d'edificare; di piangere e di ridere; di parlare e di tacere; di amare e di odiare; di guerra e di pace, eccetera. Secondo la Scrittura, la duplicità e l'opposizione che sta nel numero due è addirittura il carattere che Dio ha impresso nel mondo e che, al mondo, dà vita. Come nel contrappunto musicale, la pienezza sta nella coppia e nelle coppie di coppie, pur se, anzi proprio perché, generano contrasto. L'un lato conferma il significato e il valore dell'altro. Per esempio, se non ci fosse la guerra, perché parlare di pace? Se non ci fosse il pubblico, perché parlare del privato? Se non ci fosse l'altruismo, perché parlare di egoismo? Se non ci fossero i diritti, perché parlare di doveri? Se non ci fosse la prepotenza, perché parlare di libertà? E viceversa. « Di giustizia il nome nemmeno si saprebbe, se non ci fossero le cose ingiuste », disse Eraclito. La duplicità, dunque, non è un'anomalia, come

pensano i « monisti », cioè coloro che semplificano vedendo, delle cose, il solo lato che piace a loro e vogliono imporlo a tutti e spegnere altri possibili sguardi. Lo sguardo duplice è la stessa cosa dello sguardo vigile. L'accettazione della duplicità equivale ad accettare la complessità delle cose e del pensiero sulle cose: non solo accettare, ma anche, la complessità, ricercarla e perfino amarla, come condizione di conoscenza consapevole. Un lato illumina l'altro e, quindi, la duplicità è un arricchimento, è completamento (*Eguaglianza e libertà*, Torino, Einaudi, 2009², p. 38). Se venisse a mancare, si cadrebbe nell'assenza di entropia prima di tutto cognitiva, e poi morale e politica, cioè nell'assenza di energia e, alla fine, di vita.

Crede che molti di coloro che l'hanno frequentato ricordino un atteggiamento così caratteristico del professor Bobbio, quasi un linguaggio del corpo, quasi la somatizzazione d'una psiche, quando, colpito da un'osservazione o da una domanda che metteva in azione la sua riflessione, stringeva i braccioli della poltrona come per tenersi saldo, sollevava la testa e lo sguardo raccogliendosi in sé per qualche momento prima di rispondere, come per orientarsi in una selva di pensieri e preoccupazioni oscillanti. Il suo pensare il diritto, la politica, la vita nella loro complessità dicotomica gli impediva, evidentemente, di dare la prima risposta venuta in mente, quella semplice e banale. Rivedendolo così, è naturale dire: *semper idem* in un atteggiamento che è quello proprio dei pochi « erasmiani » che esistono, tra i quali, insieme a Karl Popper, Isaiah Berlin, Raymond Aron, Hannah Arendt e George Orwell e qualche altro, Ralf Dahrendorf l'ha classificato (*Erasmiani. Gli intellettuali alla prova del totalitarismo*, Roma-Bari, Laterza, 2007). Penso che provasse un intenso piacere intellettuale nell'incontrare antinomie sulla strada dei suoi pensieri, per poterle enunciare e spesso denunciare e, infine, « sistematizzarle » nel modo più chiaro possibile.

Questo era un piacere che trasmetteva e anche il fascino che esercitavano le sue lezioni, presso il pubblico di studenti praticanti, non abituati al « metodo analitico-concettuale » che vi si praticava, diverso dal « metodo storico » (i.e. racconti senza né capo né coda) col quale s'insegnava allora la filosofia nella scuola secondaria. Ecco un esempio di analisi dicotomica dei concetti, in tema di idee e ideali di uguaglianza e disuguaglianza (*Destra e sinistra*, cit., p. 110 e s.):

Il contrasto tra Rousseau e Nietzsche può essere dimostrato [...] dal diverso atteggiamento che l'uno l'altro assumono rispetto alla naturalità e artificialità dell'eguaglianza e della disuguaglianza. Nel *Discorso sull'origine della disuguaglianza*, Rousseau parte dalla considerazione che gli uomini siano nati eguali, ma la società civile, vale a dire la società che si sovrappone lentamente allo stato di natura attraverso lo sviluppo delle arti, li abbia resi diseguali. Nietzsche, al contrario, parte dal presupposto che gli uomini siano per natura diseguali (e per lui è un bene che lo siano perché, fra l'altro, una società fondata sulla schiavitù come quella greca era, proprio in ragione dell'esistenza degli schiavi, una società evoluta) e soltanto la società, con la sua morale del gregge, con la sua religione della compassione e della rassegnazione, li ha resi eguali. Quella stessa corruzione che per Rousseau ha generato la disuguaglianza ha generato, per Nietzsche, l'eguaglianza. Là dove Rousseau vede disuguaglianze artificiali e quindi da condannare e da abolire perché in contrasto con la fondamentale eguaglianza della natura, Nietzsche vede un'eguaglianza artificiale, e quindi da esecrare in quanto tende a eliminare la benefica disuguaglianza che la natura ha voluto che regnasse tra gli uomini. L'antitesi non potrebbe essere più radicale: in nome dell'uguaglianza naturale, l'egualitario condanna la disuguaglianza sociale; in nome della disuguaglianza naturale, l'inegualitario condanna l'uguaglianza sociale.

2. *Tolleranza.*

Chi sa che la realtà non è semplice, ma può essere vista da più d'un lato, anzi *deve esserlo* a pena di semplificazioni, è portato naturalmente a concludere che la verità, qualunque cosa questa parola esigente comporta, non può perseguirsi se non da plurimi punti di vista. È, il pluralismo, un concetto che riguarda innanzitutto l'oggetto e poi i soggetti che sostengono uno o un altro dei possibili punti di vista. Il pluralismo nella conoscenza degli oggetti si risolve in pluralismo nei rapporti tra i soggetti, cioè nella tolleranza degli uni nei confronti degli altri. La tolleranza, s'intende, come valore positivo e non come semplice sopportazione nei confronti dell'altro che la pensa diversamente, se e fino a quando le circostanze storiche non ti rendano possibile spegnere lui e il suo pensiero diverso dal tuo. Tolleranza, dunque, non come male minore rispetto al conflitto, ma come bene maggiore rispetto all'ignoranza.

In questo senso, tolleranza non è, dunque, una « formula pratica e contingente », come pensa invece colui che milita per il suo proprio pensiero unilaterale, per la sua propria verità, e non è (per il momento) in condizioni, per ragioni storiche particolari, di imporla a tutti, come fu nel tempo delle cruenti guerre di religione che per due secoli insanguinarono l'Europa. È, invece, una via sempre aperta per avvicinarsi alla verità, giustificata su quella che Bobbio chiama la « forza espansiva della verità » (*Il dubbio e la scelta*, Roma, NIS, 1993, p. 209).

Va da sé che questa tolleranza implica il rifiuto della violenza fisica e morale contro l'altro che non la pensa come te e, al contrario, esige il rispetto e perfino la gratitudine nei suoi confronti. Egli ti è amico nella tua ricerca della verità anche se, anzi proprio perché, la pensa diversamente da te. Naturalmente, la condizione di questa concezione della tolleranza che apre la possibilità del dialogo è che non si oppongano concezioni originarie di partenza, radicalmente incompatibili. Può esserci tolleranza tra il razzista che milita per la sottomissione o lo sterminio delle « razze inferiori » e lo stoico, il cristiano, l'umanista che milita, al contrario, per l'unità del genere umano? Evidentemente no. In casi come questo, davvero, non c'è posto per l'uno e per l'altro: o l'uno o l'altro, come scrive Hannah Arendt in tema di antisemitismo nelle ultime pagine di *La banalità del male*, a proposito dei verdetti di Norimberga. A differenza della mitezza, una virtù che è prossima alla tolleranza, ma che, diversamente da quella, può essere coltivata da ciascuno per sé (*Elogio della mitezza*, Milano, Linea d'ombra, 1993, ripubblicato numerose volte), la tolleranza è per sua natura una « virtù reciproca ». Quindi neppure essa può essere assolutizzata e, quando manca la reciprocità, non è escluso che debba cedere il passo al conflitto.

Il professor Bobbio è generalmente considerato appartenente ai « pessimisti per tendenza ». Lui stesso l'ha detto: l'atteggiamento pessimista si addice di più di quello ottimista all'uomo di ragione, quale egli era (*Politica e cultura*, a cura di F. Sbarberi, Torino, Einaudi, 2005², p. 169 e s.). Tuttavia, attraverso la sua idea di tolleranza, sembra smentire il suo pessimismo: dal confronto e anche dalla collisione dei punti di vista sgorgerebbe, se non la verità assoluta, una « verità più comprensiva » (*Il dubbio*, cit., p. 210). Ottimismo, per l'appunto, come nell'immagine del banchetto di cui

Aristotele (*Politica* III 1281b) spiega le virtù con riguardo alla più ampia possibile partecipazione alla vita della *pòlis*: « può darsi in effetti che i molti, pur non eccellenti se presi uno per uno, qualora si raccolgano insieme, siano superiori a ciascuno di loro preso separatamente, come sono i banchetti preparati in comune rispetto a quelli allestiti da uno solo. Se sono molti, ciascuno porta una parte di virtù e di saggezza e, tutti insieme, diventano come un uomo con molti piedi, con molte mani, con molti sensi; così uniscono molte eccellenti doti di carattere e d'intelligenza ». Ma, si può domandare, dov'è l'assicurazione che non avvenga il contrario e che i vizi e i difetti si cumulino gli uni con gli altri? Chi crede che la verità e la storia siano dalla parte dei pochi e che tra i molti regni necessariamente l'ignoranza e il meschino interesse egoistico, penserà proprio il contrario. Forse, però, non è tanto questione di « verità espansiva » o cumulativa, ma di democrazia o, meglio, di qualità della democrazia. La democrazia, buona o cattiva che sia, non può reggersi sull'intolleranza e se si è dalla parte della democrazia contro ogni forma di autocrazia, come il professor Bobbio è sempre stato, non si può non essere per la tolleranza: il valore della democrazia si riflette sulla tolleranza dandole il suo stesso valore.

Un'apertura all'ottimismo nei confronti della natura umana troviamo a proposito della questione-limite che si pone non solo nei libri ma anche in concreto, quando il fanatismo e la violenza prendono il campo. Tolleranza sì, d'accordo, ma si può tollerare l'intollerante, cioè colui che vuole imporre il suo punto di vista, la sua verità e, così, impedire a me stesso di esercitare la mia tolleranza? La questione non è astratta. Ci sono state epoche infelici e feroci e nulla esclude che la domanda possa di nuovo diventare drammaticamente attuale. Secondo l'etica della tolleranza, tutte le idee devono essere tollerate, tranne quella che nega l'idea stessa di tolleranza. Tolleranza e intolleranza è un'altra dicotomia radicale. Di fronte a un regime che nega la libertà, che opprime i dissidenti, che impone la morale, l'ideologia o la fede religiosa dei forti contro i deboli, che fare? Subire tollerando anche questi soprusi, o reagire ribellandosi? In altre parole, è lecito essere intolleranti per difendere la tolleranza? Se diciamo che è lecito, non c'è un corto circuito logico, un vicolo cieco morale?

La risposta di Bobbio non è perentoria. Distingue il punto di vista logico da una assunzione etica (*Il dubbio*, cit., p. 211 e s.).

Secondo logica, rispondere all'intolleranza radicale con i mezzi adeguati a difendere il (proprio) essere tollerante è una soluzione « ineccepibile ». Ma questa risposta è anche « eticamente debole e forse anche politicamente inopportuna ». Perciò, la soluzione del problema, per quanto non perentoria, inclina verso il negativo: « Non è detto che l'intollerante, accolto nel recinto della libertà, capisca il valore etico del rispetto delle idee altrui. Ma è certo che l'intollerante escluso non potrà mai diventare un leale osservante della tolleranza. Può valer la pena mettere a repentaglio la libertà accogliendo nel nostro seno il nemico, se l'unica alternativa è di restringerla fino a soffocarla. Meglio una libertà in pericolo ma che si espande, che una libertà protetta che si chiude in sé stessa. La vera libertà corre sempre il rischio di trasformarsi nel suo opposto » perché essa stessa vieta di « costringere ». È una risposta pratica secondo una visione di fondo ottimistica, di natura antropologica, che assomiglia all'evangelico « porgere l'altra guancia » e che inclina a favore della « non violenza ». Bobbio, in dialogo con Giuliano Pontara, tuttavia, non ha mai abbracciato totalmente una morale gandhiana dal punto di vista teorico (*Il problema della guerra e le vie della pace*, Bologna, il Mulino, 1979, p. 191 e ss.), sebbene, praticamente, abbia sostenuto tante « marce per la pace », partecipandovi anche, insieme al suo « amico e compagno » pacifista Aldo Capitini.

3. *Dialogo.*

Il primo saggio collocato nel già citato, celebre, *Politica e cultura*, che pose Norberto Bobbio al centro del dibattito etico e politico subito dopo la fine della guerra (siamo nel 1951), è intitolato « Invito al colloquio ». Il mondo era diviso in due parti apparentemente inconciliabili, sotto la minaccia d'una terza guerra mondiale con l'incubo delle armi nucleari. Albert Einstein aveva detto: non so se questa guerra ci sarà, ma so che la quarta si combatterà con le pietre e i bastoni. Bobbio parla di un'antitesi, « due fratture », apparentemente inconciliabili. Potremmo dire: una dicotomia irrimediabile, sia teoricamente che praticamente.

L'antitesi tende ad allargare sempre di più la frattura e può condurre alla distruzione reciproca. L'integrazione, invece, esige il colloquio. Il

quale [...] potrebbe essere avviato su queste premesse: i difensori della civiltà liberale borghese riflettano sino a che punto e entro quali limiti la nuova società comunista sia erede della loro concezione del mondo e della storia, e rifiutino di lasciarsi trascinare nella polemica contro la 'barbarie' ritornata; i difensori della nuova civiltà comunista riflettano assai più seriamente di quel che abbiano fatto finora, in qual misura e entro quali limiti debbano accogliere, per accampare la pretesa di costruire una nuova società, i valori posti della civiltà liberale. S'intende che sino a che il mondo orientale si vedrà respinto, reagirà col disprezzo; e sino a che il mondo occidentale si vedrà frainteso, reagirà col rifiuto. Si tratta di superare questo stato di contrasto cronico ricominciando il colloquio per lo meno tra gli uomini di cultura.

In fin dei conti, mentre la tolleranza, secondo ciò che si è detto, è la virtù che arricchisce la conoscenza, il dialogo, che dalla tolleranza dipende, è la via della convivenza. La violenza e la guerra iniziano quando cessa il dialogo. La pace, quando incomincia il dialogo.

Questo dialogo, effettivamente ci fu, sebbene all'inizio la proposta di Bobbio non fosse stata raccolta dal mondo comunista e nemmeno da quello liberale. Il primo parve chiudersi su quella che Bobbio stesso, nella polemica con Galvano della Volpe (*La mia Italia*, a cura di P. Polito, Firenze, Passigli, 2000, p. 254 e ss.) definì ironicamente « la libertà dei posteri » che avrebbe finito per brillare, forse, ma solo dopo la rivoluzione e la creazione della società socialista. La libertà nel mondo borghese sarebbe semplicemente il mascheramento del dominio della borghesia; nel frattempo, la liberazione degli oppressi avrebbe dovuto aspettare. I liberali, invece, nella loro maggioranza, non raccolsero l'invito per la ragione opposta, accusando Bobbio di cripto-comunismo, di falsa equidistanza.

Che dire? Il « colloquio » presuppone certe condizioni. Innanzitutto, non può essere una via per « onorare » l'abiezione e gli abietti, ammettendoli a un tavolo di discussione paritaria. Viene in mente l'idea di un « comitato » composto da nazisti responsabili dei massacri e da ebrei sopravvissuti che, attraverso discussioni avrebbero perseguito la « riconciliazione ». Fu una « trovata » suggerita da Heinrich Himmler e da Robert Ley dopo il crollo del III Reich. Pare che anche Adolf Eichmann, ad un certo punto della sua

vicenda, ci abbia pensato. Probabilmente essi si consolavano e si congratulavano con se stessi per la propria grandezza d'animo, con una proposta di dialogo sconcertante e repulsiva (H. ARENDT, *La banalità del male* [1963], Milano, Feltrinelli, 2006¹¹, p. 60 e s.). Tutto ha un limite, anche il dialogo. Certamente, il professor Bobbio non pensava a situazioni come questa quando invocava il dialogo.

Pensava all'incontro tra persone che hanno qualcosa da dire di diverso tra loro. Quindi non adulatori servili, compiacenti. Bobbio non ha mai fatto questione di « grado », lui su e gli altri, magari lo studente, il laureando, giù. Grado « professionale » diverso, ma potenzialmente fecondo per tutti. Fecondo significa capace di modificare le opinioni di partenza. Non è dialogo la sopraffazione, dar sulla voce, far valere il « principio di autorità ». Viene alla mente il monito socratico nel *Fedone*: non c'è vero dialogo quando lo scopo è sopraffare l'avversario. L'avversario deve essere considerato un amico con idee diverse. Se egli espone idee migliori delle tue e ti aiuta a correggere i tuoi errori, merita gratitudine: l'errore è male e chi ti aiuta a eliminarlo è come un medico che ti guarisce quando le sue indicazioni sono ascoltate, prese sul serio. Essere colti in fallo non è umiliazione, ma aiuto.

In secondo luogo, per poter essere fecondo, il dialogo deve avvenire a certe condizioni di natura culturale, quelle che vengono indicate in un passo citatissimo, tempo fa proposto come « traccia » all'esame di maturità:

misura, ponderatezza, circospezione: valutare tutti gli argomenti prima di pronunciarsi, controllare tutte le testimonianze prima di decidere, non pronunciarsi e non decidere mai come oracolo dal quale dipenda, in modo irrevocabile, una scelta perentoria e definitiva [...] Ascoltate il piccolo saggio che respira la nostra aria satura di esistenzialismo: vi dirà che i problemi non si risolvono, ma si decidono. È come dire che il nodo — questo nodo aggrovigliatissimo dei problemi dell'uomo nella società di oggi — non essendo possibile scioglierlo, bisogna tagliarlo. Ma appunto, per tagliarlo, non è necessaria la ragione. Basta la spada.

Queste parole seguono l'inizio del saggio del 1951 sopra citato, anch'esse citatissime: « Il compito degli uomini di cultura è più che mai oggi quello di seminare dei dubbi, non già di raccogliere

certezze ». Il dubbio che Bobbio indica come atteggiamento per coloro che, nel nostro tempo, svolgono una funzione intellettuale, non è apatia, rinuncia, passività, pirronismo, sufficienza, scetticismo: lo scetticismo di chi crede di averne viste tante, perché valga la pena di impegnare la propria intelligenza critica in qualcosa che meriti. C'è una pagina di Thomas Mann dedicata a chi, avendone « già viste di tutti i colori », sa darsi una disperata ragione d'ogni cosa al mondo ed è posseduto da quella che chiama « nausea del conoscere e del comprendere » (*Tonio Kröger* [1903], trad. it. in *Romanzi brevi*, Milano, Mondadori, 1989, p. 92 e s.) che genera indifferenza e ironica stanchezza della verità e, di fronte a ogni novità del pensiero, reagisce con un beffardo « um, hm ».

Bobbio, « filosofo del dubbio », certamente. Ma, bisogna intendersi: l'irresistibile tendenza a cercar di vedere anche « l'altro lato » delle cose è il preciso contrario della suddetta « nausea del conoscere ». Analogamente, lo sguardo che spazia dall'uno all'altro non conduce affatto a un infinito tentennamento, ma al contrario, genera l'impegno a cercare la convivenza dei due lati, fin dove è possibile. È implicita una « presa di posizione », un *engagement*, un impegno etico e politico verso la convivenza e contro la distruzione di uno da parte dell'altro o, forse, di entrambi. Ciò implica, nemmeno tanto nascosta, una « decisione », cioè, etimologicamente, una divisione. Non c'è dubbio, e nemmeno contraddizione, anzi c'è piena coerenza, quando il filosofo della tolleranza e del dialogo, « in vena di confessioni » dice di sé: « detesto i fanatici con tutta l'anima » (*Italia civile*, Manduria-Bari-Perugia, Lacaita, 1964, p. 8). Ricordiamo che proprio il fanatismo, il fascismo e il nazismo lo proponevano come una delle più importanti virtù politiche.

Se guardiamo alla storia del nostro Paese possiamo affermare che i propositi di Bobbio, e l'impegno ch'egli dedicò per la loro affermazione, hanno ottenuto o, almeno, hanno favorito il raggiungimento dello scopo. Parlando di cose nostre, che cosa è stata la « democrazia progressiva » di cui si parlava da sinistra se non l'accantonamento, almeno transitoriamente (ma quanto sarebbe dovuta durare la transizione?) della « democrazia socialista » d'ispirazione comunista e l'accettazione del costituzionalismo liberale? Dall'altra parte, l'apertura verso politiche di uguaglianza e giustizia sociale non può essere interpretata come riconoscimento di molte

buone ragioni del socialismo? Il programma di « Giustizia e Libertà », confluito in quello del Partito d'Azione, di cui Bobbio fu uno degli artefici, non è forse un'incarnazione della convivenza dei due lati della medaglia? Lo stesso, non potrebbe dirsi dello « Stato sociale » in cui crediamo, o ci illudiamo, di vivere ancora?

4. *Impegno.*

Credo che sia superfluo soffermarsi sul dato di fatto che tra i due lati delle dicotomie in teoria — pace e guerra, libertà e uguaglianza, pubblico e privato, diritti e doveri, per esempio — esiste un'ampia zona rimessa alle scelte pratiche, cioè all'impegno propriamente politico rivolto ad accentuare nei fatti l'uno o l'altro. Qui troviamo il Bobbio *semper novus*, che qualche volta sorprende. Ecco alcuni esempi.

Al tema dei diritti umani sono dedicati numerosi scritti, a iniziare dal 1951 fino al fondamentale *L'età dei diritti* (Torino, Einaudi, 1990). In un discorso del 1987 (*Derechos del hombre y filosofía de la historia*, in « Anuario de derechos humanos », 1988-1989, 5, pp. 27-39, ripubblicato in *L'età dei diritti*, cit., pp. 45-65), Bobbio aveva tracciato un bilancio positivo della storia dei diritti umani e, avventurandosi sul terreno infido e controverso del « progresso morale » dell'umanità (sempre in ritardo rispetto al progresso economico e tecnologico, tuttavia), aveva sostenuto che almeno sotto un aspetto si poteva vedere un segno confortante: « la crescente importanza data nei dibattiti internazionali, tra uomini di cultura e politici, in convegni di studio e in conferenze di governi, al problema del riconoscimento dei diritti dell'uomo ». Ma, mezzo secolo dopo lo scritto del 1951, il giudizio si rovescia, a contatto con la cruda realtà: se avessi qualche anno di vita davanti a me e se la forza necessaria mi assistesse ancora, scriverei piuttosto una « età dei doveri » (N. BOBBIO, M. VIROLI, *Dialogo intorno alla Repubblica*, Roma-Bari, Laterza, 2001, p. 40.). È una dichiarazione sorprendente, in un tempo di pressoché totale dominanza del tema dei diritti nei discorsi dei giuristi, oltre che dei politici. Non solo sorprendente, ma anche provocatoria, venendo da un uomo che aveva fatto della difesa della libertà e dei diritti che la sostanziano uno dei pilastri del suo impegno d'intellettuale militante. Chi po-

trebbe affermare che la nostra epoca sia quella dei diritti acquisiti, e non invece quella dei diritti violati? Al termine della sua *Autobiografia* (a cura di Alberto Papuzzi, Bari, Laterza, 1997, p. 261), Bobbio stesso pronuncia parole che hanno il significato di una resa, di una sconfitta:

Tutte le nostre proclamazioni di diritti appartengono al mondo dell'ideale, al mondo di ciò che dovrebbe essere, di ciò che è bene che sia. Ma, guardandoci attorno — le nostre sempre più perfezionate comunicazioni di massa dagli occhi di Argo ci fanno fare ogni giorno più volte il giro del mondo —, vediamo macchiate di sangue le nostre strade, mucchi di cadaveri abbandonati, intere popolazioni cacciate dalle loro case, lacere e affamate, bambini macilenti con le occhiaie fuori della testa che non hanno mai sorriso, e non riescono a sorridere prima della morte precoce. È bello, forse anche incoraggiante, qualificare, per analogia con la creazione di strumenti sempre più perfezionati, come una grande invenzione della nostra civiltà, i diritti dell'uomo. Ma, rispetto alle invenzioni tecniche, sono un'invenzione che rimane più annunciata che eseguita. Il *nuovo ethos mondiale dei diritti dell'uomo* risplende soltanto nelle solenni dichiarazioni internazionali e nei congressi mondiali che li celebrano e dottamente li commentano, ma a queste solenni celebrazioni, a questi dotti commenti corrisponde in realtà la loro sistematica violazione in quasi tutti i paesi del mondo (forse potremmo anche dire *tutti* senza timore di sbagliare), nei rapporti tra potenti e deboli, tra ricchi e poveri, tra chi sa e chi non sa.

Altro che « progresso morale »! Gli « occhi di Argo » ci mostrano quotidianamente gli orrori del mondo, ma noi li vediamo dal punto di vista della « morale » del mondo. Gli orrori sono reali e la morale è illusoria, serve a coprire, a illudere, a esentare dal guardare davvero.

Qui vediamo all'opera la dicotomia diritti-doveri. Non c'è diritto senza dovere corrispondente. Ma qual è il punto di partenza: dai diritti ai doveri o viceversa? È, questa, una scelta fondamentale che per tanti anni i giuristi hanno fatto, senza esserne consapevoli, a favore dei diritti. Probabilmente è stata la naturale e comprensibile reazione alle dittature che avevano stabilito l'inversione a favore dei doveri. Se prima stanno i diritti, i doveri seguono in posizione secondaria. Se prima stanno i doveri, i diritti seguono. La conse-

guenza è che i doveri, ove necessario, possono cedere di fronte ai diritti nel primo caso; i diritti devono cedere di fronte ai doveri nel secondo caso. Tra i diritti e i doveri si estende il campo di cui abbiamo parlato, in cui operano non i concetti, ma le scelte pratiche. La tendenza, dominante fin dal tempo della riconquistata libertà, è la prima. Ma già Simone Weil, per esempio, proponeva l'inversione, che rappresentava ai suoi occhi un cambio di scenario: *les devoirs priment les droits* (*L'enracinement*, Paris, Gallimard, 1949, p. 6, un testo che, come sotto-titolo porta *Prélude à une déclaration des devoirs envers l'être humain*). In Bobbio, contro l'apparente e provocatoria sconfessione di sé stesso contenuta nella frase sopra ricordata, non c'è semplicemente un cambio nell'equilibrio tra i due termini della dicotomia. C'è l'annuncio di quello che avrebbe potuto essere, se il tempo e le forze glielo avessero consentito, la presa in considerazione delle nuove condizioni fattuali in cui lui, *homo dicotomicus* inquieto, si trovava a fare i conti.

Un altro esempio si può trarre dalla sua professione di fede « liberal-socialista ». L'impostazione ideale di fondo, difesa in tanti anni di polemiche e basata anche su una interpretazione storica della marcia del costituzionalismo attuale a partire dalle rivoluzioni settecentesche, dava certamente la prevalenza alla libertà nella sua versione liberale. Ma questa si doveva arricchire con la socialità, che è il tratto caratteristico del socialismo. Si domandava: chi è in buona salute e può essere assistito quando non lo è, non è forse più libero di chi è abbandonato a sé stesso? Chi ha un lavoro stabile che gli consente di guardare il futuro in tranquillità, non è più libero di chi non ce l'ha? Chi ha accesso alla cultura, non è più libero di chi è abbandonato all'ignoranza? Ma, quale equilibrio stabilire in concreto tra lo « Stato leggero » che interviene solo quando è necessario e lo « Stato pesante » che interviene tutte le volte che è necessario? Dipende. Prendere posizione in concreto non può farsi discendere dall'astratto, solo teoricamente. Spostare l'equilibrio da un lato o dall'altro non significa tradire la teoria ma, al contrario, applicarla. Quando gli sviluppi delle relazioni sociali sono tali che la giustizia lo richiede, non c'è contraddizione con l'aspirazione alla libertà.

Suscitò stupore la posizione contro l'interruzione volontaria della gravidanza, al momento del referendum che l'avrebbe configurata come un diritto di libertà incondizionato. Anche a questo

proposito si trattava dell'equilibrio tra tutela della libertà individuale della donna gestante ed esigenze di equilibri e di giustizia sociale a favore dei soggetti più deboli. No, quindi, alla unilateralità; sì, all'equilibrio di due lati da tenere insieme pragmaticamente.

Oggi, premono nuove questioni di libertà e giustizia, o si ripropongono vecchie questioni con caratteri e intensità sconosciute. Rimpiangiamo di non avere con noi la voce del professor Bobbio. Avrebbe tanti problemi d'importanza capitale da indagare ancora: la pace e la guerra di fronte alle nuove forme di violenza cui assistiamo sgomenti; le sfide alla sovranità degli Stati nazionali poste dagli spostamenti di massa che premono alle frontiere degli Stati; le questioni dell'ecologia e i cosiddetti diritti delle generazioni future; la disobbedienza civile in nome dei diritti umani; la libertà e le nuove forme di repressione attraverso il controllo della comunicazione. Lui, che ha salutato il riscatto del mondo femminile e l'emancipazione delle donne come la più importante e profonda rivoluzione del nostro tempo e come « uno dei segni più certi e incoraggianti della marcia della storia umana verso l'eguagliamento dei diseguali » (*Eguaglianza e libertà*, cit., p. 40), non si sarebbe sottratto alla sfida che le nuove e complesse tematiche « di genere » rivolgono esplicitamente alle più o meno consolidate categorie filosofiche, politiche e giuridiche, prima fra tutte la concezione dell'uguaglianza. Forse, ci avrebbe aiutati ad andare anche al di là, dove si annida la causa del malessere del nostro tempo, da cui dipendono le inquietudini e le paure del futuro che avvertiamo crescere di giorno in giorno.

5. *Il labirinto.*

Una volta un intervistatore gli pose questa domanda: « In che cosa spera, professore? ». Veniva toccata così una questione esistenziale sulla quale Bobbio tornava spesso: speranza o disperanza, un'altra grande dicotomia, anzi forse la più grande di tutte: ottimismo o pessimismo. « Non ho nessuna speranza. In quanto laico, vivo in un mondo in cui è sconosciuta la dimensione della speranza » (*De senectute*, a cura di P. Polito, Torino, Einaudi, 2006, p. 102). Subito dopo precisava: « la speranza è una virtù teologica. Quando Kant afferma che uno dei tre grandi problemi della filosofia è 'che cosa debbo sperare', si riferisce con questa domanda al problema reli-

gioso. Le virtù del laico sono altre: il rigore critico, il dubbio metodico, la moderazione, il non prevaricare, la tolleranza, il rispetto delle idee altrui: virtù mondane, civili ». A nostra volta, possiamo domandare: sì, bene, ma in vista di che cosa? Sono virtù fini a sé stesse o c'è qualcosa di simile a una speranza, una speranza laica, che dia loro un senso? Se no, come le si potrebbe opporre, in quanto virtù laiche, ai fideisti, ai dogmatici, ai violenti, agli uomini d'azione per l'azione, agli occhi dei quali facilmente esse appaiono come difetti, corruzioni dell'animo, mancanza di energia vitale?

Si comprende che il tema della speranza e della disperanza, sempre importante, sia diventato acuto nel tempo delle guerre con armi nucleari e — possiamo aggiungere — sia acutissimo oggi per noi, quando si addensano, essendosi insinuati senza che ce ne si accorgesse altri non meno gravi pericoli di crisi e violenze globali che minacciano la sopravvivenza del mondo umano. In un passo della sua *Autobiografia* (p. 226 e ss.), dedicato a « il problema della guerra e le vie della pace », riprendendo il tema di un corso universitario da cui è nato un libro famoso dallo stesso titolo e utilizzando le immagini ivi usate per descrivere la condizione dell'umanità nel tempo degli armamenti atomici (Bologna, il Mulino, 1979, p. 21 e ss.), Norberto Bobbio s'interroga sulle prospettive della vita individuale e collettiva per mezzo di tre immagini tratte da Wittgenstein, elevate a paradigmi, « che si applicano altrettanto bene al problema del senso della vita individuale, del destino dell'uomo singolo, quanto al problema del senso o del destino dell'umanità ». Sono immagini diverse di un sentimento amaro nutrito di realismo. Le immagini sono la bottiglia nella quale la mosca vola a casaccio, la rete in cui si dibatte il pesce, il labirinto entro il quale ci si aggira cercando la via per uscirne. Al di là del comune malessere, la mosca nella bottiglia, il pesce nella rete e l'errabondo nel labirinto sono in condizioni molto diverse. La mosca uscirà dalla bottiglia (sempre che sia senza tappo) solo per un colpo di fortuna. La sorte del pesce è invece segnata e il suo dibattersi non farà che impigliarlo sempre di più, mentre chi è perso nel labirinto può tentare di uscirne facendo uso del suo ingegno. La sorte, l'affanno e l'ingegno sono le forze che muovono le tre situazioni. Bobbio, si comprende facilmente conoscendone il carattere prima ancora che l'opera, tra le tre immagini predilige quella del labirinto:

chi entra in un labirinto sa che esiste una via d'uscita, ma non sa quale delle molte vie che gli si aprono innanzi di volta in volta vi conduca. Proceede a tentoni. Quando trova una via bloccata torna indietro e ne prende un'altra. Talora la via che sembra più facile non è la più giusta; talora, quando crede di essere più vicino alla meta, ne è più lontano, e basta un passo falso per tornare al punto di partenza. Bisogna avere molta pazienza, non lasciarsi mai illudere dalle apparenze, fare, come si dice, un passo per volta, e di fronte ai bivi, quando non si è in grado di calcolare la ragione della scelta, ma si è costretti a rischiare, essere sempre pronti a tornare indietro.

L'etica del labirinto è quella del dubbio metodico. Richiede che

non ci si butti mai a capofitto nell'azione, che non si subisca passivamente la situazione, che si coordinino le azioni, che si facciano scelte ragionate, che ci si propongano, a titolo d'ipotesi, mete intermedie, salvo a correggere l'itinerario durante il percorso, ad adattare i mezzi al fine, a riconoscere le vie sbagliate e ad abbandonarle una volta riconosciute.

Le tre immagini corrispondono a tre visioni diverse della vita e della storia, e rinviano a tre etiche diverse; la mosca nella bottiglia può solo giocare disperatamente d'azzardo, agitandosi più che possibile sperando nella buona sorte; il pesce nella rete non ha prospettive per il futuro e può solo, subendo senza reagire con rassegnazione apatica, limitare il dolore; l'ospite del labirinto può ponderatamente coltivare una speranza, tenendo i nervi saldi e controllando razionalmente la situazione.

In tutti e tre i casi, qualcuno potrebbe sperare in un intervento esterno che ci faccia uscire dal collo della bottiglia, ci liberi dalla rete o ci conduca per mano fuori del labirinto. Ma questa sarebbe una prospettiva messianica, millenaristica, che implica la fede in un qualche salvatore: un messo divino o un regime « storico » al quale affidare la speranza di salvezza, con a capo l'uomo (o — per raggiunta parità — la donna) della provvidenza. È per l'appunto ciò che è precluso a un Bobbio « che non ha alcuna speranza » di questo tipo: la salvezza, se salvezza dall'auto-distruzione ci può essere, non verrà da altri che da noi stessi. La formula attribuita ad Heidegger (un filosofo che, da non-metafisico e contemporaneamente ultra-

metafisico, egli non amava affatto, così come non amava affatto Nietzsche): « ormai solo un dio potrà salvarci », formula che prefigura cripticamente il regno a venire di una religione o di un totalitarismo, è agli antipodi della sua prospettiva che fa appello alla responsabilità e alla libertà degli esseri umani.

Ma perché prediligere il labirinto, che lascia una possibilità razionale, e non la rete, che la toglie, o la bottiglia, che mette in gioco la cieca sorte? Per il semplice motivo che Bobbio è uomo di ragione e scommette non sulla fede in una forza trascendente o in una qualche « levatrice della storia » e non si acquieta sulla « fortuna », ma fa appello alla ragione umana. A chi chiedesse quali buone ragioni ci sono perché questa scommessa possa essere vinta, si dovrebbe rispondere semplicemente: nessuna buona ragione. Ma è l'unica possibilità per un essere che non può confidare se non sulle sue forze. Nell'ultima pagina della già citata *Autobiografia* leggiamo: « come ho detto tante volte, la storia umana, tra salvezza e perdizione, è ambigua. Non sappiamo neppure se siamo noi i padroni del nostro destino ». Il che è quanto dire, per stare ancora all'immagine del labirinto, che non sappiamo se c'è un'uscita che ci attende e, se c'è, la sapremo trovare, ma che non è insensato operare noi stessi per scoprirla e aprirla *come se* ci sia e su questo esile filo costruire la nostra speranza, la speranza tutta mondana degli uomini di ragione e non di fede.

C'è, però, un punto rispetto al quale le immagini anzidette, compresa quella del labirinto, non sono perfettamente calzanti. Si sarà notato che, tutte, contengono l'idea del passaggio da un luogo a un altro, da un luogo di disagio e tormento a un luogo di liberazione e salvezza. È l'idea consolatoria che a noi viene dalla visione del mondo ebraico e cristiano. Il Dio di Israele è colui che ha liberato il suo popolo dalla schiavitù dell'Egitto per trarlo alla terra promessa; *libera nos a malo* implora la principale preghiera cristiana e la resurrezione del Cristo, come quella dei morti, sono rappresentate come passaggio da un regno a un altro, dal regno della morte al regno della vita. Sono, queste, tutte figure dell'esodo, un nucleo concettuale che tanta parte ha avuto e ha tuttora nella formazione della mentalità del mondo occidentale. Le immagini della rete, della bottiglia e del labirinto ne sono soltanto versioni, per così dire, più familiari. In ogni caso, ciò che si intende dire è che la salvezza

consiste nel lasciarci alle spalle il luogo in cui siamo in oppressione e andare o ritornare in quello della libertà.

La particolarità del labirinto è che l'uscita non è sull'altra sponda. Non c'è « altra sponda ». Occorre ritornare sui propri passi perché la libertà non è dove non siamo ancora mai stati ma è là, da dove proveniamo. Il filo di Arianna e il mito di Teseo parlano non di progresso, ma piuttosto di regresso o, meglio, di ritorno al tempo felice perduto. E, anche se l'uscita è dalla parte opposta a quella da cui siamo entrati, sarà un ritorno alla pristina condizione, non una rinascita, non l'approdo a un'altra vita. Di vita ce n'è una sola ed è questa. La visione di Bobbio non è catartica. L'uscita c'è o non c'è? Chi può dire di saperlo? Comunque sia, nel labirinto siamo immersi e il compito di venirne a capo non è compensato dalla speranza di approdare a un altro mondo.

Dire che la catarsi è estranea al mondo dei pensieri di Norberto Bobbio è perfino un'ovvietà. Non esiste un « altro mondo », diverso dal nostro, o, se pur c'è, non lo sappiamo. Perciò non possiamo fare conto su un tale pensiero consolatorio. Siamo e resteremo nel labirinto. La condizione umana, per l'istante, cioè per il tempo della nostra vita, è sicuramente labirintica. Il resto è sogno o illusione.

Il labirinto non è luogo dal quale si possa essere sicuri di poter uscire e non possiamo attenderci nulla da fuori, meno che mai qualcosa che si possa dire « salvezza ». Nessuno di noi potrà credere di scrollarsi di dosso il mondo in cui è immerso. « Il ponte levatoio [se ci fosse], si troverebbe sull'altra sponda » (disse Jacob Taubes). Il compito che di sicuro ci riguarda, allora, è darsi da fare per coltivare questo nostro luogo, per rendere la « aiuola che ci fa tanto feroci » (*Paradiso* XXII, 151) meno disumana, più giusta, più abitabile. « Coltivare » ha che fare con « cultura »: basta questo accostamento per illuminare d'un tratto il valore dell'opera del professor Bobbio, al quale ancora una volta oggi tributiamo il nostro omaggio. Tutto il resto non è che teologia politica. Se poi, indipendentemente da noi, « alla consumazione dei tempi » qualcosa (che cosa?) da fuori accadrà, è solo un punto interrogativo.

6. *Epilogo.*

Più e più volte, nei suoi scritti vediamo ripetere che viviamo nel mistero: non sappiamo da dove veniamo e dove andiamo; non sappiamo spiegare, ma solo constatare il male del mondo, la violenza, l'odio, le guerre, la brama di sopraffazione; non sappiamo neppure se siamo (e se sempre più saremo, nell'era dell'intelligenza artificiale che potrà pensare al nostro posto) mossi da un determinismo invincibile. Quante volte leggiamo nei suoi scritti di morale ed etica: « che cosa ne sappiamo » (per esempio a proposito del futuro della libertà)? Nelle sue « Ultime volontà » il professor Bobbio dice di sé: « come uomo di ragione e non di fede, so di essere immerso nel mistero che la ragione non riesce a penetrare fino in fondo ». Non ci riesce perché la ragione non è la lampada splendente che illumina ogni cosa, ma al tempo stesso acceca. Il « lume della ragione » è prezioso, ma è solo « un lumicino » volteriano che accompagna la vita a piccoli passi e, chi lo sa?, anche il progresso. *Lux lucet in tenebris*, ma la luce è un piccolo cerchio intorno alla fiammella che scorgiamo, o crediamo di scorgere, nell'oceano della oscurità.

Non sono, allora, per nulla sorprendenti le parole molto umane alle quali si aggrappava nell'ultima fase della sua vita, « più che i concetti, contano gli affetti »: lui che aveva dedicato la sua vita intellettuale proprio ai « concetti », al loro chiarimento, alle loro distinzioni, alle loro scomposizioni e ricomposizioni. Sono parole che richiamano alla mente quelle che concludono il *Dialogo di Plotino e di Porfirio* nelle *Operette morali* di Giacomo Leopardi (ch'egli, il professor Bobbio, teneva presso di sé). Il maestro si rivolge così al discepolo che, stanco di vita, voleva farla finita:

Viviamo, Porfirio mio, e confortiamoci insieme: non ricusiamo di portare quella parte che il destino ci ha stabilita, dei mali della nostra specie. Sì bene attendiamo a tenerci compagnia l'un l'altro; e andiamoci incoraggiando, e dando mano e soccorso scambievolmente; per compiere nel miglior modo questa fatica della vita. La quale senza alcun fallo sarà breve. E quando la morte verrà, allora non ci dorremo: e anche in quest'ultimo tempo gli amici e i compagni ci conforteranno: e ci rallegrerà il pensiero che, poi che saremo spenti, essi molte volte [come cerchiamo di fare anche qui, oggi] ci ricorderanno, e ci ameranno ancora.

GERHARD DILCHER

SPIROS SIMITIS: UOMO, STUDIOSO, POLITICO (*)

Ho avuto occasione di entrare molto presto nell'arco della sua vita. Eravamo intorno al 1956-57 quando, presso la Facoltà di Giurisprudenza di Francoforte, fui assegnato come assistente alla cattedra del professor Müller-Freienfels, che era appena stato chiamato da Marburgo. Lì ho incontrato la vivace équipe di collaboratori a cui apparteneva Spiros Simitis, già 'assistente a pieno titolo', benché più giovane di me, e molto rispettato sul piano scientifico per la sua tesi sui 'rapporti contrattuali di fatto'. Le conversazioni in questa cerchia di giovani studiosi andavano ben oltre le domande sulle correzioni degli elaborati e sugli esami, in cui consisteva allora il mio incarico. In quei primi anni, entrambi maturammo rapidamente una simpatia e fiducia reciproca, destinate ad accompagnarci per tutto il nostro percorso, anche se fu solo negli anni Settanta che ci ritrovammo di nuovo stabilmente insieme presso la Facoltà di Francoforte, ormai come professori.

Un incontro, in realtà indiretto, il primo con Ilse Grubrich, capitò, a mia moglie e a me, nel nostro periodo romano all'inizio degli anni Sessanta. Conoscevamo lì alcuni colleghi italiani di ritorno da un convegno a Venezia. Ci riferirono di aver incontrato un interessante giurista greco di Francoforte, che forse conoscevo, cosa che confermai. Era comparso accompagnato da una signora che doveva essere un'attrice cinematografica. La conoscevamo? Stavolta dovemmo dire che — ancora — no.

Da Roma, insieme al mio maestro professor Erler e sua moglie, nel 1963 facemmo il nostro primo viaggio ad Atene. Lì fummo ospitati a casa Simitis, insieme con Erler. Mia moglie ed io potemmo

(*) Orazione in memoria di Spiros Simitis, Königstein-Falkenstein, 28 aprile 2023. Traduzione dal tedesco di Lucia Bianchin.

dormire nei letti dei fratelli Spiros e Kostas Simitis, che stavano sostenendo l'abilitazione nella lontana Germania. In quest'occasione avemmo un incontro, che ci colpì molto, con i genitori di Simitis, senza conoscere i quali non si può comprendere il percorso eccezionale dei due figli, che ebbero chiaramente il padre come modello, la madre come ispirazione. A casa Simitis, la madre ci mostrò la sua biblioteca di letteratura classica, tedesca e francese e, in vista del tramonto dietro il Licabetto, il monte di Atene, ci recitò alcuni versi in greco antico che parlavano proprio di questo e che lei tradusse all'impronta per noi in un eccellente tedesco.

Da suo padre, eminente avvocato e al tempo stesso professore, anche politicamente impegnato, venimmo a sapere che durante l'occupazione nazista della Grecia lui e la moglie erano 'andati in montagna', avevano cioè preso parte alla resistenza armata contro l'occupazione tedesca. Lui aveva svolto lì funzioni di comando, come una sorta di 'generale partigiano'. In questa situazione così rischiosa, i due figli, ancora bambini, erano dovuti rimanere nascosti con la nonna in campagna. Si dice che un ufficiale tedesco, cui era stato assegnato il compito di perquisire la casa e lo studio dei suoi genitori ad Atene, si sia trattenuto lì con riverenza, davanti a quella grande raccolta di letteratura giuridica tedesca, che includeva persino le decisioni del Reichsgericht. Questi testi entrarono a far parte in seguito della biblioteca di lavoro del figlio Spiros qui a Falkenstein.

Un cenno merita anche il fatto che i genitori si erano assicurati che i due figli acquisissero familiarità con la lingua tedesca fin dalla tenera età attraverso una tata ebrea tedesca. Costei andò poi anche in loro soccorso mentre erano 'in montagna'. È proprio questa distinzione tra la cultura tedesca e il regime nazista, che ammiriamo con gratitudine, a rendere comprensibile come mai entrambi i loro figli nei primi anni Cinquanta siano andati a studiare diritto in Germania — benché Spiros avesse vinto una borsa di studio in Francia, dopo un eccellente diploma al liceo francese. E, secondo il desiderio di suo padre, Marburgo doveva essere la sede dei suoi studi, perché il grande giurista tedesco Ludwig Enneccerus aveva insegnato lì.

Il giovane studente Spiros trascorse quei intensi anni di lavoro completamente ascetico, in cui assimilò appieno la giurisprudenza

tedesca, dedicandosi anche ad un'analisi critica delle tracce lasciate in essa dal nazionalsocialismo, non del tutto cancellate, e che egli tornò anche più avanti a sottolineare — non certo per la gioia di tutti i colleghi tedeschi. Spiros Simitis fu quindi in grado di trasmettere la sua vasta conoscenza della giurisprudenza tedesca, compresi i suoi intrecci politici fino a Carl Schmitt, in molte conversazioni con Jürgen Habermas, che aveva incontrato a Francoforte al seminario di Theodor Adorno e con il quale aveva stretto un'amicizia che durò per tutta la vita. Per questo, legge e giurisprudenza hanno potuto assumere un rilievo importante nella filosofia e nei progetti sociali di Habermas.

Dopo gli anni come professore a Giessen, Spiros Simitis tornò presso la Facoltà di Giurisprudenza di Francoforte, sede alla quale egli rimase sempre fedele, nonostante le molte tentazioni, incluse alcune proposte che gli giunsero dagli Stati Uniti. In questa Facoltà, che dalla fine degli anni Sessanta andò incontro ad un profondo rinnovamento e vide la presenza di colleghi in gran parte coetanei, e quindi all'epoca assai giovani, Spiros Simitis trovò l'ambiente perfetto per maturare compiutamente e conseguire quindi una reputazione che andò molto oltre Francoforte e la Germania.

I risultati della sua attività di studio, maturati nel campo delle scienze giuridiche e diffusisi attraverso la scienza giuridica, hanno raggiunto anche l'ambito della politica — e, per questa via, alcuni politici. Ricordo qui solo uno dei canali attraverso i quali ha preso forma questa sua partecipazione civica rilevante: il Congresso annuale dei giuristi tedeschi (*Deutsche Juristentag*), in cui egli ha svolto un ruolo decisivo. Le ricadute tanto vaste e incisive della sua opera di studioso avevano le radici nella sua stessa personalità, plasmata — direi — da quella antica cultura mediterranea, che ancora sopravvive, ed è una ricchezza dell'Europa, con la sua sensibilità per le relazioni sociali e personali e per i valori spirituali fondamentali. In questo clima culturale è cresciuto e, anche nel clima nordico, questo carattere ha sempre mantenuto.

A quanto detto si aggiunsero poi il razionalismo scientifico dell'Illuminismo occidentale, mediato soprattutto dalla Francia, e infine la cultura scientifica borghese tedesca. Con una sensibilità così forgiata, Spiros Simitis fu in grado di cogliere, prima di altri, nuovi problemi emergenti e conflitti di interesse propri della società

moderna. Non è un caso che tra i suoi ambiti di lavoro principali ci siano il diritto di famiglia e il diritto del lavoro, i quali riguardano nel modo più diretto la vita umana e nei quali il diritto può e deve svolgere una funzione di tutela per i più deboli. Anche nella sfera personale era sempre pronto ad aiutare, specialmente i più giovani, anche in particolare sul sentiero accidentato di una carriera accademica. Questa fu certamente una buona qualifica aggiuntiva per la sua attività nel Consiglio Nazionale d'Etica (*Nationaler Ethikrat*).

Nel suo operare, nonostante la straordinaria attenzione al dato giuridico concreto, Spiros Simitis ha sempre mantenuto saldi sullo sfondo la costituzione e, soprattutto, i diritti fondamentali della persona, vale a dire i fondamenti del nostro sistema giuridico. Grazie alla sua esperienza internazionale, poteva contribuire anche con le sue conoscenze di diritto comparato. In questa prospettiva egli è stato in grado di avviare e contribuire a plasmare proposte innovative nel sistema giuridico tedesco, proponendo soluzioni che sono state spesso riprese e sviluppate direttamente dalle sentenze della Corte suprema.

Spesso nuovi termini-chiave, che ormai fanno parte del vocabolario giuridico che si dà per scontato, sono stati conati proprio da Simitis. Nell'ambito della tutela dei consumatori, ricordo il caso della responsabilità del produttore, che ha fatto breccia nel quadro sistematico del BGB, producendo un ampliamento di questa tutela; nel settore del diritto di famiglia, il principio della tutela dell'interesse superiore del minore; l'ambito della protezione dei dati personali, sviluppatosi anche proprio sulla base di una conoscenza precoce dei più recenti strumenti informatici e nella prospettiva del loro impatto sociale. Come è noto, il primo intervento normativo su questa in materia in Europa fu la legge sulla protezione dei dati del Land dell'Assia, approvata nel 1970, con il sostegno decisivo del Primo Ministro Zinn, a riprova dell'affidamento che Simitis aveva acquisito nel campo della politica. Nella situazione conflittuale del censimento pianificato all'epoca, Simitis riuscì a mediare, proponendo efficacemente il principio della 'autodeterminazione informativa', un concetto ripreso ed espresso chiaramente dalla Corte costituzionale tedesca nel 1983.

In tutti questi settori disparati Spiros Simitis è stato in grado di trovare e proporre soluzioni giuridiche, da un lato guardando con

interesse ai nuovi problemi emergenti dal processo di modernizzazione della società, da un altro presentando una panoramica completa dei diversi ambiti giuridici interessati dalle novità, e tutto ciò padroneggiando magistralmente la tastiera della dogmatica giuridica. Questo non gli valse affatto un ruolo dominante, bensì di servizio. Il suo abile inserimento delle soluzioni giuridiche nuove nel quadro della dogmatica preesistente ha favorito il superamento delle naturali prevenzioni del conservatorismo giuridico e ha consentito di integrare al meglio queste soluzioni innovative nel sistema dello Stato di diritto.

Non posso tralasciare di fare un cenno anche al modo in cui tutte queste imprese sono state condotte, in dialogo con la moglie Ilse Grubrich-Simitis, che era ed è una riconosciuta esperta di linguaggio scientifico preciso e sensibile e di costruzione del testo in ambiti disciplinari molto diversi. Per contro, anche Spiros Simitis ha sempre seguito e sostenuto con convinzione l'attività scientifica della moglie nell'ambito della psicoanalisi e della ricerca su Freud. Nel campo della psicoanalisi infantile fu in grado di contribuire egli stesso con alcune intuizioni psicologiche acute, entrando anche in contatto diretto con Anna Freud, attraverso la moglie. Inoltre, egli intervenne in aiuto del Sigmund-Freud-Institut di Francoforte in varie circostanze, spesso anche complicate, in qualità di membro del direttivo e tramite i suoi contatti politici.

Il valore scientifico e l'attività di Spiros Simitis hanno potuto essere illuminati qui solo brevemente. Tutto questo, in particolare i numerosi incarichi e le molte onorificenze che egli conseguì, potrà essere approfondito meglio in altre circostanze. Il mio principale intento qui era piuttosto quello di mostrare come le diverse influenze culturali e le peculiari qualità dell'uomo Spiros Simitis abbiano forgiato il suo profilo di studioso.

La sua percezione della comunità come un ordine politico onnicomprensivo, sicuramente un'eredità anche della cultura greca classica assorbita nell'infanzia — intravvedo Aristotele e Platone sullo sfondo, naturalmente! — ha preteso poi la traduzione dei principi giuridici in un disegno politico.

Questa trasposizione del diritto in politica ha potuto avvalersi anche della sua natura vincente. Lui non ha mai cercato di imporre le proprie idee, ma sapeva conquistare gli altri alla sua causa. Il fatto

che proprio questa sua capacità ad alcuni potesse apparire minacciosa mi riporta alla mente un articolo, apparso sulla Frankfurter Allgemeine Zeitung (FAZ) diversi anni fa. Spiros Simitis era allora in corsa per una nomina a giudice della Corte costituzionale tedesca. Nell'articolo in questione c'era un enfatico monito contro questa decisione, argomentato non sulla base di una carenza in lui di una qualche qualifica, ma proprio sulla base della motivazione, davvero insolita, che Simitis, con la sua natura vincente, e attraverso la sua affascinante eloquenza sudeuropea, avrebbe potuto condurre la Corte suprema, senza che essa se ne rendesse nemmeno conto, verso posizioni di sinistra, chiaramente osteggiate dal quotidiano. Come sappiamo bene, quella nomina non giunse più.

Per la nostra commemorazione qui vorrei attenermi a questi ricordi, a questi scorci di una lunga convivenza, scientifica e amicale. Essi si stagliano su un preciso sfondo, quello che ha visto lo stesso Spiros Simitis rifiutare sempre in modo risoluto ogni culto della personalità, per sé stesso come per gli altri, benché egli fosse consapevole e sicuramente anche orgoglioso del suo lavoro di una vita. Proprio questo atteggiamento misurato, questa sua integrità, fu ciò che gli valse la stima e l'amicizia. Così resti anche qui.

Per i cent'anni di Piero Fiorelli

OMAGGIO A

PIERO FIORELLI

Pubblichiamo qui gli interventi tenuti il giorno 11 maggio 2023 a Villa Ruspoli, presso la sede del Centro di studi Paolo Grossi per la storia del pensiero giuridico moderno, per festeggiare il centesimo compleanno di Piero Fiorelli e per annunciare la ristampa per i tipi della 'Biblioteca per la storia del pensiero giuridico' del suo libro La tortura giudiziaria nel diritto comune, originariamente edito in due tomi, nel 1953/1954, nella collana 'Ius nostrum' allora appena fondata da Francesco Calasso. Acconsentendo generosamente alla ristampa del volume — arricchito 'settant'anni dopo' da una prefazione e da due appendici, due ritorni sul tema fatti nel 1993 (Istruzioni per l'uso della tortura legale) e nel 1996 (Due pratesi, due verità, una fune, una sfida) — è il festeggiato a fare un dono prezioso a tutta la comunità scientifica: i due tomi della 'Tortura giudiziaria', un classico della storia del diritto, punto di riferimento ancor'oggi imprescindibile per gli studiosi, sono ora finalmente a disposizione di ricercatori e studenti, oltre che nella compatta veste a stampa della 'Biblioteca', anche in rete, in accesso aperto.

Come il lettore potrà vedere scorrendo i densi interventi di Pietro Costa, Marco Miletta e Federigo Bambi, l'incontro di maggio non propose un rituale omaggio a Piero Fiorelli. Costa tracciò un ritratto affettuoso e rigoroso, denso ed elegante, dell'uomo e dello storico del diritto, dell'Accademico della Crusca e del raffinato studioso delle relazioni tra diritto e lingua, tra storia giuridica e storia linguistica. Miletta rilesse 'La tortura giudiziaria' mettendo a fuoco l'equilibrio tra rigorosa attenzione alla storicità dell'esperienza e tensione civile dello studioso. Bambi ci restituì l'unitarietà dell'opera del maestro nell'intreccio tra storia del diritto, storia della lingua e « terza anima » di appassionato studioso di ortoepia; una passione questa che, assieme alle altre due, ha caratterizzato dal secondo dopoguerra ad oggi

la vita scientifica dello studioso. Ascoltare per credere: nell'edizione online del DOP (Dizionario d'ortografia e di pronunzia) è la voce di Fiorelli a indicarci la corretta pronunzia di molte parole.

E alle parole degli amici i Quaderni si uniscono in un affettuoso augurio di buon compleanno a Piero Fiorelli, con il più caldo ringraziamento per la sua generosa presenza di oggi e per la sua presenza, discreta e costante, alle attività del 'Centro' sin dalle sue origini.

Giovanni Cazzetta

PIETRO COSTA

PER PIERO FIORELLI: UNA TESTIMONIANZA

Sono molto lieto di essere qui, insieme a tanti amici, per festeggiare Piero Fiorelli. Dovrei prender posto però nella sala e non da questa parte del tavolo, dove mi trovo a causa della cortese insistenza degli organizzatori. Dovrò infatti limitarmi a una semplice testimonianza del mio dialogo con Piero Fiorelli e ciascuno dei presenti, o la grande maggioranza di loro, potrebbe ricordare, come me e meglio di me, ciò che ognuno di loro ha tratto dal suo incontro con Piero (con la sua persona, con la sua opera). In realtà, gli organizzatori del nostro seminario, per giustificare la loro intenzione di darmi il diritto/dovere di parola, avevano un solo argomento: la mia età ormai avanzata. È un argomento che rende il mio privilegio particolarmente *odiosum*, ma è un argomento incontrovertibile di fronte al quale non potevo che arrendermi.

Data la mia età, il mio primo ricordo di Piero Fiorelli risale a tempi lontani: agli inizi degli anni Sessanta e alle mie prime frequentazioni dei corsi della Facoltà giuridica. La mia iscrizione a Giurisprudenza era stata una sorta di scommessa, favorita dal velo di ignoranza che avvolgeva il 'diritto' per chiunque uscisse dalle scuole secondarie. Forse proprio perché era un oggetto misterioso, il diritto mi incuriosiva e immaginavo che esso potesse offrire punti di vista interessanti sulla dinamica sociale. Devo confessare che la lettura delle *Istituzioni di diritto civile* di Trabucchi aveva smorzato i miei entusiasmi, che però si erano riaccesi grazie ai corsi di filosofia del diritto e di storia del diritto.

Per la filosofia del diritto era un anno di interregno. Pietro Piovani era stato chiamato a Roma, Sergio Cotta avrebbe iniziato il suo insegnamento fiorentino solo nell'anno successivo e il corso da me frequentato fu tenuto in tandem da Antonio Zanfarino e da Giovanni Sartori. Zanfarino si sprofondava in abissali meditazioni

metafisiche e Sartori smontava e rimontava il concetto di democrazia. Mi piacevano entrambi, ma di storia non si parlava. Che il diritto avesse una storia lo ho scoperto grazie a due corsi che ricordo ancora con emozione. Il primo da me frequentato era il corso di Storia del diritto romano tenuto da Paolo Frezza nell'aula grande di Via Laura. L'aula era grande, ma gli uditori erano tre studenti (eccezionalmente si arrivava a cinque) e le lezioni erano tanto impegnative quanto dense, stimolanti, affascinanti. Cominciai a credere che la mia incosciente scommessa — che il diritto potesse essere una finestra aperta sul mondo storico-sociale — potesse essere vinta. E questa mia aspettativa fu definitivamente confermata dal secondo corso di Storia del diritto da me frequentato: il corso tenuto da Piero Fiorelli.

Ricordo, di quelle lezioni, la semplicità e la chiarezza, e insieme la ricchezza delle informazioni, la cura del dettaglio, la controllata ma trasparente passione per gli antichi testi e anche guizzi di divertita e divertente ironia, che erano e restano un tratto imperdibile della personalità di Piero Fiorelli.

Ad ascoltare il suo corso gli studenti non erano tre o cinque: erano molto più numerosi, a riprova della sua capacità di rendere vicina e accessibile la complessa realtà che veniva illustrando. E probabilmente anche a causa del numero dei frequentanti non ebbi occasione di stabilire un rapporto più ravvicinato con il docente, se non all'esame, dove — tengo a vantarmi — fui gratificato da un trionfale trenta e lode.

Ero ancora incerto se tentare di divenire, da grande, un filosofo del diritto o uno storico del diritto. Optai per la seconda soluzione e cominciai a frequentare l'Istituto di storia del diritto, prima come laureando e poi come assistente. Inizia qui il mio effettivo rapporto con Piero: non più il professore di cui seguivo le lezioni in un'aula affollata, ma il docente che lavorava nella stanza contigua alla mia; un Maestro, cui era sempre possibile rivolgersi per ottenere indicazioni, suggerimenti, stimoli preziosi, comunicati con la disarmante modestia che è un altro tratto della sua personalità.

Non ero ovviamente l'unico giovane apprendista nella bottega fiorentina di storia del diritto. Frequentavano l'Istituto, insieme a me, due allievi di Piero Fiorelli: Enrico Spagnesi (che concluderà la sua carriera come storico del diritto a Pisa) e Pietro Saraceno, purtroppo prematuramente scomparso dopo aver pubblicato studi

pionieristici sulla storia della magistratura; e altri allievi si sarebbero aggiunti nel tempo. Spagnesi e Saraceno avevano discusso la loro tesi di laurea con Piero Fiorelli e io con Grossi e tuttavia tutti noi respiravamo un'aria salubre, priva di veleni o miasmi provenienti da occulte o manifeste rivalità fra i rispettivi Maestri: personalità diversissime, per carattere e interessi euristici, e tuttavia capaci di comprendere e di apprezzare le rispettive qualità e inclinazioni. Era questo l'atteggiamento di fondo che permetteva loro di convivere nel medesimo spazio istituzionale senza dare origine a conflitti e incompatibilità. A me, ingenuo laureando e neolaureato, tutto ciò sembrava normale e scontato. In realtà, la compresenza, lunga e costantemente serena, nel medesimo Istituto di due forti e inconfondibili personalità è una circostanza rara. Frequente e usuale è piuttosto la lotta fra galli nei modesti pollai nei quali i docenti universitari trascorrono la loro operosa esistenza.

Grossi e Fiorelli erano abissalmente lontani da esibizioni muscolari e da tenzoni gladiatorie. Né sono mancate le occasioni di una loro diretta collaborazione. Ad esempio, nel 1962 era uscita la *Bibliografia del diritto agrario intermedio*, diretta da Fiorelli e realizzata con l'apporto di Grossi e di Bandini. E negli anni Settanta la cooperazione fra Fiorelli e Grossi sarebbe proseguita con il coinvolgimento di Fiorelli nella principale avventura intrapresa da Grossi: la fondazione del Centro di studi per la storia del pensiero giuridico moderno. Del Centro di studi Piero Fiorelli è stato membro fino dalla sua fondazione, confermando nel suo modo di operare all'interno del neonato organismo i tratti peculiari della sua personalità: sconfinata cultura, signorile riserbo, sapiente ironia, inesauribile disponibilità, umana e intellettuale.

Di queste doti sono stato testimone e beneficiario in tanti, e illuminanti, incontri con Piero. I miei colloqui con lui si sono moltiplicati dopo la mia laurea; ed erano colloqui faccia a faccia, ma anche dialoghi a distanza: fondati non sulla viva voce dell'interlocutore, ma sulla sua parola scritta. Una delle mie prime e più stimolanti letture, immediatamente successive alla discussione della mia tesi, fu infatti proprio un saggio di Piero Fiorelli, che venni a conoscere per una fortunata combinazione.

Ero appena stato nominato assistente volontario (un singolare *status* giuridico dell'università di quei tempi) e Paolo Grossi mi

aveva donato, per l'occasione, un libro appena uscito: *La storia del diritto nel quadro delle scienze storiche*, che raccoglieva gli Atti del primo Congresso della Società italiana di Storia del diritto (Firenze, Olschki, 1966). Il *parterre* dei partecipanti era di altissimo livello: da Momigliano a Mazzarino, a Betti, a Devoto, a Finley, a Ullmann, a Orestano, a Garin. Il Convegno aveva messo intorno allo stesso tavolo storici generali e storici del diritto, antichisti e medievisti, linguisti e storici del pensiero politico, mostrando, nei fatti, una notevole apertura 'interdisciplinare', assai prima che la 'interdisciplinarietà' divenisse una parola d'ordine, spesso più declamata che applicata.

Uno dei saggi raccolti nel volume è redatto da Piero Fiorelli e si intitola *Giuristi e linguisti tra istituzione e storia* (pp. 447-558). È un saggio che lessi con entusiasmo non soltanto per l'originalità, la puntualità e la ricchezza della riflessione, ma anche per l'interesse che il tema suscitava in me, dal momento che proprio in quel periodo cominciavo a lavorare sull'ipotesi di applicare i metodi della semantica strutturale ai testi di sapere che stavo tentando di decifrare. Il saggio di Piero Fiorelli era peraltro una sorta di ideale continuazione di un suo saggio — intitolato *Storia giuridica e storia linguistica* — che era l'elaborazione della sua prolusione triestina ed era stato pubblicato, nel 1957, negli « Annali di storia del diritto ».

Riletti oggi, a distanza di tanto tempo, e quindi adeguatamente 'storicizzati', i due saggi confermano la loro importanza seminale. Manca il tempo per l'analisi ravvicinata che essi meriterebbero e mi limito a richiamare l'attenzione solo su alcuni aspetti.

Sarebbe corretto, ma anche riduttivo, ricordare che i due saggi attengono al rapporto fra il diritto e il linguaggio: un tema importante, ma già presente, come Fiorelli ricorda, nella cultura ottocentesca, da Savigny alla tradizione positivista, fino ad Alessandro Levi. Il punto focale del saggio è infatti più specifico e più nuovo e riguarda le analogie e gli scambi (o, come oggi si suol dire, le ibridazioni) fra la storia giuridica e la storia linguistica. È all'intreccio fra queste due tradizioni disciplinari che Piero Fiorelli dedica la sua attenzione, soffermandosi su un preciso tornante: la loro graduale presa di distanza dal neoidealismo crociano; un paradigma che aveva dominato per lungo tempo la cultura italiana e conduceva in sostanza alla riduzione della storia giuridica alla storia economico-sociale e politica e della storia della lingua alla storia letteraria.

Per la filosofia crociana, infatti, la forza trainante della storia era il soggetto (il soggetto, beninteso, in quanto concrezione dell'universale) e la via di accesso a questa realtà primaria era la filosofia. Era la filosofia che permetteva la conoscenza dell'individuale, del vivente, della storia, mentre le scienze (le scienze fisico-naturali come la scienza giuridica e la linguistica) perdevano di vista la concretezza dell'esperienza individuale perché impiegavano categorie astratte (i famosi pseudo-concetti), che potevano avere una qualche utilità classificatoria e pratica, ma erano cognitivamente deboli.

Anche sulla filosofia giuridica italiana fra le due Guerre l'influsso del neoidealismo era stato rilevante, ma non erano mancati né episodi di esplicita dissociazione (penso ad esempio a Giuseppe Capograssi) né strategie che più cautamente impiegavano la (crociana) distinzione fra filosofia e scienza per garantire a quest'ultima una sua autonomia cognitiva. È la strategia che Piero Fiorelli coglie nel *L'Ordinamento giuridico* di Santi Romano, che attribuisce alla scienza giuridica l'onore e l'onere di elaborare un proprio, specifico concetto di diritto. «Sembra sentire in queste parole — scrive Piero Fiorelli — quello stesso atteggiamento antifilosofico di cui tra i linguisti si farà banditore dal '40 in poi Giacomo Devoto» (p. 267, n. 16). E, come fa notare Piero, la seconda edizione del capolavoro romaniano, per una singolare combinazione, esce nel '46 a Firenze, nello stesso anno e nello stesso luogo in cui veniva pubblicato *Idealismo e realismo nella scienza del linguaggio* di Giovanni Nencioni.

La casuale sincronia rimarca una non casuale convergenza dei contenuti, che ruotano intorno al tema della dimensione 'istituzionale' della lingua e del diritto. Piero Fiorelli coglie esattamente il senso, storicamente preciso, del ricorso al concetto di 'istituzione': la possibilità di lasciarsi alle spalle «l'irripetibile, atomistica individualità dell'atto di chi parla» per sottolineare «l'intrinseca bilateralità e quindi socialità del rapporto tra chi parla e chi ascolta» (p. 267). La lingua, insomma, come il diritto, è (utilizzo le parole di Nencioni richiamate da Fiorelli) «una realtà intersubiettiva e quindi super-individuale avente i caratteri propri dell'istituzione» (p. 268).

Il diritto e la lingua come momenti dell'interazione sociale: fenomeni che, lungi dall'essere riducibili a una serie aperta di atti

individuali, da un lato, implicano il riferimento alla loro vitale connessione con specifiche comunità e, dall'altro lato, funzionano, producono senso, in quanto compongono un'unità compatta, tenuta insieme da precise relazioni. La dimensione istituzionale del diritto e della lingua implica il riferimento alla loro intrinseca dimensione sistemica.

Di questa dimensione sono divenuti consapevoli — osserva Fiorelli — i giuristi prima dei linguisti. Per il giurista era indispensabile disporre di tipi e forme suscettibili di una qualche generalizzazione ed era questa esigenza che lo distoglieva dall'assolutizzare l'azione individuale e lo induceva a coltivare quello 'spirito di sistema' che avrebbe trionfato nella Pandettistica ottocentesca (come ha insegnato a tutti noi Paolo Cappellini). Se dunque la messa a fuoco della dimensione sistemica è stata precoce nel sapere giuridico, nella linguistica — osserva Piero Fiorelli — sono state maggiori le difficoltà ad andare oltre « l'irripetibile, atomistica individualità dell'atto di chi parla » e a cogliere, da un lato, il nesso fra la lingua e la società, e, dall'altro lato, il carattere sistemico della lingua.

A metà Novecento, però, il panorama cambia rapidamente: il paradigma crociano si sta indebolendo e ha luogo ciò che Fiorelli argutamente chiama la « riduzione della lingua sotto il concetto generale del diritto ». È questo il senso dell'operazione compiuta dal linguista Nencioni (che peraltro aveva una conoscenza 'professionale' anche del diritto), quando mutua dalla teoria giuridica romana il concetto di istituzione e lo impiega per valorizzare la dimensione sistemica (e trans-individuale) della lingua.

Cambiano i tempi e l'istituzionalismo di Nencioni e di Devoto ne sono un'efficace espressione: essi, infatti, se pure sono un portato originale della cultura italiana, al contempo si muovono in sintonia con orientamenti che si stanno diffondendo in tutta la cultura europea. Piero Fiorelli coglie lucidamente il punto: l'istituzionalismo indica una strada che la linguistica europea sta imboccando con la diffusione delle « teorie strutturali »; quelle teorie che si accingevano a dare — scrive Fiorelli — « più all'estero che in Italia, un volto nuovo alla linguistica del Novecento » (p. 268).

Fiorelli non esita a sottolineare l'importanza della dimensione strutturale della lingua e del diritto: « gl'istituti della lingua, come

gl'istituti del diritto hanno vita e significato nell'interno d'un sistema » (p. 271). In un sistema lessicale « ciascuna parola vale a significare quel tanto che le consentono di significare le altre parole » (p. 269). Il testo cui Fiorelli rinvia è obbligatoriamente il *Cours de linguistique générale* di Saussure, che svolgeva un ruolo chiave, come tutti sappiamo, nel favorire la diffusione di una nuova sensibilità. Il sofisticato radar impiegato da Piero Fiorelli non si lascia però sfuggire un altro riferimento, che mi ha particolarmente colpito: il riferimento a Ernst Cassirer, di cui la rivista « Word. Journal of the Linguistic circle of New York » aveva pubblicato, nel 1945, un saggio postumo dedicato a *Lo strutturalismo nella linguistica moderna* (E.A. CASSIRER, *Structuralism in Modern Linguistics*, in « Word », 1 (1945), 2, pp. 99-120). Cassirer, che tiene conto di Saussure, di Roman Jakobson, delle opere del Circolo linguistico di Praga, parlava nel suo saggio di una tendenza nella linguistica — lo 'strutturalismo' — analoga al nuovo approccio che, nella biologia, sottolineava l'unitarietà sistemica degli organismi e trovava il suo principale esponente in Ludwig von Bertalanffy.

Molte e diverse vie portano dunque alla messa a fuoco della dimensione sistemica. Ed è appunto il sistema il punto di incontro fra il sapere giuridico e la linguistica odierna. È un punto di incontro promettente e fecondo? Oppure è l'espressione di un approccio formalistico e astratto? Se puntiamo sulla struttura, che ne è della storia? In che modo storia e struttura si intersecano e si implicano? È possibile una comprensione storicistica di una struttura e, viceversa, un'analisi 'strutturale' di un fenomeno storico?

Sono domande impegnative, cui Fiorelli riesce a offrire risposte limpide e persuasive. Conviene rileggere integralmente la sua conclusione: « La presenza, l'immanenza dell'idea di sistema non esclude e non restringe la storia giuridica e linguistica: l'allarga, se mai, in una direzione ulteriore. Invece di seguire collo sguardo singoli punti che si spostano sopra un piano, lo storico osserva il muoversi di masse coordinate in uno spazio a più dimensioni » (p. 277).

Siamo nel 1957. Mi sia concessa una domanda: quanti erano i giuristi, gli storici, i filosofi del diritto in Italia che non solo sapevano guardare all'interazione fra sapere giuridico e linguistica, non solo erano informati dei mutamenti che stavano covando sotto la cenere nelle scienze umane, ma anche erano in grado di indicare, con

esemplare chiarezza, la direzione più promettente? Pochissimi, direi, o forse nessuno. Certo, nei primi anni Sessanta qualcuno si sarebbe pronunciato. Penso ad esempio a uno dei nostri più colti filosofi del diritto, Pietro Piovani. Allievo di Capograssi, Piovani pubblicava nel 1962 un lungo e impegnativo saggio (intitolato *Mobilità, sistematicità, istituzionalità della lingua e del diritto*) che sarebbe divenuto un capitolo di un suo libro del 1963 (*La filosofia del diritto come scienza filosofica*, Milano Giuffrè, 1963, pp. 103-193). Piovani però, se pure sensibile al panorama culturale europeo, se pure capace (memore del magistero di Capograssi) di distaccarsi dalla *vulgata* neoidealistica, tuttavia non sembra disposto a prendere le distanze da uno storicismo che continuava a vedere nella tematizzazione del carattere sistemico della lingua e del diritto più un ostacolo alla ricognizione storiografica, che una sua nuova frontiera.

Fiorelli era dunque davvero una voce unica, capace di indicare, senza squilli di tromba, con garbo e semplicità, ma anche con la forza che derivava dalla ricchezza dell'informazione e dalla limpidezza dell'argomentazione, una strada nuova: invitando ad accorgersi che l'analisi strutturale non già costringeva ad abbandonare la ricognizione storica, ma semmai favoriva la narrazione di una storia diversa.

Dicevo dell'importanza seminale dei saggi del '57 e del '66. Vorrei aggiungere che essi hanno anche una valenza programmatica o progettuale: esprimono il senso della ricerca pluridecennale che Piero Fiorelli ha condotto ininterrottamente nel solco della connessione fra lingua e diritto. È una ricerca che ha prodotto risultati di grande rilievo ed è stata giocata, per così dire, su molti tavoli. È una ricerca che si è tradotta in scritti numerosi e preziosi: gli *habitués* del nostro Centro di Studi e della Biblioteca di monografie che ne deriva conoscono la raccolta di saggi che ha come titolo *Intorno alle parole del diritto*, pubblicata nel 2008 e accompagnata da una dedica di Piero che mi piace ricordare: « A Paolo Grossi, alla bella scuola, agli amici di Via Laura e Villa Ruspoli ». I saggi scientifici sono però soltanto una componente, anche se di assoluto rilievo, dell'impegno dispiegato da Piero Fiorelli sul terreno, accidentato ma fecondo, del rapporto fra lingua e diritto. È un impegno che si è tradotto anche in un capillare lavoro di organizzazione culturale: penso alla direzione, da partire dal '66, del Vocabolario giuridico e alla fondazione, nel 1968, dell'Istituto per la documentazione giuridica; penso alla

continuativa partecipazione all'Accademia della Crusca, di cui Piero Fiorelli è stato segretario per lunghi periodi (dal 1976 al 1997 e poi dal 2003 al 2012); penso infine, *last but not least*, alle numerosissime tesi di laurea sulla lingua giuridica, seguite una per una con assoluta ed esemplare dedizione.

Non sta a me soffermarmi sui risultati conseguiti da Piero Fiorelli nei suoi lavori sulla lingua giuridica: ce ne parlerà, molto meglio di quanto potrei fare, Federigo Bambi, che da tempo coltiva, con ormai riconosciuta autorevolezza, proprio questo terreno. Mi limito ad aggiungere un *caveat*. Gli scritti (per intenderci) 'giuridico-linguistici' di Piero Fiorelli sono così pionieristici e rilevanti da farci correre un rischio: il rischio di dimenticare l'altra faccia della luna; il rischio di trascurare la sua produzione, per così dire, storico-giuridica in senso stretto, di cui è espressione emblematica un'opera che, a distanza di settanta anni dalla sua comparsa, è ancora indispensabile: *La tortura giudiziaria nel diritto comune* (Milano, Giuffrè, 1953-54). Ricordo con commozione una relazione che Mario Sbriccoli tenne, proprio in questa aula, sul *magnum opus* di Piero Fiorelli. E sono felice che su un lavoro così importante potremo ascoltare, quasi in ideale continuazione con la riflessione di Mario Sbriccoli, l'intervento di un profondo conoscitore della storia penale e processuale come Marco Miletto.

Grazie a Federigo Bambi e a Marco Miletto avremo dunque la possibilità di seguire l'itinerario euristico di Fiorelli nelle sue principali espressioni. Il mio intervento è rimasto sulla soglia dell'edificio costruito da Piero Fiorelli in tanti anni di sapiente, penetrante, paziente lavoro. Di questo edificio non ho illustrato le numerose sale e i preziosi arredi. Mi premeva soltanto esprimere ad alta voce una convinzione che mi permetto di considerare non soltanto mia, ma anche condivisa dai tanti amici presenti: la convinzione che l'incontro con Piero ha messo tutti noi in contatto con una personalità e con un'opera di grande spessore e di assoluta rilevanza. Di Piero Fiorelli, studioso originale e acuto, e al contempo schivo e aperto al dialogo, siamo tutti orgogliosi di dichiararci allievi e, se ce lo permette, amici.

MARCO NICOLA MILETTI

LA CRIMINALISTICA COME *KATÉCHON*.
RILEGGENDO *LA TORTURA GIUDIZIARIA*
DI PIERO FIORELLI

1. Fantasmî del dopo-guerra — 2. In dialogo con le fonti — 3. Stile e cronologia d'un libro « luciferino » — 4. Il problema della verit  — 5. Soggetti processuali, attori sociali — 6. Frenare l'arbitrio: la missione della criminalistica — 7. Rigore storiografico e tensione civile.

1. *Fantasmî del dopo-guerra.*

« Ricordiamocene, prima di giudicare chi ci ha preceduto ». Il monito prorompe dalle pagine conclusive [II, p. 281] de *La tortura giudiziaria nel diritto comune*, il 'classico' di Piero Fiorelli pubblicato in due volumi settant'anni fa (1953 e 1954) e ora riproposto dalla *Biblioteca dei Quaderni fiorentini* in unico tomo, con le preziose aggiunte d'una prefazione dell'Autore, e di due appendici non inedite (1993 e 1996) ⁽¹⁾ ma sinora difficilmente reperibili.

Dalla Firenze di fine anni Quaranta s'era levato un grido d'allarme pressoch  identico. Un fascicolo monotematico de « Il Ponte » dedicato alle carceri si apriva con un editoriale che prendeva le mosse dal celebre discorso di Filippo Turati del 1904 alla Camera: « Noi crediamo di aver abolita la tortura, e i nostri reclusor  sono

⁽¹⁾ PIERO FIORELLI, *Istruzioni per l'uso della tortura legale*, Firenze, Polistampa, 1993, ora in ID., *La tortura giudiziaria nel diritto comune*. Ristampa inalterata con prefazione dell'autore settant'anni dopo, e due appendici, Milano, Giuffr  Lefebvre, 2023, pp. 721-741 [1-23 dell'orig. numeraz.]; ID., *Due pratesi due verit . Una fune una sfida*, Firenze, Stabilimento Grafico Commerciale, 1996, ora in ID., *La tortura giudiziaria* (2023), cit. (in questa nt.), pp. 743-773 [1-33 dell'orig. numeraz.].

essi stessi un sistema di tortura la più raffinata » (2). A seguire, nello stesso periodico, Piero Calamandrei riproponeva l'intervento parlamentare da lui tenuto nell'autunno del 1948. In quella occasione l'insigne giurista aveva, tra l'altro, osservato come « in tutto il mondo civile [...] e anche in Italia », pur se in percentuale minore, esistessero « ancora prigionie crudeli come ai tempi di Beccaria » nonché, « forse peggiore che ai tempi di Beccaria, la tortura! ». In un progetto di Costituzione federale europea da poco redatto — si era stupito il deputato fiorentino — era stato addirittura necessario inserire un articolo, *È vietata la tortura*, « nella sua semplicità [...] più terribile di qualsiasi invettiva ». Calamandrei precisava di non riferirsi tanto alle « crudeltà » commesse ai danni della popolazione carceraria già condannata, quanto a « quel metodo di indagini inquisitorie » utilizzato « come procedimento legale fino a metà del secolo XVIII [...]. Orbene, onorevoli colleghi, la tortura come mezzo per ricercare la verità rientra anche oggi, non di rado, tra i metodi della polizia investigativa [...] in tutti i paesi civili, ed anche in Italia » (3).

Nei primi mesi del 1950 Biagio Petrocelli paventava su « Il Giornale » il « ritorno alla tortura » che, stando agli organi d'informazione, si andava profilando nell'inchiesta per l'omicidio di Annarella Bracci, il c.d. delitto di Primavalle. « Questo triste ritorno —

(2) Il discorso di Filippo TURATI alla Camera dei deputati (18 marzo 1904), subito pubblicato in volumetto (*I cimiteri dei vivi. Per la riforma carceraria. Discorso sul bilancio degli Interni pronunciato alla Camera dei deputati nella tornata del 18 marzo 1904*, Roma, Tipografia della Camera dei deputati, 1904), è stato di recente ristampato con Pref. di Stefania Craxi, Introd. di Giuseppe Gargani, Postf. di Giuseppe Cricenti, Manocalzati, Edizioni Il Papavero, 2021 (il brano cit. nel testo è a p. 52). Il passaggio turatiano fu riportato in apertura dell'editoriale [IL PONTE], *Bisogna aver visto*, in « Il Ponte », V (1949), n. 3, *Carceri: esperienze e documenti*, pp. 225-227: 225. Sia la denuncia di Turati sia l'editoriale sono ripresi da Giovanni FIANDACA, *Conoscere per poter meglio informare*, in « Diritto Penale e Uomo », 2/2021, pp. 29-34: 29.

(3) [Piero CALAMANDREI], *L'inchiesta sulle carceri e sulla tortura (Dal resoconto dei discorsi pronunciati alla Camera dei deputati nelle sedute del 27-28 ottobre 1948)*, in « Il Ponte », V (1949), n. 3, *Carceri: esperienze e documenti*, pp. 228-236: 229-230. Il discorso completo fu più volte ripubblicato; ad es., col tit. *Sul bilancio della giustizia. L'inchiesta sulle carceri e sulla tortura*, in Piero CALAMANDREI, *Opere giuridiche. Volume X: Problemi vari e ricordi di giuristi. Arringhe e discorsi di politica legislativa*. Con una Premessa di Mauro Cappelletti e Prefazione di Paolo Barile [...], Roma, Roma-Tre Press, 2019, pp. 503-521: 512-513.

meditava il penalista napoletano — si manifesta essenzialmente nel risorgere di quell'antico e vieto metodo di indagine che tutto credeva di risolvere con una confessione dell'indiziato, sforzandosi di estrarre tormentosamente *da lui* la prova», anziché costruirla obiettivamente « *intorno a lui* ». A prescindere dall'effettivo impiego della violenza fisica, Petrocelli — che pure non faceva mistero del suo rigoroso retribuzionismo — deplorava che la stampa trattasse la tortura « come una cosa perfettamente accettata ed accettabile dal costume ». Ancor più sconcertante egli reputava la passiva ricezione, da parte della magistratura, delle risultanze d'una così discutibile investigazione di polizia, « quasi che sul valore della confessione non dovesse intervenire alcun controllo » giudiziario (4).

Questi scarni ma concordanti riscontri certificano un clima di inquietudine diffuso, in quel lungo dopo-guerra, tra giuristi di diversa sensibilità. Fiorelli se ne rese, in qualche modo, partecipe. Nella sua poderosa ricostruzione diacronica della tortura giudiziaria trova posto il malizioso parallelismo tra la *veglia* escogitata da Ippolito Marsili e gli interrogatori di polizia novecenteschi condotti mediante tecniche lesive del sistema nervoso, se non dell'integrità corporale [I, pp. 200-201]. Si denunciano gli abusi delle forze dell'ordine, dispiegati a difesa « d'un assolutismo statale risorto e forte come non mai », che stavano *risuscitando* i tormenti e lasciavano temere « lo sfacelo dell'intera civiltà giuridica moderna » [II, pp. 274 e 276]. Si biasimano la « falsa civiltà » d'« argilla » e l'approccio *farisaico* del secolo XX, che s'era assunto la « gloria di dar vita a forme raffinate di tortura mentale, rese possibili dai moderni ritrovati della scienza [ad es. narcoanalisi, *n.d.r.*], e gabellate per regolari e legittimi interrogatori di polizia » [II, pp. 278-279 e *ivi*, nt. 22]. Si esprime apprensione per la somministrazione del siero della verità, opzione che richiamava alla memoria le antiche torture 'spontanee' dell'accusato o dell'accusatore [II, p. 167 e *ivi*, nt. 2]; o per « l'orrore [...] di certe carcerazioni preventive » e per le ancor recenti deportazioni razziali disposte per via amministrativa [II, p. 281].

(4) Biagio PETROCELLI, *Ritorno alla tortura*, in « Il Giornale », 23 marzo 1950, ora in Biagio PETROCELLI, *Saggi di diritto penale*, Padova, Cedam, 1952, pp. 621-627: 624-627.

Convinto che la trattazione dottrinale della tortura, nello scorrere dei secoli, presentasse una sostanziale omogeneità [I, p. 115] e che fosse dunque possibile una storia dell'*istituto* almeno a partire dai tre quarti del Duecento [I, p. 131], Fiorelli prometteva di restituire un « palinsesto » ripulito, oltre che delle incrostazioni accumulate dall'oblio, anche di quel pregiudizio dell'« uomo del Novecento » per cui la modernità consisteva nella « negazione in blocco », anziché nell'« acquisizione intelligente, dell'esperienza passata » [I, p. 1].

2. *In dialogo con le fonti.*

La *Prefazione* del 1953 chiariva in termini inequivoci il metodo adottato: « L'esame diretto delle fonti, il colloquio senza intermediari cogli spiriti grandi e meno grandi del passato » [I, *Pref.*, p. IX]. Altrettanto perentoria era la scelta di campo orgogliosamente storico-giuridica. In una nota a chiusura del paragrafo introduttivo Fiorelli annunciava d'aver saldato il 'debito' con « la sociologia, l'etnologia, la demologia, la psicologia e tutte le altre logie più o meno estranee alla storia; dalle quali di qui innanzi mi terrò lontano ». Parimenti distante egli si professava da morbose inclinazioni al « mostruoso accozzamento » di supplizi, « collezionismo antistorico d'orrori e di sevizie » [I, p. 10, nt. 15] ⁽⁵⁾.

Sarebbe però fuorviante immaginare il discepolo di Calasso a tal punto 'distratto' dalle *auctoritates* tardo-medievali e moderne da trascurare la dottrina giuridica del Novecento. In realtà, per portare solo un paio di esempi, il giovane Fiorelli sfoderava la teoria romaniana della pluralità di ordinamenti medievali per spiegare l'« incertezza » del giurista di diritto comune « tra consuetudine e legge »: « travaglio e dramma » incomprensibile se osservato con le odierne categorie della legalità formale [II, pp. 202-203]. Analogamente, egli plaudiva [I, p. 191] alla tipizzazione anti-dogmatica delle prove penali proposta negli anni Venti da Eugenio Florian: il quale aveva sostenuto che il concetto di prova è « poliedric[o] » e che si

⁽⁵⁾ Un cenno sprezzante al morboso interessamento per le antiche torture si rinvia anche in FIORELLI, *Istruzioni per l'uso* (1993), cit. (nt. 1), p. 722 [4 dell'orig. numeraz.].

presta sia a un'accezione soggettiva (« qualunque mezzo produttore della cognizione certa o probabile di una cosa qualunque ») sia oggettiva (« l'insieme dei motivi, che ci somministrano tale conoscenza ») (6).

Reciprocamente, in questi decenni, i cultori di discipline giuridiche disparate, *in primis* i processual-penalisti, hanno reso onore all'affresco di Fiorelli, reputandolo imprescindibile (7). Ad esso *Criminalia* di Franco Cordero riservò più d'una dozzina di citazioni. Quelle dissenzienti meritano una menzione, perché rivelatrici di due rivisitazioni della criminalistica moderna pressoché incompatibili. Il professore torinese contestava, ad esempio, al libro fiorelliano un'ingiustificata *simpatia* nei riguardi di Ippolito Marsili, da lui ritenuto, invece, ipocrita e sadico (8). Ancor più spiccata la divergenza a proposito di Prospero Farinacci. Fiorelli incastonava magistralmente

(6) Eugenio FLORIAN, *Delle prove penali. I: In generale*, Milano, Vallardi, 1924, pp. 3 e 5. La definizione 'soggettiva' era tratta letteralmente da Gian Domenico ROMAGNOSI, *Vedute fondamentali sull'arte logica*, in ID., *Opere [...] riordinate ed illustrate da Alessandro de Giorgi*, vol. I pt. I, *Scritti filosofici*, Milano, Presso Perelli e Mariano Editori, 1841, pp. 209-468: lb. III, § 946, p. 357. La definizione 'oggettiva' parafrasava vari autori, tra cui Feuerbach, Hélie e soprattutto Carl Joseph Anton MITTERMAIER, *Teoria della prova nel processo penale*. Traduzione italiana eseguita sull'originale tedesco dal dott. Filippo Ambrosoli [...], Milano, Sanvito, 1858, pt. I, cap. VI, p. 60. Trattando specificamente del codice Finocchiaro-Aprile, FLORIAN, *Delle prove penali*, cit. (in questa nt.), I, p. 373 aveva ribadito che *prova* è lemma *complezzo*, significante sia *oggetto di prova* (più frequentemente), sia *mezzi di prova*, sia *risultato*.

(7) A titolo meramente esemplificativo, e limitandosi alla bibliografia recente, cfr. Anna BELLODI ANSALONI, *Ad eruendam veritatem. Profili metodologici e processuali della quaestio per tormenta*, Bologna, Bononia University Press, 2011, p. 18, nt. 9; Massimo LA TORRE-Marina LALATTA COSTERBOSA, *Legalizzare la tortura? Ascesa e declino dello Stato di diritto*, Bologna, il Mulino, 2013, p. 23, nt. 1; Margherita DAVERIO, *Perché la tortura? Un'interpretazione filosofica*, Torino, Giappichelli, 2023, p. 28, nt. 1; Stefania CARNEVALE, *Tortura e maltrattamenti in carcere: i presidi di diritto processuale e penitenziario a supporto degli strumenti sostanziali*, in *Nulla è cambiato? Riflessioni sulla tortura*, a cura di Luigi Stortoni e Valerio Castronuovo, Bologna, Bononia University Press, 2019, pp. 279-311: 280, nt. 1. Attribuiscono a *La tortura giudiziaria* una priorità bibliografica Renzo ORLANDI, *Documento introduttivo*, ivi, pp. 1-8: 1; Michele PIFFERI, *Veritatis inquisitio per tormenta. Verità, corpo e dolore nella tortura giudiziaria medievale*, ivi, pp. 43-66: 43, nt. 1; Tullio PADOVANI, *Quaestio in caput sociorum. Alle origini dell'obbligo del reo di collaborare alle indagini*, ivi, pp. 67-77: 67, nt. 1.

(8) Franco CORDERO, *Criminalia. Nascita dei sistemi penali*, Roma-Bari, Laterza, 1986, pp. 291-292, nt. 7.

il giurista pontificio nei chiaro-scuri della cultura barocca rimarcandone soprattutto i pregi: « mente quadrata », ferrato nel « gioco dialettico e tipografico », scrupoloso nella « statistica ponderata delle opinioni altrui », ma troppo « immerso » nelle reali dinamiche del foro per appagare l'utopia d'una « scienza esatta » [I, pp. 163-164, nt. 163]. Quasi ribaltando questo ritratto, Cordero liquidava Farinacci come mente « sconnessa e torbida », « malvivente [che] posa a scienziato » ⁽⁹⁾. È evidente che tra i due giudizi (sorvegliato e problematico l'uno, impressionistico e dissacrante l'altro) la discrepanza non è solo estetica.

3. *Stile e cronologia d'un libro « luciferino ».*

La tortura giudiziaria — scriveva ironico Severino Caprioli — è « un libro quasi luciferino, che vi conduce, dalla civile sprezzatura di Calasso (voce dell'*Enciclopedia Italiana*), a comprendere tutto ciò che troviamo incomprensibile, conferendo barlumi di razionalità a quanto nega la ragione » ⁽¹⁰⁾.

I due volumi presentano una struttura lineare: fonti normative e dottrinali, collocazione dell'istituto entro l'*ordo* giudiziario, soggetti processuali passibili di tortura, esenzioni personali; presupposti (positivi e negativi) per l'irrogazione, procedimento, effetti (con particolare riguardo alla confessione), garanzie. Il capitolo conclusivo (*Più in là del diritto*) accosta alla visuale squisitamente giuridica alcune possibili prospettive *ab externo*: ossia la dimensione logica, etica, socio-politica del fenomeno, tenute separate quasi nel timore che le sovrapposizioni tra i piani del discorso favoriscano inutili moralismi e censurabili anacronismi.

Lo stile espositivo si segnala per elegante franchezza. Il linguaggio è spigliato, talora persino confidenziale, specialmente nel sontuoso apparato di note, quasi tutte concepite non come asettiche sequenze di titoli, bensì come serrato dialogo con le fonti citate. Un

⁽⁹⁾ CORDERO, *Criminalia*, cit. (nt. 8), p. 340, nt. 7.

⁽¹⁰⁾ Severino CAPRIOLI, *Satura lanx* 26. *Il caso Giacomuccio (un momento della storia delle funzioni di accusa)*, in « Bullettino dell'Istituto Storico Italiano per il Medio Evo e Archivio Muratoriano », 1991, n. 87, pp. 337-356: 341. Ivi, p. 355 quello di Fiorelli è definito « grande libro ».

vero e proprio secondo livello di lettura, così arricchente e avvincente per il lettore da far dubitare che sia davvero sempre preferibile l'opposto modello 'snello' — oggi acriticamente esaltato — di matrice anglo-americana.

L'esplorazione dell'estesissimo arco diacronico parte dal passo di Ulpiano (D. 47.10.15.41) che, nel commento all'editto pretorio sull'ingiuria, aveva avvertito: '*Quaestionem intellegere debemus tormenta et corporis dolorem ad eruendam veritatem*'. La formula ulpiana costituì a lungo il canovaccio della dottrina di diritto comune, la quale vi apportò varianti non marginali [I, pp. 187-188].

La reviviscenza medievale della *quaestio*, coincidente, non a caso, con il progressivo abbandono dell'ordalia poi sancito dal Concilio Lateranense IV [I, pp. 168-169], si giovò d'una serie di concause: la centralizzazione del potere contro le spinte centrifughe feudali, la ripresa degli studi liberali « e del diritto romano in ispecie », la confutazione delle residue procedure 'barbariche' promossa dal razionalismo aristotelico. Fiorelli insisteva sul nesso tra recupero della tortura, da un lato, e, dall'altro, « rafforzata coscienza dell'autorità dello Stato » e rinascimento romanistico [I, pp. 70-71]. D'altronde già Calasso aveva registrato un più frequente ricorso alla *quaestio* nell'epoca dell'assolutismo ⁽¹¹⁾.

Piuttosto indulgente appare invece il giudizio fiorelliano sulle titubanze del diritto canonico, transitato dalle contraddizioni del *Decretum* di Graziano circa l'uso della violenza [I, pp. 76-77] alla graduale mutuazione, nei primi decenni del secolo XIII e cioè all'alba dell'Inquisizione, di « quei rimedi estremi » ormai in uso presso i tribunali secolari e cristallizzati negli statuti. Lungo questo itinerario la bolla *Ad extirpanda* (1252) di Innocenzo IV quasi sbiadiva a presa d'atto, a dolente accettazione d'un male imposto da « ferree necessità di difesa » [I, pp. 78-79 e 82].

La sterminata rassegna di fonti squadernata da Fiorelli mostra come la qualità della disamina dottrinale della tortura rispecchi la complessiva parabola della cultura giuridica italiana. La criminali-

(11) Francesco CALASSO, *Tortura*, in *Enciclopedia Italiana*, XXXIV, Roma, Istituto Enciclopedia Italiana, 1937 [= 1950], pp. 74-76: 75. Nello stesso senso si sarebbe poi espresso Lamberto PANSOLLI, *Tortura*, in *Novissimo Digesto Italiano*, XIX, Torino, Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1973, pp. 424-428: 425.

stica della Penisola infatti, dopo il saldo primato tenuto nei secoli XII-XVI [I, p. 168], nei successivi duecento anni « ristagn[ò] nella contemplazione del passato »: sicché fu surclassata da quella francese e olandese [I, p. 167] e, nel Seicento, da quella tedesca, la quale ebbe il merito di sollevare « il problema del fondamento morale della tortura » [I, p. 178].

4. *Il problema della verità.*

Fiorelli puntualizzava *in limine* che la sua attenzione si sarebbe focalizzata sulla tortura *giudiziaria* ⁽¹²⁾. Di questa egli forniva, all'inizio del primo volume, una definizione spesso rilanciata dalla successiva letteratura giuridica ⁽¹³⁾: « Qualsiasi procedimento giudiziario con cui si cerchi d'estorcere all'imputato o ad altro soggetto processuale, piegandone con forza o con artificio la contraria volontà, una confessione o altra dichiarazione utile all'accertamento di fatti non altrimenti accertati, al fine ultimo di definire il giudizio fondando la sentenza sulla verità così ottenuta » [I, p. 4]. Allargando la formula adoperata da Calasso nella voce *Tortura* dell'*Enciclopedia Treccani* (« Vanno sotto questo nome i mezzi svariati di coercizione fisica sperimentati sul corpo dell'imputato per estorcerne la confessione del reato, o dei testimoni per ottenerne la deposizione ») ⁽¹⁴⁾, l'allievo notava come il requisito « appariscente » della violenza *fisica* non fosse indispensabile perché, come dimostrava anche l'esperienza « recente », la « sofferenza morale » (*dolor cordis*, anziché *corporis*) o la mera minaccia avrebbero potuto rivelarsi persino più efficaci. Fiorelli sospettava che le « mutilazioni antistoriche » appor-

⁽¹²⁾ La tortura giudiziaria rientra nella tipologia della tortura-mezzo. Essa inoltre è legale e istituzionale (quanto ai soggetti preposti a infliggerla). Cfr. Giuliano SERGES, *La tortura giudiziaria. Evoluzione e fortuna di uno strumento d'imperio*, in *Momenti di storia della giustizia*, a cura di Leonardo Pace, Simone Santucci, Giuliano Serges, Roma, Aracne, 2011, pp. 215-323: 217.

⁽¹³⁾ Riprendono letteralmente la definizione fiorelliana di tortura Luca LUPÁRIA, *La confessione dell'imputato nel sistema processuale penale*, Milano, Giuffrè, 2006, p. 103, nt. 133; LA TORRE-LALATTA COSTERBOSA, *Legalizzare*, cit. (nt. 7), p. 25; Elena Maria CATALANO, *Il problema della confessione estorta nel quadro del dibattito sulla tortura giudiziaria*, in « Archivio Penale », LXXI (2019), n. 1, pp. 1-30: 3.

⁽¹⁴⁾ CALASSO, *Tortura* (1937), cit. (nt. 11), p. 74.

tate all'area semantica coperta dal vocabolo dipendessero da « una certa ipocrisia della società ufficiale moderna, che vuol far credere a sé stessa d'aver rinunciato per sempre » ai tormenti [I, pp. 4 e 188].

All'Autore, certo, non sfuggiva il discrimine 'ideologico' tra torture del passato e del presente. Per secoli — si scandisce nelle battute iniziali dell'opera — quella pratica era stata « cosa ovvia », « legale », ben « dentro » i meccanismi della giurisdizione: anzi, fu « sentita a lungo e profondamente come un'operazione di alta giustizia » [I, p. 5]. Ora, settant'anni dopo, lo studioso rivela che il titolo più appropriato al suo libro del 1953-54 sarebbe forse stato quello propostogli dal maestro Calasso per la prolusione triestina del 1956: *Il problema della verità nella giustizia medievale* (15).

Però una certa retorica 'veritativa' resisteva ancora nel primo Novecento. Florian, in apertura della citata monografia sulle prove, ravvisava nello « sforzo di accertare la verità » il motore del processo: « sforzo gagliardo, dominatore », che del rito costituiva il metodo, lo « scopo immediato » e il « mezzo » (16). Anche Fiorelli ammetteva che la civiltà giuridica contemporanea continua a ricercare nel giudizio « la verità dei fatti, reale e non fittizia [...], senza limiti formalistici ». Era pertanto ipotizzabile che il processo di diritto comune, quello « che aveva [avuto] a sostegno il cavalletto e la corda », pur non costituendo certo un « preludio » dei « sistemi moderni » (« sarebbe espressione equivoca »), ne avesse, quanto meno, consolidato un principio fondante [II, pp. 156-157].

Il ragionamento era scivoloso (17). Comunque, come dimostra una puntigliosa nota su Hermann Kantorowicz (18), Fiorelli non

(15) Piero FIORELLI, *Settant'anni dopo* (lug. 2023), in Id., *La tortura giudiziaria*, cit. (nt. 1), pp. v-ix: ix.

(16) FLORIAN, *Delle prove penali* (1924), cit. (nt. 6), I, p. 1.

(17) La tesi 'continuista' di Fiorelli è vagliata (ma non perfettamente condivisa) da Mario SBRICCOLI, « *Tormentum idest torquere mentem* ». *Processo inquisitorio e interrogatorio per tortura nell'Italia comunale*, in *La parola all'accusato*, a cura di Jean-Claude Marie Viguer e Agostino Paravicini Bagliani, Palermo, Sellerio, 1991, pp. 17-32, ora in Mario SBRICCOLI, *Storia del diritto penale e della giustizia. Scritti editi e inediti* (1972-2007), I, Milano, Giuffrè, 2009, pp. 111-128: 127.

(18) Gnaeus FLAVIUS [pseud. di Hermann KANTOROWICZ], *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*, Heidelberg, Winter, 1906, tr. it. *La lotta per la scienza del diritto*, con prefazione e note del giudice Raffaele Majetti, Milano-Palermo, Sandron, 1908, pp.

assecondava la caccia ai 'precedenti' o i disinvolti parallelismi tra contesti remoti.

5. *Soggetti processuali, attori sociali.*

Una speciale attenzione il libro qui in esame rivolgeva ai potenziali destinatari dei tormenti. Una cerchia ampia, che ghermiva una pluralità di figure processuali (cap. IV: *L'applicazione*) e non risparmiava alcun ceto sociale (cap. V: *I soggetti*).

Sotto il primo aspetto, potevano esser sottoposti al trattamento, oltre all'imputato [I, pp. 243-248], il convenuto (di rado) [I, pp. 250-256], l'accusatore (in una sorta di rovesciamento di ruoli) [I, pp. 270-274] ⁽¹⁹⁾, il correo [II, pp. 80-83], il testimone [I, pp. 256-270]. Le ultime due ipotesi, dopo lo scavo pionieristico di Fiorelli, hanno più volte attratto l'interesse della storiografia giuridica ⁽²⁰⁾, probabilmente perché evocano i nodi, tuttora delicati, della disciplina processuale del concorso di persone e dei soggetti coin-

153-154 aveva sottolineato come « dai ruderi della tortura » si fosse levata « trionfante [...] *la libera valutazione della prova* ». Di quella « focosa pagina giovanile » Fiorelli [II, p. 157, nt. 7] non condivideva l'idea che nella dottrina di diritto comune potesse ravvisarsi un presagio del 'diritto libero'; egli però apprezzava che Kantorowicz avesse riconosciuto alla vecchia criminalistica il merito d'aver forgiato un approccio anti-formalistico alla valutazione dei fatti processuali.

⁽¹⁹⁾ Sulla 'tortura del richiedente' (nel caso specifico, sia dell'accusatore sia dell'accusato) fornisce ulteriori indicazioni FIORELLI, *Due ipotesi due verità* (1996), cit. (nt. 1), 768-772 [26-30 dell'orig. numeraz.].

⁽²⁰⁾ Sulla tortura del correo v., ad es., Loredana GARLATI, *Inseguendo la verità. Processo penale e giustizia nel Ristretto della pratica criminale per lo Stato di Milano*, Milano, Giuffrè, 1999, pp. 154-156; Maria Gigliola di RENZO VILLATA, *Il processo agli untori di manzoniana memoria e la testimonianza (ovvero... due volti dell'umana giustizia)*, in « Acta Histriae », 19 (2011), 3, pp. 419-452: 440; Giovanni CHIODI, *Nel labirinto delle prove legali: la testimonianza del complice nel processo penale d'età moderna*, in « Rivista Internazionale di Diritto Comune », 24 (2013), pp. 113-179; Giovanni CHIODI, *Tortura 'in caput alterius', confessione 'contra alios' e testimonianza del correo nel processo criminale medievale. Nascita e primi sviluppi dei criteri del diritto comune (secoli XII-XIV)*, in *Interpretare il Digesto. Storia e metodi*, a cura di Dario Mantovani e Antonio Padoa Schioppa [Collegio di Diritto Romano 2011 Cedant], Pavia, Iuss Press, 2014, pp. 673-728. Sul tormento del testimone v. Loredana GARLATI, *Il "grande assurdo": la tortura del testimone nelle pratiche d'età moderna*, in « Acta Histriae », 19 (2011), n. 1-2, pp. 81-102.

volti in procedimenti connessi. Il tormento del testimone, in particolare, per quanto appaia oggi una *stranezza*, costituiva addirittura la regola nel diritto romano e agli inizi del diritto comune [I, pp. 256-258]; più tardi la dottrina si addentrò nelle impervie distinzioni tra testimone vacillante, vario, contraddittorio, mendace [I, pp. 259-260] ed elaborò una fitta casistica legata allo *status*, all'*infamia*, alla condizione vile etc. [I, pp. 263-268].

L'analisi fiorelliana del ceto di provenienza dei 'torturabili', condotta su testi di Claro, Scialoja, Farinacci, Favre, Imbert, arreca invece stimolanti spunti di riflessione circa l'effettiva tenuta dei privilegi cetuali dinanzi agli ingranaggi della giustizia moderna. Ebbene: in contesti politicamente eterogenei, quali lo Stato di Milano, il Regno di Napoli, lo Stato pontificio, la Francia, la Savoia, i nobili venivano regolarmente avviati ai tormenti. La loro posizione era ancor meno 'intoccabile' laddove scontasse gli effetti dell'alleanza tra Corona e magistrature di vertice: il residente veneto di stanza a Napoli si meravigliava di come nel *Regnum* i nobili fossero talora torturati con più veemenza rispetto ai soggetti vili [I, p. 300].

Specularmente, e non per caso, la dottrina teorizzava, non senza contrasti, l'immunità dei *doctores*, giustificandola tra l'altro come omaggio dovuto alla nobiltà della scienza [I, p. 323]. Nelle *Osservazioni sulla tortura* Pietro Verri giudicò *imperdonabile* questa auto-attribuzione di franchigia [I, p. 324]. Ma Fiorelli non condivideva la riprovazione dell'illuminista milanese. A suo avviso, i giuristi non avevano fatto altro che estendere a sé stessi una prerogativa che il diritto romano aveva conferito a dignitari politici e militari: in tal modo, essi avevano dato « ascolto alla voce della storia, che al tempo d'una vigorosa rifioritura delle arti e delle scienze non poteva più permettere che i rappresentanti di queste andassero privi di quegli onori e di quei privilegi » da secoli spettanti ai « rappresentanti del potere politico » [I, p. 325]. Oltretutto, soggiungeva lo storico fiorentino, il privilegio in discorso trovava un « malcerto » fondamento analogico in un frammento di Modestino (D. 48, 19, 31, *pr.*) che accordava al principe il potere di risparmiare la *damnatio ad bestias* a chi, in virtù di *robur* o di *artificium*, avesse degnamente illustrato il popolo romano. Il passaggio logico, ammetteva Fiorelli, era ardito, giacché traslava sulla tortura un'*immunitas* pensata per la pena di morte; ma, in fondo, un principio simile aveva più volte

salvato « la vita a scienziati, a poeti, ad artefici di valore, in tempi in cui severità di leggi e rigore di tiranni non isdegnavano inchinarsi davanti alla prepotente forza dell'ingegno » [I, p. 325]. Sicché il brano di Modestino, seppur grazie a una torsione interpretativa, divenne in età moderna l'argomento per sottrarre alla tortura i soggetti presuntivamente *utiles rei publicae*: era, per Fiorelli, la presa d'atto dell'esistenza di un'« aristocrazia dell'ingegno, della perizia, del valore, della dottrina » [I, p. 326]. Sembra quasi di leggere al rovescio la desolazione di Leonardo Sciascia al ricordo dello *Steri*, il carcere palermitano dell'Inquisizione: « Per due secoli, il meglio della cultura siciliana era passato da quelle prigioni: uomini di scienza, artisti, letterati. E i ribelli, coloro che cercavano il vero e il nuovo, la giustizia, la libertà » (21).

6. *Frenare l'arbitrio: la missione della criminalistica.*

A ben vedere, dei dottori *in utroque* Fiorelli ammirava non tanto una generica primazia intellettuale, quanto l'utilità dell'incessante lavoro di moderazione e di controllo, come la scabrosa tematica della *quaestio* dimostrava *ad abundantiam*. L'apprezzamento per lo studio tenace delle soluzioni atte a *refrenare torturam* (per generalizzare una raccomandazione di Baldo degli Ubaldi [I, p. 275]), compito apparentemente modesto ma di fatto in grado di orientare gli operatori (22), costituisce il sottile ma profondo *fil rouge* che lega le diverse sezioni de *La tortura giudiziaria*. La scelta di porre a suggello del secondo volume una minuziosa descrizione del frontespizio dell'*Averolda* (1529), che ritrae anziani *magistri iuris* contrariati dalla ferocia del *torquere* e delle esecuzioni capitali, mirava proprio a stigmatizzare l'ingiusto travisamento dell'opera dei « nostri criminalisti del Rinascimento », impegnati nello « sforzo non inefficace di migliorare la pratica giudiziaria secondo le possibilità che i tempi offrivano » [II, pp. 283-284].

(21) Leonardo SCIASCIA, *Nero su nero*, Torino, Einaudi, 1979, p. 82; ora in Leonardo SCIASCIA, *Opere*. II/1, a cura di Paolo Squillaciotti, Milano, Adelphi, 2014, pp. 895-1124: 970-971.

(22) Convincenti, sul punto, le considerazioni di L. GARLATI, *Inseguendo la verità*, cit. (nt. 20), p. 151, nt. 201.

Il punto è cruciale. La voce calassiana della *Treccani* aveva osservato come la dottrina non avesse mancato « d'intervenire a porre dei freni, con limitazioni, eccezioni, cautele », soprattutto dal secolo XVI ma in realtà sin dai tempi dei post-accursiani. « E tuttavia — aveva ammesso Calasso — accadde più volte che le sottigliezze, le casistiche, le cautele del teorico avessero la strana sorte di suggerire al pratico nuove atrocità » (23).

Il suo allievo preferì sorvolare sul secondo lato della medaglia e valorizzare il primo, ossia la felpata capacità dei giuristi di incanalare le arcigne misure inquisitorie entro gli argini della ragionevolezza 'possibile'. Nel corposo capitolo dedicato alle *guarentigie* (contro le torture illegittime, abusive, eccessive etc.) egli chiariva che *arbitrio* non deve far pensare « a Dio sa quali prepotenze e scelleratezze »: nell'antico regime, come insegna la *Storia della colonna infame* [II, pp. 159-160], quel vocabolo era sinonimo di « poter discrezionale », pericoloso ma inevitabile (24).

Il riferimento al gioiello manzoniano non è casuale. Il Gran Lombardo, com'è noto, aveva polemizzato con Pietro Verri, il quale nelle *Osservazioni sulla tortura* (1777, ma edite postume nel 1804) aveva inveito contro l'appoggio fornito dai criminalisti allo « strazio » dei supplizi (25). Parecchi decenni dopo, Manzoni (ed. def. 1840-42) aveva eccepito che quelle odiose pratiche erano « consuetudini invalse e radicate », non già « ritrovati degli scrittori »: questi, anzi, avevano tentato di porre « limiti all'arbitrio », « qualche misura all'instancabile crudeltà » dei giudici; insomma, avevano provato,

(23) CALASSO, *Tortura* (1937), cit. (nt. 11), p. 75.

(24) Alessandro MANZONI, *Storia della colonna infame*. Premessa di Giancarlo Vigorelli. A cura di Carla Riccardi [...], Milano, Centro Nazionale Studi Manzoni, 2002 [Edizione nazionale ed europea delle opere di Alessandro Manzoni - 12], cap. II, pp. 47-49.

(25) Pietro VERRI, *Osservazioni sulla tortura (1776-1777)*. Nota introduttiva e testo a cura di Gennaro Barbarisi. Commento a cura di Loredana Garlati, Roma, Edizioni di Storia e Letteratura, 2010 [Edizione nazionale delle opere di Pietro Verri - VI], § XIII, p. 124: se i criminalisti avessero esposto in lingua volgare e in termini comprensibili « le crudeli loro dottrine e la metodica descrizione de' raffinati [*sic*] loro spasimi », non si sarebbe esitato a guardarli con il medesimo « orrore e iniomina » con cui si guarda « il carnefice ». Ivi, p. 125: le leggi non specificavano le modalità della tortura; « tutto questo strazio si fa sopra gli uomini coll'autorità del giudice unicamente appoggiato alle dottrine dei criminalisti citati ».

« in nome della scienza, non meno che della coscienza », ad « ammans[i]re il mostro » piuttosto che ad « aizzar[lo] » (26).

Nella controversia a-sincrona tra i due insigni intellettuali, ora ben delineata dalla storiografia (27), Fiorelli — come avrebbe fatto, anni dopo, Leonardo Sciascia (28) — si schierava senz'altro con Manzoni: « specie in materia di tormenti, [...] l'opera dei criminalisti del diritto comune » consisté proprio nel « regolare, moderare, restringere » la discrezionalità concessa dalle leggi [II, p. 160] e nel contenere le potenziali « crudeltà » di giudici tendenzialmente colpevolisti [II, p. 160, nt. 5]. Nella medesima ottica lo storico del diritto stroncava come « inutile calunnia » [II, p. 249, nt. 9] la 'caricatura' — tratteggiata nella premessa al *Dei delitti* — d'un Prospero Farinacci dedito « con iraconda compiacenza » a consigliare tormenti (29).

Con tali benevole valutazioni collide frontalmente, com'è noto,

(26) MANZONI, *Storia della colonna infame*, cit. (nt. 24), pp. 39-41.

(27) Sulla dialettica 'a distanza' tra Pietro Verri e Manzoni si rinvia a Carla RICCARDI, *Introduzione* (2002) a MANZONI, *Storia della colonna infame*, cit. (nt. 24), pp. XXVII-LXXIV: XLVIII-L; LOREDANA GARLATI, « Colpevoli di un delitto che non c'era ». *Il processo agli untori nella lettura di Verri e di Manzoni*, in « La Corte d'Assise », 2-3/2011, pp. 395-449: spec. 415-420 e 425; Adriano PROSPERI, *La minaccia nascosta. Per una rilettura de La colonna infame*, in Alessandro MANZONI, *Storia della colonna infame*. A cura di Adriano Prosperi, Torino, Einaudi, 2023, pp. VII-LXVIII: XL-XLIII.

(28) Leonardo SCIASCIA, *Nota a Alessandro MANZONI, Storia della colonna infame*. Con una nota di Leonardo Sciascia, Palermo, Sellerio, 1981, pp. 169-190: pp. 189-190; poi in Leonardo SCIASCIA, *Cruciverba*, Torino, Einaudi, 1983, pp. 101-114: 114; ora in Leonardo SCIASCIA, *Opere*. II/2, a cura di Paolo Squillaciotti, Milano, Adelphi, 2019, pp. 591-604: 594: « Più vicini che all'illuminista ci sentiamo oggi al cattolico. Pietro Verri guarda all'oscurità dei tempi e alle tremende istituzioni, Manzoni alle responsabilità individuali ». Per una diversa valutazione della criminalistica d'antico regime, da parte dello stesso Sciascia, ne *Il Consiglio d'Egitto* mi permetto di rinviare a Marco Nicola MILETTI, *Congetture, delazioni, tormenti. Leonardo Sciascia e l'ossessione inquisitoria*, in *Ispersioni della terribilità. Leonardo Sciascia e la giustizia*, a cura di Lorenzo Zilletti e Salvatore Scuto, Firenze, Olschki, 2022, pp. 19-41: 38.

(29) CESARE BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, a cura di Gianni Francioni [...] [Edizione nazionale delle opere di Cesare Beccaria diretta da Luigi Firpo, I], Milano, Mediobanca, 1984, *A chi legge*, p. 17. La paternità dell'introduzione *A chi legge* (ma Fiorelli non poteva esserne a conoscenza negli anni Cinquanta) è oggi attribuita a Pietro Verri: cfr. Gianni FRANCIONI, *Notizia sul manoscritto della seconda redazione del « Dei delitti e delle pene » (con una appendice di inediti di Pietro Verri relativi all'opera di Beccaria)*, in « Studi settecenteschi », 7-8 (1985-86), pp. 229-296: 272-274.

la diagnosi di Franco Cordero. Questi considerava « dottori, giudici, consulenti » parimenti « integrati nel sistema » e dunque corrispondenti della « lunghissima, ignobile storia » della tortura: una vicenda, a suo dire, dipanatasi « sotto maschera ipocrita », piena di « pseudogarantismi », come ad esempio la regola della non reiterabilità, sistematicamente « elusa da deroghe legali e astuzie pratiche » ⁽³⁰⁾.

Per Fiorelli, viceversa, la dottrina di diritto comune germogliata in materia di tortura giudiziaria enucleò meritoriamente alcune linee tattiche, se non di vera e propria garanzia, almeno di contenimento degli eccessi.

Anzitutto essa pareva animata da un certo spirito umanitario. Quando Baldo invitava (inascoltato, peraltro, dai pratici) a *refrenare* i tormenti in presenza d'una pluralità di potenziali torturandi, dilatava, sì, la portata letterale d'una norma imperiale (dettata per gli scampati ai naufragi), ma ambiva comunque a un encomiabile « principio di moderazione e d'umanità » [I, pp. 275-276].

In secondo luogo, stando sempre all'analisi di Fiorelli, i *doctores* furono intransigenti nel subordinare la *quaestio* alla sussistenza di indizi: un principio « generale e assoluto » che, quantunque eroso da « apparenti limitazioni », fungeva da vero e proprio complemento « della teoria della tortura » [II, p. 23].

Infine, contrariamente a quanto sembri *prima facie*, la dottrina 'intermedia' non stabilì affatto una correlazione di stretta consequenzialità tra esito del trattamento (la confessione o la testimonianza) e contenuto della sentenza (condanna o assoluzione): viceversa, perché il giudice potesse pervenire alla *decisio* gli occorreva il supporto di indizi precedenti, di eventuali prove successive, della

⁽³⁰⁾ Franco CORDERO, *Quando viene profanato il corpo*, in « La Repubblica », 19 maggio 2004, p. 35 (ora il saggio costituisce l'introduzione a *Tortura di Stato. Le ferite della democrazia*, a cura di Alessandra Gianelli e Maria Pia Paternò, Roma, Carocci, 2004). Lo stesso CORDERO, *Criminalia*, cit. (nt. 8), p. 292, nt. 7 sembra addebitare a Fiorelli [II, pp. 143-154] il torto d'aver creduto all'effettiva valenza dell'« ipocrita garantismo dei limiti alla tortura »: ma in realtà nel paragrafo indicato dal Cordero lo storico fiorentino non taceva affatto la progressiva espansione, pilotata dalla dottrina, della regola della 'ripetibilità' dei tormenti.

ratifica della confessione [II, pp. 155-156] ⁽³¹⁾. Fiorelli si stupiva che studiosi anche autorevoli, come Pessina, non avessero colto questa complessità ⁽³²⁾. Sicché chiosava irridente: « Cito questi passi per sollazzo del lettore, e perché si veda come fanno presto a formarsi certe opinioni destituite di fondamento » [II, p. 156, nt. 4].

Egli però riconosceva che l'età moderna patì un affievolimento delle 'garanzie' originariamente approntate dal *ius commune*. Per esempio, « l'infliczione della pena straordinaria », prevista a partire dalla dottrina del secondo Cinquecento ai danni del reo già convinto ma perseverante nella 'negativa', « risponde[va] a un'esigenza politica » tipica dello Stato assoluto, spaventato dall'eventualità di rilasciare per errore il « delinquente pericoloso » [II, p. 140]. Per suffragare l'ipotesi storiografica d'una 'stretta' repressiva perpetrata dallo Stato moderno anche nello *stylus procedendi*, l'Autore riprendeva da Johan Huizinga la metafora del processo come gioco [II, p. 141 e ivi, nt. 23]; e attingeva da Walter Ullmann la tesi secondo cui la crescente dis-umanizzazione dei tormenti nei secoli post-medievali sarebbe stata ascrivibile al « declino degli studi giuridici » e alla conseguente diminuzione dell'« influsso benefico della scuola sulla pratica giudiziaria » [II, p. 225, nt. 19].

Anche con riferimento allo scenario moderno il testo fiorelliano non si stancava di ribadire che, sebbene più lenti di letterati e moralisti nel criticare la tortura, i giuristi ebbero il « non piccolo merito » di frenarla, « nell'impossibilità di miglioramenti più radicali » [II, pp. 224 e 238]. Una cautela che lo studioso vedeva perpetuarsi nell'illuminismo maturo, quando, a prescindere dalle incongruenze di Verri di cui s'è già detto [II, p. 252, nt. 18], intellettuali tendenzialmente riformisti (Voltaire, Risi, de Simoni, Rusca, Banniza, Sonnenfels) non mostrarono, inopinatamente, preclusioni assolute verso il ricorso ai tormenti, trincerandosi, almeno per i reati gravi, dietro il paravento della pubblica necessità [II, pp. 256-257]. Le contraddizioni, d'altra parte, investivano anche il

⁽³¹⁾ Cfr. anche Piero FIORELLI, *Confessione (Diritto romano e intermedio)*, in *Enciclopedia del Diritto*, VIII, Milano, Giuffrè, 1961, pp. 864-870: 868-869.

⁽³²⁾ Enrico PESSINA, *Storia delle leggi sul procedimento penale. Lezioni dettate nella R. Università di Napoli*, Napoli, Pirrone, 1912, p. 83 aveva attribuito alla « confessione estorta » nei processi di diritto comune « l'efficacia di spontanea confessione e di piena prova di reità ».

fronte legislativo: se l'Austria provvide all'abolizione nel 1776, la Francia delle *Lumières* soppresse la *question préparatoire* il 24 agosto 1780; quella *préalable* invece, ossia la delazione dei complici da parte del già condannato a morte, sarebbe stata soltanto sospesa l'8 maggio 1788, e definitivamente abolita da un decreto dell'Assemblea Costituente datato 8-9 ottobre 1789 [II, p. 265].

7. *Rigore storiografico e tensione civile.*

Oltre trent'anni fa Mario Sbriccoli riconosceva che l'opera fiorelliana, esaustiva in ogni « pensabile dettaglio » e assennata nei giudizi, rendeva « del tutto superflua » una nuova trattazione della tortura giudiziaria ⁽³³⁾. Gli sviluppi della storiografia giuridica degli ultimi decenni hanno sinora confermato questa prognosi. Sia consentito, tuttavia, avanzare un dubbio: e cioè che la geometrica intelaiatura dei due volumi, l'imponente apparato bibliografico, l'acribia filologica stemperata dalla finezza lessicale abbiano potuto mettere in ombra, in questi settant'anni, un sotto-testo intriso di limpido (e mai esibito) impegno civile. L'auspicio è che la ripubblicazione (cartacea e ad accesso aperto) consenta di lumeggiare anche questo risvolto del libro.

La lezione che tuttora se ne trae risiede nell'equilibrio tra rigore metodologico e afflato etico-politico ⁽³⁴⁾, per ripescare un'endiade crociana. Da un lato la storia giuridica educa a relativizzare, a non appagarsi di traguardi spesso solo formali e comunque mai irreversibili: nel frontespizio della *Averolda* l'indice di Marsili si alza severo « anche per noi moderni », perché non ci si illuda di spacciare per « definitive le conquiste della moderna coscienza giuridica » [II, p. 284]. Dall'altro la conoscenza del passato mostra come

⁽³³⁾ SBRICCOLI, « *Tormentum idest torquere mentem* » (1991), cit. (nt. 17), p. 112, nt. 2.

⁽³⁴⁾ Esempio è anche l'equilibrio che FIORELLI, *Istruzioni per l'uso della tortura legale* (1993), cit. (nt. 1), p. 722 [4 dell'originaria numeraz.] mostrava nel riproporre, nel 1993, uno scritto sull'iconografia della tortura nella prima età moderna: l'A. notava come quelle immagini risalenti a « un passato che si vuole chiuso » esprimessero, senza dubbio, « crudeltà » e disumanità, ma anche la ricerca, forse sincera, « d'una verità e d'una giustizia » assolute.

una comunità di giuristi culturalmente provveduti possa agire da *katéchon* avverso le intemperanze del potere.

L'Autore definisce ora *La tortura giudiziaria* «l'unico vero libro della mia vita»⁽³⁵⁾. Unico, per la verità, appare soprattutto il percorso scientifico d'un giovane ricercatore che, dopo aver magistralmente sviscerato un tema portante della storiografia giuridica, lo ha accantonato, lasciandovi però un segno indelebile.

⁽³⁵⁾ FIORELLI, *Settant'anni dopo* (lug. 2023), cit. (nt. 15), p. VIII.

FEDERIGO BAMBI

PIERO FIORELLI TRA STORIA DEL DIRITTO,
STORIA DELLA LINGUA E ORTOEPIA

Prendo volentieri il testimone da Marco Miletta perché seguirò il suo discorso sulla tortura per parlare dell'altra anima di Piero Fiorelli che era già affiorata in studi precedenti, e che si manifesta minuta ma prepotente anche nei due volumi del '53 e del '54. Quale sia è facile indovinare.

Bastano a Fiorelli cinquanta righe di testo e ventisei note per illustrare in un paragrafo del primo volume i nomi che poteva assumere nel latino e nel volgare italiano (e anche in quelli europei) la 'tortura giudiziaria' ⁽¹⁾.

Il dubbio che qualcosa potesse essere sfuggito all'acribia del giovane autore che lavorava secondo i tempi, cioè senza l'ausilio dell'informatica e delle edizioni di testi importanti uscite nel settantennio successivo, è presto fugato. Certo, si potrà trovare qualche documento allora inedito o qualche vecchio passo allora sfuggito (a dire la verità, nessuno) per documentare la storia di quelle parole e di quei concetti, ma l'indagatore di oggi, pur munito di tutte le temibili armi appuntite della contemporaneità, alla fine dovrà riconoscere: le linee essenziali di quelle vicende lessicali c'erano già tutte nelle pagine di Piero Fiorelli del 1953.

A partire da quella parola che indica la 'tortura' nelle fonti giuridiche romane, *quaestio* ⁽²⁾, che come *questione* compare nel

(1) P. FIORELLI, *La tortura giudiziaria nel diritto comune*, Milano, Giuffrè, vol. I, 1953, pp. 181-186 (*Il nome e la cosa*). Nella ristampa inalterata con prefazione dell'autore *settant'anni dopo, e due appendici* (Milano, Giuffrè, 2024) lo studio sui nomi della 'tortura' si trova alle pp. 193-198.

(2) «'Quaestionem' intellegere debemus tormenta et corporis dolorem ad eruendam veritatem» (*Dig.* 47, 10, 15, 41; Ulpiano).

volgare del secolo XIII, ma che è poco rappresentata nelle fonti letterarie e, a dispetto di quello che ci attenderemmo, anche in quelle giuridiche, come gli statuti: se ne trova qualche traccia nel Trecento in uno statuto pisano, in quello di Perugia e in quello di Villa di Chiesa di Sigerro: ma la parola è sempre accompagnata in costruzione dittologica da *tormento*, come se da sola non bastasse a trasmettere il concetto ⁽³⁾; e Fiorelli infatti chiosava: «Ma già l'aggiunta sembra significare che *questione* da sé non era abbastanza chiaro» ⁽⁴⁾. Manca invece *questione* con il significato di 'tortura' ⁽⁵⁾ in due statuti importanti per la mole e soprattutto per le città a cui si riferiscono: il Costituto di Siena del 1309-10 ⁽⁶⁾ e gli Statuti di Firenze del 1355 ⁽⁷⁾. E nei fatti di lingua anche le assenze hanno un significato; soprattutto quando *quaestio* 'tortura' sicuramente compariva nell'antigrafo latino: se il notaio volgarizzatore non lo traduce con *questione*, è perché già la parola con questo significato non veniva considerata facilmente comprensibile; meglio usare un vocabolo come *colla* ('corda, strumento di tortura, la tortura stessa') che tutti allora avrebbero sicuramente capito ⁽⁸⁾.

⁽³⁾ Così ad esempio a Pisa (1330): «Et intorno alle soprascripte tutte cose investigare et trovare, io Capitano abbia pieno, libero et generale arbitrio, così in ponere ad *questioni* et *tormenti*, et punire in avere et persona, come etianadio ad tutte altre cose» (*Breve del Popolo e delle Compagne del Comune di Pisa*, in *Statuti inediti della città di Pisa dal XII al XIV secolo*, a cura di Francesco Bonaini, Firenze, Vieuusseux, vol. II, 1870, p. 463).

⁽⁴⁾ FIORELLI, *La tortura giudiziaria nel diritto comune*, cit., vol. I, p. 182, nota 4 (rist. 2023, p. 194).

⁽⁵⁾ Ma vi è presente con quelli di 'controversia' e 'problema giuridico'.

⁽⁶⁾ *Il costituito del Comune di Siena volgarizzato nel MCCCIX-MCCCX*, edizione critica a cura di Mahmoud Salem Elsheikh, Siena, Fondazione Monte dei Paschi di Siena, 2002, 3 voll.

⁽⁷⁾ *Gli statuti della Repubblica fiorentina del 1355 in volgare*, a cura di Federigo Bambi, Francesco Salvestrini, Lorenzo Tanzini, Firenze, Leo S. Olschki editore, 2023, 3 voll.

⁽⁸⁾ «Quicumque potest secundum formam proximi precedenti statuti poni *questionibus* vel tormentis possit ad ipsa tormenta poni per berrovianos illius rectoris vel officialis coram quo processus talis torture ventilaretur» (ASFi, *Statuti del Comune di Firenze*, 16, c. 169v) = «Chiunque secondo la forma del proximo precedente statuto puote esser posto a *colla* o a' tormenti possa esser posto a quelli tormenti per li berrovieri di quello rettore o ofciale dinanzi dal quale lo processo di cotale tormentatura si questionerà» (*Statuto del Podestà*, in *Gli statuti della Repubblica fiorentina del 1355 in volgare*, cit., vol. II, p. 410).

Per *questione* dunque — pur con l'aggiunta di qualche passo che si possa oggi “pescare a strascico” nelle risorse informatiche — resta perfettamente valido quanto settant'anni fa scriveva Piero Fiorelli: con l'affermarsi del vocabolo *tortura*, « *quaestio* non iscomparve: persisté presso di noi breve tempo nella trecentesca *questione*, conservata poi fino al Settecento da giuristi arcaizzanti » (9).

Ho fatto la riprova con altri sei vocaboli da usarsi come altrettante cartine di tornasole (*colla, corda, martirio, martorio, tormento, tortura*) (10): aveva comunque ragione lui, il Fiorelli, e alle sue parole di ieri oggi c'è da aggiungere poco o nulla, solo qualche minuzia appunto, spulciata da documenti editi più di recente.

Del resto, anche per *tortura* il giudizio del Fiorelli è definitivo e non c'è motivo di cambiarlo: la vera diffusione della parola con il significato « generico, comprensivo di tutte le specie di tormenti di cui ci si serviva per storcere la verità » e non quello di ‘singolo tormento’, si ebbe « negli ultimi secoli dell'esistenza legale dell'istituto » (11), quando i lumi del Settecento mostrarono l'irrazionalità e l'antigiuridicità dell'istituto.

Un cambio di prospettiva per centrare lo stesso obiettivo. Tra marzo e aprile 2023 in due diversi contesti pubblici (un convegno in RAI (12) e uno in Crusca (13)) s'è festeggiato Piero Fiorelli con la presentazione della nuova edizione multimediale del *DOP*, il *Dizionario d'ortografia e di pronunzia*, pubblicato nel 1969 da Bruno Migliorini, Carlo Tagliavini e Piero Fiorelli (14), e poi aggiornato solo da quest'ultimo, con qualche importante aiuto. Ora siamo a maggio e mi è parso giusto tornare una terza volta sull'argomento. Non è un

(9) FIORELLI, *La tortura giudiziaria nel diritto comune*, cit., vol. I, pp. 181-182 (rist. 2023, pp. 193-194).

(10) Chi voglia approfondire il tema potrà dare un'occhiata a F. BAMBI, *Su alcuni nomi della 'tortura giudiziaria' nella lingua dei primi secoli. Per Piero Fiorelli*, in « *Lingua nostra* », LXXXIV (2023), 1-2, pp. 3-7.

(11) FIORELLI, *La tortura giudiziaria nel diritto comune*, cit., vol. I, p. 186, nota 25 (rist. 2023, p. 198).

(12) « *L'italiano parlato, oggi* », svoltosi il 7 marzo 2023 nella sede Rai di viale Mazzini a Roma.

(13) « *Il nuovo DOP* » in occasione del Collegio ordinario di Crusca, riunitosi il 28 aprile 2023 nella Villa reale di Castello a Firenze.

(14) *Dizionario d'ortografia e di pronunzia*, redatto da Bruno Migliorini, Carlo Tagliavini, Piero Fiorelli, Torino, ERI, 1969.

saltare di palo in frasca: si tratta solo di dar conto della terza anima del Nostro: non solo storico del diritto e storico della lingua, ma anche appassionato studioso di ortoepia, con una continuità di applicazione che va dalla fine degli anni Quaranta del secolo scorso a oggi.

Io, quando è uscita la prima edizione del *DOP* nel 1969, stavo per entrare in prima elementare, e quel dizionario l'ho visto molto dopo, direi mentre lavoravo alla tesi o addirittura da laureato: e già allora mi colpì il fatto che fosse (non si diceva così ancora, ma già lo era) multimediale a suo modo, fornito com'era d'un disco a 33 giri, dove dalla viva voce degli autori si potevano ascoltare esempi delle pronunce descritte all'interno; e anche d'un cartoncino rigido, capace all'occorrenza di funzionare da segnalibro, che portava scritte e spiegate le lettere dell'alfabeto fonetico, i segni diacritici complementari e i raddoppiamenti di vocali e consonanti, come altrettanti strumenti fondamentali per la consultazione delle voci del dizionario.

Quando è uscita la nuova edizione del 1981 ⁽¹⁵⁾ non ero ancora all'università, ma quel volumone lo possiedo perché lo comprai — direi — appena laureato in giurisprudenza, quando comincio a fare il mestiere che faccio tuttora. E nel libro, acquistato in un negozio di libri usati, trovai un ritaglio di giornale che è ancora lì, tra la pagina di guardia e il frontespizio: *Perfino nel nome Khomeini è mistero* è il titolo; « La Nazione » del 17 ottobre 1982 è il giornale; Luciano Satta, giornalista linguista, come usava definirsi, l'autore; e anche collaboratore del *DOP* per l'edizione del 1981, come si capisce dalla pagina dei ringraziamenti messa all'inizio del dizionario; e questo spiega certe notizie “dall'interno” che il giornalista è in grado di fornire, e che io mi sono fatto confermare dall'autore.

Di quell'articolo mi colpì subito uno dei sottotitoli: *L'eroico lavoro dell'autore superstite, Piero Fiorelli*. Eroico, senz'altro, ma soprattutto anche il lavoro di una vita, settantaquattro anni per la precisione. Perché gli studi per il dizionario sono iniziati molto prima del *DOP*, quando il *DOP* non era neppure stato concepito. Bisogna infatti risalire all'inverno 1949-50 quando le trascrizioni fonetiche per il Dizionario enciclopedico italiano Treccani —

(15) Bruno MIGLIORINI, Carlo TAGLIAVINI, Piero FIORELLI, *DOP, Dizionario d'ortografia e di pronunzia*, Torino, ERI Studio Edizioni RAI, 1981.

un'opera innovativa, un repertorio analitico della lingua e di tutto lo scibile, che doveva essere insieme enciclopedia e vocabolario — furono affidate proprio a Piero Fiorelli che per diversi mesi a partire dal febbraio 1950 dedicò un intenso lavoro, svolto nelle biblioteche romane, in particolare nell'Alessandrina, allo studio dei manuali delle lingue straniere per individuare le corrispondenze tra lettere ortografiche e suoni pronunciati nelle principali lingue. Come si sa, la stampa del Dizionario enciclopedico iniziò nel 1955 e terminò nel 1960. Quando nel 1959 si mise mano a quello che sarebbe diventato il *DOP*, « la scelta unanime del comitato [scientifico] fu, in primo luogo, che si dovesse avanzare nel solco tracciato dal 'Dizionario enciclopedico italiano', accettandone di massima l'alfabeto fonetico e il sistema di trascrizione, la traslitterazione di lingue scritte con alfabeti diversi, il collegamento costante con l'ortografia, il senso storico e sistematico delle scelte normative »⁽¹⁶⁾; e di “travasare” il Dizionario enciclopedico nel nuovo con trascrizioni fonetiche integrali, laddove nel Dizionario enciclopedico erano “sottintese” (con indicazione solo delle lettere accentate — chiuse o aperte — e il carattere — sordo o sonoro — della *s* e della *z*). Dal 1959 al 1969 una giornata intera al mese veniva dedicata da Piero Fiorelli, Bruno Migliorini e Carlo Tagliavini, componenti della commissione esecutiva, alla discussione delle voci del *DOP*. Nel 1969 fu presentato al pubblico un dizionario di circa 100.000 lemmi (200 aggiunte nell'edizione del 1970); e poi 12.000 giunte nell'edizione 1981 (riprodotta in versione economica nel 1999) « stipate peraltro in spazi obbligati »⁽¹⁷⁾, dovute solo alla pazienza e alla acribia di Piero Fiorelli poiché Bruno Migliorini morì nel 1975 e Carlo Tagliavini si ammalò gravemente subito dopo l'uscita della prima edizione per poi morire nel 1982. Le attività per l'ultima edizione iniziano nel 1998 anche grazie alle nuove forze di Tommaso Francesco Bórri e di altri collaboratori e alla direzione editoriale di Renato Parascandolo. La versione multimediale esce nel 2007, quella a stampa nel 2010:

⁽¹⁶⁾ Prefazione all'edizione multimediale, in *DOP Dizionario italiano multimediale e multilingue d'ortografia e di pronunzia*, redatto in origine da Bruno Migliorini, Carlo Tagliavini, Piero Fiorelli, riveduto, accresciuto da Piero Fiorelli, Tommaso Francesco Bórri, Roma, Rai Eri, 2010, 2 voll. *Parole e nomi dell'italiano*; vol. I, p. XIII.

⁽¹⁷⁾ Ivi, p. XIV.

due volumi *Parole e nomi dell'italiano*; ancora inedito (ma i dati sono predisposti per essere inseriti nel sito) il volume sulle lingue straniere. Piero Fiorelli dopo l'uscita della nuova edizione a stampa continua a lavorare agli aggiornamenti, preparando circa 30.000 schede in grossi scatoloni nel suo studio; una parte di esse sono state inserite come aggiornamento del sito. Si arriva così alla nuova versione multimediale del 2016 e a quella, adesso, del 2023, arricchita e rinnovata soprattutto sotto il profilo tecnico-informatico. L'eroico lavoro dunque è continuato (e ha riguardato anche i nuovi protagonisti di questa avventura) e dimostra ancora una volta la costante, incredibile dedizione di Piero Fiorelli alla ricerca. Chi volesse averne riprova — o soprattutto avesse bisogno di sapere la corretta scrittura e pronuncia d'una qualche parola — non dovrebbe fare altro che digitare su un qualsiasi aggeggio elettronico l'indirizzo <https://dop.netadcom.com>, e lì troverebbe tutte le risposte, spesso presentate dalla calda voce di Piero Fiorelli.

Al di là dell'occasione originaria, il *DOP* non deve essere solo dominio riservato di annunciatori radio-televisivi, attori, o fini dicitori per vezzo o per passione, come si capisce chiaramente già dalle introduzioni delle edizioni a stampa, sapientemente fuse in quella del 2010: « Con la pronuncia va di pari passo l'attenzione e la cura per l'ortografia, già in passato ritenuta di interesse più generale; sempre che abbia un senso tener separati questi due ordini di problemi. E tutt'e due, il parlato e lo scritto, sono compresi insieme in uno scopo di 'educazione linguistica': nello scopo di portare, come dicono le ultime parole di quella stessa prefazione di quarant'anni fa, 'un utile contributo di precisa informazione e di formazione critica alla cultura italiana' » (18).

Sulla corretta pronuncia e sulla ortografia si costruisce il discorso — parlato e scritto — chiaro e comunicativo, cioè efficace, e dunque la corretta pronuncia e la corretta scrittura dovrebbero essere patrimonio di base di ognuno, in particolare di tutti coloro che per professione sono chiamati a scrivere. I dubbi oggi sono forse maggiori di una volta per il contatto sempre più frequente con altre lingue — l'inglese e non solo — le parole delle quali contribuiscono

(18) Ivi, p. xvii.

a popolare il discorso italiano, e uno strumento di pronta e facile consultazione come il *DOP* è sempre più necessario.

Si fa presto a dire — come accade nei corsi di lingua professionale, ad esempio per gli avvocati e i giudici, ma non solo — che occorre usare parole del linguaggio comune, pochi termini tecnici (e spiegarli); che bisogna scrivere frasi brevi etc. etc. etc. Ma se i mattoni — cioè le parole — che stanno alla base della costruzione sono scritti male o male pronunciati, l'edificio è inevitabilmente destinato a crollare: per evitare il rischio di crolli uno strumento facile e rapido, e da usarsi consapevolmente, come il *DOP on line* è veramente formidabile, e tutti ne abbiamo sentito la mancanza nel periodo recente in cui non è stato raggiungibile per gli adeguamenti tecnici che lo interessavano.

Sarebbe certo una cattiveria, come scriveva Satta a proposito di quella del 1981, fare le pulci alla nuova edizione multimediale, andando alla caccia di grafie o pronunce poco convincenti o di parole non presenti. Preferisco soffermarmi su qualche aggiustamento che è stato fatto e su qualche inserimento rispetto alla edizione precedente. A partire da *pisello* che nel 1981 veniva indicato da pronunciarsi solo con la *s* sorda, mentre oggi si precisa « con *-s-* sorda nell'uso delle province di Pistoia, Prato, Firenze, Siena, Grosseto (d'accordo con la pronuncia del nome di *Pisa*), oltre che nell'Italia mediana e meridionale; con *-s-* sonora nell'uso prevalente delle province di Lucca, Pisa, Livorno, Arezzo (nonostante la sorda di *Pisa*), oltre che in Italia settentrionale e in Sardegna », segno di una consuetudine fonetica che si va allargando. *Casa* viene registrato ancora solo con *s* sorda come nel 1981; ma anche qui ho l'impressione che presto si dovrà fare una qualche aggiunta a giudicare dalle *case* con *s* sonora che sento sempre più spesso sibilare anche nella mia Firenze. Quarant'anni fa ci si lamentava che nel dizionario non ci fosse *katiuscia*, il lanciarazzi russo della seconda guerra mondiale, la lacuna è stata colmata addirittura con l'indicazione del plurale *katiusce*, « meglio che *katiuscia* », e la parola è adesso pronta purtroppo per essere usata a illustrare i venti di guerra che di nuovo soffiano in Europa. Ancora. I giovani di quarant'anni fa saranno contenti, anche se diventati ora genitori o nonni, e lo saranno anche quelli di oggi: *Zero* non è più solo un paese del Veneto come nel 1981, ma è diventato anche un cognome, d'arte (*Renato Zero*) o di famiglia (*Del Zero*).

Dimenticavo: la pronuncia di *Khomeini* continua a essere misteriosa: non dirò più, come scriveva Satta, « di Khomeini, diavolo di un uomo, si è riusciti a sapere solo una pronuncia approssimativa, non concorde, non ufficiale »⁽¹⁹⁾ e per questo dunque nulla si è inserito nel dizionario, perché i tempi son cambiati ed è bene essere prudenti. Confido comunque che la soluzione del mistero sia in una di quelle tante schede di aggiornamento che corredano in grossi scatoloni lo studio di Piero Fiorelli e che un po' per volta vengono e verranno messe in rete per aggiornare la versione multimediale del DOP. Ma di questo mi son dimenticato di domandare a Piero Fiorelli. La questione — ognuno lo capirà — oggi non è urgente.

Del resto l'autore non si è fermato, e, sempre per rimanere a quest'ambito scientifico, la sua attività prosegue anche all'inizio del secondo secolo di vita con la pubblicazione del volume *Mille e più toponimi italiani d'accentazione controversa*, attualmente in bozze e che presto sarà stampato per i tipi dell'Accademia della Crusca.

In una raccolta di proverbi anch'essa in corso di pubblicazione per la Crusca, i *Proverbi italiani di Francesco Serdonati fiorentino*, scritta nel primo decennio del Secento, della quale non sarà il curatore Fiorelli, ma di essa certo è stato il motore primo, al numero 597 della lettera I si legge: *Il mal di cento anni vien troppo presto*; segue la spiegazione: « Perché non si vorrebbe che venisse mai ». Ecco, guardando a Piero Fiorelli e ai suoi cento anni più uno, io sostituirei *ben a mal* e spererei anche che questo *bene* duri a lungo: *Il ben di cento anni speriam che duri!* Scusate la licenza. E buon lavoro, Piero!

⁽¹⁹⁾ Luciano SATTÀ, *Perfino nel nome Khomeini è mistero*, in « La Nazione », 17 ottobre 1982.

Lecture

PHILIPPE AUDEGEAN, *Violenza e giustizia. Beccaria e la questione penale*, Bologna, il Mulino, 2023, pp. 234.

La produzione storiografica di Philippe Audegean è ormai un obbligato punto di riferimento per chiunque si occupi di Beccaria. *Violenza e giustizia* è (per il momento) l'ultima espressione, e in qualche misura il coronamento, di una ricerca che, a partire dalla monografia del 2010 ⁽¹⁾, ha dato luogo a saggi numerosi e puntuali, capaci di delineare un'immagine complessiva di Beccaria tanto esaustiva quanto convincente.

L'autore indica subito il suo obiettivo: mostrare l'originalità e la coerenza del pensiero beccariano contro una critica ricorrente; la critica di chi sostiene che nella variegata cultura sei-settecentesca esistevano spunti e suggestioni che Beccaria semplicemente avrebbe raccolto e rilanciato. Assisteremmo quindi non alla nascita di una nuova teoria, ma a un'eclettica, anche se retoricamente efficace, riproposizione di concetti già compiutamente enunciati. Di contro, Audegean parla di una vera e propria « rottura epistemologica » introdotta da Beccaria; ed è il suo intero libro ad offrire prove a difesa dell'imputato.

Le prove esibite dall'autore sono, a mio avviso, esaustive. Le accolgo integralmente e aggiungo, *ad adiuvandum*, soltanto un'osservazione di carattere generale: la creazione di un nuovo paradigma (nel senso kuhniano del termine), la formulazione di una teoria che permetta una visione diversa dell'oggetto analizzato, implica non già l'azzeramento dei materiali storicamente sedimentati, ma una loro radicale e creativa redistribuzione e riformulazione. Le nuove teorie non nascono nel vuoto. Possiamo immaginarle piuttosto come un puzzle, come un gioco che ricomponi i tasselli sparsi di una o di molte tradizioni in un nuovo e coerente disegno. È in un gioco siffatto — il gioco caratteristico di tutte le 'rivoluzioni epistemologiche' (soprattutto nell'ambito delle 'scienze umane') — che Beccaria si impegna.

Quali sono i tasselli che trovano una nuova sistemazione nel discorso beccariano e proprio per questo promuovono una visione inedita dell'ordine? Il lettore di *Violenza e giustizia* li trova tutti puntualmente menzionati e analizzati. Mi limiterò a soffermarmi su uno

(1) Ph. AUDEGEAN, *La philosophie de Beccaria. Savoir punir, savoir écrire, savoir produire*, Paris, Vrin, 2010 (tr. ital. *Cesare Beccaria, filosofo europeo*, Roma, Carocci, 2014).

di questi: Hobbes, un autore 'vitando' (come ricorda Audegean), ma sotterraneamente influente sul *Dei delitti*.

Riflettere sul nesso Hobbes-Beccaria può servire, a mio avviso, innanzitutto a corroborare la tesi enunciata da Gianni Francioni e ripresa e sviluppata da Audegean: che cioè l'utilitarismo e il contrattualismo di Beccaria, lungi dall'essere espressione di un'irrisolta contraddizione, sono orientamenti compostibili, a patto di non fare uso di una nozione rigida di 'utilitarismo', che ammette l'impiego di questo termine soltanto in presenza di una compiuta e sistematica teoria (come avviene, ad esempio, con Bentham). Per capire come un orientamento utilitaristico possa coesistere con un impianto contrattualistico Hobbes è di grande aiuto. Il contratto sociale, infatti, è un momento essenziale della sua teoria, ma il presupposto del contratto è un individuo inteso come un 'soggetto-di-bisogni': un individuo che agisce in funzione della conservazione di se stesso, della soddisfazione delle sue esigenze vitali, della massimizzazione del potere. Eloquente è la conclusione che Hobbes ne trae nel *De cive* (I, 10): « Ex quo etiam intelligitur, in statu naturae Mensuram juris esse Utilitatem ». Certo, l'utilitarismo di Beccaria è debitore più di Helvétius che non di Hobbes. Il punto è però che Beccaria come Helvétius sono ascrivibili a un'antropologia filosofica che trova in Hobbes (e nella sua rottura epistemologica nei confronti della tradizione aristotelico-tomistica) una perentoria insorgenza.

È da una siffatta antropologia filosofica che emerge l'immagine di un individuo concentrato sul conseguimento di ciò che egli ritiene 'utile'. E, in connessione con questo assunto, sottolineerei anche l'idea della ragione come di una *ratio* che non accede alle strutture dell'ordine oggettivo, ma ha una dimensione meramente strumentale, è l'organo di calcolo di ciò che favorisce od ostacola l'azione satisfattiva.

Accanto ai punti di vicinanza, i punti di distanza di Beccaria da Hobbes. La distanza maggiore, sottolineata da Audegean, emerge quando si consideri l'impiego (o il mancato impiego) delle espressioni tipiche del lessico giusnaturalistico. Hobbes — ci dice il nostro autore — parla di leggi di natura e di diritto naturale, mentre Beccaria non usa un frasario giusnaturalistico se non in casi sporadici. Per Beccaria, i diritti presuppongono l'ordine politico, il sovrano e la legge, mentre Hobbes parla tanto di legge naturale quanto di un *ius in omnia* di cui i soggetti godono nella loro condizione prepolitica. L'osservazione di Audegean è importante perché si connette con una tesi di carattere generale sviluppata in *Violenza e giustizia*: la tesi dell'anti-giusnaturalismo di Beccaria. È una tesi convincente. Vorrei però aggiungere qualche considerazione che non revoca in dubbio la tesi, ma ne attenua la tassatività. Per quanto riguarda Hobbes, è vero che egli impiega espressioni quali 'legge naturale' e 'diritto naturale'. È però anche vero che egli fa un uso peculiare ed eversivo di queste espressioni. La legge naturale è infatti semplicemente un teorema della ragione e non ha una valenza rigorosamente obbligatoria e normativa e il 'diritto'

di cui ogni individuo è portatore coincide semplicemente con il suo potere (« *tantum iuris quantum potentiae* », per dirla con lo spinoziano *Trattato teologico-politico*).

Non esistono in Hobbes, prima del sovrano, diritti in senso proprio, diritti obbliganti e tanto meno garantiti, ma esiste solo il potere effettivo di ciascun individuo. Anche in Hobbes, come in Beccaria, i diritti (e fra questi, significativamente, anche la proprietà) dipendono integralmente dalla volizione dal sovrano. Hobbes è o non è un giusnaturalista? Lo è, ma potremmo aggiungere, con Bobbio, che in Hobbes il giusnaturalismo è lo schema argomentativo che conduce alla fondazione del giuspositivismo. Potremmo applicare questa formula a Beccaria? No, per i motivi esposti da Audegean: per la maggiore distanza di Beccaria dal frasario giusnaturalistico. Al contempo, tuttavia, questa distanza forse non è un divorzio che esclude qualsiasi reminiscenza. Mi sembra che almeno un alambicco del laboratorio giusnaturalistico non sia dismesso: l'idea di una condizione prepolitica degli esseri umani, che solo la decisione contrattualistica interrompe.

Si dirà: il contrattualismo di Beccaria è solo una formula tralattizia e irrilevante. Per me non lo è; e mi limito a rinviare in proposito alle lucide osservazioni, che sottoscrivo *in toto*, sviluppate da Dario Ippolito in suo recente saggio (2). E anche per Audegean il contrattualismo è importante. A suo avviso, però, il suo statuto, nel discorso beccariano, è quello di una mera « finzione filosofica » (p. 70). A dire il vero, non sono sicuro che Beccaria ragioni come Rawls. L'incipit del cap. I del *Dei delitti* (Origine delle pene), con il suo accenno a « uomini indipendenti ed isolati » che « si unirono in società, stanchi di vivere in un continuo stato di guerra [...] » sembra raccogliere ancora la scansione tri-fasica (condizione naturale prepolitica-contratto-società civile) caratteristica della tradizione giusnaturalistica. Se così fosse, il contrattualismo beccariano, nella misura in cui trattiene qualcosa del giusnaturalistico 'stato di natura', indurrebbe ad attenuare la tesi di un puro e duro anti-giusnaturalismo beccariano, concedendo che qualche scoria della tradizione giusnaturalistica (l'idea di uno 'stato naturale' prepolitico) appartiene ancora al mondo di Beccaria.

Ammesso, in ipotesi, questo *caveat*, resta comunque indubbio che la vera e propria costruzione del paradigma beccariano è portata avanti sul terreno della *societas civilis*, in una prospettiva molto lontana dallo schema lockiano (o addirittura opposta a esso). È un paradigma che emerge in tutta la sua coerenza e innovatività dalle pagine di Audegean: pagine appassionate, accurate, di esemplare chiarezza. Se potessimo ripercorrerle tutte avremmo un quadro completo del paradigma bec-

(2) D. IPPOLITO, *The Legal Artifice of Liberty: On Beccaria's Philosophy*, in « Criminal Law and Philosophy », 2023, <https://doi.org/10.1007/s11572-023-09686-4>.

cariano, ma dovrò limitarmi a ricordare, selettivamente, solo alcuni dei tratti messi in luce in *Violenza e giustizia*.

In primo luogo, il nesso 'utilità-libertà'. Vorrei dire, scherzando, che l'endiadi 'utilità e libertà' potrebbe sostituire 'violenza e giustizia' nel dare il titolo al nostro libro. È infatti sul circolo virtuoso che viene a crearsi fra 'utilità' e 'libertà' che riposa il paradigma beccariano tratteggiato da Audegean. Il principio di utilità è certamente fondamentale: è esso che supporta la principale linea argomentativa del *Dei delitti*; condensa ed esprime l'antropologia beccariana; fonda una strategia penale che assume originalmente la prevenzione come finalità esclusiva della sanzione e, più in generale, vale come il principale criterio del buon governo della società. L'evidente importanza del principio di utilità, tuttavia, ha rischiato di oscurare la presenza di un principio che, nel *Dei delitti*, svolge un ruolo non meno rilevante: la libertà.

La libertà è posta al centro del paradigma ricostruito da Audegean. La libertà di Beccaria non deve essere confusa con l'indipendenza. La condizione prepolitica degli individui è caratterizzata dall'indipendenza, ma è anche (hobbesianamente) affetta dalla percezione dell'aggregabilità e quindi dell'insicurezza, mentre la vera e propria libertà, per Beccaria, consiste nella convinzione di poter agire senza dover temere le interferenze altrui. La libertà è inseparabile dalla sicurezza e questa può essere garantita soltanto dalle leggi del sovrano. Per Beccaria esiste un rapporto non già disgiuntivo, ma congiuntivo, fra libertà e legge, come avevano sostenuto, contro Hobbes, prima Locke e poi Montesquieu.

La libertà, dunque, si dà soltanto nella *societas civilis*, ma il suo nesso con l'indipendenza originaria non è reciso: con il contratto sociale, infatti, gli esseri umani mantengono tutto ciò che dell'indipendenza possono conservare senza compromettere la tenuta dell'ordine civile e la sicurezza che ne consegue. È solo alla « minima porzione possibile » della loro indipendenza — come scrive Beccaria — che essi rinunciano. Ed è da questo assunto che dipende uno degli argomenti impiegati da Beccaria contro la pena di morte. Ricordiamo tutti un celebre passaggio del § 28: se con il contratto gli esseri umani vogliono garantirsi la massima libertà possibile, come possono includere nel « sacrificio della libertà » la rinuncia al « massimo tra tutti i beni, la vita? ».

È una domanda decisiva. Ed è una domanda che anche Hobbes si era posto, data la centralità e l'irrinunciabilità della pulsione autoconservativa. La sua risposta era stata però riduttiva: il condannato, quando è in gioco la sua vita, non è tenuto a obbedire e potrà fare del suo meglio per salvarsi. La soluzione, per Hobbes, può essere soltanto fattuale e individuale. Perché una risposta diversa sia possibile occorre rovesciare l'interpretazione hobbesiana del contratto sociale: occorre vedere nel contratto, come sostiene Beccaria contro Hobbes, non una

rinuncia a tutto (a tutti i poteri racchiusi nella formula dello *ius in omnia*), ma una rinuncia al minimo indispensabile. È da un'interpretazione del contratto condotta sulla falsariga della libertà che diviene sostenibile (prima ancora di ricorrere alle argomentazioni utilitaristiche) il rifiuto della pena capitale. La libertà e la vita cessano di essere finalità meramente individuali e divengono la condizione di legittimità dell'ordine civile. E lo divengono non per un vincolo imposto al legislatore dal diritto naturale, ma a seguito di una decisione contrattuale sorretta dal principio di utilità.

È dal principio di libertà, e dalla sua sinergia con il principio di utilità, che derivano profili importanti del paradigma beccariano delineato da Audegean. Penso, ad esempio, all'ipotesi della tortura dell'innocente, non necessariamente incompatibile con il principio di utilità, ma interdetta dal principio di libertà, che postula l'invulnerabilità dei diritti, indispensabile per la sicurezza posta alla base del contratto sociale. Penso al tema importantissimo della presunzione di innocenza. E questi sono soltanto alcuni dei temi messi a fuoco dal nostro autore in diretta o indiretta connessione con il tema della libertà-sicurezza.

Ancora: è dal principio di libertà che discende direttamente la famosa antitesi fra 'persona' e 'cosa', enunciata nel capitolo 20 del *Dei delitti*: « non vi è libertà ogni qual volta le leggi permettono che in alcuni eventi l'uomo cessi di esser *persona* e diventi *cosa* ». Innegabilmente, da questa antitesi scaturisce il senso della 'dignità' dell'essere umano. La mia impressione è però che il tema della 'dignità' (che troverà in Kant la sua più emblematica espressione) non svolga un ruolo chiave nel testo beccariano: non soltanto perché è un *apax legòmenon*, ma soprattutto perché l'impronta garantistica del paradigma beccariano sembra compiutamente assicurata dal circolo virtuoso che collega utilità a libertà. Certo, il pathos umanitario che percorre il testo di Beccaria (e di molti riformatori settecenteschi) trova nella 'dignità' della persona un robusto appiglio, ma gli appelli all'umanità contribuiscono forse più alla forza persuasiva del discorso beccariano che alla tenuta del suo apparato argomentativo.

È dunque il nesso fra utilità e libertà l'asse portante del paradigma beccariano ricostruito da Audegean. Emerge però a questo proposito un problema tanto vitale quanto spinoso. Per Beccaria come per Montesquieu, come ricordavamo, la libertà implica la legge: la implica perché solo la legge, e la forza del sovrano che la impone, sono lo scudo che difende il cittadino dalle possibili aggressioni degli altri consociati e gli garantisce la sicurezza che è parte integrante della sua libertà. La violenza delle istituzioni è un indispensabile farmaco contro l'insicurezza che nasce dall'esposizione all'aggressione altrui. Il farmaco però, se è un efficace antidoto, rischia di essere, al contempo, un mortale veleno: la forza eccedente del sovrano, destinata a proteggere i soggetti dall'aggressione e dall'insicurezza, minaccia sempre di andare oltre i

propri limiti funzionali, di divenire espressione di un potere dispotico reintroducendo quell'insicurezza che era chiamata a mettere al bando.

La violenza delle istituzioni come antidoto e come veleno: ecco un'aporia difficile da sciogliere. Montesquieu la aveva messo a fuoco con ineguagliata chiarezza (e a questo proposito conviene rinviare al brillante lavoro di Dario Ippolito ⁽³⁾). In che modo Beccaria intende risolverla?

Ce lo spiega limpidamente Audegean indicando i « principi normativi » che reggono per Beccaria il diritto penale: il principio utilitaristico, che impone al legislatore di perseguire esclusivamente l'utilità dei cittadini e il principio deontologico, che proibisce ai giudici di interpretare la legge penale allo scopo di evitare l'arbitrio, l'imprevedibilità della decisione e quindi la fine della certezza (pp. 50-51). In questo modo Beccaria, ipotizzando che il legislatore non possa non seguire il principio di utilità e imponendo al giudice il divieto di interpretazione, aggira l'aporia già enunciata da Montesquieu e vara un modello che può dirsi essenzialmente garantistico, come Luigi Ferrajoli ha acutamente messo in luce ⁽⁴⁾ (ed è proprio nello « spazio storiografico e filosofico aperto » da Ferrajoli, oltre che da Venturi e da Francioni, che Audegean dichiara di inserirsi).

Il paradigma beccariano trova nel 'garantismo' il suo compimento ideale. E questo 'garantismo' riposa su due assunti principali: sul primato della legge e sul divieto dell'interpretazione giuridica. Sono assunti efficaci e plausibili? La domanda è inevitabile perché questi assunti (e in particolare il secondo) hanno provocato numerose e veementi rimostranze. Non vorrei entrare nel merito di questi rilievi critici e vorrei piuttosto confessare un'impressione: l'impressione che l'attacco all'ermeneutica (o, se si preferisce, all'anti-ermeneutica) beccariana oppure la sua difesa d'ufficio abbiano senso soltanto all'interno di una lettura 'attualizzante' e destoricizzata del *Dei delitti*. Non dico che una siffatta lettura sia indebita. Il filosofo può utilizzare i 'classici' minimizzando la distanza storico-temporale che li separa da noi e assumendoli come testimoni o antagonisti della verità che egli va teorizzando (è in quest'ottica che, ad esempio, Popper attaccava Platone come teorico del 'totalitarismo'). Lo storico però si muove, a mio avviso, in una prospettiva diversa. Se uno storico della scienza è un convinto galileiano e studia Tolomeo, il suo obiettivo non è dimostrare che Tolomeo aveva torto e Galilei ragione, ma è capire in che modo ragionavano i cosmologi del mondo antico.

Allo stesso modo, lo storico di Beccaria non persegue l'obiettivo primario di valutare l'attendibilità odierna della sua teoria ermeneutica

⁽³⁾ D. IPPOLITO, *Lo spirito del garantismo. Montesquieu e il potere di punire*, Roma, Donzelli, 2016.

⁽⁴⁾ Cfr. L. FERRAJOLI, *Il paradigma garantista. Filosofia e critica del diritto penale*, a cura di D. Ippolito e D. Spina, Napoli, Editoriale Scientifica, 2014.

(esattamente come non si preoccupa di sconsigliare l'uso della parrucca nel XXI secolo). Lo storico tenta di capire i presupposti, il senso e gli effetti del garantismo beccariano nel contesto suo proprio; ed è proprio ciò che Audegean fa nel suo libro, sottolineando la funzione polemica e politica dell'attacco beccariano ai giudici; un attacco che, come egli ricorda, è un momento, al contempo, di una rivolta generazionale e di uno scontro fra le nuove istanze riformatrici e i perduranti privilegi dei nobili, nel Ducato di Milano e, in generale, nella società di antico regime.

È necessario storicizzare il garantismo beccariano, che ovviamente è, in tutte le sue componenti, inseparabile dal contesto storico-culturale cui appartiene. Penso, in particolare, alla visione della legge e della sovranità. In molta letteratura riformatrice coeva, la critica radicale dei regimi esistenti si accompagnava alla rappresentazione ottimistica di una futura società nella quale la legge, in quanto espressione di una nuova e trasformata sovranità, era la condizione necessaria e sufficiente di un ordine fondato sulla libertà e sui diritti. È questa l'aspettativa ancora dominante negli anni della rivoluzione in Francia, tanto che soltanto pochi protagonisti del dibattito rivoluzionario (penso in particolare a Sieyès e a Condorcet) cominceranno a dubitare dell'esistenza di una prestabilita armonia fra legge e diritti e prenderanno a chiedersi *quis custodiet custodes*. In definitiva, sarà soltanto la drammatica esperienza del Terrore a mettere in questione l'ottimismo settecentesco e a drammatizzare l'intrinseca problematicità del rapporto fra la sovranità, la legge e i diritti.

Anche il fiducioso ottimismo nei confronti della sovranità (della futura sovranità riformata, beninteso) è dunque un tratto del paradigma beccariano compiutamente inserito nell'orizzonte storico-culturale del 'Settecento riformatore'. In questo caso però è facile individuare l'evento epocale — la forza dirompente del dispotismo giacobino — che avrebbe imposto un definitivo congedo dalle troppo facili armonie settecentesche. È più difficile invece individuare i motivi che, già nei primi anni dell'Ottocento, hanno provocato, con la rapida affermazione della pena carceraria come pena *par excellence*, una presa di distanza dai suggerimenti beccariani.

La prigione come pena sembra infatti estranea all'orizzonte del *Dei delitti*. Beccaria insiste piuttosto sull'opportunità che la pena mostri un rapporto di analogia con il reato. Non si pensi alla legge del taglione, coerente con una visione retributiva della sanzione penale (e non a caso prediletta da Kant). Per Beccaria l'analogia è semplicemente un mezzo al servizio della funzione preventiva della pena: se analogicamente connessa al reato, la pena ha infatti una maggiore efficacia comunicativa e quindi dissuasiva nei confronti dei potenziali trasgressori. In ogni caso, la detenzione carceraria non sembra essere, per Beccaria, la pena universale, capace di relegare ai margini qualsiasi alternativa. Comprendibilmente, quindi, Foucault considerava sorprendente la rapidità con la

quale il modello carcerario, a pochi anni di distanza dal successo clamoroso del *Dei delitti*, era divenuto egemone in Europa e negli Stati Uniti d'America.

In realtà, conviene far tesoro, anche in questo caso, delle osservazioni di Audegean, che attenua la frattura fra il prima e il dopo, fra il mondo dei riformatori settecenteschi e la politica penale del secolo successivo almeno da due punti di vista. In primo luogo, è stata la penalistica riformatrice a sottolineare il principio della proporzionalità fra pena e delitto; e il carcere, meglio di ogni altra pena, è in grado di applicare questo principio essendo in grado di modulare capillarmente la durata e le modalità della detenzione. In secondo luogo, la retorica umanitaria dei riformatori settecenteschi può essere utilmente adottata dai propugnatori ottocenteschi del modello carcerario, che avranno buon gioco nel valorizzare il carcere come pena moderna e 'umana' di contro all'arcaico e feroce 'splendore dei supplizi'.

Se è vero, dunque, che la pena detentiva non è stata privilegiata da Beccaria, è anche vero che due importanti principi della sua teoria penale appaiono perfettamente utilizzabili a sostegno del modello carcerario. D'altronde, se così non fosse, diverrebbe incomprensibile la posizione di Bentham (simile, peraltro, a quello di tanti riformatori inglesi e americani fra Sette e Ottocento). Bentham, infatti, era un convinto ammiratore e un efficace divulgatore del *Dei delitti* ed era al contempo l'autore di quel *Panopticon* che dell'universo carcerario ottocentesco era la più compiuta ed emblematica teorizzazione.

Certo, anche in questo caso Beccaria appartiene a un mondo da cui l'Ottocento, anche l'Ottocento penale, rapidamente si distacca. Basti pensare a due profili decisivi: da un lato, l'idea del carcere come strumento di un controllo sociale che passa attraverso l' 'emenda', ovvero la trasformazione etica (o più esattamente socio-antropologica) del criminale e, dall'altro lato, il tema dell'individualizzazione della pena. Siamo lontani dall'immagine beccariana del reo come di un individuo che, libero ed eguale a ogni altro, ha semplicemente commesso un errore di calcolo nella valutazione comparativa dei vantaggi che potrebbe trarre dall'azione criminosa e dei danni sui la sanzione penale lo esporrebbe.

Non posso soffermarmi su questi temi (cui Gianvito Brindisi ha dedicato di recente un'analisi approfondita ⁽⁵⁾) e mi limito a ribadire conclusivamente l'impressione già comunicata, a più riprese, nel corso del mio intervento; l'impressione che *Violenza e giustizia* sia un libro importante e riuscito; vorrei dire un libro che, sul terreno della storiografia, applica perfettamente le quattro regole di Descartes: la regola dell'evidenza, che impone di sottoporre ogni asserzione a un preciso

(5) G. BRINDISI, *Su diritto e sragione. Follia e ozio a partire da Cesare Beccaria*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2023.

esame e di esporla con cristallina chiarezza; la regola dell'analisi e la regola della sintesi, che richiedono l'articolazione analitica del materiale e la sua ricomposizione ordinata e coerente; e infine la regola dell'enumerazione, che induce a passare in rassegna e a utilizzare tutti i dati indispensabili a una trattazione esaustiva del tema.

Philippe Audegean si proponeva di dimostrare la coerenza e l'innovatività dell'opera di Beccaria. In realtà, il suo libro non soltanto raggiunge pienamente questo obiettivo, ma si offre anche come un indispensabile viatico per chiunque voglia addentrarsi nel mondo, apparentemente limpido e semplice, ma in realtà complesso, raffinato e sfuggente del discorso beccariano.

PIETRO COSTA

EDOARDO CATERINA, *Personalismo vivente. Origini ed evoluzione dell'idea personalista dei diritti fondamentali*, Napoli, Edizioni scientifiche, 2023.

Il libro che Edoardo Caterina dedica al tema del 'personalismo' occupa una posizione felicemente eccentrica nella letteratura esistente. Esso non è immediatamente ascrivibile a nessuna delle due aree alle quali è più vicino (la storia delle filosofie 'personaliste' e la teoria giuridico-costituzionale), ma deve essere collocato in una zona, per così dire, intermedia, che trae il suo senso non perché si pone come un improbabile 'tertium genus' rispetto a quelle due consolidate aree disciplinari, ma perché assume come propria interna finalità proprio lo studio delle loro necessarie connessioni e sinergie. È vero, dunque, che il libro si occupa di storia di filosofie personaliste e di interpretazione giuridica delle costituzioni, ma il punto metodologicamente saliente è la costante assunzione del passato come strumento di comprensione del presente e del presente come irrinunciabile presupposto dell'operazione storico-ermeneutica (opportunosamente viene richiamata in proposito l'espressione — circolante nell'ermeneutica musicale — di 'interpretazione storicamente informata').

Il tema di fondo è chiaramente determinato: capire come (e con quali conseguenze) le costituzioni del Novecento abbiano assunto la 'persona' e i 'diritti fondamentali' a essa riferiti come l'assioma da cui dedurre (o, se si preferisce la metafora 'architetonica' impiegata da La Pira, la pietra angolare su cui basare) l'intero ordinamento. A questo scopo è indispensabile la storia: la storia delle idee, la storia dei partiti e dei movimenti e soprattutto la storia dei protagonisti dei dibattiti costituenti, all'interno dei quali le 'idee' cessano di apparire mere parvenze dottrinali per sprigionare tutta la loro valenza 'performativa'.

Ovviamente, disponiamo ormai di una vasta letteratura dedicata alla ricostruzione ravvicinata dei processi costituenti, così come possiamo giovarcì di un'ampia riflessione sulla 'persona' e i 'diritti' nel lessico delle costituzioni. È una letteratura che Caterina conosce e valorizza, assumendo però al contempo come filo conduttore del discorso la necessaria connessione fra il passato e il presente: le filosofie personaliste del Secondo dopoguerra non sono un 'prologo in cielo' che il dibattito attuale può sbrigare frettolosamente o ricordare retoricamente né offrono un quadro di principi definiti una volta per tutte e capaci di dispensare l'interprete dall'onere e dalla responsabilità di una (sempre necessariamente nuova) attribuzione di senso.

Il passato è preso sul serio e la sua ricostruzione si avvale di un approccio quanto mai fecondo, ormai fortemente raccomandato dalla recente storiografia e tuttavia ancora non tanto coltivato quanto sarebbe necessario: un approccio che possiamo dire 'comparativo', che, in questo caso, studia il 'personalismo' (e il suo effetto sul costituzionalismo del secondo Novecento) senza costringerlo nel letto di Procuste dell'una o dell'altra cultura nazionale. In un periodo in cui (anche se talvolta non senza frettolosità e velleitarismi) viene invocato uno studio 'globale' (una 'world history') dei fenomeni socio-politici e culturali, il superamento delle frontiere all'interno dello spazio europeo è una scelta, in qualche modo, ineludibile: le merci, anche i libri (e quindi le idee) e, sia pure con maggiore fatica, gli esseri umani circolano a dispetto di tutte le frontiere; e l'impatto delle filosofie personaliste sui processi costituenti che hanno luogo nel Secondo dopoguerra in Italia, in Germania e in Francia (i processi analizzati dal nostro libro) è una prova esemplare della porosità dei confini e quindi della fecondità di un approccio 'storico-comparativo'.

L'analisi sviluppata da Caterina è sobria e mai ridondante e verbosa, ma i protagonisti e i tanti passaggi del discorso costituente sono tanto numerosi da rendere impossibile un resoconto ravvicinato. Mi soffermerò quindi soltanto su alcuni dei momenti e dei temi studiati dall'autore.

Proprio il tema che dà il titolo al libro — il 'personalismo' — appare plasticamente, una volta che lo si accosti attraverso il confronto delle diverse esperienze costituzionali europee, come un fenomeno assai meno univoco di quanto potremmo attenderci. Naturalmente il successo e la diffusione del termine — un successo non trascurabile nel secondo Dopoguerra — deve molto, innanzitutto, all'opera di Emmanuel Mounier e poi (pur attraverso il filtro della prospettiva neotomistica) a Jacques Maritain. Il cerchio del 'personalismo' è però più ampio del cerchio tracciato dalle opere dei due filosofi francesi. Lo mostrano due dati opportunamente richiamati da Caterina. Da un lato, nell'esperienza costituente tedesca, nella quale la persona (i suoi diritti, la sua 'dignità') sono posti al centro del sistema, i riferimenti a Mounier e a Maritain sono praticamente assenti, perché altre sono le *auctoritates*

(interne alla tradizione tedesca: si pensi innanzitutto a Max Scheler) influenti. Dall'altro lato, se è vero che è difficile pensare le democrazie costituzionali del secondo dopoguerra senza la filosofia 'personalista', è anche vero che, proprio negli anni Quaranta, il lessico 'personalista' è stato impiegato anche in progetti costituzionali di segno opposto: nei progetti messi a punto nella Francia di Vichy. Come scrive Caterina, è proprio « il progetto di costituzione del maresciallo Pétain del 30 gennaio 1944 il primo a recare in testa la 'dignità della persona umana' e a proclamarne 'l'intangibilità' » (p. 21).

Il 'personalismo' non è un marchio di fabbrica applicabile dall'esterno alle costituzioni democratiche del Dopoguerra. Sono gli attori dei processi costituenti che condividono una medesima esigenza (progettare un ordine alternativo ai regimi totalitari sconfitti) e per fondarla ed esprimerla ricorrono al lessico 'personalista': riformulandolo a partire dalle diverse storie e culture 'nazionali' cui appartengono, ma sempre impiegandolo non come un frasario esornativo, ma come uno strumento funzionale alla costruzione del nuovo ordinamento. Se è vero, infatti, che i regimi totalitari trovavano il loro più evidente comun denominatore nella assolutizzazione del potere politico e nell'annientamento dell'individuo, il rovesciamento della loro logica induceva a porre al centro del nuovo ordinamento il soggetto valorizzato dal lessico 'personalista'.

Lo Stato e la persona: è questo il primo, e decisivo, nucleo tematico intorno al quale si intrecciano i dibattiti che Caterina ricostruisce efficacemente e limpidamente.

Certo, l'idea dell' 'assoluta' sovranità statale (un'idea che era divenuta la *standard view* della giuspubblicistica europeo-continentale fra Otto e Novecento) era già stata duramente attaccata, ben prima delle sue successive 'torsioni' totalitarie, da molteplici correnti dottrinali, diversissime fra loro (per radicamento culturale e per ispirazione teorica), ma convergenti nel respingere la visione 'monistica' di un ordine sospeso alla decisione sovrana e nel delineare una teoria 'pluralistica', capace di valorizzare la capacità 'auto-ordinante' dei soggetti e dei molteplici gruppi sociali.

È a questa galassia di opere e di proposte teoriche che i costituenti attingono per mettere a fuoco il tema che giustamente Caterina presenta come il punto di Archimede dei loro progetti: la collocazione del soggetto al centro dell'ordinamento e la relegazione dello Stato, se non a un ruolo periferico, certo a una funzione strumentale e 'servente'. È singolare, ma non casuale, che questo decisivo spostamento del baricentro dell'ordine venga spesso espresso, nei dibattiti costituenti, con la tesi della 'anteriorità' della persona sullo stato.

Sono interessanti (e meriterebbero un'analisi dettagliata) le connessioni e i parallelismi che Caterina mette in luce lavorando 'sinotticamente' sui tre distinti processi costituenti. Mi colpiscono ad esempio le analogie che intercorrono fra le tesi sostenute da Giorgio La Pira e da

François de Menthon (figura importante nel processo costituente francese): che non soltanto attaccano il Moloch totalitario (nazionalsocialista, per de Menthon che stava intervenendo nel processo di Norimberga, e fascista, per La Pira), ma ne individuano le radici nello 'statalismo' ottocentesco e in particolare nella filosofia di Hegel.

Emerge nitidamente la strategia di fondo, perfettamente compendiata nella famosa relazione di La Pira nella Prima Sottocommissione: « lo Stato deve costruirsi in vista della persona e non viceversa » e questo assunto presuppone la « affermazione metagiuridica e metapolitica del valore della persona », la « anteriorità dell'uomo rispetto allo Stato » (p. 78, nota 272). La strategia antitotalitaria si regge sul primato della persona. Per La Pira, il progetto costituente non può che procedere nell'alveo della filosofia 'personalista'.

Il personalismo di La Pira è però forse più maritainiano che mounieriano; e lo è non per caso, dato il consolidato interesse di La Pira a una rilettura 'creativa' di Tommaso d'Aquino. E, più in generale, il 'personalismo' che pervade i dibattiti costituenti è strettamente collegato a quella tomistica *philosophia perennis* che è tradizionalmente il nerbo della 'dottrina sociale' della Chiesa cattolica. Opportunamente, quindi, Caterina ripercorre le declinazioni offerte dal 'personalismo' nel mondo cattolico degli anni Quaranta: dai radiomessaggi di Pio XII (del '42 e del '44) alla Settimana sociale dei Cattolici, nell'ottobre del '45. In quest'ultimo incontro, in particolare, emergono differenze non trascurabili. Se pure condivisi da tutti sono il rifiuto del potere 'assolutizzato' e il riferimento alla dimensione 'ontologica' della persona, il comune idioma tomistico è pronunciato con accenti profondamente diversi (per intenderci) da un padre Messineo o da un adepto del verbo maritainiano.

Certo, la tesi della 'anteriorità' della persona minaccia di essere, nel dialogo fra le sinistre, più una pietra d'inciampo che un terreno di intesa. La Pira era stato chiaro nel presentare l' 'anteriorità' della persona come la conseguenza del suo primato ontologico ed etico. Il 'personalismo' di La Pira insomma sembrava difficilmente 'depurabile' dal suo impianto schiettamente giusnaturalistico. Si intreccia quindi con il tema del rapporto fra lo Stato e la persona un grande tema studiato da Caterina: l'incidenza del giusnaturalismo sui dibattiti costituenti del secondo Dopoguerra.

Questa incidenza, non trascurabile in Italia, appare ancora più aperta e conclamata nella vicenda tedesca. Caterina offre una ricostruzione precisa ed efficace degli interventi dei protagonisti del processo costituente in Germania, indicando proprio nel primato ontologico della persona uno dei suoi principali fili conduttori. Certo, il giusnaturalismo dei costituenti tedeschi poteva conoscere declinazioni diverse, messe puntualmente in evidenza dal nostro autore: non mancavano ad esempio influenze kantiane (come in Hans Nawiasky), ma la sua matrice principale andava rintracciata nella 'dottrina sociale' della Chiesa, di chiara impronta tomistica, influente anche sui costituenti italiani. E in Germania

veniva reclamata senza mezzi termini (con più forza che in Italia) la necessità di un vero e proprio 'ritorno' al diritto naturale (p. 144).

Impregnata di umori giusnaturalistici, la 'anteriorità' della persona sembra rendere difficile quella 'collaborazione fra diversi' da cui dipende il successo dell'avventura costituente. È dunque quanto mai pertinente il richiamo di Caterina a un passaggio concettualmente decisivo dei dibattiti costituenti: agli interventi (che a ragione Caterina chiama « dirimenti ») di Dossetti e Togliatti (p. 79). La 'mossa' di Dossetti in questa difficile partita è triplice: egli prima sottrae il principio dell'« anteriorità » della persona all'ombra fondazionalista proiettata su di esso dalla 'dottrina sociale' della Chiesa, poi lo contrappone alla « tesi fascista della dipendenza del cittadino dallo Stato », infine lo presenta come il punto di convergenza di molteplici « correnti progressive ». E Togliatti, a sua volta, si sintonizza prontamente sulla lunghezza d'onda dell'interlocutore ricordando che per Marx storicamente destinato a estinguersi è lo Stato, ma non la persona umana, che anche per la sinistra marxista occupa un ruolo preminente.

È in questo scenario che la centralità della persona può divenire il punto di incontro dei costituenti. Lo può perché Dossetti ha adottato il punto di vista di Maritain, che invitava a 'relativizzare' il contrasto fra le 'fedi' in nome della possibile condivisione di alcuni 'principi di azione'. È in questa prospettiva che Dossetti 'provincializza' la metafisica giusnaturalistica, rinuncia alle sue pretese 'egemoniche', evita di impegnarsi in una gigantomachia 'perì tes ousias' e indica nella persona il punto di convergenza di ideologie pur incompatibili sul piano dei 'fondamenti'.

Anche in Germania, peraltro, le pur robuste e insistenti dichiarazioni di fede giusnaturalistica non sono incontrastate. Caterina ricorda che un influente costituente della SPD — Carlo Schmid — riconduceva i diritti (come molti socialisti anche in Italia) non alla 'natura umana', ma alla storia e al conflitto sociale, ma non per questo dubitava della preminenza dell'essere umano sullo Stato.

Il principio dell'« anteriorità » della persona sullo Stato trova infine una complementare espressione nell'affermazione della 'dignità' dell'essere umano. Di 'dignità' parla diffusamente e insistentemente il costituente tedesco, che può far leva su autori chiave della sua 'cultura nazionale' (Caterina ricorda Kant, Fichte e in particolare Schiller), ma anche nel dibattito italiano emergono cenni di rilievo alla 'dignità' dell'uomo: in tutti i progetti costituzionali del secondo dopoguerra — scrive Caterina — « alla precedenza della persona si collega strettamente l'esaltazione della dignità dell'uomo che ne rappresenta in qualche modo la giustificazione e il presupposto ideale » (p. 107).

« Anteriorità » della persona sullo Stato, « dignità » dell'uomo, centralità dei diritti: sono questi i principi portanti di un costituzionalismo che trova una sua importante matrice teorica nel 'personalismo' del primo Novecento: in un orientamento composito, ma spesso strettamente intrecciato con quelle istanze giusnaturalistiche che proprio nel secondo

dopoguerra emergevano con forza. Dobbiamo allora dedurre, per la proprietà transitiva, che le costituzioni del dopoguerra sono impregnate di assunti giusnaturalistici?

Un *experimentum crucis* può essere offerto da un problema di grande pregnanza (teorica e pratica): il problema della revisione costituzionale dei diritti fondamentali. Una volta assunti questi diritti come il pernio dell'ordinamento e il dispositivo che ne impedisce le involuzioni totalitarie, è possibile, e in che modo, porli al riparo dai sempre possibili colpi di mano della maggioranza? È una domanda che emerge con forza nel processo costituente tedesco, ma non è ignota al costituente italiano (Caterina fa riferimento a un intervento di Calamandrei e alla proposta, avanzata da Ludovico Benvenuti, di sottrarre i diritti di libertà alla possibilità di revisione).

Certo, una risposta a questa domanda non poteva essere offerta da Kelsen, la cui *Stufenbautheorie* aveva reso 'pensabile' lo Stato di diritto costituzionale, ma era impotente di fronte a eventuali decisioni parlamentari che, formalmente corrette, tuttavia decidessero di cancellare i diritti fondamentali (proprio alla teoria kelseniana in tempi non sospetti Erich Kaufmann aveva rimproverato di aver messo da parte i « Dingsbegriffe »). E nel secondo dopoguerra, assai più che nel primo, appariva a tutti urgente offrire alle nuove democrazie un'armatura capace di difenderli dall'incubo del totalitarismo. È comprensibile quindi il punto di vista di Nawiasky, efficacemente valorizzato da Caterina. Per il costituente tedesco, sottrarre i diritti alla revisione costituzionale significa « positivizzare il diritto naturale e 'naturalizzare' il diritto positivo », realizzando — scrive Caterina — quel « felice intreccio di giusnaturalismo e giuspositivismo » che « è presente soprattutto nella nuova giustizia costituzionale (p. 202).

Occorre però intendersi sulle caratteristiche e le modalità di questo 'intreccio'. A mio avviso, non converrebbe intendere questo 'intreccio' alla luce della formula coniata da Nawiasky, presentando le costituzioni del secondo dopoguerra come un « positiviertes Naturrecht ». L'adozione di una caratterizzazione siffatta porterebbe a trascurare due dati di rilievo: non soltanto il rapido declino delle dottrine giusnaturalistiche (di contro al duraturo successo delle costituzioni coeve), ma soprattutto la dinamica propria dei processi costituenti nel secondo dopoguerra; che giungono a buon fine non perché i loro protagonisti adottano ('positivizzano') la dottrina giusnaturalistica, ma perché si pongono a distanza da essa, perché la 'provincializzano', la assumono non come l'orizzonte nel quale tutti sono tenuti a iscriversi, ma come un' 'ideologia' settoriale, una accanto ad altre. Insomma, difficilmente una dottrina giusnaturalistica trasmigrata di peso ('positivizzata') negli articoli della costituzione (in sostanza, la dottrina cui guardavano i messaggi radio di Pio XII) sarebbe stata sottoscritta da Togliatti o da Basso (o anche da Schmid).

Certo, nel clima del secondo dopoguerra, il giusnaturalismo mostrava di avere molte frecce al suo arco: affermava (in sintonia con i tanti 'pluralismi') il ruolo non 'primario', ma 'secondario' dello Stato, indicava la persona e i diritti come il centro portante dell'ordine e infine (*last but not least*) attribuiva alla persona un preciso e immutabile statuto ontologico. Di questi assunti giusnaturalistici, però, solo i primi due, e non il terzo, si sono 'intrecciati' con i processi costituenti del secondo dopoguerra. A essersi 'positivizzata' (nei processi costituenti e anche nei documenti internazionali) è stata un'esigenza eloquentemente espressa dal giusnaturalismo — o dai giusnaturalismi — del secondo dopoguerra, ma non una 'dottrina'. La 'dottrina' ha formulato con forza un'esigenza diffusa, svolgendo in questo modo una funzione di capitale importanza nei processi costituenti (con i quali dunque, da questo punto di vista, si è fortemente intrecciata). Essa ha offerto anche un fondamento (dal suo punto di vista) inoppugnabile a quella esigenza: ma questo fondamento è rimasto sulla soglia delle nuove democrazie costituzionali. E se è vero, come a me sembra, che le nuove costituzioni non riposano su un condiviso radicamento 'ontologico', l'intreccio fra il giusnaturalismo e la democrazia costituzionale è una sorta di processo metamorfico il cui stadio finale, al contempo, incorpora, ma anche espelle qualcosa degli elementi presenti nello stadio iniziale.

Certo, resta fermo ciò che Caterina ha indicato con convincente precisione. In primo luogo, è indiscutibile il ruolo trainante esercitato dai costituenti cattolici nel proporre il nesso 'persona-diritti' come base dell'ordinamento e come alternativa radicale ai totalitarismi: senza un adeguato riconoscimento dell'importanza della visione 'personalista' nei dibattiti costituenti, sarebbe difficile capire le costituzioni del secondo dopoguerra. In secondo luogo, è vero che la visione 'personalista' dell'individuo e dei suoi diritti è percorsa da motivi giusnaturalistici. È però anche vero che l'accoglimento della persona come perno del nuovo ordinamento diviene possibile solo in quanto, con un apparente paradosso, i costituenti cattolici scelgono di compiere un passo indietro, o di lato, rispetto alle pretese fondazioniste della tradizione giusnaturalistica: solo in quanto mettono in parentesi una compiuta 'dottrina' e ontologia giusnaturalistica e traducono il 'personalismo' in un dispositivo retorico anti-totalitario.

Ammettiamo dunque che la 'dottrina' giusnaturalistica sia rimasta sulle soglie delle costituzioni democratiche. Resta comunque pertinente e interessante un'ipotesi che Caterina non manca di vagliare: l'ipotesi che la presa di distanza delle nuove costituzioni dalle pretese 'ontologiche' della tradizione giusnaturalistica non abbia sempre e comunque impedito che qualche suggestione di quella tradizione, bloccata sulla porta del nuovo ordinamento, riuscisse a entrare da una sua qualche finestra o pertugio secondario. Devo limitarmi a qualche cenno frettoso, che valga soltanto come testimonianza dell'attenta e penetrante analisi condotta del nostro libro.

In primo luogo, per Caterina una lettura della costituzione ispirata a ciò Zagrebelsky ha chiamato « il diritto per principii » reca qualche traccia della tradizione giusnaturalistica o almeno indica una qualche continuità ideale con essa. Occorrerebbe riflettere distesamente su questa ipotesi. Ne offre comunque una suggestiva conferma un'osservazione di Luigi Ferrajoli: « nel costituzionalismo rigido del secondo dopoguerra — scrive Ferrajoli — sono state positivizzate le istanze di giustizia espresse dai principi di uguaglianza e dignità delle persone e dai diritti fondamentali [...] »; in esso si è realizzato « una sorta di miracolo »: la composizione dell'antico, ricorrente conflitto tra ragione e volontà, tra legge della ragione e legge della volontà, tra diritto naturale e diritto positivo [...] in breve tra Antigone e Creonte [...] ». Il costituzionalismo rigido « ha segnato la rivincita di Antigone, e perciò della ragione, in un duplice senso: nel senso che i principi costituzionali sono principi della ragione quale si è in essi storicamente manifestata, e nel senso che i limiti e i vincoli da essi imposti al sistema dei poteri sono limiti e vincoli di ragione, di carattere logico oltre che giuridico » (1).

In secondo luogo, Caterina coglie un lascito dell'antico giusnaturalismo in un approccio che, anziché risolvere la dignità della persona nella sua autodeterminazione, ne propone « una visione oggettiva e fissa, agganciata a una morale e a dei valori universali e atemporalmente [...] » (p. 227). Potremmo parlare, a questo proposito, di nostalgie fondazioniste, ma dovremmo aggiungere che queste 'nostalgie' non nascono per caso ed esprimono un disagio e una consapevolezza: la consapevolezza che una difesa ontologicamente 'infondata' dei diritti 'fondamentali' è un'operazione costitutivamente fragile e incerta, che potrebbe essere descritta adattando a essa (*mutatis mutandis*) la famosa metafora con la quale Otto Neurath descriveva il lavoro degli scienziati (2): costretti a riparare la propria navicella nel mare in tempesta senza poter disporre di alcun bacino di carenaggio.

PIETRO COSTA

Genre, histoire et droit, in « Clio@Themis », 25 (2023).

Trovando radici nel vasto repertorio — diversificato e spesso divergente per stimoli ed esperienze culturali — delle teorie critiche

(1) L. FERRAJOLI, *Il giusnaturalismo critico e liberale di Guido Fassò*, in Guido Fassò, *Una tavola rotonda*, in « Rivista di filosofia del diritto », 2015, pp. 41-42.

(2) O. NEURATH, *Fondamenti delle scienze sociali* (1944), in Id., *Sociologia e neopositivismo*, Roma, Ubaldini, 1968, p. 122.

femministe, e a contatto con movimenti politici e sociali sempre più visibili sulla scena pubblica globale, non solo dunque in quella dei paesi occidentali o a economia avanzata, gli studi di genere nel passaggio dagli anni Dieci agli anni Venti del nuovo millennio mostrano una crescente capacità di penetrazione anche nel mondo del diritto. Lontani dal chiudersi nei confini di uno specifico settore, ma anzi favorendo una forte visione transdisciplinare, ne attraversano ormai ampie aree: dalla cooperazione internazionale ai diritti umani, dal commercio e lo sviluppo sino ad arrivare al diritto ambientale. Seppure, nell'insieme, è persistente la loro marginalità, non mancano interventi a livello metodologico e metascientifico e fioriscono riviste specializzate, ricerche monografiche e opere collettive, argute e incisive. Alcune riflessioni hanno oggi trovato ingresso nelle legislazioni statuali e nella normativa internazionale, sia nel quadro istituzionale delle Nazioni Unite, sia in quello dei sistemi regionali; molte hanno ricevuto nuovi slanci negli orientamenti giurisprudenziali. Ma quanto è aperta la storia del diritto a questa indagine e che contributo può essa offrire? Cosa significa accostarsi in sede di storiografia giuridica al concetto di genere e alle c.d. teorie di genere (il plurale è preferibile, contro lacune e distorsioni, per marcare la varietà degli approcci e delle posizioni)? Quanto è ricca la loro potenzialità di utilizzazione?

Il nuovo numero di « Clio@Themis » (25, 2023, *Genre, histoire et droit*) riunisce intorno a tali interrogativi studiose e studiosi provenienti per la maggior parte dal mondo francofono e si rivolge in prevalenza al contesto francese e belga, anche se con alcuni contributi che riguardano più in generale i paesi anglosassoni e dell'Europa occidentale nonché alcune realtà africane (Congo Belga e Algeria).

A presentazione del volume, Lorraine Chappuis, Hélène Duffuler-Vialle, Marie Houlemare, Florence Renucci e Todd Shepard spiegano che l'iniziativa prende le mosse da una carenza riscontrata in ambito accademico: nella ricerca giuridica francese, e in particolar modo nel campo storico-giuridico, il genere tanto come categoria euristica quanto come oggetto di indagine rimane ancora sottoutilizzato. Nonostante il lascito multiforme del femminismo materialista nella tradizione di Christine Delphy, Colette Guillaumin e Monique Wittig, e il vivace dibattito nato, nel solco del post-strutturalismo e della svolta linguistica, sotto l'influsso delle statunitensi Joan Wallach Scott e Judith Butler, e, ancora, a dispetto della domanda di conoscenza, di scavo e ricerca, espressa nella comunità scientifica dalle più giovani generazioni, il lavoro di rivisitazione profonda, in una prospettiva di genere, dei materiali, delle categorie e dei criteri di interpretazione che hanno segnato la cultura giuridica pre-moderna e moderna può considerarsi solo appena avviato.

La resistenza e il ritardo — osservabili in effetti anche in Italia — sono con buone probabilità legati, a parere delle curatrici e dei curatori

del 'dossier', alla connotazione polemica del tema (1): il genere, lo notava già qualche anno fa Joan W. Scott, cogliendo il fermento e le inquietudini dei tempi più recenti, è diventato « un luogo di contestazione » e « un concetto controverso nell'arena della politica » (2).

Come osserva, però, la brillante studiosa americana, l'argomento non è racchiudibile in « un trattato programmatico o metodologico » (3), né riducibile a formule conclusive o a una visione politica definita e codificata su cui saldamente arroccarsi: è piuttosto uno « strumento di interrogazione » (4) e soprattutto « serve a porre domande storiche » (5). La sua forza è dunque la sua tensione analitica. Insistere sul genere significa cioè impegnarsi a indagare la varietà e la variabilità dei corpi sessuati e dei ruoli sessuali in società ed epoche differenti, capire come sono stati 'localmente' « prodotti, dislocati, e trasformati » nei discorsi e nell'organizzazione delle pratiche (6), e, infine, pensare criticamente al modo in cui (come accade, a quali condizioni, secondo quali regole d'uso) tali costrutti, nella loro specificità contestuale, sono stati funzionali al mantenimento dell'ordine sociale o al suo cambiamento (7).

Le domande relative al genere servono dunque anche a interrogare il diritto e, soprattutto, la sua storia, posto che, specie nelle società occidentali, il lessico e la tecnologia giuridica non si sono limitati ad osservare e registrare, di volta in volta, le soggettività di genere e i loro rapporti traendoli da altri complessi normativi. Piuttosto, hanno contribuito, in una trama reticolare con altri saperi, a costruirli, elevarli a simboli, metterli in discorso, e a tradurli in capacità, diritti, privilegi o minorità, partecipando attivamente al processo di interiorizzazione dei modelli e alla promozione della loro conservazione e/o evoluzione nelle istituzioni familiari, negli apparati statali, nella formulazione della legge,

(1) L. CHAPPUIS, H. DUFFULER-VIALLE, M. HOULLEMARE, F. RENUCCI, T. SHEPARD, *Expérimenter le genre en histoire du droit*.

(2) J.W. SCOTT, *The Uses and Abuses of Gender*, in « Tijdschrift voor Genderstudies », 2013, 1. Il saggio, nato a commento di un episodio tratto dalla attualità francese, insieme ad altri fondamentali articoli della storica, si legge in traduzione italiana (*Usi e abusi del "genere"*) in EAD., *Genere, politica, storia*, a cura di Ida Fazio, Postfazione di Paola Di Cori, Roma, Viella, 2013, pp. 105-127, qui citata p. 110.

(3) J.W. SCOTT, *Unanswered Questions*, in « The American Historical Review », 113 (2008), 5. Anche questo articolo è raccolto in traduzione italiana (*Domande in attesa di risposta?*) in EAD., *Genere, politica, storia*, cit., pp. 93-104, qui citata p. 95.

(4) Ivi, p. 93.

(5) Ivi, p. 95.

(6) *Ibidem*.

(7) N. ZEMON DAVIS, *Women's History in Transition. The European Case*, in « Feminist Studies », 3 (1975-76), p. 90.

nel mercato del lavoro, nelle egemonie sociali, negli stili di vita, e nelle aspettative di giustizia.

Il ‘genere’, nella accezione ampia adottata nei contributi raccolti nel volume di Clio@Themis (« le genre comme un phénomène de construction matérielle, symbolique et hiérarchisée de la différence des sexes et des sexualités » (8)), è perciò senza dubbio una proficua categoria di analisi storico-giuridica. La sua funzione non si esaurisce nel campo di studio della storia della condizione femminile. Non può intendersi circoscritta alla logorata dicotomia (biologico-antropologica) uomini-sfera pubblica/donne-sfera privata, né può essere riferita al solo rapporto gerarchico (assunto come cristallizzato ed esclusivo) di dominio e oppressione maschile/passività, subordinazione e vulnerabilità femminile. Si tratta piuttosto di una prospettiva che se adottata costringe a storicizzare tutte le operazioni attraverso cui la dimensione corporea, le identità sessuali e le relazioni sociali tra i sessi sono state concepite dal diritto, così come consente di stimare quanto questo a sua volta sia stato condizionato da esse.

Tale ‘genealogia’ della sessualità, per usare un linguaggio caro a Michel Foucault (9), proprio perché rifiuta con riguardo a ogni classificazione parametri e referenti fissi e pretese di unità, generalizzazione e universalità a vantaggio della ricerca dei caratteri di instabilità, di relazionalità o di negoziazione, accanto ad una più profonda comprensione delle narrazioni giuridiche dominanti della mascolinità e delle femminilità, e delle loro innumerevoli gradazioni, revisioni e adattamenti nello spazio e nel tempo, offre infatti anche l’opportunità di scoprire rispetto a tali ‘questioni di potere’ posizioni normative minoritarie, alternative o di dettaglio e di apprezzare in quali momenti e circostanze e a beneficio di quali assetti un dato ordine sociale le ha negate, represses o, al contrario, fatte assurgere a bisogno insopprimibile di gruppi umani o di singoli individui. Come ogni esplicazione storiografica, dunque, « mette in rilievo nessi tra strutture che molte volte non sono più operanti, e con ciò in questi molti casi opera de-legittimazioni

(8) CHAPPUIS, DUFFULER-VIALLE, HOULLEMARE, RENUCCI, SHEPARD, *Expérimenter le genre en histoire du droit*, cit.

(9) Sul progetto di una archeologia/genealogia della sessualità è d’obbligo il rinvio ai primi corsi degli anni Sessanta recentemente editi (M. FOUCAULT, *La sessualità. Corso all’Università di Clermont-Ferrand* (1964) e *Il discorso della sessualità, corso all’Università di Vincennes* (1969), Milano, Feltrinelli, 2023), e ai quattro volumi della *Storia della sessualità*, l’opera pianificata da Michel Foucault nel 1976 e lasciata incompiuta a causa della sua prematura morte.

e neutralizzazioni »⁽¹⁰⁾; permette più attente analisi dei tanti fenomeni di alterità, differenza e diversità che caratterizzano le società contemporanee e sollecita infine « a immaginare, accanto ed oltre al diritto che è, il diritto che può essere »; e, « dentro ed oltre il diritto che è, il diritto che diviene »⁽¹¹⁾.

Se si condividono tali obiettivi, la ricerca storico-giuridica, come si ricorda in esordio del volume qui recensito, deve tenere in massimo conto la storiografia non giuridica, da più tempo impegnata, attraverso la lente delle epistemologie femministe, a indagare nella loro specificità storica gli ambiti e le forme delle relazioni tra i sessi, e il potere esercitato dalla differenziazione di genere. Nel farsi carico dell'utilizzazione di discipline diverse dalla propria deve essere pronta a sviluppare le prospettive emerse dalle questioni postcoloniali, transculturali e migratorie o legate all'irruzione di nuove soggettività diasporiche. Contro limitanti definizioni essenzialiste e astratte uniformità, può in tal senso essere utile seguire anche nuove ipotesi interpretative. Quella intersezionale, ad esempio, a cui il fascicolo della rivista si ispira, chiede di mettere in questione la validità o l'effettiva ricezione di determinate categorie concettuali nei molteplici contesti teorici e culturali o di esplorare i punti di contatto, le convergenze e interdipendenze, tra i tanti indici di discriminazione (genere, colore della pelle, 'razza', etnicità, cittadinanza, ceto, età, disabilità, ecc.) che presiedono alle modalità di rappresentazione identitaria, individuale e collettiva⁽¹²⁾. Infine, la ricerca storico-giuridica deve naturalmente accogliere come una risorsa e una ricchezza i contributi che provengono dall'interno dei settori disciplinari giuridici, ma, nel coltivare il dialogo con il giurista positivo e nel cercare di trarne feconde intuizioni e connessioni, non deve rinunciare a rendere oggetto di storiografia le categorie specialistiche, le terminologie, le tematiche e gli schemi valutativi del suo interlocutore.

Se l'ottica di genere merita dunque di essere assunta come variabile interpretativa 'forte' negli studi storico-giuridici, il campo delle scelte, il terreno su cui muoversi, le domande a cui rispondere, le esperienze che si vogliono osservare, associare o distinguere, è bene che rimangano di volta in volta diverse e non rispondano a un unico e sempre identico principio organizzatore. L'itinerario offerto dal dossier di *Clio* sembra muovere proprio da questo presupposto.

(10) Su questa 'funzione liberatoria' degli apporti storico-giuridici, cfr. G. TARELLO, *Prefazione*, in *Id.*, *Storia della cultura giuridica moderna*, Bologna, il Mulino, 1976, pp. 7-8.

(11) P. COSTA, *Discorso giuridico e immaginazione. Ipotesi per una antropologia del giurista*, in « *Diritto Pubblico* », I (1995), pp. 1-34, qui specialmente p. 6 e ss.

(12) Nell'introduzione al volume ci si riferisce naturalmente in primis al lavoro della giurista Kimberlé Crenshaw, cfr. CHAPPUIS, DUFFULER-VIALLE, HOULLEMARE, RENUCCI, SHEPARD, *Expérimenter le genre en histoire du droit*, cit.

Il fascicolo è suddiviso in quattro ampie sezioni, ciascuna delle quali raccoglie interventi che coprono un arco temporale variegato e presentano angolazioni diverse.

La prima parte mira a indagare alcune de *Les assignations de genre dans le droit*, e si apre con la ricerca di Claire Laborde-Menjaud. La studiosa attraverso la lettura della *Lex Julia de adulteriis coercendis* (18 a.C.) mostra su quali premesse, a che condizione e in vista di quali fini il diritto augusteo condannò il rapporto sessuale extraconiugale di (e con) una donna libera, sposata e onorata, contribuendo a forgiare e fissare le numerose identità maschili e femminili romane e le gerarchie valoriali e di potere ad esse legate ⁽¹³⁾.

Il successivo articolo nasce dalla collaborazione di Clovis Maillet e di Benjamin Moron-Puech, medievista l'uno e professore di diritto l'altro, e propone un parallelismo tra l'età intermedia e quella contemporanea, focalizzandosi sulle procedure legali legate all'identificazione di genere. Seppure in entrambi i contesti, protagonista di questi percorsi 'identitari' rimane il corpo, il saggio illustra come e con quali conseguenze nel passato premoderno l'assegnazione del genere non sia dipeso solo dalla caratterizzazione sessuale, eminentemente biologica o anatomica, dei referenti. Gli autori discutono piuttosto il ruolo cruciale che giocano, a differenza di quanto accadrà con la progressiva burocratizzazione dello stato moderno e l'invenzione di certificati ed attestati, la memoria del gruppo e la presenza nel soggetto di tratti visibili (abiti, abitudini di vita, marchi esterni di stati particolari) che, senza riferimento all'apparato sessuale, siano associabili a uno dei due sessi ⁽¹⁴⁾.

Arnaud Le Gonidec guarda invece ai giuristi francesi del secondo Cinquecento e alla valenza simbolica che attribuiscono all'Adamo androgino e all'unione carnale dei coniugi ⁽¹⁵⁾. Lo studioso indaga in che misura, nella complessa fase di passaggio fra mondo medievale ed età moderna, la rivisitazione di questa tradizione abbia assolto una importante funzione nella ricerca di un paradigma normativo efficace per l'istituzione, il consolidamento e il rinnovamento dell'ordinamento politico.

Segue infine Clarissa Y. Yang che, applicando la prospettiva di genere allo studio del *Traité des injures* di François Dareau (1775), si sofferma sulle mascolinità recepite nell'ultimo terzo del secolo XVIII dalla dottrina giuridica francese e da questa trattate ora come valore ora

⁽¹³⁾ C. LABORDE-MENJAUD, *Les représentations genrées dans la législation romaine sur l'adultère*.

⁽¹⁴⁾ C. MAILLET, B. MORON-PUECH, *Regards comparés sur les pratiques d'identification du genre au Moyen Âge et de nos jours*.

⁽¹⁵⁾ A. LE GONIDEC, *La dogmatique du genre dans la matrice doctrinale du « droit français » (second XV^e siècle)*.

come sorgente di conflitti. Dalla ricerca affiora una mobile gerarchia nella quale spiccano la tipologia dei letterati e quella degli uomini di legge, magistrati e in particolare avvocati, che in tale rappresentazione di ispirazione borghese sono elevati a figure virili di eccellenza ⁽¹⁶⁾.

La sezione intitolata *Biais de genre et justice* assume come privilegiata la scena del processo.

Sabrina Michel attraverso la ricerca di archivio nei fondi del *Parlement de Flandre* (Douai) presenta un interessante caso giurisprudenziale di fine Settecento: la protagonista è una domestica che per le ingiurie subite avanza una richiesta di risarcimento al suo padrone, un noto *Procureur-postulant* di Corte. In una cornice intersezionale, la studiosa contestualizza la specifica esperienza di oppressione e di emancipazione vissuta dalla donna, le interazioni tra le caratteristiche che contraddistinguono la sua posizione (genere, status civile, status socio-professionale) e le ripercussioni che queste hanno avuto nel riconoscimento dei suoi diritti e nell'accesso alla giustizia ⁽¹⁷⁾.

Mathilde van Ackere sposta l'attenzione sulla società della *Belle Époque* e analizza una serie di processi penali che tra il 1870 e il 1914 si svolgono davanti alla Corte d'assise del Brabante: le imputate sono donne, dodici accusate di omicidio infantile e otto di omicidio del marito. Incrociando le risultanze degli atti processuali e delle cronache di giornale, la ricerca mette in luce quale peso abbia avuto in queste vicende giudiziarie l'accertamento della capacità delle imputate di conformarsi al proprio ruolo di genere ⁽¹⁸⁾.

Nicolas Picard sceglie invece di soffermarsi sul secondo dopoguerra francese e sul modello ideale con cui i singoli membri della giuria sono chiamati a misurare se stessi. Il contributo dedica attenzione alla declinazione di uno specifico stereotipo maschile (fondato sulla supposta fermezza, razionalità, compostezza e resistenza al sentimentalismo dell'uomo) e mostra quanto questo appello alla virile componente etica del magistero penale sia persistente e vitale nelle aule di giustizia ⁽¹⁹⁾.

Paul-Emmanuel Babin, con un'apertura al *cause lawyering*, si rivolge infine alla guerra d'indipendenza algerina e dà visibilità al gruppo di donne avvocato del *Front de Libération Nationale* (la femminilizzazione del titolo di avvocato come si spiega nel testo fu dalle

⁽¹⁶⁾ C.Y. YANG, *La représentation des masculinités dans le Traité des injures de Dureau* (1775).

⁽¹⁷⁾ S. MICHEL, *Les menstrues de Charlotte Courtecuisse. Genre et justice au XVII^e siècle*.

⁽¹⁸⁾ M. VAN ACKERE, « *Cette femme est coupable moralement et légalement* ». *L'importance accordée par la justice aux mœurs et à la réputation des accusées d'homicide intrafamilial dans le Brabant* (1870-1914).

⁽¹⁹⁾ N. PICARD, *Juger en homme(s), Les appels à la virilité des jurés dans les procès capitaux durant la III^e République*.

stesse durevolmente rifiutata). Lo scritto mette in evidenza gli sforzi di queste professioniste per non essere ridotte a presenza meramente ancillare nel collettivo parigino e valuta la linea 'culturale' (non omologata) da esse sviluppata nella difesa della causa anticoloniale, nonostante il loro rifiuto di un approccio differenziato (20).

La terza sezione del fascicolo relativa a *Les stratégies d'agentivité contre les injonctions juridiques de genre* ospita per primo il contributo di Sonia Baijot. La studiosa osserva nel contenzioso commerciale della Francia del secolo XIX le donne che, nonostante l'incompiutezza del processo di integrazione femminile nella sfera pubblica, partecipano alla produzione economica, in quanto negozianti, commercianti, o mogli attive al fianco dei mariti imprenditori, ed ancora socie o azioniste di società commerciali. Nei repertori giurisprudenziali, su cui si è concentrata l'attenzione in questa prima fase dello studio, si ricercano in particolare i conflitti interpretativi e le argomentazioni che dettero modo ad avvocati e giudici di sfruttare le contraddizioni, le ambiguità o le lacune della legge per sostenere gli interessi delle donne d'affari (21).

Affidandosi ai registri giudiziari del secondo dopoguerra, Aurélie Bouvart, dedica la sua ricerca alla microcriminalità femminile in ambito coloniale belga. In un quadro normativo che in omaggio alla 'missione civilizzatrice' prevedeva la discriminazione razziale sulla produzione e il consumo di alcol, ma, a differenza che in altre colonie europee in Africa, non incorporava forme di discriminazione di genere relative alla distillazione e commercio di alcolici, l'elaborato si sofferma sulle strategie difensive adottate contro le autorità coloniali dalle donne, coinvolte primariamente nella fabbricazione e nel traffico illecito di alcolici distillati (22).

A chiusura della sezione, Régis Revenin presenta una nuova tappa delle sue ricerche sulla storia dell'omosessualità maschile nella Francia novecentesca. Lo sguardo si posa questa volta sugli anni in cui la Nazione, alle prese con la fine dell'impero coloniale e la progressiva perdita di rilevanza e prestigio sulla scena internazionale, investe nuovi sforzi sulla politica interna, puntando sul controllo dei figli 'ribelli' o 'a rischio' e sul sistema di giustizia penale e minorile. Esaminato, entro tale scenario, lo status giuridico dell'omosessualità e il trattamento in particolare riservato ai giovani gay, lo storico segnala il prezioso materiale d'archivio del COPES, Centre d'Observation Public de l'Education Surveillée (1945-1972) di Parigi, istituto che raccoglieva sotto osserva-

(20) P.-E. BABIN, *Les avocates du FLN: une approche genrée*.

(21) S. BAIJOT, *Stratégies contentieuses et femmes en affaires au XIXe siècle. Comment tirer avantage des paradoxes d'une législation inégalitaire?*

(22) A. BOUVART, « Mettre l'alcool au feu »: *stratégies juridiques et accommodations économiques des trafiquantes urbaines de lutuku face à la justice coloniale (Congo belge, 1945-1960)*.

zione i minori, prima della decisione finale del giudice del tribunale minorile. I corposi fascicoli individuali sono indicati quali vivide istantanee che catturano a un tempo sia le istituzioni nell'atto di acquisire sapere sulle personalità dei giovani e di mettere alla prova le nuove legalità, sia gli spazi di libertà, di identificazione e azione che i ragazzi stessi nella loro quotidianità avevano espresso e sperimentato (23).

L'ultima parte del volume, intitolato *Combattre l'ordre juridique genré (et racialisé)* e dedicato ai legami tra lotte per i diritti delle donne e lotte antirazziste a partire da una prospettiva gius-internazionalista, accoglie per primo il lavoro di Anne-Charlotte Martineau. Il contributo offre (con un approccio intersezionale che nella protagonista valorizza l'essere donna, nera, libera, istruita, indipendente economicamente, e femminista) un ritratto dell'attivista canadese-americana Mary Ann Shadd (1823-1893), poco nota agli studiosi di diritto, nonostante sia la seconda donna nera ad aver conseguito una laurea in legge negli Stati Uniti. Attraverso una attenta presentazione del suo pamphlet su un progetto di migrazione indirizzato alla comunità afro-americana (*A plea for emigration, or, Notes of Canada West: in its moral, social, and political aspect; with suggestions respecting Mexico, West Indies, and Vancouver's Island, for the information of colored emigrants*), la ricerca mette in luce l'apporto delle donne nere nella campagna per l'abolizione della tratta e della schiavitù e la loro lenta e tardiva inclusione nelle sfere del sapere e del potere del diritto internazionale (24).

Marion Rowekamp segue invece il dibattito sullo status giuridico delle donne nei diversi percorsi del movimento femminile internazionale con particolare attenzione al periodo compreso tra i due conflitti mondiali e l'immediato secondo dopoguerra. Il saggio mira a indagare negli scambi all'interno di questa rete transnazionale, non solo il progressivo inserimento delle donne nei nuovi organismi istituzionali e l'iscrizione della questione femminile nell'agenda della comunità internazionale, ma anche l'oscillazione, la tensione e la crescente polarizzazione delle due principali narrazioni femministe (l'affermazione della differenza e la rivendicazione della uguaglianza) e le conseguenti ricadute politico-giuridiche (25).

Infine, Sara L. Kimble permette di cogliere il ruolo degli attori non statali nella storia del diritto internazionale e delle relazioni internazionali, ripercorrendo le vicende della prima associazione femminile europea di avvocate e magistrato (*Fédération internationale des femmes*

(23) R. REVENIN, *Les jeunes « pédés » parisiens d'avant 1968, Quels parcours de vie gays dans un contexte légal hostile?*.

(24) A.-C. MARTINEAU, *Le projet émigrionniste de Mary Ann Shadd (1823-1893). Quel(s) rôle(s) pour le droit dans l'émancipation des Noir-es américain-es?*.

(25) M. ROWEKAMP, *Towards "Equality of Sexes" as a Principle in International Law*.

des carrières juridiques, FIFCJ) sorta a Parigi nel 1928 quando la maggior parte dei Paesi del vecchio continente ha da poco ammesso le donne all'avvocatura. Attraverso un efficace schizzo prosopografico delle fondatrici e delle prime attiviste che rende conto anche del contesto dominato dai regimi politici autoritari di Italia, Germania e Spagna, la storica mostra come, e con quali retoriche, l'organizzazione finse da cassa di risonanza per l'uguaglianza delle donne e la lotta alla discriminazione femminile e quali altre delicate questioni giuridiche contribuì a sollevare nel dibattito pubblico internazionale ⁽²⁶⁾.

A lettura conclusa del volume, si conferma dunque la convinzione che l'indagine storico-giuridica, anche italiana, debba proseguire nel rimettere insieme i frammenti, problematizzare le ricorrenze, individuare le varianti, inseguire i mobili confini, scoprire i giochi interpretativi, chiamare in causa i tanti nodi teorici e storici sottesi alle 'identità sessuate'; dotarsi insomma pienamente del fervore intellettuale necessario a utilizzare la categoria del genere.

MARIA SOLE TESTUZZA

Ispezioni della terribilità. Leonardo Sciascia e la giustizia, a cura di Lorenzo Zilletti e Salvatore Scuto, Firenze, Olschki, 2022, pp. 284; *Leonardo Sciascia e la storia del diritto*, a cura di Antonio Cappuccio e Giacomo Pace Gravina, Messina, Messina University Press, 2023, pp. 213.

Fra i tanti scritti apparsi in occasione del centenario della nascita di Leonardo Sciascia, i due volumi segnati in epigrafe ci sembrano particolarmente interessanti per i lettori dei *Quaderni*.

Il primo è stato promosso dalla Unione delle Camere penali, in collaborazione con gli Amici di Leonardo Sciascia; il secondo, raccogliendo gli atti di un incontro messinese, inaugura invece la collana monografica di studi di diritto destinata ad affiancare la rivista *LawArt*, ormai felicemente giunta al suo quarto fascicolo.

Si tratta di volumi diversi per autori e impostazione, eppure per più aspetti convergenti, nella loro capacità di restituire, attraverso due originali esperimenti di *Law and Literature*, la forte capacità evocativa dei temi centrali del diritto e della giustizia che la letteratura, nella sua eccezionale capacità espressiva, tipicamente possiede.

Il volume edito da Olschki appare subito al lettore come opera militante, programmaticamente rivolta a svelare « imposture e lati

⁽²⁶⁾ S.L. KIMBLE, *Political Engagement by 'apolitical' Female European Lawyers: The International Federation of Women Judges and Lawyers, 1928-1956*.

oscuri del giudicare». Raccoglie sette Letture, tenutesi in più fasi, a cavallo del centenario, tra il 2020 e il 2021, in sette diverse città d'Italia, tutte declinate a partire da alcune 'frasi-chiave' sulla giustizia, intelligentemente tratte dalle opere di Sciascia.

Viene così a snodarsi una sorta di *Lectura Dantis*, che si anima e si arricchisce, con straordinaria corallità, di piazza in piazza. Una lettura che vuole stabilire nessi, collegamenti, influenze, anche solo assonanze, tra il diritto vivente e le pagine di uno scrittore molto letto, molto amato, molto visto nelle sue tante trasposizioni cinematografiche, punto di riferimento per la coscienza civile del paese nei suoi momenti più bui, più difficili. E che viene rievocato per mettere a nudo la *terribilità* di una realtà giuridica, colta qui nel suo universo penale e soprattutto del giudizio penale, nel momento della sua applicazione giurisdizionale.

Il volume messinese testa invece in concreto, sul versante delle conoscenze storico-giuridiche, alcune delle più celebri opere dello scrittore di Racalmuto, da *Il contesto* (Stefano Solimano) a *Il Consiglio d'Egitto* (Paolo Squillacioti); dalla *Controversia liparitana* (Giacomo Pace Gravina) a *La strega e il capitano* (Loredana Garlati), da *La scomparsa di Majorana* (Elisabetta Fusar Poli) a *Morte dell'inquisitore e 1912+1* (Giovanni Chiodi), svelando uno Sciascia meticoloso nella ricerca e nell'interpretazione delle proprie fonti, particolarmente attento allo specifico giuridico e dotato di una capacità, quasi 'manzoniana', di contestualizzazione storica.

Occorre riconoscere subito che si tratta di due esperimenti perfettamente riusciti; riusciti nella capacità di tessere un dialogo non episodico tra letteratura e problematica giuridica; riusciti, infine, nella trasposizione scritta degli incontri, negli approfondimenti saggistici, che hanno conservato un tratto leggero, privo dei consueti tecnicismi giuridici, lasciando che la pagina letteraria e, nel volume di Olschki, anche il suo ricco apparato iconografico si incuneassero liberamente nel gorgo dei problemi della giurisdizione, del processo, del penale; mettendo a nudo le criticità persistenti, spingendo a riflettere sui tanti problemi aperti.

Leonardo Sciascia è stato discusso in passato e si può discutere oggi. Ma non se ne può negare la notevole capacità di evocare problemi e valori, eterni, dell'etica e del diritto; e, al tempo stesso, di farsi narratore e interprete della storia d'Italia, dei suoi nodi inestricabili, dei suoi problemi trascinati e mai risolti, da un regime all'altro.

Si legge facilmente, negli autori dei due volumi, il rammarico, che sempre di più ci coinvolge e ci angustia, sull'inesorabile venir meno di personaggi della sua caratura, sull'assenza — da vuoto pneumatico — di intellettuali del suo stampo, in grado di spingerci — oggi — a così profondi esami di coscienza.

Un presente che ancora sembra alla disperata ricerca di un equilibrio condiviso, nel momento in cui, tramite lo strumento del processo, si accerta, si valuta, si soppesa, si punisce, il disvalore del

crimine: un processo che dovrebbe essere neutro e rigidamente imparziale (*solo giudizio e formazione di un giudizio*, come ammonisce Salvatore Satta, grande letterato e grande processualista, in esergo di *Porte aperte*), ma che nel vissuto del quotidiano giudiziario si rivela un campo di tensione non sempre sufficientemente pacificato.

Quella, in particolare, del volume di Olschki non è, del resto, una lettura asettica. Al contrario, è una lettura orientata, operativa, militante, non a caso dedicata alla memoria dello storico direttore di Radio radicale, Massimo Bordin, le cui *Variazioni* su Sciascia e la giustizia chiudono l'opera. Si avverte, a ogni passo, la *vis polemica* delle Camere penali, da tempo impegnate in un vibrante contraddittorio con le Procure e gli Uffici del Pubblico ministero, per una più equa 'parità delle armi' nel contraddittorio penale. Sciascia diventa così l'efficace *livre de chevet* per gli operatori, che a quel processo partecipano, e soprattutto per gli avvocati, che in Sciascia trovano un prezioso e « inaspettato compagno di toga » (Lorenzo Zilletti). Diventa un manifesto da sbandierare di fronte ai magistrati, cui i nostri autori continuamente ricordano che il callo del giudice non deve esistere e che giudicare è tormento interiore (Nicolò Zanon); che il giudizio è questione da increduli, non da devoti; di persone in grado di porsi al riparo dagli effetti distorsivi della precomprensione, del pre-giudizio (Fausto Giunta) e che devono, quindi, esser pronte a vivere il giudicare come sofferenza (Paolo Ferrua).

Sciascia non è un giurista di formazione, ma riesce nondimeno a immergere tutta la sua opera letteraria ben all'interno dei meccanismi del potere, dimostrandosi incredibilmente addentro alla storia del penale e perfettamente consapevole di una cultura dell'inquisitorio dura a morire. Ce lo dimostrano attentamente, nel volume di Olschki, Pietro Costa e Marco Miletta. Ce lo dimostrano gli autori del volume messinese, perlustrando con attenzione i 'taccuini' dello scrittore e la sua caparbia acribia, in grado di orientarsi perfettamente nei meandri di « giurisprudenze policromi », rovistando tra le più diverse carte processuali; in grado di districarsi con disinvoltura tra regimi e privilegi feudali, Apostoliche legazie, gotiche sovrapposizioni di antico regime. Istituzioni tutte vissute come realtà storica, puntualmente svelata e descritta, ma soprattutto come metafora di un potere inestinguibile e sempre rinnovantesi nella sua insondabilità e, appunto, nella sua terribilità.

Il suo sguardo è carico (scrive con la sua consueta incisività Pietro Costa) di « irriducibile sospetto nei confronti della violenza del potere ». Quel potere che dal lontano passato continua a incombere pesantemente sul nostro presente e che dallo scrittore viene avvertito soprattutto come *arcantum*; come qualcosa di invisibile, di terribilmente resistente al diritto, alla giuridicizzazione, alla trasparenza, all'imparzialità, al contraddittorio, alla distaccata e serena cognizione, alla motivazione.

Come Sciascia scrive in *Il cavaliere e la morte*, con buona pace dei principi del garantismo, « si può sospettare che esista una segreta carta costituzionale che al primo articolo reciti: *La sicurezza del potere si fonda sull'insicurezza dei cittadini* ».

Non c'è rimedio a questo quasi orwelliano *nightmare*? Un incubo quasi destoricizzato e avulso da una precisa dimensione territoriale, che prolunga per secoli un'immagine di sempiterna inquisizione, di costante soccombenza dell'individuo al potere. Un'immagine *terribile*, appunto, resistente all'incivilimento, alle dichiarazioni dei diritti, al costituzionalismo.

E che si carica poi, per il nostro paese, del peso — insostenibile — delle sue contraddizioni e della sua storia tormentata (l'eterno fascismo, il terrorismo, lo stragismo, i servizi deviati, la criminalità organizzata, i patti tra istituzioni e malavita...) a segnare non solo una sorta di ricorrente corto circuito tra *arbitrium iudiciale* e necessità della delazione, del pentitismo, ma addirittura una pregiudiziale rinuncia alla verità, come scrive nel volume di Olschki, con giudizio di accorata severità, Gaetano Insolera, bollando l'« Italia come paese senza verità », in cui « nessuna verità » può emergere, « per i fatti delittuosi che abbiano anche minima attinenza con il potere ».

Purtroppo, c'è molto di vero in questa lettura a tinte fosche del nostro passato. Si può, tuttavia, provare a suggerire un'altra strada, non troppo dissimile da quella che sempre nel volume di Olschki percorre, muovendo da *La strega e il capitano*, il filosofo del diritto Vito Velluzzi, ricavando dal cupo pessimismo di Sciascia gli indici in positivo di una *giustizia per gli uomini*.

Riapriamo uno degli ultimi scritti dello scrittore siciliano, *Porte aperte*, pubblicato da Adelphi nel 1987. Il volume — è ben noto — s'impenna su di una terribile vicenda di sangue che colpisce l'ambiente palermitano delle professioni giuridiche in un momento di fascismo pericolosamente declinante verso il conflitto, l'ormai vicino Patto d'acciaio, *la porta aperta del Brennero*.

La vicenda criminale, però, è quasi anestetizzata, resta sullo sfondo. L'attenzione ruota tutta sul giudizio, sulla formazione del giudizio (ancora Satta), in un contesto normativo ormai segnato dalla chiusura totalitaria, dalla reintroduzione della pena di morte con il Tribunale speciale per la sicurezza dello Stato, quindi con il Codice Rocco (frutto dell'opera, per certi aspetti titanica, del guardasigilli, l'Eccellenza Alfredo Rocco, notevole commercialista; qui erroneamente identificato dallo scrittore con il fratello penalista Arturo, citato per il saggio *Su il ripristino della pena di morte*, effettivamente da questi pubblicato sulla rivista *L'impero* già nel 1926).

Errore veniale e ricorrente, che non offusca l'eccezionale capacità di Sciascia di contestualizzare ambienti e protagonisti e, in questo caso, di restituire la pervasività del regime e, parallelamente, il suo diffuso consenso, con la perla della costituzione di parte civile da parte di

Alessandro Pavolini, uomo forte del fascismo fiorentino, dalla marcia su Roma ai manganelli contro Gaetano Salvemini, sino alla Banda Carità e alle milizie nere di Salò, e al tragico epilogo dell'esecuzione partigiana a Dongo. Qui colto, dopo l'apoteosi gloriosa della guerra d'Etiopia e della squadriglia dei bombardieri Caproni, detta *La Temeraria*, nel più burocratico — ma verissimo ruolo — di Presidente della Confederazione fascista *Professionisti e artisti*.

Il colloquio finale tra il Procuratore e il piccolo giudice — « il dirlo piccolo (scrive Sciascia) mi è parso ne misurasse la grandezza: per le cose tanto più forti di lui che aveva serenamente affrontato » — toglie ogni speranza al lettore. Incombe il giudizio cassatorio della Corte di Cassazione; il successivo rinvio alla Corte di assise di Agrigento, il cui presidente è favorevole alla pena di morte; la difesa dell'imputato affidata a un avvocato di antica fede socialista. Le *porte aperte*, la 'sicurezza del potere' ben costruita sulla 'insicurezza dei cittadini', non possono che condurre alla fucilazione. Il fascismo non si redime. Di certo, non si redime dall'interno, con l'antifascismo segreto e allusivo.

Eppure, in quell'incontro finale tra il giudice a latere e quel dotto giurato, agricoltore autodidatta, formatosi nell'eccezionale biblioteca di famiglia, arrivata fortunosamente al nonno, analfabeta, in forza di un patto usurario, c'è forte il senso del « punto d'onore », della testimonianza attiva, in nome di una profonda religione civile, contro la pena di morte e il suo nefasto principio. Un « punto d'onore » tanto più alto, perché assunto in un paese in cui un certificato di malattia, che eviti di ricoprire l'incarico di giurato, non si nega a nessuno.

Sciascia non approfondisce. Come già ne *Il contesto*, in cui, il Presidente della Corte suprema, Riches, conosce a memoria gli scritti di Voltaire sul caso Jean Calas, ma per confutarli, mostrando « il più assoluto scetticismo nei confronti della giustizia » (Solimano), Sciascia anche in *Porte aperte* non è intimamente disponibile a verificare la possibilità di un racconto in positivo della questione penale. Ma questo racconto c'è, esiste, e — come meglio di me sanno gli autori recensiti — possiede nella penisola una sua, ragguardevole, storia intellettuale.

Livorno, Marco Coltellini, 1764. Non è solo il Beccaria, celebre, della dolcezza delle pene, artefice della prima (e a lungo isolatissima) grande teoria abolizionista; è il Beccaria del principio di offensività, del bene giuridico, del fondamento del diritto di punire, nel rovello tra punizione e garanzia dei diritti, della pena strettamente e evidentemente necessaria, legittima solo se colpisce una lesione effettiva e profonda del vincolo sociale, con tutte le sue celebri conseguenze operative. Tanto importanti perché, senza Beccaria, non si scrivono gli articoli penalistici — quasi una metà dei 17 complessivi —, della dichiarazione dei diritti del 1789. Un Beccaria preso a modello, ancor prima, dalla Leopoldina del 30 novembre 1786, non a caso ufficialmente proclamato giorno della festa della Toscana.

E seguito poi dalla grande *penalistica civile* (nell'icastica definizione di Mario Sbriccoli) di Giovanni Carmignani e Francesco Carrara (due altri toscani), di Enrico Pessina, di Luigi Lucchini, protagonisti tra il Codice penale toscano del 1853, il rinvio dell'unificazione penale nel 1865 e il Codice Zanardelli del 1889, di una lunga stagione di inciviltà, sino al Giacomo Matteotti penalista, ricordato in *Porte aperte*, e soprattutto agli articoli penalistici della costituzione del 1948, per arrivare alla riscrittura dell'art. 111 nel 1999 e alla legge costituzionale n. 1 del 2007 che, modificando l'art. 27 della Costituzione, bandisce definitivamente la pena capitale dall'ordinamento italiano.

Un altro penale, quindi, non solo è possibile, ma è profondamente calato nel pensiero giuridico italiano. Una religione civile, appunto, da valorizzare, facendo nostri gli apologhi, amari e disincantati, di Leonardo Sciascia sul potere. Altro problema, certo, se tra pensiero e azione, tra progetto e realtà, ancora oggi il discrimine resta profondo, a partire da un insostenibile, ma insistente e insidioso, pan-penalismo; da un modello accusatorio mai completamente realizzato; dalla patologica durata dei processi; e, soprattutto, da un indecente sistema carcerario.

Un motivo in più per tornare a leggere Sciascia, come i nostri appassionati curatori, da prospettive diverse, così convincentemente ci invitano a fare, per aver chiara quale deve essere l'agenda di lavoro e quale il programma di intervento.

BERNARDO SORDI

SILVIA NICCOLAI, *Principi del diritto, principi della convivenza. Uno studio sulle « regulae iuris »*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2022, pp. 1-1009.

1. *Un Libro 'libero'. Principi del diritto, principi della convivenza* è un libro libero che, contro i saperi disciplinari, attraverso la filosofia del diritto e la teoria costituzionale, la storia del diritto e, nel diritto positivo, il diritto privato e il diritto costituzionale. È metodologicamente coerente con l'idea, fondativa, che il diritto è una realtà che ha le sue radici nella realtà dell'uomo, unità di corpo e mente, di ragione e sentimento. Se, infatti, il diritto non è tecnica, *ars, poiein*, fare tecnico-produttivo e costruito convenzionale, ma è *praxis*, agire, sapere pratico dell'uomo prudente, dell'Io agente morale, l'unità di questo determina l'unità, ontologica ed epistemologica, del suo diritto e della sua scienza. In pari modo, è consentaneo alla concezione delle *regulae iuris* dell'interpretazione secondo equità: la cifra narrativa di un diritto erratico quale sono le regole sparse, aperte, è proprio l'immunizzazione dalle classificazioni e dai dualismi.

Non significa che sia un libro metodicamente sincretico. Il suo punto di vista è rigorosamente interno al diritto, senza concessioni alle mode del momento della integrazione e della contaminazione tra il diritto e l'altro, che, al contrario, disconoscono la razionalità giuridica e oscurano l'autonomia della scienza del diritto rispetto alle scienze sociali. Non è, però, un libro di diritto chiuso, auto-fondato ed auto-referenziale: muove, al contrario, dall'idea che il diritto è geneticamente la sua apertura all'essere, da cui emerge il dover essere, perché il diritto è scienza dell'azione umana, quindi, è fin dalla sua origine aperto alla vita, alla realtà, all'esperienza degli uomini. In un certo qual modo, è come se il diritto in sé fosse, da sempre, interdisciplinare.

Ma resta, soprattutto, un libro di teoria e diritto costituzionali, un po' perché chi scrive non saprebbe come altro leggerlo, un po' perché lo è intrinsecamente, costitutivamente. Rinvia a una concezione contenutistica, sostanziale, del diritto come limite all'arbitrarietà e contingenza del Potere e ne trae precise conseguenze normative nella teoria dell'interpretazione, della applicazione e della attuazione della Costituzione.

Non vi è argomento che non sia premessa o conseguenza di altri argomenti. Tutto si tiene. Per questo non lo si può leggere saltabacando qua e là, pena la sua incomprensione.

2. *Regole e principi: storia di un fraintendimento.* Leggendolo all'indietro, dalla 'firma' del costituzionalista, che viene performativamente apposta alla fine del documento che, però, fin dal suo inizio, dal suo titolo, *Principi della convivenza*, la presuppone, l'intuizione è che nel diritto costituzionale la relazione tra regole e principi, se correttamente intesi, ovvero in senso topico, non sia di alterità, ma di identità: non ha ragione né il costituzionalismo garantista né quello principialista perché le regole sono principi del diritto e né le une né gli altri sono norme, con o senza fattispecie, rigide o flessibili.

L'origine del fraintendimento è l'incontro mai avvenuto della scienza del diritto costituzionale con le *regulae iuris*. Sulla scia del vichismo giuridico e del realismo classico, il Libro recupera le *regulae iuris*, i principi di diritto, intesi alla maniera topica dell'interpretazione secondo equità del diritto privato, come manifestazione di un diritto prudente, coscienziale, *kairotico*. Nella tradizione del diritto romano e della sua recezione nel diritto comune, a partire dal *Corpus iuris* giustiniano e dalle sue glosse, le *regulae iuris* sono principi di diritto. Ma le *regulae*/principi — lontano dal modo di intenderli prevalso nella dottrina costituzionalistica — non sono l'equivalente funzionale della norma prescrittiva. La *regula*/principio si trae dal fatto e non dalla legge, ma non è il fatto, perché ne è una qualità immanente situata nelle circostanze e nelle singolarità. È il dover essere che emerge dall'essere, contro i dualismi, propri del normativismo, tra valore e fatto, cultura e natura, mente e corpo, pensiero e materia, senza però ridurre, al modo dei pragmatisti e realisti, il diritto al fatto, perché la sua fondazione

soggettiva e morale è in lotta con la riduzione del diritto a esercizio di potere. Ma poiché il fatto, con la sua *qualitas*, è la ragion d'essere della regola, questa è *rerum enarratio*, è ricognitivo-dichiarativa e non prescrittivo-costitutiva. La funzione della *regula*/principio non è eziologico-causativa ma è argomentativa e giustificativa. Le regole sono, quindi, narrative, perché il diritto è retrospettivo, è reminiscenza e ritorno ad acquisizioni del passato. Detto diversamente, le *regulae iuris* non producono il diritto, non sono causa del diritto, ma contengono ciò che è già diritto, ciò che nelle singolarità si ripete. Ogni regola racconta una cosa, espone un fatto, affinché dal diritto quale è sia fatta la regola, secondo la formula paolina *ex iure quod est regula fiat*. Sta dalla parte opposta della regola intesa come ragione e guida per l'azione, che deve essere seguita indipendentemente dalle ragioni sottostanti. La *regula* è 'sensibile' alla vita, ai fatti concreti, ma non è contingente né scettico-relativista: poiché appunto non costituisce il diritto ma deriva dal diritto che è la qualità di un fatto e poiché la natura umana è sempre la stessa, le *regulae iuris*, seppure flessibili al modo del 'regolo' lesbio, sono costanti, sono principi intertemporali del diritto. La loro fonte e, quindi, la fonte del diritto è l'equità, in cui 'vive' la congiunzione tra il fatto e il diritto. Non si tratta, però, dell'idea di un diritto 'mite' *ante litteram*. L'equità delle *regulae* non è l'equità oggettiva, rinascimentale, la *aequitas benignitas*, la prudenza e ragionevolezza che discende dalla benevolenza delle istituzioni in nome di interessi generali e che contempera il rigore della legge scritta adattandola alle circostanze di tempo e luogo, a fattori esogeni. Nell'equità della tradizione, invece, non vi è contrapposizione tra *rigor iuris* ed *equitas*, tra uniformità, rigidità e prevedibilità della regola e fluidità, tra regola ed eccezione, tra diritto comune e vecchio e diritto singolare e nuovo. La *ratio* della regola è, infatti, l'*aequitas/aequalitas*, che eguaglia e differenzia e, pertanto, privilegia l'eccezione, la negazione e la refutazione, che perpetuano l'apertura della ricerca della regola. È l'equità soggettiva della giurisprudenza scolastica, come *naturalis ratio* che promana dalla vita e impone un rapporto non arbitrario con la realtà, come istanza di *proportio* tra le componenti dei fatti, che fa giustizia della realtà, come ricerca della reciprocità e della giusta misura in ogni specifico rapporto e dell'eguaglianza nelle cose. L'equità dell'*interpretatio* è, in altri termini, la moralità intrinseca del diritto, che chiama in causa l'uomo come agente morale che si chiede, con le proprie virtù innate del giusto e del vero, come meglio agire in un contesto dato. L'equità non è diritto scritto, ma è esperienza, tradizione, oralità, che è valida ancora prima di essere costituita in legge perché esprime la 'natura delle cose'.

Il moderno, però, ha perduto quella maniera antica di pensare le regole/principi. È stato, prima, il pensiero critico, matematizzante, sistematizzante, razionalistico, la tradizione colta di Jean Domat e dintorni e, poi, da lati opposti, il giuspositivismo e la Scuola storica del diritto a trasformare, evolucionisticamente, la *regula* in norma/legge,

secondo una concezione eteronoma della regola, che sottende un legislatore che si rivolge ad una comunità e i principi generali del diritto in prescrizioni dotate di superiorità normativa, ma perciò stesso a ridurli a premessa di un sillogismo dimostrativo, a generalizzazioni e astrazioni delle disposizioni particolari del codice o a deduzioni dalla logica del sistema del diritto positivo. Va allora da sé che si sia pensato che il modo per prendere sul serio la Costituzione repubblicana fosse, con Crisafulli, quella di fare dei principi delle norme e, a catena, delle norme superiori alle altre. Le *regulae iuris* della tradizione topica o i principi generali del diritto (privato) erano il pericolo da scongiurare: l'assimilazione dei principi costituzionali a *regulae* ne avrebbe fatto formule vuote, pensieri o meri consigli e avrebbe svalutato la Costituzione, appena nata, a favore del Codice e della tradizione. Così, nella dottrina costituzionalistica i principi costituzionali diventano l'indirizzo politico, il punto di vista governante e pubblico, tradotto in norme programmatiche, a loro volta intese come norme precettive. Né ha modificato di molto i termini della questione la grande divisione tra *rules* e *principles* in Dworkin e negli epigoni. Seppure, infatti, Dworkin sia ascrivibile all'*Aristotelian turn*, presuppone una concezione moderna della regola come norma, come decisione precostituita che assorbe in sé la morale, con una fondazione eteronoma del precetto di diritto/morale, e dimentica la dimensione dialettica della regola. Ma neppure la sua idea di principio è quella propria dell'interpretazione secondo equità: il *principle* è un requisito di giustizia o di equità o di qualche altra dimensione della morale, ma guarda al fatto come espressione di bisogni sociali e, quindi, appartiene all'idea anti-topica di *regula*, al pari di quella accolta dal positivismo. Ma così si nega che il diritto abbia propri principi e per questo la tesi di Dworkin non è una vera alternativa al normativismo. È la medesima idea che, nell'accettazione della dicotomia meccanica tra principi e regole, lega i difensori degli uni ai difensori delle altre, il costituzionalismo principialista a quello garantista. In estrema sintesi, sono due costituzionalismi, ma un solo strumentalismo, perché entrambi presuppongono una concezione normativa delle regole e dei principi: la distinzione tra le une e gli altri è sempre una differenza, quantitativa e non qualitativa, tra equivalenti funzionali, ove la regola è rigida e si deduce e il principio è flessibile e si argomenta.

3. *Lo scacco matto delle regulae iuris. La Costituzione-regola.* Il Libro apre ad un altro diritto costituzionale possibile. La mossa che mette sotto scacco la Costituzione-norma, sia essa la Costituzione delle regole o quella dei principi, è la Costituzione-*regula*, ove la regola è principio di diritto. La mossa è possibile perché la Costituzione non è di qualità differente rispetto al Codice, così quello che vale per questo vale per quella. È stata, infatti, la separazione tra legalità ordinaria e legalità costituzionale a rompere con la tradizione di diritto comune e con l'idea che il diritto possieda principi propri ed a stabilire una certa

gerarchizzazione tra la giustizia di tutti i giorni, propria della legge e la giustizia del giorno del giudizio, propria della Costituzione. Al contrario, l'isonomia dell'*ordo iudiciarius*, la parità tra le parti, tra governanti e governati, implica l'idea che il diritto costituzionale non è ontologicamente e logicamente diverso dal (e assiologicamente superiore al) diritto privato, non è aristocraticamente separato dal resto dell'esperienza giuridica comune, di cui è casomai il riflesso e non l'enciclopedia, e, quindi, il metodo della scienza costituzionale non deve essere diverso da quello della scienza giuridica. È la storia della regola, nell'interpretazione secondo l'equità medievale, che porta all'indistinzione tra diritto privato e diritto pubblico. I problemi costituzionali non hanno uno *status* diverso da quelli della vita del diritto ordinario, sempre connessi all'evitamento dell'abuso, dell'applicazione ingiusta di una legge giusta. A cascata, l'applicazione dell'individualismo delle regole alla Costituzione conduce a interpretazioni che colgono la verità e la giustizia che vive nei fatti degli uomini, a loro volta fondamento e limite del momento pubblicitico e aprono, contro la *Naturrechtspohbie* della dottrina pura del diritto, il diritto costituzionale alla vita dell'uomo comune. La proposta metodologica è l'interpretazione della Costituzione secondo l'equità come *proportio* che sostanzia le *regulae iuris* e che non riguarda solo i rapporti privati, ma la cui istanza di reciprocità ha una proiezione attiva, pubblica, nelle relazioni tra autorità e libertà. Ne è un esempio l'interpretazione isonomica della Costituzione economica sostenuta nel Libro, secondo la logica privata, soggettiva, della reciprocità, ove l'utile soggettivo è anche giusto, contro la logica pubblica, governante, artificiale, della giustizia distributiva e del programma economico.

E, recuperata l'unità tra diritto pubblico e diritto privato, se si apre l'interpretazione della Costituzione ai principi generali del diritto e così alla matrice spirituale, interiore, del diritto, i principi fondamentali della Costituzione, liberati dall'ipoteca sia giusrazionalista e giuspositivista che storicista della Costituzione-norma e considerati principi alla maniera antica, *regulae iuris* e non regole-norme, diventano il segno dell'effettività delle esigenze interne al diritto e non fonti/fini eteronomi del diritto. È una interpretazione della Costituzione che vuole essere puntello della sua validità, normatività e rigidità in nome della realtà del diritto, che è in sé stesso sistema, in quanto riposa su principi propri e che ha una moralità e normatività immanenti, costanti, imperiture, indipendenti dall'arbitrarietà e contingenza del Potere e della Storia, dalla datità delle norme legislative e giurisprudenziali o dallo spirito volatile dei tempi. La validità dei principi costituzionali è, cioè, assicurata non tanto dalla fonte-atto Costituzione, abrogabile, quanto dalla logica del diritto, che è sempre la stessa e non è abrogabile, alla stregua della natura umana da cui deriva.

A catena, se si interpreta la Costituzione secondo le *regulae iuris* e se la fonte delle *regulae* e del diritto è l'equità, la norma di ricono-

scimento del diritto valido non sembra (solo) la Costituzione scritta, ma (soprattutto) l'equità. Come l'equità della tradizione viene prima della legge scritta, dell'equità *constitutiva*, così l'equità applicata alla Costituzione pare spezzare la coincidenza normativistica tra norma definitiva di riconoscimento del diritto e norme sulla produzione delle fonti del diritto.

4. *Legge, giurisdizione e scienza giuridica*. Le conseguenze normative in punto di concezione materiale della legge e della giurisdizione (ordinaria e costituzionale) sono significative.

Contro l'idea di artificialità, normatività, imperatività e gerarchia del diritto, il diritto non è il prodotto autoritario e contingente del potere e lo specchio della società, degli Interi, del tutto, ma è innato e auto-nomo: è lo sviluppo di una matrice fondamentale, la *naturalis ratio*, la mente umana che, con accenti vichiani, si impegna nell'opera di fare questo mondo civile. Sostiene la preferenza per l'ordine spontaneo delle concrete relazioni individuali e l'avversione all'ordine pubblico pianificato. Ma se il diritto è innato nelle cose, percepite, sentite e lette dagli uomini, il diritto è esperienza giuridica, che è valida ancora prima di essere costituita in legge. È un diritto della situazione concreta che si è creata. È un diritto meno potente del diritto 'posto', prodotto, ma più vero e prudente, che si chiede come meglio agire in un contesto dato, con una prevalenza della descrizione sulla prescrizione. È conseguente la critica della riduzione del diritto alla fenomenologia della legge, alla deliberazione intenzionale che produce diritto. E, in ogni caso, la propensione è per una concezione materiale di legge quale atto di ragione e non di volontà, per un diritto narrativo e non determinativo della realtà, perché il diritto viene dopo l'esperienza che l'uomo ha fatto della realtà osservandola e vivendola: diversamente verrebbe meno il fondamento umano del diritto.

Nel passaggio alla concezione di giurisdizione, non ne deriva una concezione fonografica della giurisdizione, ma l'esito non è il creativismo giudiziario, la giurisdizione senza legislazione, il caso o, ancora meno, il fatto che diventa norma, che vale e crea diritto. Il diritto, infatti, è vuoto e contingente sia che dipenda dalla volontà di un legislatore eletto, sia che dipenda da un giudice interprete dello spirito dei tempi. A limitare l'arbitrio dell'interprete, come quello del legislatore, vi è la logica del diritto, il diritto sapienziale costruito dal basso, dall'esperienza, sedimentatasi nel tempo, del senso comune e del verosimile di una scienza giuridica che non è custodita da tecnici e specialisti, ma è sapere comune a tutti e, al fondo, dell'uomo semplice che è capace di dire qualcosa dell'esperienza e di orientare l'azione. Il ruolo della Scienza giuridica converge nel de-potenziamento della legge ma non è signoria del giudice: la legge, il diritto statuito, non può pretendere di porre *ex novo* il diritto, tanto meno può contraddirlo, poiché questo trova la sua fonte e la sua misura non nei comandi del legislatore, ma nel sapere teorico-pratico della scienza giuridica e, così, se l'appli-

cazione della legge, nel suo principio generale porta a conseguenze assurde, deve eccettuarsi; la scienza giuridica, che è sapere collettivo, tramandato, però, limita, al contempo, la volontà del giudice.

La teoria dell'interpretazione è conseguente. Non può essere una proposta interpretativa testualista, perché l'esperienza giuridica ha la meglio nella contesa con l'intenzione del legislatore storico e con la volontà chiara e distinta della legge scritta. Però, non riduce la validità ad effettività e non converte la disposizione nella norma, secondo il diritto casistico, come tale *unruly*. L'interpretazione coinvolge due termini, il diritto e il fatto, il testo e il problema: non vi è una regola-norma e, separato, un fatto, ma la *quaestio iuris* nasce dalla *quaestio facti*, dalla qualità del singolo fatto in cui la generalità deve perdersi. Il fatto non è la mera fattispecie della norma ma è, con le sue qualità, ciò che le fa problema: è il fatto, con i suoi elementi circostanziali, che segnala la regola rilevante, pertinente, appropriata. L'esito, mai predeterminabile, è la tensione tra la lettera e lo spirito, che sola consente la ricerca di un corretto rapporto tra le parole e le cose, tra le regole e il fatto e, quindi, la razionalità e 'sensatezza', in senso proprio, dell'interpretazione.

Da qui possono intuirsi le ulteriori conseguenze che ne derivano nel metodo del ragionamento pratico, giudiziale, e via dicendo. Ma non soddisferemo qui la curiosità del lettore, che potrà trovare conferma delle proprie intuizioni accedendo direttamente, senza mediazioni rappresentative, al testo.

Laura Buffoni

Orlando Roselli, *Riforme costituzionali. Alla ricerca di una strategia riformatrice condivisa*, Firenze, Passigli, 2023.

Questo volumetto di Orlando Roselli, costituzionalista inquieto e instancabile paladino degli studi interdisciplinari, contiene un ammonimento e, sottovoce, un grido di dolore. L'intento dell'autore è ricordare che in una società plurale, conflittuale, mobile, in continua metamorfosi e aperta a rischi difficilmente calcolabili, la crisi delle tradizionali istituzioni pubbliche è endemica e può essere affrontata soltanto partendo dal presupposto che « un sistema democratico funzionante si caratterizza per la sua *elasticità*, nella congenita predisposizione ad adattarsi ai mutamenti » (p. 24, corsivo nel testo). In tale contesto, sottolinea Roselli, le riforme costituzionali non possono essere improvvisate da « conoscenti pasticcioni » (p. 15), né emergere da scontri politici in cui le maggioranze cercano di imporre con i numeri progetti che le opposizioni, dal canto loro, rifiutano in linea di princi-

pio. Come sta avvenendo — qui è il sottaciuto grido di dolore — nel coacervo di vanterie, minacce, anatemi e vaniloqui, che ispira in Italia molti dibattiti sugli emendamenti costituzionali proposti o auspicati.

Intervenire su una costituzione implica conoscere approfonditamente il contesto sociale e le ragioni delle crisi da cui scaturisce la necessità di riformare, e su questa conoscenza commisurare i progetti di cambiamento, tenendo conto al tempo stesso delle potenzialità e dei limiti dello strumento normativo. Ciò, a sua volta, comporta disponibilità al confronto razionale su proposte meditate. In una parola, occorre darsi un *metodo*, più precisamente un *metodo condiviso*, che in effetti Roselli propone in queste pagine, ispirandosi alla lezione di Paolo Grossi (alla cui memoria il libro è dedicato) e ricordando — esempio a mio parere mai abbastanza lodato — il processo storico da cui scaturì la Carta costituzionale fra il giugno 1946 e il dicembre 1947. I conflitti politici erano allora vivissimi, poi incandescenti dopo l'esclusione dal governo di socialisti e comunisti, eppure prima la Commissione dei 75 e poi l'aula, chiamate spesso a scelte molto divisive, seppero separare l'ordinaria attività politica e legislativa dalla formazione del testo costituzionale, a cui tutti i partiti concorsero nella comune consapevolezza che si trattava di rifondare lo Stato nell'interesse generale, al di sopra delle fazioni.

Coerente con l'intento appena ricordato, Roselli parte da premesse ferme che occorre sottolineare. Primo, la nostra Costituzione fissa principi fondamentali di libertà e democrazia da cui non si può prescindere; secondo, una volta rispettati tali principi, il testo vigente non è intoccabile, giacché gli anni Quaranta appartengono ad una ben diversa epoca sociale, economica e politica, e infatti — ricorda — è stato più volte emendato; terzo, il Paese ha bisogno di un quadro costituzionale che permetta di riequilibrare i rapporti fra i poteri pubblici, e fra questi e la cittadinanza. In questa cornice l'autore identifica problemi più che avanzare proposte di soluzione (salvo su alcuni punti non secondari, come vedremo) e raccomanda alla classe politica di partire da quelli meno divisivi per mettersi a discutere senza « bandiere ideologiche » e scelte dicotomiche fra modelli preconcepi e semplificati all'osso, ignorando che nella pratica ognuno di essi presenta una sua intrinseca complessità.

È tipica la posizione assunta dall'autore di fronte al presidenzialismo che, dice giustamente, si presenta in forme diverse e con diversi gradi di efficienza in tempi e modi a lor volta differenti. Brandirlo come esempio di purissima democrazia o respingerlo *in toto* come anticamera del totalitarismo non ha alcun senso, e in effetti i presidenzialismi rispettivamente francese, nord-americano o latino-americano non solo differiscono fra loro, ma ognuno di essi ha vissuto e probabilmente vivrà stagioni diverse anche quanto a democraticità. Il volumetto non si è potuto soffermare su quella versione di presidenzialismo che si suol definire 'premierato', proposto dal governo italiano a pubblicazione già

avvenuta, ed è un peccato, anche se è forse immaginabile (nella sostanza, magari non nei dettagli) la risposta di Roselli: altro è il premierato del *prime minister* britannico, che al sovrano deve solo inchini ed esercita i suoi amplissimi poteri rispondendo al proprio partito ancor prima che al Parlamento, altro il premierato tedesco, dove un presidente federale detiene poteri di proposta e garanzia mantenendo anche verso il cancelliere una posizione sovraordinata meno formale di quella di un re, altro ancora il premierato che — per quel che ne sappiamo — si cerca di instaurare in Italia, che porrebbe il presidente della Repubblica, spogliato del ruolo di arbitro assegnatogli dai costituenti, in posizione subalterna rispetto a un primo ministro inamovibile anche in caso di crisi politica. È ben chiaro che ognuna di queste forme va valutata alla luce sia delle esperienze storiche sia, soprattutto, del contesto in cui andrebbe ad inserirsi.

Ugualmente « sospesa » è la posizione che Roselli assume di fronte ad altri dilemmi del tempo presente, continuamente discussi a partire da posizioni contrapposte, ritenute non negoziabili dalle parti in causa. Cito per esempio il « regionalismo differenziato ». Trattato con discernimento, senza devolvere risorse da una regione all'altra ma attingendole dallo Stato al fine di incentivare « buone pratiche » locali, potrebbe forse servire a scongiurare una possibile « crisi di sistema » (p. 86), sebbene sia da considerare anche l'opportunità di ritrasferire allo stato competenze attualmente riservate alle regioni. E cito soprattutto la riforma della giustizia, tema che ci affligge da più di trent'anni con una veemenza che trova pochi riscontri in altri Paesi (in particolare negli Stati Uniti dopo i gravissimi fatti del 6 gennaio 2021). Qui Roselli prende atto delle storiche inefficienze del sistema giudiziario e ne scorge le cause non soltanto nei suoi assetti organizzativi e gestionali, ma anche — sottolinea — nel « trasformarsi profondissimo dei processi di strutturazione degli ordinamenti giuridici », di fronte al quale occorrono « meccanismi di contenimento delle variabili interpretative » (p. 64). È un tema delicatissimo, questo, tanto più se lo solleva un giurista alieno dal formalismo legalistico come Roselli, che infatti lo trasferisce sul terreno della cultura giuridica « chiamata a rinnovare categorie, principi, istituti giuridici, contribuendo a creare il necessario collante dell'ordinamento giuridico » (p. 65). Così pure, su altri problemi politicamente caldi, come la separazione delle carriere fra magistratura requirente e giudicante, il correntismo nell'Associazione magistrati e i suoi riflessi sul Consiglio Superiore della Magistratura, l'obbligatorietà dell'azione penale, l'autore registra i contrasti sempre vivi, ne denuncia la sterilità e suggerisce un approccio dialogante, immune dalle contrapposizioni di principio e comunque attento alle contraddizioni insanabili su cui tutti dovrebbero convenire: per esempio, osserva che obbligare il Pubblico Ministero ad esercitare l'azione penale di fronte alla miriade di notizie di reato è come prescrivere per legge che « gli elefanti devono volare » (pp. 73-4).

Altre questioni sollecitano Roselli a posizioni più decise. Rimanendo nel campo della giurisdizione, è palese il suo tormento di fronte alle intercettazioni, che giustamente affronta alla luce di quei principi costituzionali da cui non si può deflettere. Qui il conflitto tra diritti fondamentali — da un lato la riservatezza della corrispondenza e delle comunicazioni, dall'altro la libertà dell'informazione (attiva e passiva) e la necessità di prevenire i reati e scoprirne gli autori, cosa essenziale alla sicurezza pubblica, è palese e di ardua soluzione attraverso fattispecie normative astratte e generali (tanto più, direi, quelle costituzionali). È costituzionalmente possibile, ed entro quali limiti, circoscrivere il diritto di cronaca? Roselli, con visibile fatica, dice di sì, pensando alla « invasività totalizzante » delle intercettazioni, che una volta divulgate colpiscono con effetti duraturi anche soggetti diversi dagli inquisiti, e sostiene, al riguardo, che nessuna categoria, quindi nemmeno quella giornalistica, può considerarsi al di sopra della legge. Sono osservazioni condivisibili, che peraltro la casistica sfida continuamente: come porsi, per esempio, di fronte al notissimo caso Assange, che fuoriesce dalla dimensione nazionale come del resto, e sempre più, ogni invasione della cronaca nella sfera della segretezza pubblica e anche privata?

Su due punti in particolare il libro contiene proposte riformatrici precise.

Segnalo anzitutto, ancora in materia giurisdizionale, la difesa della legalità, tema che, anch'esso, viene ricondotto alla sua sede naturale della costituzionalità. Dice Roselli: « Dimostrino le forze politiche di credere nel principio di legalità » (p. 59), mettendo il dito su una piaga che è generale (le fazioni politiche usano pretendere rispetto della legalità dagli avversari e ritagliare per sé ampi spazi di illegalità), ma di cui l'autore tratta un punto nevralgico, poco discusso in teoria e ignorato in concreto: quello del sistema penitenziario, dove « è evidente la radicale sistemica violazione della legalità costituzionale » (*ibidem*). Osserva infatti la grave discrasia fra « la statuizione legislativa astratta della pena e la definizione legislativa degli standard detentivi » (p. 60). Queste due sfere — afferma — devono convergere sino a sfociare in una previsione costituzionale che, integrando l'art. 27 della Carta, regoli esplicitamente la quantificazione della pena detentiva, « risultante dal rapporto tra il numeratore legislativo della durata temporale ed il denominatore legislativo degli standard detentivi » (p. 61). Formulata in questi o altri termini, è certamente tempo che si intervenga a correggere una stortura così evidente.

Nettissima, poi, è la presa di posizione di Roselli a favore del monocameralismo. La questione è antica. Anche un inveterato ammiratore della Costituzione italiana, come chi scrive, ritiene da sempre che il bicameralismo, anche indipendentemente dal suo essere perfetto o imperfetto, sia in Italia un elemento di debolezza, foriero di effetti nocivi per il funzionamento del sistema politico. I costituenti non ebbero il coraggio di toccare il modello configurato sulla monarchia sabauda e mantenuto

in vita durante il fascismo (quando in effetti solo dal Senato di nomina regia si levava ogni tanto una flebile voce critica) e si limitarono ad istituire fra le due Camere differenze di facciata subito scomparse. Roselli ha ragione, non solo nel denunciare i vizi del bicameralismo (raddoppio o triplicazione dei tempi decisionali, maggioranze più contingenti, abuso della decretazione d'urgenza, leggi prodotte affannosamente, ecc.), ma anche nel ricordare con chiarezza che esso si giustifica solo nei regimi effettivamente federali, dov'è necessario salvaguardare la voce degli stati piccoli a fronte dei grandi, onde evitare scontri cruenti e spinte secessioniste. Ritiene altresì che la recente riduzione del numero dei parlamentari sia sintonica con l'istituzione di una sola camera composta da tutti i seicento membri attualmente suddivisi fra le due esistenti, e che questa soluzione possa sopperire alla perdita di centralità di cui il nostro Parlamento, come altri, soffre da tempo rispetto a soggetti sempre più invadenti, istituzionali o meno. Il monocameralismo dunque è una strada certamente raccomandabile, anche se resta sul tavolo la naturale capacità di resistenza delle istituzioni, seppure diventate inutili. Non solo il progetto Renzi del 2016, d'altronde mal pensato e peggio scritto anche sul punto specifico, naufragò nel referendum confermativo, ma si ricorderà che Tony Blair, insediandosi come primo ministro laburista nel 1997, propose fra l'altro proprio una radicale riforma della House of Lords, ma la questione, a parte alcuni interventi non irrilevanti, è tuttora aperta.

Come già accennato, il libro di Roselli inizia sottolineando gli elementi di complessità delle società post-moderne e raccomandando di considerarli come dati di fatto, senza temerne gli aspetti problematici, ma anzi apprezzandoli nella loro potenzialità. In particolare il conflitto sociale — dice benissimo — se lasciato esprimere e governato con saggezza è un elemento positivo che giova allo sviluppo e al benessere di una democrazia; e così pure tutte le pluralità sociali e politiche, al conflitto strettamente correlate. Continua poi raccomandando un confronto aperto e razionale fra le più diverse opinioni, magari aspro ma non preconcepito, anch'esso elemento portante della democrazia. E termina, direi *naturaliter*, immaginando che le sue tesi siano accusate di ingenuità. A ciò contrappone che la via opposta — l'irrazionalismo, le reciproche scomuniche, l'indisponibilità al confronto — porta fatalmente verso la degenerazione e la crisi di una democrazia. Da questo punto di vista sarebbe difficile dar torto all'autore non solo sul piano degli auspici e non riconoscere che la via che indica è l'unica fruttuosa. Il dubbio, nel concreto, risiede sulla capacità effettiva delle società odierne, compresa la nostra, di resistere alle pulsioni irrazionali che sempre più sospingono verso soluzioni apparentemente semplici — il/la governante « forte », la concentrazione in poche mani dei poteri decisionali, l'esclusione o la marginalizzazione dei « diversi », eccetera. Come antidoto a questa possibile deriva, Roselli rivendica in più punti il ruolo della scienza e della cultura, cui la politica dovrebbe attingere, ma bisogna purtroppo fare i conti con un mondo, non solo in Italia, che

dileggia sempre più la scienza oltre i limiti della sua naturale fallibilità e ai vecchi schemi culturali non ne ha ancora sostituito di nuovi, altrettanto elaborati. Tenuto conto di ciò, in ogni caso, il dibattito deve continuare ed è bene che Roselli vi abbia apportato questo contributo agile e provocante.

VINCENZO FERRARI

Discussioni

Discussione su

MASSIMO LUCIANI, *Ogni cosa al suo posto. Restaurare l'ordine costituzionale dei poteri*, Milano, Giuffrè, 2023.

ENZO CHELI

Il senso di questo libro, ultimo lavoro di Massimo Luciani, traspare chiaramente dal suo titolo (*Ogni cosa al suo posto*) e ancora più chiaramente dal sottotitolo (*Restaurare l'ordine costituzionale dei poteri*).

Rimettere le cose al loro posto e restaurare l'ordine costituzionale dei poteri significa riportare in equilibrio e ridare forma ad un'esperienza costituzionale come la nostra che da qualche tempo — nella visione dell'Autore — sta scivolando pericolosamente verso il disordine.

Ma in cosa consiste questo disordine? E qual è l'ordine che di contro va restaurato? E che fare per restaurarlo?

Per dare una risposta a queste domande Luciani articola questo suo lavoro in tre parti.

Una prima parte, la più generale, è dedicata alla scienza giuridica ed alle nozioni di diritto, di ordine e di limite. Se nel diritto si trova la base della convivenza sociale, alla base della convivenza c'è l'ordine ed alla base dell'ordine la legge, cioè il complesso di regole giuridiche che distribuiscono potere e competenze tra soggetti diversi a garanzia della libertà dei singoli e dei corpi sociali. La separazione dei poteri rappresenta pertanto la base del costituzionalismo moderno, che trova il suo primo richiamo nell'art. 16 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789 dove si afferma che la società che non garantisce i diritti insieme con la separazione dei poteri non ha una costituzione.

Nella seconda parte di questo libro Luciani traccia la mappa del disordine e degli sconfinamenti tra i poteri dello Stato che si sono manifestati e seguitano a manifestarsi nel passaggio storico tra lo Stato di diritto e lo Stato costituzionale, cioè nel corso di quella vicenda del costituzionalismo moderno che si è sviluppata dopo il secondo conflitto mondiale ed è tuttora in corso.

Per quanto concerne il nostro sistema il disordine investe sia la funzione di produzione della legge, sempre più condizionata dalle invasioni del potere esecutivo, sia la funzione di applicazione della

legge, sempre più condizionata dal protagonismo di un potere giudiziario (costituzionale e ordinario) che tende a esondare nella sfera politica del potere legislativo. Questi sconfinamenti della giurisprudenza vengono solitamente giustificati con un richiamo a valori costituzionali che andrebbero realizzati anche a costo di forzare il testo della legge. Una tendenza che porta allo sviluppo di quella giurisprudenza creativa che Luciani critica severamente dal momento che, a suo avviso, il rapporto tra legislazione e giurisdizione non dovrebbe svolgersi sulla base di un bilanciamento tra valori (tra il valore del diritto e quello della giustizia), bensì sulla base di una rigorosa ripartizione delle competenze tra legislatore e giudice operata dalla costituzione.

Una terza parte di questo libro viene, infine, dedicata ad « esercizi di restauro e di restaurazione » che investono il campo di possibili riforme « restauratrici » che Luciani affronta con proposte generali di metodo richiamando quei principi classici della cultura politica e giuridica che dovrebbero condurre, attraverso una corretta separazione dei poteri, ad un recupero della centralità del Parlamento, della sovranità della legge e della distinzione tra morale e diritto.

Su questo terreno resta però la difficoltà per la scienza giuridica di trovare il punto di equilibrio tra la forza di inerzia delle sovrastrutture giuridiche ed una adeguata considerazione dei mutamenti storici che investono l'economia, la società e la politica di ciascun paese e che possono legittimare anche una lettura evolutiva della sua costituzione.

Questa, in estrema sintesi, la linea esposta in questo libro che, a mio avviso, si presenta come uno dei lavori più significativi tra quelli comparsi di recente nella letteratura giuspubblicistica del nostro paese. Lavoro particolarmente significativo perché non investe aspetti marginali o istituti particolari della nostra esperienza giuridica, bensì il nucleo centrale di questa esperienza quando cerca di rispondere alle domande di base relative alla funzione del diritto ed alle modalità del suo esercizio attraverso i processi di produzione ed applicazione delle norme giuridiche. Su questo terreno il lavoro sviluppa e aggiorna una linea di pensiero molto approfondita e molto ben documentata che Luciani ha da tempo avviata con le sue importanti ricerche in tema di forme di governo e di interpretazione conforme a costituzione.

VITTORIA BARSOTTI

OGNI COSA AL SUO POSTO.
LA PROSPETTIVA DI UNA COMPARATISTA

Se ogni cosa deve stare al suo posto, non si può che partire dal principio, dal titolo; a proposito del quale sarebbe facile giocare con le parole e forse è ciò che ci si potrebbe aspettare da una persona con una

formazione molto diversa da quella degli illustri costituzionalisti e storici che partecipano all'incontro odierno.

Ogni cosa al suo posto: ma c'è davvero un posto per tutte le cose? Un posto fisso? E così via... Ma non è bene cadere in questa tentazione solo apparentemente scherzosa perché il titolo è bello e, insieme al sottotitolo, esprime in maniera raffinata, sintetica ed efficace il pensiero profondo che lega tra di loro tutte le colte pagine del libro.

Semmai, in prima battuta, è a proposito del sottotitolo, *Restaurare l'ordine costituzionale dei poteri*, che si potrebbe osservare come la scelta del verbo sia provocatoria e forse anche un po' pericolosa, ma è sapientemente giustificata nelle ultime pagine del libro (p. 226 e ss.) ove con eleganza si spiega che «restaurare» assume sia il significato dinamico che richiede innovazioni tecniche conformi alle esigenze del tempo, sia il significato di ripristinare; e ciò che in fondo si vuol ripristinare è la posizione della legge nell'ordinamento: «è la legge che va rimessa al suo posto» (p. 227).

Sul titolo, tuttavia, mi permetto una piccola nota di carattere letterario, poiché esso ha richiamato alla mia mente un autore originale e senz'altro conosciuto da Massimo Luciani, considerato il suo interesse al rapporto tra certezza (del diritto) e neuroscienze, e visto che nella sua ricostruzione il tema della certezza si intreccia anche con quello dell'identità e del posizionamento della persona nel mondo (p. 46); e considerata inoltre la vicinanza con le neuroscienze che Massimo Luciani mostra in un articolo decisamente affascinante, *Itinerari costituzionali della memoria*, pubblicato sulla rivista dell'Associazione dei costituzionalisti l'anno passato (1). Il riferimento è a Oliver Sachs e al suo *Everything in its place*, tradotto in italiano per i tipi di Adelphi proprio con *Ogni cosa al suo posto* (2).

Ho letto il libro di cui oggi si parla con piacere e impegno, e l'impressione è stata quella di un libro colto, profondo, chiaro, preciso, fatto di parole scelte con cura una per una. Un libro ove, pagina dopo pagina, si dipana un filo teso che non si interrompe mai e ove il presente trova le sue profonde radici nel passato. Pare che l'Autore abbia fatto proprie le lezioni di Italo Calvino, quelle proposte per i pensieri e gli scritti del nuovo millennio che non poté presentare ad Harvard perché la morte lo colse prematuramente mentre le stava preparando: leggerezza, rapidità, esattezza, visibilità, molteplicità (3).

Massimo Luciani presenta con toni contemporaneamente pacati e appuntiti le proprie idee, e talvolta menziona anche le possibili critiche

(1) M. LUCIANI, *Itinerari costituzionali della memoria*, in « Rivista dell'AIC », 2022, 4, p. 80 e ss.

(2) O. SACHS, *Ogni cosa al suo posto*, Milano, Adelphi, 2019.

(3) I. CALVINO, *Lezioni americane. Sei proposte per il nuovo millennio*, Milano, Mondadori, 1993.

a queste idee — critiche che poi vengono con maestria confutate. Quando si esprimono perplessità, dubbi, preoccupazioni su alcune questioni, su alcuni itinerari della giurisprudenza o atteggiamenti della dottrina, si offrono suggerimenti o possibili soluzioni e « aggiustamenti » (p. 237). È il caso, per esempio, della rilettura della crisi delle crisafulliane « rime obbligate » (p. 190 e ss.), oppure di alcune proposte intese ad evitare i problemi che possono nascere dalle doppie pronunce 'stile Cappato' delle Corte costituzionale — pronunce che Massimo Luciani non apprezza (p. 209 e ss.) ⁽⁴⁾.

Ogni cosa al suo posto è quindi un libro preoccupato riguardo alla situazione presente, ma anche propositivo. Un libro ove il tema della certezza del diritto è il fulcro della narrazione, e che intende quindi riportare al centro del dibattito della scienza giuridica il doppio e intimo legame tra diritto e ordine, tra diritto e certezza.

Abituata al confronto con ordinamenti nei quali, superata finalmente la teoria dichiarativa del diritto, al giudice è apertamente riconosciuta la funzione di *lawmaker*, due sono i momenti del libro di Massimo Luciani su cui vorrei proporre alcune piccole osservazioni.

Il primo momento si colloca nel capitolo dedicato all'applicazione della legge (Cap. III, p. 147 e ss.). Qui si critica il « protagonismo giudiziario » e lo si fa attraverso un discorso che, partendo dalla crisi della legislazione, dalla debolezza del legislatore, si articola in più punti e si pongono seri dubbi con riferimento alla diretta applicabilità della costituzione, all'interpretazione conforme a costituzione, alle conseguenze alle quali può portare il divieto del *non liquet*, laddove intesi a emancipare gli interpreti dal testo della legge allo scopo di massimizzare la realizzazione dei « valori » costituzionali o laddove dettati dall'esigenza di ricercare la « giustizia del caso concreto » a scapito del rigoroso rispetto delle regole (processuali e sostanziali) dell'ordinamento (pp. 152-161).

Le mie riflessioni si riferiscono alla specifica, ma al contempo più generale, critica che viene rivolta alla « cosiddetta creazione giudiziale del diritto » (p. 161 e ss.).

Non è possibile riassumere qui il denso pensiero di Massimo Luciani secondo cui, non accogliendo la versione crisafulliana della distinzione tra disposizione e norma ⁽⁵⁾, « Le variegate posizioni creazioniste sono unite da un [...] profilo critico rinvenibile nella differenza strutturale, sistemica e funzionale tra produrre e interpretare la legge » (p. 166). Si assume quindi l'idea di una netta distinzione tra produzione e interpretazione della legge e si accetta — forse con un po' di disagio — l'inevitabile imprecisione di ogni linguaggio, compreso quello del

⁽⁴⁾ Sul tema della doppia pronuncia si tornerà tra breve.

⁽⁵⁾ V. CRISAFULLI, voce *Disposizione (e norma)*, in *Enc. Dir.*, vol. XIII, Milano, Giuffrè, p. 195.

legislatore, per poi osservare che: «l'ambiguità del linguaggio non impedisce la cognizione del significato di un enunciato, ma preclude semplicemente l'idea che una e una sola interpretazione 'vera' non manchi mai» (p. 169).

Massimo Luciani ci spiega di seguito che il riconoscere al giudice potere creativo nasce da una temperie culturale complessa, caratterizzata da tratti molteplici e offre una spiegazione assai colta per tale attribuzione. La rinviene infatti in una matrice molto lontana nel tempo che trae origine in venti secoli d'interpretazione delle sacre scritture e quindi nel processo di interpretazione dei testi (dei libri) che rivelano o recepiscono la voce divina.

Non riuscendo a sintetizzare un passaggio cruciale del racconto, e facendo un salto temporale, non rimane che riportare le parole dell'Autore:

Ora, nel momento in cui, dopo le inizialmente isolate esperienze statunitensi e weimariana, ci si trovò di fronte al massiccio impatto delle costituzioni del secondo dopoguerra, il paradigma de 'il' Libro riemerse in tutta la sua forza attrattiva. Si cominciò, con formula assai imprecisa non casualmente germinata nella cultura cattolica, a parlare delle nuove costituzioni come di un 'diritto naturale positivizzato'; poi si vide nelle nuove costituzioni europee e in quelle dei così detti paesi in via di sviluppo una reazione morale alla barbarie dei totalitarismi novecenteschi e del colonialismo; infine, si concepì il *judicial review* della legislazione come riaffermazione delle ragioni della ragione contro le ragioni della decisione. Tutto, in questo modo, finiva per cospirare in favore dell'estensione all'interpretazione giuridica (specie costituzionale) degli stilemi e delle intenzioni che avevano segnato l'esegesi biblica, in particolare ponendo l'interprete alla ricerca di un senso 'morale' delle norme (specie costituzionali), trascendente quello letterale (pp. 174-175).

Al termine di questa avvincente storia, si ribadisce il favore per una netta distinzione tra produzione e interpretazione della legge precisando che la produzione della legge avvia una comunicazione intersoggettiva totalmente umana, retta dal principio dell'affidamento semantico e governata da un senso letterale che non può essere aggirato ed eluso (p. 176). Insomma, se ho capito bene, per Massimo Luciani le parole del legislatore sono fatte di solo nucleo, non hanno alcuna penombra, non possiedono quindi quell'alone di incertezza ai margini ove può trovare spazio l'attività dell'interprete ⁽⁶⁾.

Propongo allora di fare un passo indietro nello spazio e nel tempo: Stati Uniti, inizio del secolo scorso.

Il giudice Cardozo, nel 1921, naturalmente a proposito di un sistema di fonti diverso dal nostro, che assegna al precedente valore di

⁽⁶⁾ H.L.A. HART, *The Concept of Law* (1961), Clarendon Law Series, Oxford University Press, 1997², *passim*.

fonte primaria e che è governato dalla regola *stare decisis*, scrive che: « *stare decisis is the working day rule of our law* » (7). E dunque, pur riconoscendosi al giudice potere creativo, si sente la necessità di ribadire chiaramente che tale potere deve essere esercitato solo in occasioni particolari, perché la certezza del diritto è un principio che può essere disatteso solo in casi eccezionali. È noto che gli inglesi, irriducibili conservatori delle tradizioni e certamente meno fantasiosi degli americani nella manipolazione creativa dei precedenti giudiziari, giungono ad una conclusione non molto differente solo nel 1966, con il *Practice Statement*, laddove si cerca di temperare la necessità di interpretazione evolutiva con il bisogno di certezza del diritto e di tutela dell'affidamento dei consociati (8).

Insomma, anche nel mondo di *common law* e per un genuino realista come Cardozo la regola del precedente vincolante, la regola posta e scritta, è centrale, è il pane quotidiano, tant'è che il giudice può svolgere una funzione creativa, ma solo in maniera interstiziale: « In countless litigation, the law is so clear that judges have no discretion. They have the right to legislate between gaps, but often there are no gaps » (9). E anche nel momento creativo il giudice trova comunque i propri limiti nell'ordinamento nel suo insieme, nella tradizione, nella comunità degli interpreti e, in fondo, nel processo stesso (10).

Ed allora, in termini più generali e riferibili anche al nostro sistema, è vero che nel lavoro di tutti i giorni, come scrive Massimo Luciani, « la produzione della legge [...] è governata da un senso letterale che non può essere aggirato ed eluso ». L'immaginazione della realtà, tuttavia, presenta poi gli imprevisti, i « casi critici », nel senso che Gustavo Zagrebelsky attribuisce a questa espressione, nei quali l'affidamento semantico può non aiutare l'interprete (11). Quando la disposizione incontra il caso imprevedibile della vita e la norma non può rinvenirsi nel nucleo delle parole, allora la soluzione si può forse cercare nella loro penombra; e in questa penombra, all'interno di una pluralità di metodi interpretativi posti in maniera non gerarchica tra loro, si troverà il metodo che mette in comunicazione il caso con l'ordina-

(7) Nel 1921 il giudice Cardozo tiene la famosa *Storr lecture* presso la Yale Law School che viene poi pubblicata nel 1924: B.N. CARDOZO, *The Growth of Law*, New Haven, Yale University Press, 1924, p. 28.

(8) *Practice Statement*, pronunciato da Lord Gardiner, per l'Appellate Committee della House of Lords: [1966] All ER 7.

(9) B.N. CARDOZO, *The Nature of the Judicial Process*, 1921, p. 130. Il leggendario testo è stato ristampato nel 2010 da Quid Pro Books, New Orleans, Louisiana, e contiene i riferimenti alla numerazione originale delle pagine.

(10) M. CAPPELLETTI, *Giudici legislatori?*, Milano, Giuffrè, 1984, pp. 63-72.

(11) G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, Einaudi, 1992, p. 191.

mento, secondo una « concezione pratica dell'interpretazione » (12). Insomma, quando il diritto incontra « l'incandescenza dei fatti » si può anche ricorrere alla fantasia (13).

Quanto sia importante un'idea pratica del diritto, che faccia incontrare la vita vera con l'astratta disposizione del legislatore, ce lo insegna bene Paolo Grossi. Sul tema, i riferimenti alle opere del Maestro fiorentino potrebbero essere molti, tratti, per esempio, da *Mitologie giuridiche della modernità* (14), oppure da *L'invenzione del diritto* (15), ma preferisco riportare alcune frasi prese da un libro dedicato agli studenti, *Prima lezione di diritto*:

L'enorme conquista epistemologica, anche per il chiuso universo dei giuristi, consiste in alcune basilari risultanze: la coscienza della follia di aver concepito il testo normativo come indipendente (nella sua generalità e astrattezza) dal caso concreto che sarebbe andato a disciplinare; la salvifica persuasione che il momento rilevante è il fatto della vita intorno al quale e per il quale il testo è interrogato dall'interprete; la consapevolezza che l'attualità più sostanziosa non è quella del testo [...], ma quella dell'interprete/applicatore, voce della società su cui inciderà la disposizione con la possibile conseguenza che questa può venire interrogata e trasformata con contenuti diversi da quelli astrattamente voluti dal 'manifestatore' [...] (16).

Il secondo momento di *Ogni cosa al suo posto* che ha richiamato la mia attenzione si trova nel capitolo dedicato al controllo della legge, ove, tra le altre cose, si tratta con saggezza della crisi delle già ricordate « rime obbligate ». In questo capitolo c'è un paragrafo intitolato *La Corte in "dialogo" con il legislatore?* e le virgolette insieme al punto interrogativo rivelano subito parecchio del pensiero scettico di Massimo Luciani sul tema (p. 200 e ss.).

Anche su questo punto, alcune piccole osservazioni prima di concludere con un'ultima citazione.

L'Autore tratta sostanzialmente dello strumento inedito della « doppia pronuncia » inaugurato con la vicenda Cappato. È noto che in questo caso la Corte costituzionale emette nel 2018 un'ordinanza (17) secondo la quale è illegittimo punire chi agevola il suicidio del malato che, in piena libertà e consapevolezza, decide di rifiutare terapie mediche che gli infliggono sofferenze fisiche o morali, e che reputa

(12) Ivi, pp. 184-185 e G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, Bologna, il Mulino, 2008, p. 177 e ss.

(13) P. GROSSI, *La fantasia nel diritto*, in « Quaderni fiorentini », 15 (1986), p. 589, a p. 590.

(14) P. GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, Giuffrè, 2007.

(15) P. GROSSI, *L'invenzione del diritto*, Bari, Laterza, 2022.

(16) P. GROSSI, *Prima lezione di diritto*, Bari, Laterza, 2003, p. 109.

(17) Corte costituzionale, ordinanza 207/2018.

contrarie al suo senso di dignità. Tuttavia, poiché urge un intervento del legislatore per definire modi e condizioni di esercizio del diritto a ricevere un trattamento di fine vita, la Corte riconosce l'illegittimità dell'art. 580 del Codice penale, ma differisce a una data futura la relativa declaratoria, assegnando al legislatore un termine, che risulta di circa 11 mesi, per emendare il vizio. Quindi il dispositivo dell'ordinanza rinvia a una successiva udienza la trattazione della questione, ma contiene comunque una motivazione in cui si enunciano i principi costituzionali ritenuti violati.

Come comparatista non posso non ricordare che l'ordinanza contiene anche riferimenti ad altre esperienze giuridiche, quali quelle canadesi e inglesi, le cui corti supreme, in casi analoghi, hanno adottato strumenti decisori molto simili definiti espressamente di collaborazione e dialogo tra Corte e Parlamento. Inoltre, sul tema della intensità del controllo esercitato dalle corti e sull'importanza di strumenti decisori duttili non sono solo i nostri giudici ad aver guardato oltre i confini: il giudice Calabresi, della corte federale d'appello del II circuito, già nel 1995, in *US v. Then*, esortava i colleghi a prendere esempio dalle esperienze europee e nel farlo citava un Maestro fiorentino, Mauro Cappelletti⁽¹⁸⁾. Quindi il dialogo della nostra Corte si svolge in due direzioni: verso il legislatore interno e verso i giudici di altre giurisdizioni.

La strada che poi intraprende il caso Cappato è prevedibile: di fronte all'inerzia del legislatore ha luogo l'udienza di rinvio a seguito della quale la Corte emana una inevitabile sentenza in cui dichiara incostituzionale *in parte qua* l'art. 580 del Codice penale⁽¹⁹⁾.

Rispetto alla « doppia pronuncia », Massimo Luciani imposta la sua critica nella prospettiva della salvaguardia del principio della separazione dei poteri: ciascuno deve fare il suo mestiere. E all'interno di un articolato ragionamento, tra le varie perplessità che lo conducono a non apprezzare la nuova tecnica decisoria della Corte costituzionale, vi è quella secondo cui tale tecnica potrebbe incentivare l'inerzia di un legislatore che, nel presente contesto politico, scaricherebbe sui giudici la responsabilità delle decisioni difficili (spec. pp. 209-210).

Nel suo sofisticato ragionamento sul punto Massimo Luciani fa riferimento a due padri del costituzionalismo americano: Thayer e Bickel. Tali riferimenti, e soprattutto il secondo, mi conducono ad una sommessa osservazione.

Provando ad instaurare un dialogo (meglio: una collaborazione) con il legislatore, la Corte non mi pare che ne stimoli l'inerzia, ma semmai mette il legislatore drammaticamente di fronte alle proprie

(18) *U.S. v. Then*, 55 F. 3rd 464, 466 (2nd Cir. 1995) ove si cita espressamente M. CAPPELLETTI, *The Judicial Process in Comparative Perspective*, Oxford, Oxford University Press, 1989.

(19) Corte costituzionale, sentenza 202/2019.

responsabilità — e ciò è tanto più necessario proprio in un contesto politico in cui esso tende a giocare a nascondino. Di fronte all'opinione pubblica il Parlamento apparirà vergognosamente, anche se molto prevedibilmente, inadempiente e forse sarà spinto prima o poi ad agire o infine chiamato a rispondere politicamente della propria inattività. Tant'è che proprio Alexander Bickel, il maestro delle virtù passive (che poi tanto passive non sono) e guarda caso collega a Yale del giudice Calabresi citato poco sopra, Bickel elogia i vari modi che le Corti hanno a disposizione (o si possono inventare) per non porsi in diretto e immediato contrasto con il legislatore, ma sono invece intesi ad istaurare con questo un rapporto dialogico al fine di raggiungere un corretto equilibrio istituzionale. E Bickel lo dice a mio avviso chiaramente in quello che è considerato un testo fondamentale da molti studiosi: *The Least Dangerous Branch*, il cui sottotitolo è assai significativo: *The Supreme Court at the Bar of Politics*:

[...] the Court has, over the years, developed an almost inexhaustible arsenal of techniques and devices. Most of them are properly called techniques for eliciting answers, *since so often they engage the Court in a Socratic colloquy with the other institutions of government and society as a whole concerning the necessity for this or that measure, for this or that compromise* (20).

BERNARDO SORDI

PIANISTI E COMPOSITORI.
IN MARGINE ALL'ULTIMO LIBRO DI MASSIMO LUCIANI

1. In un momento in cui, da un lato, si denunciano i *Tempi difficili per la Costituzione* e i conseguenti *smarrimenti dei costituzionalisti* (G. Zagrebelsky, Roma-Bari, Laterza, 2023); dall'altro, anche in sedi giornalistiche di larga diffusione, si rimprovera alla dottrina italiana del diritto costituzionale di aver completamente dimenticato le grandi tematiche fondative, Massimo Luciani ci regala un saggio importante sull'*ordine costituzionale dei poteri*, imperniato su di uno sguardo profondo, che deliberatamente incorpora una lunga, talvolta persino lunghissima, distanza dal presente.

Il volume si concentra infatti sul cuore stesso della costituzione moderna e lo fa, in consapevole scelta programmatica, abbandonando le secche di un quotidiano, troppo spesso rissoso e reso asfittico dalla pochezza del dibattito politico corrente.

Il volume pone, dunque, come suo oggetto, un nodo gordiano dell'assetto costituzionale dei poteri — bene esemplato da una norma

(20) A.M. BICKEL, *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*, New Haven and London, Yale University Press, 1962, p. 70 (il corsivo è mio).

chiave nel trapasso tra costituzionalismo antico e moderno, come l'articolo 16 della dichiarazione dei diritti del 1789 —, passandolo immediatamente al vaglio di un'analisi imperniata sulla lunga durata.

Si legge, perciò innanzi tutto, nel volume, una scelta di campo, dal chiaro significato metodologico, ancor prima che un giudizio severo sull'ennesima, e ancor più improvvisata, ripresa dell'accanimento terapeutico sulla seconda parte della costituzione repubblicana. Una scelta di campo che vuole ribadire che il diritto costituzionale intende ancora rappresentare, secondo la celebre immagine ottocentesca, il *tronco* dal quale si dipartono i tanti rami del diritto pubblico e, secondo gli approdi novecenteschi, addirittura discende l'intero ordinamento giuridico. E intende pure continuare ad essere, secondo una svolta che in Europa matura nella seconda metà del diciannovesimo secolo, il luogo privilegiato della *Allgemeine Staatslehre* e, a cascata, della stessa teoria generale del diritto.

Questo primo tratto distintivo del volume deve essere, a mio parere, valutato in modo estremamente positivo, perché ha l'effetto di alzare, immediatamente, l'asticella della ricerca, allontanando l'eccesso esegetico, vuoi normativo, vuoi giurisprudenziale, che appesantisce molta, attuale, produzione scientifica. È, soprattutto, ha il pregio di rimettere al centro dell'attenzione e del dibattito la questione degli *opening dilemmas*, dei momenti fondativi delle diverse tradizioni costituzionali, oggetto recente del bel libro, edito nel 2022 da Cornell, di Richard Franklin Bensel.

2. Il lettore, che si avventura tra le dotte pagine di Luciani, è subito positivamente sommerso dall'ampiezza, cronologica e tematica, dello sguardo dell'autore. Può essere ora indirizzato verso una celebre costituzione di Teodosio II e Valentiniano III del 429 d.c., la *lex digna* (*digna vox maiestate regnantis legibus alligatum se principem profiteri*): celebre *crux interpretum* dei giuristi medievali, alle prese con la necessità di renderla compatibile con il *quod principi placuit legis habet vigorem* della *lex de imperio*. Oppure, invitato a spigolare tra i trattatelli politico-giuridici di Bartolo da Sassoferrato, a partire dal *De tyranno*. Sino a esser proiettato, con la stessa perizia, la stessa acribia, la stessa capacità di contestualizzazione, verso un testo chiave di Justus Wilhelm Hedemann, acutissimo lettore delle trasformazioni indotte dal primo conflitto mondiale, fondatore, proprio nel 1919, all'Università di Jena, di un celebre e particolarmente innovativo, Istituto giuridico, dedicato al lemma, allora ancora inedito, del diritto dell'economia: un testo apparso nell'*annus horribilis*, per la Germania, del 1933 e in una fase di progressivo avvicinamento dell'autore al nazismo, eppure, pronto a denunciare il pericolo della fuga verso le clausole generali per il diritto e per lo Stato (*Die Flucht in die Generalklauseln. Eine Gefahr für Recht und Staat*).

3. Cosa restituisce al lettore questo sguardo lungo?

Direi, soprattutto, un filo rosso che lentamente, ma tenacemente si snoda tra le diverse esperienze giuridiche e che continuamente conferma il diritto come autentico pilastro del vivere sociale: conferma

— come scrive l'autore — l'ordine « come *condizione di pensabilità* di una comunità politica » (p. 41).

Nullus ordo est sempiternus horror, ammonisce il Libro di Giobbe. E di lì in poi, la grande dicotomia, tra governo delle leggi e governo degli uomini, magistralmente ripercorsa da Norberto Bobbio in pagine cui dobbiamo i nostri pilastri fondativi, scandisce i tentativi di ogni età storica e di ogni comunità politica di darsi il proprio ordinamento. Per dirla con un celeberrimo passo di Baldo degli Ubaldi: « regimen non potest esse sine legibus et statutis, ergo eo ipso quod populus habet esse, habet per consequens regimen in suo esse, sicut omne animal regitur a suo proprio spiritu et anima ». E da Ambrogio Lorenzetti, nel 1339, al frontespizio del *Leviatano* di Hobbes, nel 1651, ne possediamo anche straordinarie rappresentazioni iconografiche.

La ricerca dell'ordine, di un ordine e di un regime, certo, diversamente fondati e articolati nelle diverse esperienze giuridiche, è quindi il compito sempiterno di ogni generazione e, in primo luogo, del filosofo e del giurista.

A questa sfida ricorrente, che vive nel suo percorso storico di tante declinazioni e di tanti precedenti, nel libro molto felicemente ripercorsi, Massimo Luciani aggiunge però un ulteriore tassello. Un tassello che, nella lettura dell'autore, appare decisivo: l'ordine implica certezza; presuppone necessariamente prevedibilità. Ancora l'autore: « un diritto incapace di prevedibilità rinuncerebbe alla propria capacità ordinante » (p. 51).

Si tratta di un'affermazione che, nella sua generalità, difficilmente potrebbe esser messa in discussione. E, tuttavia, l'impressione del lettore, se in particolare quel lettore è uno storico del diritto, è che quel requisito di imprescindibile certezza dell'ordine, quasi impercettibilmente, ma altrettanto inevitabilmente, trascolori in certezza della legge, in intenzione del legislatore, un legislatore proiettato verso un crescente monopolio tra le fonti del diritto: un legislatore non più destoricizzato e quasi eternizzato, ma già pienamente investito delle prerogative e dei poteri di una modernissima sovranità legislativa.

Il filo rosso, che abbiamo visto tessersi sin dall'antichità, conosce un momento in cui improvvisamente si tende, e in cui la ricorrente necessità dell'ordine, si tramuta in certezza del diritto: una *certezza del diritto* che, in particolare nella realtà continentale, che si sta avviando a incubare il suo percorso verso la codificazione, inizia a essere invariabilmente declinata come *certezza della legge*.

Un momento che, nella nostra tradizione giuridica, possiede pure una datazione precisa, tra il 1742 dei *Difetti della giurisprudenza* di Ludovico Antonio Muratori e il 1764 della prima edizione livornese, presso Marco Coltellini, del *Dei delitti e delle pene* di Cesare Beccaria: autori e opere che Luciani presuppone, ma che non ricorda.

Ed è un momento peculiare, destinato presto ad allargare la forbice tra un mondo che presto si definirà di *civil law* e l'altro di

common law, in cui, con relativa contemporaneità, non troppo diverse esigenze di certezza dell'ordinamento, e di prevedibilità delle decisioni giudiziarie, stanno spingendo verso tecniche e soluzioni alternative, avviate verso la progressiva affermazione di un inedito principio di *stare decisis*, ma pur sempre ancora incanalate nel solco di un solido primato della *iurisdictio*, che ancora resiste e può riuscire a convivere con il 'moderno' principio dell'onnipotenza del legislatore.

Per il continente sarà proprio questo momento di metà Settecento, quello in cui l'*ancien régime*, un ordine pienamente giuridico, ma quasi privo dei requisiti che la Rivoluzione dichiarerà presto intangibili, di uguaglianza e di uniformità, con minimi tassi di legificazione e di prevedibilità, rispetto al futuro modello codificato, inizia a virare, per ora molto lentamente, verso la *constitution nouvelle* e l'affermazione della legge come espressione della volontà generale.

4. Recuperata una tavolozza più ricca e sfumata, per tempi e colori, anche lo sguardo retrospettivo dello storico difficilmente non potrà non confermare che il modello principe, messo a punto dal costituzionalismo moderno, nei suoi travagli euro-americani del Sei-Settecento, sia quello dell'etero-regolazione (p. 65), certo ormai democraticamente assunta sulla base dei postulati dello Stato costituzionale contemporaneo, secondo esiti di partecipazione e di suffragio, all'epoca irraggiungibili e che per il loro definitivo allargamento richiederanno lotte e tempi, persino secolari.

Il messaggio di Luciani è di assoluta nitidezza ed è in larga misura condivisibile. È questa etero-regolazione democratica, come la dichiarazione del 1789 si premura subito di stabilire al suo articolo 6, a costituire il modello privilegiato e la bussola cui ancor'oggi riorientare, senza incertezze, l'ordine costituzionale dei poteri. Mentre le forme di autoregolazione, dall'autore esemplate secondo un accostamento che un poco sorprende (p. 61), tra l'ordine catallattico di Friedrich August von Hayek e il pluralismo giuridico di Paolo Grossi, freddissimo nei confronti del neoliberalismo e delle sue derivazioni economicistiche ordoliberali, risultano all'autore scarsamente convincenti e facile preda di poteri privati sempre più invisibili e rapaci.

È, appunto, confermando il primato di questa etero-regolazione democratica, che occorre, per Luciani, con pazienza mettersi al lavoro, per eseguire un'attenta manutenzione dell'ordine giuridico, a partire dalla correzione di quella piaga delle leggi provvedimento che scardinano abusivamente il principio di generalità della legge e quella riserva di amministrazione che deve essere declinata essenzialmente nelle forme del *right to be heard, to have access, to give reasons*.

Questa sorta di capillare *restitutio in integrum* non è un tema nuovo per l'autore, che già anni fa, in una monumentale voce dell'*Enciclopedia del diritto*, dedicata alla *Interpretazione conforme a costituzione*, aveva ripetutamente espresso la necessità di una revisione dei meccanismi di reciproca compatibilità di legalità costituzionale e legalità

legale. Qui, il giudizio su quell'indirizzo è divenuto addirittura più severo, bollato come vero e proprio simbolo del 'creazionismo giudiziario' e di un debordante protagonismo del giudice, con una critica durissima alla sentenza n. 356 del 22 ottobre 1996 (Presidente Ferri, relatore Zagrebelsky), che ne aveva dato una prima definizione (p. 157).

E il lettore non fa fatica a immaginare che, se le pagine di Luciani stanno disegnando un vero e proprio manifesto, quel manifesto prende forma attraverso una *prinzipielle Auseinandersetzung*, sulla falsariga della critica kelseniana alla dottrina dell'integrazione di Rudolf Smend, che questa volta colpisce, come suo principale obiettivo, *Il diritto mite* di Gustavo Zagrebelsky, che oltre trent'anni fa aveva avuto il merito di segnalare alcune linee, ormai acquisite, di destrutturazione dell'ordinamento giuridico, con la crescente rilevanza del momento applicativo e una ormai conclamata inevitabilità dell'interpretazione. Luciani, come si è visto, prende la direzione opposta, giunge quasi a suggerire al lettore una dimensione metastorica della certezza, entrando così in piena rotta di collisione con quella tendenza che Natalino Irti, con il suo pennino acuminato, aveva tempo addietro stigmatizzato come « una sorta di *estetismo dell'incertezza* », « quasi venuto in moda ».

Neo-positivismo giuridico *versus* ermeneutica giuridica? Modernità giuridica contro *postdiritto*? Regole contro principi? Rinnovato monismo legislativo contro un incombente pluralismo giuridico? La complessità del presente non si presta a schematizzazioni di tipo binario, né tanto meno a dicotomie. E pochi costituzionalisti, come Luciani, sono stati in grado di spiegarci la 'rottura' dello Stato costituzionale, rispetto a quello Stato di diritto ottocentesco in cui, pure, il primo trovava le sue radici: una rottura fatta di legalità costituzionale rispetto alla legalità legale; di complessità dell'ordinamento e delle sue fonti rispetto alla semplicità della forma-codice; di competenza rispetto alla gerarchia; d'inflazione legislativa contro una persistente morigeratezza della legge...

Così come, Luciani, da studioso di Kelsen, sa bene che la dinamica dell'ordinamento richiede sempre un certo grado di *interpositio auctoritatis*; che la norma individuale del caso concreto non è già comunque e per intero prefigurata nella norma generale che il giudice è chiamato ad applicare. Sa bene, ancor prima di citare Roscoe Pound, che il *Commentario* di un grande della processualcivilistica italiana, Lodovico Mortara, già a fine Ottocento, al culmine del positivismo giuridico, ricordava che « mentre la legge rappresenta la *statica* del diritto obiettivo, la giurisprudenza ne costituisce la *dinamica* ».

E sa bene, secondo la celebre metafora di Günther Hirsch, che il giudice non è *Diener*, ma *Pianist*, non può essere — tanto meno nelle condizioni attuali di un sistema delle fonti che, da tempo, ha perduto la sua intelaiatura sistematica — il freddo esecutore di un impossibile sillogismo giudiziario, e che, persino nel penale, come ci insegnano Francesco Palazzo e Massimo Donini, deve divenire l'autorevole e

autonomo interprete di un legislatore cui, senza alcun dubbio, va ancora riservato il ruolo di grande *compositore* dell'ordine giuridico.

Vero è che questa metafora del *giudice-pianista* è stata pensata per un ordinamento, quello tedesco, che al terzo comma dell'articolo 20 del *Grundgesetz* proclama, accanto al vincolo della legislazione all'ordinamento costituzionale, che « il potere esecutivo e la giurisdizione sono vincolati al rispetto della legge e del diritto » (*sind an Gesetz und Recht gebunden*). Una norma che, nel suo proiettare verso la Stato costituzionale l'antica dialettica tra *droit e loi*, e quella corrente tra *common law* e *statute*, ci consente di apprezzare sino in fondo anche alcune, ultime, pagine di Paolo Grossi, intitolate al signavia, solo apparentemente provocatorio, dell'*Oltre la legalità*. Appunto, una norma che non sarebbe male riscoprire, serenamente, anche nel dibattito italiano, nel quale il triangolo politica-legislazione-giustizia ha assunto, da troppo tempo, toni di inaccettabile incandescenza.

Certo, i bravi pianisti sono merce rara e c'è da dubitare che ce ne sia a sufficienza per ricoprire anche solo i gradi apicali della giurisdizione ordinaria e speciale. Mi sembra, però, che ancor meno abbondino, oggi, nel nostro, come negli altri paesi, travolti dall'intensità e dalla rapidità delle trasformazioni e dall'esplosione della domanda di giustizia, i grandi compositori.

E, allora, un po' malinconicamente, ma anche con il giusto realismo, di questa, simmetrica, reciproca, scarsità, dobbiamo tener conto, quando riposizioniamo i giusti rotismi dell'ordine costituzionale dei poteri, avviando quegli « esercizi di restauro e di restaurazione », con i quali il nostro volume efficacemente si chiude (p. 223 e ss.). Come mi pare abbia fatto, con pacata ma ferma consapevolezza, il Presidente della Repubblica, nell'ultima cerimonia del Ventaglio, prima delle ferie estive, ribadendo, a partire dal potere interpretativo del giudice secondo costituzione, sino alla sovranità legislativa del Parlamento, che « i ruoli non vanno confusi, anche a tutela dell'ambito di cui si è titolari ».

MASSIMO LUCIANI

NOTE A MARGINE DI UNA DISCUSSIONE FIORENTINA SU « OGNI COSA AL SUO POSTO »

1. L'intenzione di uno scritto e i debiti culturali contratti dal suo autore. — 2. La questione specifica della giurisdizione. — 3. Una considerazione (provvisoriamente) conclusiva.

1. *L'intenzione di uno scritto e i debiti culturali contratti dal suo autore.*

Scrive Bernardo Sordi che il Muratori del *Dei difetti della giurisprudenza* e il Beccaria del *Dei delitti e delle pene* sono « autori e opere

che Luciani presuppone, ma che non ricorda». Ha doppiamente ragione. Ha ragione quando dice che né l'uno né l'altro sono da me ricordati. Ha ragione quando dice che li presuppongo.

Sono certo che la prima sia una semplice constatazione e non una critica: di autori per me essenziali, ma non ricordati nel volume, in realtà, ve n'ha millanta e uno studioso raffinato come Sordi sa benissimo che quando — imprudentemente, certo — s'affrontano temi di amplissimo respiro la completezza dei richiami non è possibile e il tentativo di avvicinarvisi costringerebbe a sovraccaricare il proprio scritto di un apparato illustrativo così pesante da renderlo illeggibile. Farei dunque torto al mio interlocutore se anche minimamente sospettassi che le sue parole celino un intento, per questo profilo, in qualche modo critico.

Implicitamente critica, invece, è la seconda parte dell'osservazione e fra poco dirò perché. Prima, però, devo confessare che il mio debito nei confronti del pensiero giuridico dell'illuminismo, nelle sue varie articolazioni (ché Beccaria — ovviamente — non è affatto Muratori) è in effetti scoperto. E lo è tanto che avrei potuto mettere in esergo alle mie pagine non pochi *dicta* dell'uno e dell'altro di questi due straordinari classici.

Così, quando Muratori, nella *Dedica* che precede il *Dei difetti della giurisprudenza*, scrive che « non manca mai gente, che avvezza a vedere il mondo da tanti secoli zoppicante, tale sempre il vorrebbe »⁽¹⁾, fa valere quello che a torto è stato inteso come l'ottimismo della ragione illuministica, ma che meglio dovrebbe dirsi l'impegno civile dell'illuminismo, il quale, per quanto consapevole della difficoltà, se non dell'impossibilità, del compito, s'è sempre risolto almeno a *cercare*, nei limiti delle povere forze di ciascuno, di migliorar l'esistente, non solo di criticarlo. Un impegno che condivido, sebbene non mi sia affatto chiaro quanto mi riesca di onorarlo.

Ancora. Quando sempre Muratori, nel *Della pubblica felicità*, collega la nascita del diritto all'esigenza dell'ordine e dice che è proprio « questo ordine » che « porta il nome di giusto, onesto, decoro, dovere ed altri simili »⁽²⁾, prospetta un argomentare logico nel quale con facilità mi riconosco.

Infine, quando Beccaria, nel *Dei delitti e delle pene*, con accenti hobbesiani, afferma esser le leggi « le condizioni, colle quali uomini indipendenti ed isolati si unirono in società, stanchi di vivere in un continuo stato di guerra e di godere una libertà resa inutile dall'incertezza di conservarla », ed esser le pene lo strumento atto « a distogliere

(1) L.A. MURATORI, *Dei difetti della giurisprudenza*, Venezia, Pasquali, 1745, s.p., ma VI.

(2) L.A. MURATORI, *Della pubblica felicità, oggetto de' buoni principi*, Lucca, s. ed., 1749, p. 91.

il dispotico animo di ciascun uomo dal risommergere nell'antico caos le leggi della società»⁽³⁾, disegna i tratti di un passaggio dal chaos all'ordine che largamente leggo nei medesimi termini.

Il punto più interessante, però, è perché Sordi tenga a sottolineare il mio debito nei confronti del pensiero giuridico dell'illuminismo. Suppongo che lo si debba alla diffidenza per quel movimento (politico e) di pensiero che fu propria di Paolo Grossi, Maestro⁽⁴⁾ della scuola fiorentina cui Bernardo Sordi appartiene. Giuseppe Morbidelli ha di recente messo in dubbio l'antilluminismo di Grossi⁽⁵⁾: personalmente ne ravviso tali e tante testimonianze che non mi sembra possibile parlare di un fraintendimento dovuto al suo gusto pel paradosso, ma anche a voler contestare che di un suo vero e proprio antilluminismo possa parlarsi, almeno la sua diffidenza non si vorrà negare. E nemmeno questa diffidenza mi convince. La questione è importante per almeno due ragioni: il rapporto fra illuminismo e costituzionalismo; la concezione della giurisdizione (e più in generale dell'interpretazione). Vediamo.

Il legame fra costituzionalismo e illuminismo è genetico e logico. Per quanto si possa parlare di un *protocostituzionalismo*, leggibile nelle riflessioni del pensiero antico sulle forme di governo e — specie nello stoicismo — sul pregio incompressibile della persona umana, e di un *precostituzionalismo*, leggibile nelle riflessioni dei giuristi medievali sulla tirannide e sulla sovranità, così come in quelle dei monarcomachi sul potere legittimo e sul diritto di resistenza), il *costituzionalismo* è storicamente legato a quella piena modernità entro la quale l'illuminismo ha elevato la propria pretesa egemonica. Sono le esigenze economiche di un sistema capitalistico in fase di lancio, quelle politiche della sempre più forte borghesia produttiva, quelle culturali di un ripensamento garantista dell'articolazione del potere, a sollecitare l'avvento di un movimento come il costituzionalismo, anch'esso (non casualmente) allo stesso tempo politico e di pensiero. Il suo stesso nome quel movimento lo deve alla *lotta* per la costituzione, intesa non già come una fonte del diritto come le altre, ma come una vera e propria formalizzazione del patto fondativo della comunità politica, patto fondativo atto a garantire condizioni di libertà ed eguaglianza per tutti i paciscenti. Il propellente erano le forze economiche, politiche e culturali cui s'è fatto cenno, ma

(3) C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, ed. riv., Londra, Società dei Filosofi, 1774, p. 5.

(4) Confido che l'Amico e — appunto — Maestro vorrebbe perdonarmi. Chi ha avuto modo di conoscerlo sa quanto si schermisse, dicendo d'essere maestro, sì, ma di scuola elementare.

(5) G. MORBIDELLI, *Le radici del pensiero giuridico di Paolo Grossi*, in corso di pubblicazione, p. 54, nt. 91, del dattiloscritto cortesemente anticipatomi dall'Autore.

pesava anche l'idea che gli esseri umani andassero considerati padroni del proprio destino e che dovesse essere loro consentito cambiare il mondo avuto in sorte, plasmato da condizioni naturali o sociali ritenute immeritevoli d'essere passivamente subite. Di qui l'importanza dei momenti fondativi dei nuovi ordini costituzionali, che Sordi stesso giustamente richiama citando un recente volume di Richard Bense, dove fra l'altro si legge: « A modern founding is [...] the event following a revolution in which a constitutional assembly enacts that will in the form of a new social contract, a social contract that we commonly call a constitution » (6). Una costituzione, appunto.

La ragione della tanto criticata fede illuministica nella legge (ma prima ancora nella costituzione!) sta tutta qui. È la legge che consente di coltivare l'aspirazione al cambiamento; è la legge che permette di incidere nei rapporti sociali; è la legge che può farsi strumento di una volontà progettuale volta al futuro. L'elemento in parte utopico di questa concezione è evidente, così come ne è evidente anche l'elemento ideologico: pensare che basti legiferare per cambiare è ingenuo, così come è ingenuo pensare che dietro questo apparato ideologico non si celi l'opposta spinta a fare della legge uno strumento di cambiamento solo *statu nascenti*, per trasformarla subito dopo in strumento di conservazione e di mantenimento dei rapporti di forza instauratisi a seguito del primo conato rivoluzionario. Eppure, sebbene tutto questo sia agevole da capire, resta il fatto che, nella dimensione del diritto, non si danno strumenti diversi dalla legge (e prima ancora, ripeto, dalla costituzione) per consentire agli uomini di non chinarsi al fato.

L'obiezione è che questa idea sarebbe pronuba di un governo autoritario o comunque non democratico della comunità politica. Per i liberisti, infatti, la legge segnerebbe un inaccettabile primato della politica sull'economia, distruttivo della benefica *mano invisibile* del mercato. Per i comunitaristi la legge comprimerebbe la ricchezza naturale della società, mortificandone la capacità di autoregolazione. Sordi trova sorprendente che io abbia posto l'uno accanto all'altro i nomi di Hayek e di Grossi, così diversi nella valutazione del liberismo, ma le loro preoccupazioni nei confronti della legge e del governo *politico* della società sono esattamente le medesime, per quanto diverse — se non addirittura opposte — siano le premesse culturali dalle quali prendono le mosse e le preoccupazioni che li turbano. Nelle mie pagine non v'è nulla di più che un tentativo di difendere la dignità della legge quale strumento giuridico principe della politica, e dunque un tentativo di difendere (sferzandola) la politica: la libertà politica non si accontenta della subordinazione alle leggi del mercato né si esaurisce nella

(6) R.F. BENSEL, *The Founding of Modern States*, Cambridge et alii loci, Cambridge Univ. Press, 2022, p. 4.

partecipazione al claudicante pluralismo sociale dei giorni nostri, che tutto è tranne che il luogo di una democratica e autonoma interlocuzione fra eguali (7).

L'implicita perplessità di Sordi nei confronti dell'illuminismo conduce poi a un altro scetticismo, che investe la posizione della giurisdizione nel sistema dei poteri e la stessa teoria dell'interpretazione. Due dei miei tre interlocutori (Vittoria Barsotti e Bernardo Sordi) si sono soffermati su questo profilo, sicché è bene dirne a parte. Non senza prima aver precisato, tuttavia, che il mio intento non era certo soltanto quello di (provare a dire perché) tenere *al suo posto* (costituzionale, si badi!) la giurisdizione (che, insisto, può conservare l'elevatissima posizione che una corretta divisione dei poteri le assegna solo a condizione di rifuggire dalle tentazioni di onnipotenza), ma anche e soprattutto quello di confinarvi il potere esecutivo e di rimettervi quello legislativo-rappresentativo, restaurandone le prerogative. La questione, in generale, è per me quella della divisione dei poteri nel suo complesso e prima ancora quella dell'ordine. Che mi sia riuscito di tracciare « la mappa del disordine e degli sconfinamenti tra i poteri dello Stato che si sono manifestati e seguitano a manifestarsi nel passaggio storico tra lo Stato di diritto e lo Stato costituzionale », come generosamente ritiene Enzo Cheli, è a dir poco dubbio, ma non è dubbio che il mio intento sia stato quello di mettere in luce il disordine e di richiamare le ragioni profonde dell'aspirazione all'ordine. E, poiché l'ordine giuridico non può non risolversi in certezza del diritto, l'intenzione è stata all'un tempo quella di contestare la sempre più frequente arrendevolezza della scienza giuridica al disordine e la sua sostanziale rinuncia all'erogazione delle prestazioni di certezza che dovrebbero esserle tipicamente proprie. Scriveva sempre Muratori, riprendendo un luogo già allora abbastanza comune, che noi italiani siamo, volontariamente, i peggiori nemici di noi stessi (« Vincimur quidem nos Itali volentes ») (8). Vero o no che sia, a me sembra che vero lo diventi se applichiamo la frase alla scienza giuridica, che in molti casi si è autolesionisticamente sottratta alla funzione sistemica che le sarebbe propria e che sola — invece — ne giustifica l'esistenza.

2. *La questione specifica della giurisdizione.*

Sulla questione della giurisdizione sia Vittoria Barsotti che Bernardo Sordi seguono piste diverse dalla mia, mettendo sostanzialmente

(7) Ho cercato di motivarlo, da ultimo, in M. LUCIANI, *La Costituzione e il pluralismo*, in *Pluralismo giuridico. Itinerari contemporanei*, a cura di P. Cappellini e G. Cazzetta, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2023, p. 197 e ss.

(8) L.A. MURATORI, *De Graecae linguae usu et praestantia*, parz. pubbl. in *Opere*, a cura di G. Falco e F. Forti, Milano — Napoli, Ricciardi, s.d., I, p. 48.

in dubbio la nettezza della distinzione fra legislazione e giurisdizione. Sebbene né l'una né l'altro lo dicano espressamente, mi sembra che entrambi neghino che l'interpretazione sia attività cognitiva e che gli enunciati dell'interprete siano aletici. Quanto meno — se ben comprendo — cognitività e aleticità sarebbero da escludere in non pochi casi.

2.1. A questo proposito, Barsotti richiama Hart e la sua distinzione fra nucleo e alone, *penumbra*, delle parole del legislatore, nelle quali, secondo quest'ultimo, si può sempre registrare una « incertezza ai margini » (9). Si tratta per vero — come già tempo addietro mi era capitato di osservare — di una concettuologia la cui risalente genesi Hart non si preoccupò di ricordare, ma che era stata introdotta già all'inizio del Novecento da Georg Wurzel (10) e poi diffusa nella scienza giuridica continentale (che gli anglosassoni ignorano assai più di quanto noi ignoriamo la loro) tramite la distinzione proposta da Philipp Heck tra *Begriffskern* e *Begriffshof* delle norme (11). In ogni caso, se retta-mente intesa, questa distinzione non dovrebbe affatto mettere in dubbio la natura cognitiva dell'interpretazione (e quindi della giurisdizione/interpretazione).

In un saggio inizialmente non destinato alla pubblicazione, ma poi apparso sulla *Harvard Law Review* del 2013, Hart imposta la questione nella prospettiva della discrezionalità. Quella giudiziale, in particolare, sarebbe in parte esplicita, specie nei casi di « application of standards »; « discretionary remedies »; « sentencing in criminal cases » (12). E in parte sarebbe implicita (« tacit or disguised »), in particolare nei *borderline cases*, uno dei quali è — notoriamente e paradigmaticamente — quello della bicicletta o dell'auto giocattolo a motore condotte in un parco, caso da vagliare a fronte della norma che recita « No vehicles are to be taken into the park » (13). È chiaro che la prima forma di discrezionalità non pone alcun problema, perché si tratta di un'attribuzione di potere decisionale fatta dal legislatore che non involge problemi di interpretazione, mentre è sulla seconda che è bene soffermarsi.

Per Hart c'è discrezionalità quando ci troviamo in una posizione intermedia fra l'assoluto arbitrio e la coazione, cioè quando la scelta che

(9) H.L.A. HART, *The Concept of Law*, London, Oxford Univ. Press, 1961, trad. it. di M.A. CATTANEO, *Il concetto di diritto*, Torino, Einaudi, 1965, p. 150.

(10) G. WURZEL, *Das juristische Denken*, Wien, Deuticke, 1904, p. 41.

(11) P. HECK, *Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz*, Tübingen, Mohr, 1932, p. 52.

(12) H.L.A. HART, *Discretion*, in « Harv. L. Rev. », 127 (2013), p. 655. La terza ipotesi è ovviamente inquietante, ma penso debba intendersi riferita alla determinazione della pena.

(13) Ivi, p. 662.

facciamo non è dovuta « to personal whim or desires », ma nemmeno a princìpi che siano « clear, determinate, highly specific » e che « uniquely determine the particular thing we have to do » (14). A dire il vero, la sua posizione non è chiarissima, perché subito dopo afferma che c'è discrezionalità quando « there remains a choice to be made by the person to whom the discretion is authorized which is not determined by principles which may be formulated beforehand, although the factors which we must take into account and conscientiously weigh may themselves be identifiable » (15), il che pone il serio problema di capire che differenza ci sia fra « princìpi formulati prima [si badi] » e « fattori identificabili [si badi] da soppesare ». Trascuriamo, però, questo pur significativo nodo problematico e attestiamoci sull'idea che di fronte alla norma che proibisce di introdurre veicoli in un parco l'interprete sia nella condizione di scoprirsi titolare di un potere discrezionale. A me sembra che si debbano osservare due cose.

i) Potere discrezionale non è potere creativo di norme, sicché quand'anche l'interprete/giudice godesse di discrezionalità non per questo verrebbe meno la distinzione fra legislazione e giurisdizione.

ii) La discrezionalità è da Hart riconnessa a un difetto di certezza sui casi della vita e a un'incertezza sui fini perseguiti dalla norma da applicare. Ebbene: la prima è pacifica, perché nessun legislatore che non sia divino può prevedere la ricca varietà dei casi futuri. La seconda, invece, è meramente apparente e la si lamenta soltanto perché l'identificazione dello scopo può essere particolarmente complessa. In nessun caso, però, difettano all'interprete (in particolare all'interprete/giudice) gli strumenti per l'accertamento obiettivo (cognitivo) dello scopo, che sono quelli elaborati dalla plurimillenaria tradizione del pensiero giuridico occidentale (si badi: a essere cognitive non sono solo le attività logico-deduttive). Difficoltà, dunque, non è apertura alla creatività e nemmeno alla discrezionalità.

La questione, in definitiva, si risolve nella difficoltà di sussunzione di una fattispecie concreta (poniamo: la conduzione della bicicletta in un parco) in una fattispecie astratta (poniamo: il divieto di introdurre veicoli in un parco), ma questa è esattamente la tradizionale difficoltà di qualunque interprete anche per la teoria cognitiva dell'interpretazione. Dice però Barsotti, invocando l'autorità di Paolo Grossi, che « quando il diritto incontra l'incandescenza dei fatti » si può anche ricorrere alla fantasia ». Ora, così come l'Amico e Maestro scomparso confessava d'aver « sempre letto con uno sgomento profondo » la considerazione di Calamandrei che al giurista non sarebbe consentito permettersi il

(14) Ivi, p. 658.

(15) Ivi, p. 661.

lusso della fantasia ⁽¹⁶⁾, io non posso non confessare che provo il medesimo sgomento quando leggo che la fantasia sarebbe consentita non solo all'innocuo giurista teorico, ma al giudice. Se la fantasia è intesa come « sostegno essenziale d'ogni capacità creativa » ⁽¹⁷⁾, l'ultima cosa che si deve chiedere al giudice è di coltivarla, ché il giudice non può e non deve essere creatore d'alcunché. Per intendere perché sia altamente sconsigliabile sollecitare il giudice a dedicarsi a esercizi di fantasia credo basti essere entrati qualche volta in un'aula giudiziaria: allora sì che si avverte, con profonda, direi quasi dolorosa, urgenza, quell'esigenza di una certezza che di sponsali con la fantasia non ha alcun bisogno ⁽¹⁸⁾.

2.2. Bernardo Sordi, a sua volta, svolge considerazioni di sistema sulla dinamica dell'ordinamento e sulla struttura logica dell'attività interpretativa che — credo — hanno avuto implicita risposta nelle considerazioni che precedono. Mi limito, allora, a soffermarmi su una sua notazione.

Sordi evoca una nota frase di Mortara, rinvenibile nel colossale *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*: « mentre la legge rappresenta la *statica* del diritto obiettivo, la giurisprudenza ne costituisce la *dinamica* » ⁽¹⁹⁾. Frase ricordata perché — dice Sordi — « la dinamica dell'ordinamento richiede sempre un certo grado di *interpositio auctoritatis* », sì che « la norma individuale del caso concreto non è già comunque e per intero prefigurata nella norma generale che il giudice è chiamato ad applicare ».

Ebbene, a me sembra che quella frase meriterebbe d'essere ripensata. Non solo perché, concettualmente, tanto la legge quanto la sentenza appartengono sia alla dinamica (nel momento in cui vi sono

⁽¹⁶⁾ P. GROSSI, *La fantasia nel diritto*, in « Quaderni fiorentini », 15 (1986), p. 589.

⁽¹⁷⁾ Ivi, p. 592.

⁽¹⁸⁾ Su un'altra parte del ragionamento di Vittoria Barsotti, relativo al diverso atteggiamento dei giuristi di *civil law* e di quelli di *common law* quanto alla teoria dell'interpretazione e alla concezione della giurisdizione non posso dire granché (oltre quanto ho osservato nel testo sulla posizione di Hart) nel limitato spazio concesso a queste brevi note. Sottolineo solo due punti:

i) il dato ordinamentale del maggiore o minore spazio assegnato alla giurisdizione non è concettualmente significativo quanto al tema della sua subordinazione o meno alla legislazione (l'uno è un profilo quantitativo, l'altro qualitativo);

ii) la giurisprudenza inglese è fra quelle che maggiormente insistono sul vincolo del giudice al testo della legge;

iii) tradizionalmente il vincolo alla legge è stato limitato a causa della morigeratezza del legislatore inglese, ma ormai da molti anni le cose sono cambiate.

⁽¹⁹⁾ L. MORTARA, *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, 4^a ed., Milano, Vallardi, s.d., I, p. 86.

immesse) che alla statica (allorché ormai ne fanno parte) dell'ordinamento. Ma anche e soprattutto perché essa è stata scritta nel contesto di un'esperienza ordinamentale assai diversa da quella (calamitosa) attuale. Quando Mortara la scriveva la legge era sì un punto fermo, un elemento dell'ordinamento tendenzialmente stabile, non soggetto alla quotidiana variabilità, mentre la giurisprudenza poteva continuamente mutare (anche se, pure qui, sarebbe da dire che mutava assai poco e assai lentamente). Chi si sentirebbe, oggi, di dirlo? Proprio perché la legislazione non ha rioccupato il *suo posto*, parlare adesso di staticità della legge pare francamente avventato: il povero giurista positivo sa bene che quel che ha studiato al mattino potrebbe non servirgli più alla sera, sicché contrapporre legislazione e giurisdizione pel profilo della stabilità s'è fatto esercizio assai difficile.

Più ancora, però, mi interessa osservare un'altra cosa, perché considero Lodovico Mortara un saldissimo punto di riferimento.

Il pensiero di Mortara sul rapporto fra legislazione e giurisdizione è complesso. Per un verso, la giurisprudenza « evolve lentamente nel senso medesimo delle civili relazioni fra gli uomini »⁽²⁰⁾; l'attività del giudice non è semplice esecuzione, ma applicazione della legge, e questa « ha luogo mediante un processo complicato di determinazione e interpretazione delle norme giuridiche che hanno attinenza al caso o al fatto particolare venuto in esame »⁽²¹⁾; « la dipendenza della volontà del giudice da quella del legislatore può essere appena relativa »⁽²²⁾. Per l'altro, però, il legislatore ha sempre la facoltà di riportare la giurisdizione all'ordine mercé le leggi di interpretazione autentica (istituto « accettato nel diritto pubblico di tutti gli stati liberi »)⁽²³⁾; a presidio del « principio della divisione dei poteri nello stato libero » sta la Corte di cassazione⁽²⁴⁾; in ogni caso, occorre prevenire « il pericolo di una sopraffazione della volontà della legge per parte del magistrato »⁽²⁵⁾.

Mortara, come si vede, considera realisticamente il rapporto legislatore-giudice, ma non esita a insistere sulla certezza del diritto⁽²⁶⁾, impone al giudice di investigare sempre la volontà del legislatore e, comunque, non mette in dubbio la soggezione assoluta del giudice al testo quando le sue parole « sono assolutamente chiare come espressione di una volontà determinata », perché la giurisdizione è « una

(20) MORTARA, *Commentario*, cit., I, p. 86.

(21) Ivi, I, p. 76.

(22) Ivi, I, p. 77.

(23) *Ibidem*.

(24) Ivi, I, p. 82.

(25) Ivi, I, p. 77.

(26) Ivi, I, p. 80.

funzione che prosegue ed integra la volontà della legge, assicurandone l'adempimento; e quindi non può alterarla, né surrogarla con una volontà evidentemente diversa » (27).

Quel che più conta, però, è come Mortara abbia concretamente interpretato il ruolo della giurisdizione quando è stato chiamato ad amministrarla. Ho già in molteplici occasioni ricordato ch'egli, dopo la storica sentenza (da lui redatta) della Corte d'appello di Ancona (da lui presieduta), con la quale, nei primi anni del Novecento, si riconosceva il diritto di voto politico alle donne (su azione delle famose « maestre di Senigallia ») (28), concesse un'intervista a *Il Giornale d'Italia* (29). Al giornalista che, sconcertato e stupito, gli chiedeva cosa gli fosse mai passato per la testa, egli confessò d'essere sulla questione (così il felice sottotitolo dell'intervista, che ne condensava il pensiero) « personalmente contrario », ma « giuridicamente favorevole ». Aveva deciso come aveva deciso perché lo Statuto parlava di « regnicoli » e il testo (il testo!) doveva essere rispettato, in quanto « regnicoli » non potevano che essere tanto gli uomini quanto le donne (che, pure, Mortara riteneva inadatte a occuparsi di politica). Proprio grazie al rigore dell'interpretazione testuale, alla formalistica esegesi del testo normativo, alla freddezza del giurista spogliatosi dei propri panni (convincimenti) politici per vestirsi di quelli curiali, era stato possibile raggiungere un risultato eccezionale, che la Corte di cassazione avrebbe rovesciato con una sentenza perfettamente « adeguata al caso » (cioè, in realtà, al pregiudizio maschilista della classe dirigente del tempo). Credo sia un episodio che meriterebbe d'essere meditato attentamente da coloro che vorrebbero dei giudici sempre sensibili alle esigenze (e quali mai, poi?) del caso scrutinato. Essi, in genere, sostengono questa posizione perché la sensibilità al caso sarebbe necessaria per assicurare il « progresso » del diritto, ma in questa vicenda, se per « progresso » è da intendere l'anticipazione dello spirito dei tempi, non la Cassazione, non la sostanzialistica Cassazione, ma la formalistica Corte d'appello di Ancona fu « progressista ». Né basta: indicare la direzione del progresso è scelta quant'altre mai politica e nessuno ha mai spiegato quale principio legittimante autorizzi un giudice professionale a prenderla. Se posso aggiungere una notazione privata: non per capriccio — oso pensare — la prima pagina del giornale su cui comparve quell'intervista sta alle mie spalle, incorniciata e a mo' di monito, quando siedo alla scrivania.

(27) Ivi, I, p. 89.

(28) P. CURZIO, *Le maestre di Senigallia*, in « *Questione giustizia* », 2016, 4. Per una ricostruzione a più voci della vicenda, v. i contributi raccolti in *Donne e diritti. Dalla sentenza Mortara del 1906 alla prima avvocatura italiana*, a cura di N. Sbrano, Bologna, il Mulino, 2004.

(29) *Il voto politico alle donne*, ne « *Il Giornale d'Italia* » del 1° agosto 1906.

3. *Una considerazione (provvisoriamente) conclusiva.*

Essere letti da studiosi del calibro di Enzo Cheli, Vittoria Barsotti e Bernardo Sordi è motivo di grata soddisfazione. Essere da loro commentati è motivo di onore (e di preoccupazione...). Averne la possibilità di replicare pubblicamente è motivo di appagamento. Non siamo d'accordo, è evidente, o almeno non siamo d'accordo su alcune questioni fondamentali della scienza giuridica. Credo, però, che — come è naturale che avvenga quando si riflette assieme — le ragioni di disaccordo siano emerse più nettamente di quelle di sintonia. Che, invece, ci sono e sono profonde.

Comune, invero, mi sembra la preoccupazione per la condizione attuale del nostro sistema costituzionale, eroso alle sue fondamenta da quelle « alterazioni » che nel mio libro ho cercato di descrivere, ancorché solo esemplificativamente. Enzo Cheli, in un suo recente contributo, che ha riscosso molta attenzione in dottrina e nel dibattito pubblico, ha scritto che il nostro modello costituzionale « si è dimostrato sinora efficiente, grazie anche alla sua notevole capacità di adattamento »⁽³⁰⁾, precisando che le riforme costituzionali non possono rimediare, di per sé, alle « disfunzioni in atto nel sistema politico »⁽³¹⁾ e che servirebbe una « rigenerazione delle prassi in uso nella sfera politica »⁽³²⁾. Condivido appieno queste considerazioni. Che peraltro mi sollecitano una provvisoriamente conclusiva considerazione.

I partecipanti a questo dibattito sono animati da un comune sentimento di fedeltà alla Costituzione e ai valori cui essa si è ispirata. Tutti avvertono quanto siano gravi le distorsioni che hanno deviato il percorso del potere legislativo e del potere esecutivo, mentre non tutti leggono con la medesima preoccupazione quelle che hanno modificato la posizione del potere giudiziario. È mio profondo convincimento, espresso più e più volte, che proprio ribadendone i limiti il giudiziario venga rafforzato nella sua autonomia e indipendenza, ponendolo al riparo dagli strumentali attacchi che gli vengono da una politica sempre meno sorvegliata e sempre più povera di senso delle istituzioni. Gli amici coi quali adesso ho dialogato non la pensano così, ma vorrei dire questo. Qualche anno fa Paolo Grossi mi inviò uno dei suoi libri accompagnandolo con un bigliettino nel quale mi chiedeva chi di noi due si sarebbe « convertito » prima. Non l'ha fatto — ovviamente — nessuno dei due, e credo che nessuno (che si trovi su questa terra o altrove) lo farà oggi. Ma allora, così come oggi, abbiamo liberamente

⁽³⁰⁾ E. CHELI, *Costituzione e politica. Appunti per una nuova stagione di riforme costituzionali*, Bologna, il Mulino, 2023, p. 11.

⁽³¹⁾ Ivi, p. 117.

⁽³²⁾ Ivi, p. 118.

discusso e discutendo, quanto meno, abbiám fatto maggiore chiarezza (spero di non essere presuntuoso se lo dico) nelle nostre idee. E, poiché alla necessità di schiarimenti non v'è limite, la discussione non finirà certo qui, anche perché il dialogo costruttivo ci serve per guardare con qualche preoccupazione di meno alle brutture del presente.

Discussione su

L'arte di giudicare. Percorsi ed esperienze tra letteratura, arti e diritto, a cura di G. Rossi, D. Velo Dalbrenta, C. Pedrazza Gorlero, Napoli, ESI, 2022 — Terzo volume della Collana dell'Associazione «*Ius in fabula*» che si aggiunge ai due precedenti, a cura dei medesimi, *Rifrazioni anomale dell'idea di giustizia*, Napoli, ESI, 2017, e *Immaginare il futuro del diritto*, Napoli, ESI, 2021.

PAOLO CAPPELLINI

IL MISTERO DEL GIUDICARE

I Relatori presenti il giorno 27 ottobre 2023 all'incontro di studio *I mille volti del processo: bagliori giuridici nello specchio della letteratura e delle arti*, nel quale si presentava il volume *L'arte di giudicare. Percorsi ed esperienze tra letteratura e diritto* (Napoli, ESI, 2022) a cura di Giovanni Rossi, Daniele Velo Dalbrenta, Cecilia Pedrazza Gorlero, hanno provveduto a coglierne praticamente tutti gli aspetti innovativi, e sono molti, e a delinearne con acutezza anche le sfaccettature più suggestive. Il percorso di lettura che qui si tenta vorrebbe invece prendere le mosse dal fatto che questo volume rappresenta allo stato l'ultima anta, per così dire, di un trittico, dedicato in sostanza al tema della giustizia e del giudizio (con un passaggio in terra di utopia), nel quadro di una collana di studi su Diritto e Arti, diretta da Giovanni Rossi, che si era inaugurata nel 2017, sempre per cura degli stessi autori e presso lo stesso editore, appunto con *Rifrazioni anomale dell'idea di giustizia* ed era poi proseguita nel 2021 con *Immaginare il futuro del diritto. Narrazioni utopiche, distopiche e ucroniche: una collana che presto si arricchirà di un nuovo volume, dedicato a L'ombra del delitto. Colpevolezza e moventi nelle arti e nelle lettere*.

Il riferimento istituzionale — ed anche questo è un aspetto che va sottolineato, perché si tratta di una scelta lungimirante — è all'associazione veronese *Ius in fabula*, costituita a Verona nel 2016. Questa più che importante forma di istituzionalizzazione, che consente di meglio sviluppare le sue attività all'interno e col meritorio e sensibile supporto di tutto il Dipartimento di scienze giuridiche dell'Università di Verona, ha d'altro canto un'origine meditata e ancora più risalente nel tempo. Andrà preliminarmente ricordato infatti che Giovanni Rossi e Daniele

Velo Dalbrenta fin dal 2008 erano parte della *Italian Society for Law and Literature* e che il gruppo veronese ha anche attivamente accolto « il nuovo modello associativo della ISLL, che nel 2013 si è trasformata in un vero e proprio network. La struttura reticolare, della quale *Ius in fabula* diventa un ‘nodo’ è, d’altra parte, l’evoluzione fisiologica del progetto della ISLL », nella prospettiva pionieristica di radicare questo tipo di studi nell’università italiana (Maria Paola Mittica).

A questo fervore di attività, poi, sia pure come iniziativa in parte distinta — ma la matrice di partenza è chiaramente comune — si sta affiancando, nel quadro di un diverso progetto di ricerca, collegato ma autonomo (*Diritto, immagini e potere in età moderna*), una nuova collana editoriale (*Immagini, Diritto e Storia*) con Pacini Giuridica, che avrà l’obiettivo di concretizzare sul terreno storico giuridico un’ulteriore filone di ricerca, quello collegato alle molteplici ricerche che, ormai da decenni, vengono dedicate all’aspetto visuale e al ruolo dell’immagine nella formazione delle ‘visioni del mondo’ (*iconic turn, visual culture, visual history*), sia in generale, sia nella più specifica prospettiva ‘disciplinare’.

Si tratta allora, come dovrebbe balzare nitidamente agli occhi anche di un osservatore non necessariamente edotto o competente in questi ambiti, di un progetto di vasta portata, staremmo per dire, se oggi questo termine godesse di migliore salute, ‘sistematico’, che appare volto ad ottenere innanzitutto un non marginale rinnovamento all’interno dei nostri studi storico giuridici; ma, diremmo di più — ricordando la divisa del nostro comune Maestro Paolo Grossi che vocava al « dialogo *tra* giuristi » — ad intensificare proprio quel dialogo. Se è così, e noi crediamo che lo sia, si tratta allora di comprendere meglio in che senso il dialogo tra storici (del diritto, e quindi giuristi) e giuristi ‘positivi’, troverebbe in queste prospettive arricchimento e, di conseguenza, quali obiettivi e risultati si può proporre il lavoro del giurista che mette in tensione/correlazione diritto e letteratura (e, più in generale, arti). Perché, di primo acchito, un osservatore scettico potrebbe sostenere che questo itinerario si riduca ad una sorta di elegante, ma infine innocuo *divertissement*.

Ma andiamo con ordine. Vale la pena allora ripercorrere alcuni passaggi del primo volume della collana, laddove i curatori di questa intrapresa *in itinere* individuavano una serie di sentieri (non interrotti) che da *Ius in fabula*, ovvero dalle formule *Law and Literature*, o meglio, e più ampiamente, *Law and Humanities* — certamente originatesi, come fenomeno che raggiunge una sua massa critica, nelle *Law School* americane fin dai primi del ’900 (e la rinascita di questo movimento viene successivamente ricondotta, com’è noto, al celebre libro di James Boyd White, *The Legal Imagination* del 1973); ma che, a ben guardare, potrebbe far trovare anche percorsi autonomamente configuratisi in Europa, o finanche in Italia: basti qui ricordare il bel saggio, forse dimenticato, di Ferruccio Pergolesi su *Alcuni aspetti del problema della*

giustizia nella letteratura contemporanea, che risale ormai al 1947 —; sentieri non interrotti, dicevamo che vanno a condurre chi li percorra « al cuore del fenomeno giuridico » (G. Rossi).

Anzitutto, visto che il giurista positivo è spesso tentato — stavolta positivisticamente — a divenire un ‘lavoratore dei testi’, a chiudere il suo orizzonte e la sua cassetta degli attrezzi ‘nei’ testi; anzitutto allora perché questo « progetto [...] richiama precisamente l’esigenza di svincolare il giurista dalla sudditanza psicologica nei confronti dei testi *formalmente* giuridici per consentirgli appunto di cimentarsi proficuamente con *altri testi, rispetto a quelli che concorrono alla sua formazione tecnica*, onde — paradossalmente — meglio tentare *l’essenza del fenomeno giuridico* » (1). Emerge dunque a poco a poco con chiarezza che la ricerca de *Il diritto altrove* (2) conduce a scoprire una dimensione ‘critica’ e demitologizzante che si collega in modo forte, ma del tutto naturalmente, alle linee di ricerca inaugurate da Paolo Grossi, con l’intento di riportare in primo piano il rapporto del diritto con la vita, con la sua concretezza relazionale:

Tra i molti possibili significati del binomio ‘diritto e arti’ e di fronte alle plurime piste d’indagine battute in materia in questi anni, tutte legittime anche se non sempre ugualmente plausibili, è opportuno metterne a fuoco una in particolare, a partire da una prospettiva dichiaratamente giuridica piuttosto che artistico-letteraria, proponendo una lettura che valorizzi per questa via la dimensione esperienziale e quindi propriamente storica del fenomeno giuridico. Il punto di partenza ineludibile per ogni riflessione in materia giuridica concerne il fatto che il diritto ha un senso in tanto in quanto si pone il relazione effettiva e strutturale con la vita, con la vita concreta degli uomini riuniti in società, posto che le norme giuridiche servono a regolare i rapporti interpersonali, nella dimensione di una compiuta storicità [...]. Là dove c’è un rapporto non effimero bensì duraturo tra le persone, là dove si formano reti stabili di relazioni intersoggettive, non possono che essere presenti anche regole giuridiche, destinate ad organizzare la comunità politica, che in tal modo prende forma e acquista coscienza di sé e volte ad impedire la sopraffazione del forte sul debole e l’ingiustizia eretta a sistema. Occorre insomma riconoscere senza falsi pudori che il diritto è una realtà assolutamente ‘carnale’ — come direbbe il mio Maestro Paolo Grossi — è una realtà che si incarna nei rapporti intersoggettivi e sociali e che pertanto acquista spessore e significato nell’esperienza vissuta della comunità e quindi, in ultima analisi, nella storia, mano a mano che per

(1) Daniele VELO DALBRENTA, *Come il lupo della favola. Storie di diritto, vite di invenzione (per giuristi)*, in *Rifrazioni anomale dell’idea di giustizia*, Napoli, ESI, 2017, p. 11.

(2) Per la formulazione cfr. Fabrizio MARINELLI, *Il diritto altrove. Itinerari giuridici tra letteratura arte e religione*, Pisa, Pacini, 2019.

suo merito quei rapporti diventano stabili e assurgono al rango di valore in sé, da conservare e tutelare ⁽³⁾.

L'osservazione acquista oggi tanto maggiore pregnanza, quando, dalle molteplici e approfondite riflessioni che sono state svolte a tenerne viva la memoria dopo la sua scomparsa, è emerso con evidenza che la formazione originaria che ha poi informato di sé il suo plurale itinerario di ricerca nel corso degli anni si era svolta per una parte significativa negli ambienti del cattolicesimo fiorentino e, in particolare, anche proprio nei circoli letterari che diedero, tra l'altro, linfa vitale ad una rivista come *L'Ultima. Rivista di poesia e metasofia* (gennaio 1946-1963) ⁽⁴⁾.

Il progetto che stiamo esaminando dunque, ha bene in vista un alto obiettivo, quello di instaurare un dialogo con un giurista che avverte — come oggi sempre più dovrebbe avvertirsi ⁽⁵⁾, in un'età ormai 'pos-moderna', non perché le conquiste di garanzia giuridica del moderno siano superate, ma proprio perché per conservarle e svilupparle gli strumenti dogmatici da esso offerti non bastano più e non sono all'altezza dei tempi ⁽⁶⁾ — un giurista che avverte, dunque, la necessità di sfuggire, come accennato, alla gabbia di un troppo stretto testualismo:

Il giurista che pensa che il diritto non sia soltanto un insieme di comandi, di norme imposte dall'alto, ma che ne riconosce la natura di realtà ordinante che promana dal basso e permea la società intera non sarà stupito di ritrovare in molte manifestazioni artistiche e letterarie una comprensione più profonda del fenomeno giuridico e di che cos'è in ultima analisi il diritto che non in tanti manuali e in tanti trattati giuridici aridamente tecnici e miopeamente dogmatici, un po' come può succedere al teologo di professione che, forse, incontrando la vecchietta semplice che non sa nulla di dottrina teologica ma che ha un rapporto di umile e confidente familiarità col divino ha modo di comprendere più cose su Dio di quante ne possa imparare facendo ricorso ad una dottrina raffinata ma libresca ⁽⁷⁾.

⁽³⁾ G. ROSSI, « *Diritto e letteratura* »: *sul significato di un connubio di successo*, in *Rifrazioni anomale dell'idea di giustizia*, cit., pp. 16-17.

⁽⁴⁾ Cfr. « *Quaderni fiorentini* », LII (2023), *Il diritto come forma dell'esperienza*. Per Paolo Grossi.

⁽⁵⁾ Utilissime piste di indagine sono in tal senso percorse, a partire dall'utilizzazione del geniale frammento del 1921 di Walter Benjamin sul capitalismo come religione, da Alberto TEDOLDI, « ...e rimetti a noi i nostri debiti... ». *L'arte di giudicare in tempo di crisi*, pp. 177-214.

⁽⁶⁾ Così noi leggiamo il messaggio, spesso miopeamente equivocato, di Paolo GROSSI, *Oltre la legalità*, Bari-Roma, Editori Laterza, 2020: messaggio quindi non 'antimoderno', ma invece, con gli Ultimi, appunto, *Ultra-moderno*.

⁽⁷⁾ ROSSI, « *Diritto e letteratura* », cit., p. 18.

Come ben sintetizza infine l'autore tale prospettiva costituisce un *antidoto contro il formalismo giuridico*.

E non per caso queste ricerche ci riportano a meditare — nella bella lettura che ne fa Federico Puppo — le parole di un nostro grande, il quale, certamente, da un lato, riconosce che « nel suo profondo lavoro di astrazione il giurista elabora dei concetti, vale a dire, comprende, secondo l'etimologia della parola, la realtà, ne fissa l'essere, cioè la forma essenziale, l'ordine per cui essa è giuridica. Nulla è più legittimo di questa elaborazione, che costituisce il *proprium* della scienza giuridica, e la rende eccellente su tutte le altre, perché i concetti che essa elabora hanno un effettivo valore, sono la stessa realtà »; e purtuttavia — e questo lo deriva proprio anche dalla sua esperienza di scrittore, e lo si legge ne *Il giorno del giudizio* — teme che « il diritto si riduca alla legge », in cui si cerca quella « certezza che ci sfugge nella vita, finendo peraltro a scambiare la vita con la legge ».

Ecco allora una delle più puntuali critiche del formalismo della scienza giuridica, che quello scambio indebito avalla, che produce quella « frattura dell'esperienza giuridica » esiziale e per il diritto e per la scienza: perché « il formalismo comincia dove il diritto finisce », dove al suo posto subentra « una falsa esperienza, cioè l'immobile vuoto, che si tratta come cosa salda, modellandolo in forme che, essendo forme del vuoto, hanno il pregio di essere infinite ».

E il concetto prescelto per illustrare la sua critica, per distinguere dall'uso improprio che il formalismo surrettiziamente introduce, non poteva essere più significativo, come la sede nella quale Satta lo analizza, una relazione al IV Convegno della Associazione degli studiosi del processo civile del 1958 ⁽⁸⁾, l'ordinamento giuridico:

Nessuno dubita, ad esempio, della verità del concetto di ordinamento giuridico, e della sua adeguatezza a rappresentare la realtà stessa, in quanto appunto si presenta ordinata. Ma questo stesso concetto acquista a un certo punto tanta forza di suggestione che si stacca dalla realtà ordinata, della quale si presenta come ordinatrice, un Ordinamento con l'o maiuscola, una personificazione o deificazione, del quale si dice che si attua, che si concreta, che si viola, che ha i suoi ministri, e al quale gli uomini sono soggetti ed estranei. Lo stesso può dirsi del concetto di diritto soggettivo, di interesse, di organo, di azione, di processo, di parte, di terzo, e via via di tutti i concetti che nel loro coordinamento danno luogo al cosiddetto sistema. Non v'è bisogno di illustrare i guai che questa deformazione produce: e sarebbero guai sopportabili se restassero sul piano della conoscenza teorica. Alla fin fine, il mondo uno se lo concepisce come vuole. Ma purtroppo nel diritto la conoscenza è esperienza e non esiste dualismo tra teoria e pratica.

⁽⁸⁾ Ora in S. SATTA, *Il Mistero del processo*, Milano, Adelphi, 1994, pp. 95-96. Cfr. Federico PUPPO, *Dell'inutilità del processo in Salvatore Satta, ovvero: del valore filosofico dell'esperienza giuridica*, pp. 157-175.

Già da questi pochi esempi — ma ogni saggio dei tre volumi merita di essere letto, perché individua sempre nuove sfaccettature di questa ‘lotta contro il formalismo’ — ci sembra risulti confermato che uno degli effetti che si producono nella congiunzione della dimensione giuridica con quella letteraria o artistica (che, rispetto alla legge come strumento di riduzione di complessità, vuole assumere invece la complessità dell’umano nella sua integralità) è proprio quello di *rovesciare punti di vista consolidati* e orizzonti ritenuti non superabili, per aprire la strada a nuove prospettive, come ha bene messo in evidenza Maria Paola Mittica ⁽⁹⁾. Questo rovesciamento si può però realizzare se il rapporto istituito tra le due diverse dimensioni viene colto anche come differenziazione — una differenziazione che arricchisce — tra le forme di intelligenza che vengono chiamate in campo: « La legge fa ricorso o ‘crede’ di far ricorso prevalentemente all’intelligenza di tipo razionale. La letteratura al contrario si raffronta principalmente al ‘vissuto’, attingendo a tutte le risorse della comprensione e dell’espressione. Ordine, Formalizzazione, Sistema, Linearità nella determinazione del tempo (essenzialmente il *chronos* per la legge), Certezza, Gerarchia. Sono tutte elaborazioni che attingono all’unica intelligenza in cui confida la legge che è quella razionale ». È inutile che chi scrive (segnato da una parabola che lo ha portato dal *Systema iuris* alle *Storie di concetti giuridici*) nasconda la profonda consentaneità rispetto a queste considerazioni, specialmente se culminano, come culminano invece nell’introduzione, per via di ‘letteratura’, in questo orizzonte di una pluralità di forme, legata ai ‘valori caldi’ dell’umanità: « La letteratura al contrario lascia che la comprensione della realtà si avvenga di tutte le forme dell’intelligenza umana: quella razionale, ma anche quella percettiva e quella patica [...] Si tratta di territori dove non c’è certezza, né coerenza, non c’è sistema » ⁽¹⁰⁾.

Allora si apre così la strada ad una terza acquisizione di problematicità, a quello che si sembra il più importante aspetto che viene portato alla luce in questo progetto: quello di riattivare la dialettica, di tensione certo, ma anche di avvicinamento, fra giustizia e diritto, che la versione normativistico-procedurale del secondo aveva creduto di risolvere in identificazione.

In altre e più precise parole di riportare al livello della coscienza del giurista « l’opposizione concettuale tra *introiettamento e rifiuto della violenza* », laddove « la legge introietta la violenza, la letteratura la rifiuta » ⁽¹¹⁾.

Questo problematica centrale attraversa, come un basso continuo, si direbbe, tutti i testi delle raccolte, pure laddove, nell’hobbesiano

⁽⁹⁾ M.P. MITTICA, *Diritto e letteratura, tendenze e problemi*, in *Rifrazioni anormale dell’idea di giustizia*, cit., p. 33.

⁽¹⁰⁾ Ivi, pp. 34-35.

⁽¹¹⁾ Ivi, p. 34.

Melville, sensibile al *times of war* come tempo di eccezione che impone la condanna capitale di Billy Budd anche se per omicidio accidentale, l'esigenza del rifiuto della violenza sembra trovare una battuta d'arresto; essa viene invece reintrodotta, seppure pessimisticamente, nel 1948 dal musicista inglese Benjamin Britten (1913-1976), dallo scrittore E.M. Forster e da Eric Crozier in sede di stesura del libretto per la versione operistica del racconto: « Il comportamento del Vere di Melville, che antepone l'obbligo morale di applicare la legge militare alle inclinazioni umane della clemenza e della compassione, convincendo, attraverso le sue argomentazioni, la sua *ars iudicandi*, il collegio militare a emettere il verdetto, era irricevibile per un umanista liberale come Forster e per un pacifista convinto come Britten ». Pessimisticamente perché « il diritto secondo il compositore non difende gli emarginati » (peraltro si è spesso sottolineata la componente omosessuale nelle opere di Britten, che visse la sua relazione con Pears nel Regno Unito, in cui soltanto nel 1967 furono depenalizzati gli « atti omosessuali tra gli individui consenzienti »), né protegge la società dalla violenza (il musicista, già obiettore di coscienza, fu sempre un convinto pacifista, contrario alla pena di morte). Per i suoi « eroi » l'unica parola di conciliazione possibile in grado di opporsi all'insensatezza del mondo può essere riassunta in quel « Lasciateci dormire ora », pronunciato da due soldati nel War Requiem (1962) (Mario RIBERI, *Billy Budd dal racconto di Melville all'opera di Britten: riflessioni sulla sconfitta della giustizia*, pp. 266-267).

Una sconfitta della giustizia che torna in modalità diverse nei saggi di Gaetano CARLIZZI, *L'enigma di Rashōmon. Un contributo alla teoria della prova giudiziaria*, pp. 75-86; Stefania TORRE, *Processi illustrati. Storie di cause celebri tra narrazioni e immagini nell'Ottocento italiano*, pp. 89-106; Ida FERRERO, *Il giudizio sotto indagine: un itinerario di ricerca sul « Caso Maurizius »*, pp. 107-126; Cecilia PEDRAZZA GORLERO, *Giudicare nel Terrore: Les dieux ont soif (1912) di Anatole France*, pp. 127-153; Giovanni ROSSI, « *De iniquo iudice* »: *sul cattivo esercizio della giustizia nei Dies Geniales (V, 14 e VI, 7) di Alessandro D'Alessandro*, pp. 217-246; Daniele VELO DALBRENTA, *Il giudice che non c'era. Nei meandri del curioso 'processo' de Il Mercante di Venezia*, pp. 269-295.

Ma appunto, riflettere sui fallimenti (e ben si badi, sulle intenzionali perversioni) del giudicare vuol dire propriamente richiamare l'attenzione del giurista — un giurista che in altri tempi, nei quali ancora teologia etica e diritto venivano chiamate a dialogare, era tenuto anche ad individuare, seppure da mortale fallibile, i rimedi a tale stato di cose (Ettore DEZZA, *Un decalogo per il buon giudice. Il Proemio alla Summa de Maleficiis di Bonifacio Antelmi (1301)*, pp. 33-50) —, richiamare l'attenzione del giurista sul fatto essenziale « che, nascondendosi dietro la maschera della legittimità, dietro la necessità della forza, *gli aspetti violenti del diritto non trovano sufficiente spazio nella riflessione sul*

diritto, limitando la comprensione di dinamiche che sono invece fondamentali quando si dovesse per esempio scegliere di percorrere vie più miti »⁽¹²⁾.

E certo non si potrà sfuggire alla ‘chiamata in giudizio’, alla sfida contenuta nel testo del 1920-21 *Zur Kritik der Gewalt* di Walter Benjamin, per solito tradotto come *Per la critica della violenza* (laddove però, seguendo un suggerimento di Furio Jesi, sarebbe forse più appropriato rendere la pluralità di senso del termine *Gewalt* trascrivendo tutt’e tre i termini potere/autorità/violenza):

Ogni violenza è, come mezzo, che pone o che conserva il diritto. Se non pretende a nessuno di questi due attributi, rinuncia da sé ad ogni validità. Ma ne consegue che ogni violenza come mezzo partecipa, anche nel caso più favorevole, alla problematicità del diritto in generale. E anche se il significato di questa problematicità non si lascia ancora, a questo punto dell’indagine, individuare con certezza, il diritto appare tuttavia, dopo quanto si è detto, in una luce morale così equivoca, che si affaccia spontaneamente la domanda se per comporre interessi umani in contrasto non vi siano altri mezzi che violenti. Essa ci obbliga anzitutto a constatare che un regolamento di conflitti privo affatto di violenza non può mai sfociare in un contratto giuridico. Poiché questo, per quanto sia stato concluso pacificamente dai contraenti, conduce sempre, in ultima istanza, a una possibile violenza. Poiché esso conferisce ad ogni parte il diritto di ricorrere, in qualche forma, alla violenza contro l’altra, nel caso che questa dovesse violare il contratto. E non solo: come il risultato, anche l’origine di ogni contratto rinvia alla violenza. Anche se non è necessario che essa sia immediatamente presente nel contratto come violenza creatrice di diritto, vi è tuttavia pur sempre *rappresentata*, in quanto il potere che garantisce il contratto è a sua volta di origine violenta, quando non è insediato giuridicamente con la violenza in quello stesso contratto. *Se vien meno la consapevolezza della presenza latente della violenza in un istituto giuridico, esso decade* ⁽¹³⁾.

Se dunque, in una parola, la critica della violenza emerge finalmente, grazie anche al lavoro del gruppo di Verona, come parte essenziale della critica del formalismo e del riorientamento da mettere in opera del lavoro di un ceto di giuristi che, come i colleghi cinquecenteschi, milanesi e partenopei, non solo non siano « né silenti né complici », ma neppure « impotenti » di fronte alla crisi della giustizia (ROSSI, p. 246) e « alla luce morale così equivoca » in cui andrebbe a cadere un diritto inestricabilmente legato alla violenza, andrà anzitutto rievocato il monito del nostro troppo dimenticato Andrea Caffi, altro pensatore di una « critica della violenza », e secondo il quale: « L’altisonante apoftegma di Marx, ‘la violenza è la levatrice della storia’,

⁽¹²⁾ *Ibidem*.

⁽¹³⁾ W. BENJAMIN, *Per la critica della violenza*, in ID., *Angelus Novus. Saggi e frammenti*, a cura di Renato Solmi, Torino, Einaudi, 1962, pp. 16-17.

manca di sottigliezza. Le emorragie causate dal forcipe storico posso essere più o meno gravi, l'operazione riuscire più o meno bene, e anche fallire [...] Gli occidentali si sono abituati a considerare le istituzioni, le leggi, la polizia come delle realtà più conseguenti, e più maneggevoli, che non i costumi, i legami non organizzati, la mentalità, le credenze vive di un ambiente sociale ».

Insomma, come ha ben visto Aldo Andrea Cassi ⁽¹⁴⁾, si tratta, in un'età pos-moderna, di rimettere in gioco, a prevenire un tramonto annunciato da tempo, ma non preso sul serio, l'immaginario 'occidentale' e le sue radici profonde.

Bisogna in conclusione esser grati a Giovanni Rossi e a *Ius in Fabula* che ci stanno indicando vie possibili per sfuggire ad una dignità che altrimenti potrebbe suonare come definitiva per noi giuristi, già solo per la sua felicità espressiva tutta letteraria: « *Si chiama diritto quel momento in cui la forza si riposa e prende respiro* » (Ugo Ojetti).

Sempre più consapevoli, dunque, che

se, come alcuni pensano, non c'è diritto positivo là dove non c'è autorità prestabilita, si prova il bisogno di precisare l'asserzione aggiungendo che ciò che noi possiamo considerare 'diritto', differenziandolo nettamente dai terrori sacri, dai tabù magici e anche dai drammi intimi della coscienza nei quali sorgono e si dibattono problemi morali, non può costituirsi se non quando l'autorità prestabilita può essere messa in discussione dalla ragione ragionante, scossa dall'interferenza di autorità disparate, o anche violata con successo da forze di disordine le quali sono talvolta delle forze dell'emancipazione umana e di giustizia (Andrea Caffi, 1941).

ORLANDO ROSELLI

L'ARTE DI GIUDICARE E L'INCONSAPEVOLE GIURIDICO (*)

1. Il libro curato da Rossi, Velo Dalbrenta e Pedrazza Gorlero non è una monade isolata, è il terzo volume di « *Ius in fabula*. Collana di studi su Diritto e Arti » diretta dallo stesso Giovanni Rossi, con la collaborazione attiva degli altri due studiosi che con Lui hanno condiviso la curatela di tutti e tre i volumi.

(14) A.A. CASSI, *Olimpo, Sinai, Golgota*. « *Rifrazioni anomale dell'idea di Giustizia* » rilevate da una prospettiva orografico-antropologica, in *Rifrazioni anomale dell'idea di giustizia*, cit., pp. 277-303.

(*) Il presente contributo riprende, anche nel titolo, il mio intervento (qui rielaborato) all'incontro di studi del 27 ottobre 2023 presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università di Verona, che ha rappresentato l'occasione per discutere del volume.

L'obiettivo della Collana è « di promuovere l'approfondimento degli studi di *'Law and Humanities'* e di favorire la collaborazione scientifica, in tale settore, fra studiosi italiani e stranieri, promuovendo il confronto e l'incontro di visioni, saperi e specializzazioni diversi, nella convinzione che i punti di contatto tra le due dimensioni — giuridica e artistica — siano numerosi e densi di significato e che la loro valorizzazione permetta di cogliere elementi della realtà altrimenti trascurati » (1).

Una tale premessa testimonia la convinzione che la scienza giuridica necessita della contaminazione con altri saperi, perché altrimenti non è possibile avere consapevolezza di tutti quei fattori, ulteriori rispetto agli enunciati normativi, che concorrono a determinare ciò che tradizionalmente sintetizziamo con il termine 'diritto' e che Paolo Grossi descrive con il sintagma 'dimensione giuridica', ben più corrispondente a rappresentare le plurali dinamiche in divenire che producono ordinamento (2).

Il successo di una tale operazione culturale e scientifica si misura sulla capacità di incrementare la comprensione degli « elementi della realtà altrimenti trascurati » e, attraverso un tale recupero, cogliere aspetti profondi del fenomeno giuridico.

2. Il rischio nel perseguire un tale progetto è quello di un acritico suggestivo eclettismo, sempre latente quando la riflessione su di una dimensione scientifica muove dall'esigenza di andare oltre i tradizionali recinti disciplinari.

Eventualità, quella di un tale eclettismo e di quello che definirei un 'disordinato genericismo', che possono facilmente manifestarsi quando si tratta di lavori collettanei, in cui ciascuno degli autori si limita ad illustrare un tema corrispondente ai propri interessi seguendo il filo del proprio percorso scientifico senza relazionarsi con gli altri autori. Rischi scientificamente ferali se non vi è, da parte dei curatori, una salda direzione scientifica.

Mi concentro pertanto sulla riflessione se ed in quale misura il volume di cui discutiamo (e la Collana nel suo insieme) contribuisca ad una maggiore comprensione della dimensione giuridica.

La prima considerazione è che il volume su *L'arte del giudicare. Percorsi ed esperienze tra letteratura e diritto*, testimonia di una duplice saldissima impostazione scientifica, quella a fondamento del progetto della Collana e quella relativa agli esiti del volume: i tre volumi sembrano darsi la staffetta ed altrettanto sembrano fare i contributi presenti in quello di cui discutiamo.

(1) Come si legge in premessa di ciascuno dei tre volumi.

(2) Sia consentito rinviare a O. ROSELLI, *La dimensione giuridica come dimensione costituzionale*, in « Quaderni fiorentini », 52 (2023), p. 231 e ss.

Questo è stato possibile perché il triplice sforzo collettivo ha alle spalle l'attività dell'Associazione « *Ius in fabula* », quindi una propeudeutica riflessione comune che i curatori hanno saputo indirizzare e coordinare. Così il primo volume della Collana, su *Rifrazioni anomale dell'idea di giustizia*, ed il presente terzo volume su *L'arte di giudicare*, finiscono per rappresentare i vol. I e III di una medesima riflessione, nel mentre l'intermezzo del secondo volume con quel porsi il problema di *Immaginare il futuro del diritto*, attraverso *Narrazioni utopiche, distopiche e ucroniche*, all'apparenza dal taglio diverso dagli altri due, rende ancora più esplicito il metodo adottato, quello di relazionare il diritto con la dimensione del possibile ⁽³⁾, con la quale noi giuristi dobbiamo sempre più confrontarci.

Lo richiede il doversi misurare con le metamorfosi che attraversano le nostre società e che rendono particolarmente complesso e conflittuale il loro ordinare.

Il giurista contemporaneo si trova a svolgere la propria funzione in un contesto in cui paradigmi sociali e fattuali (a partire dai quali si sono elaborati istituti, categorie e principi giuridici) non corrispondono più ai caratteri della società. Nel mentre mutano e continuano a mutare i processi di strutturazione della giuridicità, vi è necessità per il giurista di acquisire piena consapevolezza della diversa incidenza e peculiarità dei fattori costitutivi della dimensione giuridica.

3. L'interesse del giurista per le espressioni artistiche (della letteratura, del cinema, del teatro, delle arti figurative, della musica, ed altro ancora) non è un vezzo intellettuale, ma un ausilio per comprendere il fenomeno giuridico.

Al giurista serve la fantasia, l'intuizione e l'empatia al pari del ragionamento razionale, dell'utilizzo della logica formale. Scrive Paolo Grossi, nella sua ultima pubblicazione, un libro di novelle, che « il ricorso alla *fantasia* come a risorsa preziosa per ogni umana vicenda [...] non [è] sinonimo di bizzarria, ma piuttosto il riferimento alle forze creatrici dell'uomo, che supera le limitazioni del presente reale [...] » ⁽⁴⁾.

In un mondo dalle dinamiche sempre più complesse, eterogenee, disarmoniche, conflittuali, imprevedibili, temporalmente fluttuanti, il

⁽³⁾ Per riprendere un concetto caro ad una studiosa all'avanguardia negli studi di diritto e letteratura: M.P. MITTICA, *Raccontando il possibile. Eschilo e le narrazioni giuridiche*, Milano, 2006, che sottolinea l'essere il diritto l'esito di una complessa *ars combinatoria* tra enunciati normativi e plurali dinamiche che attraversano la società.

⁽⁴⁾ P. GROSSI, *Il paese dei palloncini di gomma e altre fiabe*, Firenze, 2022, p. 7, il corsivo è nel testo.

giurista deve saper attingere anche dalla « dimensione *fantastica* [...] per costruzioni dall'impronta nuova e originale » (5).

La lettura del volume è utile perché nel sollecitare una riflessione sull'« arte del giudicare » non si accontenta di evidenziarne le criticità, ma ne amplia la comprensione attraverso la forza immaginifica e coinvolgente di richiami letterari capaci di integrare la comprensione della funzione del giudicare. L'operazione è così ben riuscita che anche i riferimenti letterari storicamente più datati parlano al presente, talora con una severità di giudizio superiore a quella dei critici odierni sul concreto funzionamento del pianeta giustizia.

4. Riflessioni tanto più preziose se si considera che negli ordinamenti giuridici contemporanei (6) l'asse della giuridicità si va sempre più spostando dalla statuizione delle norme a quello della loro interpretazione/attuazione, quindi dal potere politico al giudice (7). Ne consegue, a mio avviso, la sempre maggiore ineludibile necessità che l'esercizio del potere (quello giurisdizionale) di decidere in punto di diritto si eserciti nella consapevolezza e trasparenza delle dinamiche che lo determinano.

Tanto più, come portato dell'accresciuta complessità sociale e fattuale, crescono le variabili interpretative, tanto più si rende necessaria l'emersione di quei fattori che contribuiscono, con gli enunciati normativi, alla determinazione della regola giuridica.

La riflessione operata sull'« arte del giudicare » è fin da subito riflessione complessiva su che cosa si intenda per 'diritto', è un interrogarsi su che cosa gli « si chiede » (G. ROSSI, « *Suum cuique tribuere* »: *il render giustizia e la sua "narrazione", tra diritto e arti*, p. 17), sulla sua relazione (o negazione) con le idee (che sono plurali) di giustizia, con l'origine 'pre-giuridica' di fondamentali categorie giuridiche (e di come significativi istituti, compresi alcuni tra i più rilevanti istituti penalistici, trovano fondamento in retroterra culturali e teologici: E. DEZZA, *Un decalogo per il buon giudice. Il proemio alla Summa de maleficiis di Bonifacio Antelmi (1301)*, p. 33 e ss.). Giudicare è il fare i conti con le dinamiche ed i contesti in cui si opera, con gli stati d'animo, i valori ed i pregiudizi.

5. Già la scelta del titolo di definire « arte » la funzione del giudicare è carica di significati, che trovano puntuale riscontro nei saggi.

(5) *Ibidem*, il corsivo è nel testo.

(6) In conseguenza di dinamiche legate alla forza condizionante di quella che il sociologo Ulrich Beck sintetizza nella formula « metamorfosi del mondo »: U. BECK, *La metamorfosi del mondo*, Bari-Roma, 2017.

(7) Carattere della giuridicità postmoderna più volte sottolineato da Paolo Grossi.

Funzione non descrivibile attraverso solo operazioni di natura logico formale.

Il 'fare diritto' è al tempo stesso scienza, tecnologia, linguaggio ed appunto arte. L'aver scelto di porre l'accento su questo ultimo profilo (si sarebbe potuto scegliere di titolare un libro sugli stessi temi « La scienza del giudicare » o « La tecnologia del giudicare » o i « Linguaggi del giudicare ») predispone a interrogativi sul fenomeno giuridico da angolature significative, ad evidenziare profili della dimensione giuridica rimasti sommersi sotto la coltre del normativismo e del positivismo; pone, al centro dell'ordinamento giuridico, non un giudice estraniato dal mondo ma immerso nella fattualità, nei propri valori e pregiudizi (8).

Emergono così i temi della critica del « giudice demiurgo » (9); del « rapporto tra giudizio e coscienza del giudicante » (DEZZA, *Un decalogo per il buon giudice. Il proemio alla Summa de maleficiis di Bonifacio Antelmi (1301)*, p. 38) (10); dell'incidenza della psicologia del giudice nel giudicare e lo stesso tema del fondamento e della legittimazione del giudicare (I. FERRERO, *Il giudizio sotto indagine: un itinerario di ricerca sul « caso Maurizius »*, p. 107 e ss.) (11); delle dinamiche che attraversano e che investono la potenziale polisemia della prova giudi-

(8) Si leggano le pagine scritte per motivare la scelta del titolo da ROSSI, « Suum cuique tribuere »: *il render giustizia e la sua "narrazione", tra diritto e arti*, pp. 19-22. Proprio perché « cruciale [...] sfaccettato e complesso » è « il tema del giudizio e del compito essenziale in esso svolto dal giudice [...] è particolarmente utile far ricorso all'ausilio delle arti per penetrarne il significato e metterne in evidenza aspetti non secondari, sfruttando una visuale, per dir così disallineata e non convenzionale che metta in luce elementi di solito trascurati o dati per scontati o interpretati tralattivamente in modo omologato e riduttivo da chi si occupa professionalmente del diritto » (ivi, p. 21).

(9) Ivi, p. 20: « L'elasticità nell'applicazione delle norme garantisce la tenuta nel tempo del sistema e l'adattabilità dell'ordinamento al mutare delle situazioni; tuttavia, se il giudice si erge a demiurgo, creatore solitario con le sue sentenze di nuove regole giuridiche, intento in tal modo a scimmiettare il legislatore facendosi arbitrariamente nomoteta in miniatura, ciò non può che trasformarsi in un pericolo per la tutela dei diritti privati così come per l'integrità del sistema giuridico nel suo complesso, poiché s'introduce in tal modo un tasso di discrezionalità e di aleatorietà insostenibile ». Temi ripresi da G. Rossi, « De iniquo iudice »: *sul cattivo esercizio nei Dies geniales (V, 14 e VI, 7) di Alessandro D'Alessandro*, secondo suo saggio nel volume, p. 217 e ss.

(10) Tema che viene affrontato a partire da un testo del 1301, ma che oggi, in epoca di pluralismi valoriali interroga ancora di più.

(11) Sulla incidenza della « forma mentis » e la psicologia di chi giudica, in particolare, p. 120 e ss.

ziaria e della difficoltà e opinabilità della stessa ricostruzione dei fatti oggetto del giudizio ⁽¹²⁾.

I saggi concorrono, ciascuno aggiungendo delle tessere, a ricomporre un *puzzle*, ed il mosaico è la rappresentazione di che cosa sia, e quali siano le dinamiche che lo determinano, un ordinamento giuridico. Rappresentazione che si avvale anche dell'analisi delle « narrazioni » che su di esso vengono fatte, del modo in cui l'ordinamento giuridico viene percepito e vissuto non solo dai giuristi, ma « visto da fuori » ⁽¹³⁾, da parte di chi giurista non è. Una prospettiva arricchente anche dal punto di vista metodologico: il contributo su « narrazioni e immagini nell'Ottocento italiano » di processi celebri, segnala, con il resoconto in pubblicazioni di ampia diffusione di « storie di cause » (S. TORRE, *Processi illustrati. Storie di cause celebri tra narrazioni e immagini nell'Ottocento italiano*, p. 89 e ss.), un interesse (diremmo oggi una « attenzione 'mediatica' », ivi, p. 105) così significativo da produrre un vero e proprio « genere letterario » (ivi, p. 94) che segnala « la formazione di un'opinione pubblica » (ivi, p. 95). Opinione pubblica tutt'altro che monolitica ⁽¹⁴⁾ che nell'interesse curioso ed appassionato per vicende giudiziarie finisce, nella pluralità delle sensibilità e degli approcci culturali, per esprimere una « polisemia delle cause celebri » (ivi, p. 94 e ss.) ed il fenomeno concorre a valorizzare l'esigenza della « pubblicità delle udienze » e della istituzione di « giurie popolari » (ivi, p. 100).

La ricostruzione di tale genere letterario aiuta a comprendere la « [...] dimensione costituzionale della vita associata » (ivi, p. 96) ed un tale metodo sarebbe importante estenderlo alla vastissima letteratura ed a *fictions* televisive e cinematografiche contemporanee che concorrono a formare nel corpo sociale l'idea stessa di diritto.

6. Il diritto non è riducibile a dinamiche autopoietiche perché in quanto fenomeno storico dipende dai mutamenti dei paradigmi culturali e sociali, non può essere decontestualizzato. Alla base della crisi degli ordinamenti giuridici contemporanei vi è ancora una volta (come

⁽¹²⁾ Di cui ci parla, utilizzando la messa cinematografica di narrazioni processuali G. CARLIZZI, *L'enigma di Rashōmon. Un contributo alla teoria della prova giudiziaria*, p. 75 e ss.

⁽¹³⁾ È questa una prospettiva sviluppata, in una riflessione collettiva, anche da *Il diritto visto da fuori. Scienziati, intellettuali, artisti si interrogano sul senso della giuridicità oggi*, a cura di M. Zanichelli, Milano, 2020.

⁽¹⁴⁾ A sfatare la diffusa pretesa che esista una 'opinione pubblica', quasi una monolitica figura antropologica, nel mentre nella società, tanto più complessa variegata e disomogenea, il sintagma deve essere coniugato al plurale.

in ogni epoca di transizione) la crisi delle « ‘metanarrazioni’ »⁽¹⁵⁾ che rappresentano la struttura portante, il collante sociale, di un ordinamento giuridico.

Questo appare evidente nelle epoche di rottura rivoluzionaria, in particolare quando si manifestano attraverso l'uso del terrore, sconvolgendo non solo assetti di potere, ma relazioni umane e riferimenti morali. Lo ha ben descritto nel 1912 Anatole France e bene è stato prendere spunto dal suo romanzo *Les Dieux ont soif* (C. PEDRAZZA GORLERO, *Giudicare nel terrore: Les Dieux ont soif* (1912) di Anatole France, p. 127 e ss.), perché rappresenta una lucida denuncia della « febbre messianica » (ivi, p. 134), del « popolo [...] temibile per la mediocrità dei suoi istinti e per la violenza [...] » (ivi, p. 141), un'epoca quella del terrore rivoluzionario in cui gli eroi non sono gli alfiere del nuovo che si impone ma i « colpevoli di non volersi adattare ai tempi » (ivi, p. 150) Il Terrore giacobino è il trionfo del processo politico che, dice Satta, « non è, per il giurista, un giudizio »⁽¹⁶⁾.

Per comprendere, anche nella loro drammaticità, quanto il mutare dei paradigmi culturali siano alla base del mutamento giuridico si possono porre a confronto due vicende (di cui della prima si fa cenno nel volume): le indicibili sofferenze (che solo menti malate potevano aver pensato) inferte allo squartato Robert-François Damiens, « colpevole di tentato regicidio ai danni di Luigi XV » (ivi, p. 142), tentativo operato da un povero squilibrato che aveva prodotto una lieve scalfittura al Sovrano, con la requisitoria carica di disprezzo di Robespierre nel processo contro Luigi XVI che lo condurrà al patibolo. Nel primo caso, le atroci torture (così allucinanti che c'è da domandarsi se, da un certo momento in poi, non fossero inferte ormai al cadavere dello sventurato) derivano non dall'esito dell'attentato, ma dall'aver attentato alla sacralità del corpo del Sovrano; nel secondo caso, la requisitoria di Robespierre de-umanizza la figura del Re in sintonia con i paradigmi e gli obiettivi della rivoluzione, rendendo inevitabile la condanna a morte.

(15) A. ANDRONICO, *Giudicare senza criteri. Derrida lettore di (Lyotard e) Kafka*, p. 57, che cita J-F. LYOTARD, *La condition postmoderne*, Paris, 1979: « Semplificando al massimo, possiamo considerare 'postmoderna' l'incredulità nei confronti delle metanarrazioni ».

(16) Scrive Pedrazza Gorlero (p. 139, nota 41), riprendendo poi le considerazioni di Salvatore Satta, che il Terrore giacobino « È il trionfo del processo politico, che annega la terzietà del giudice nella necessità di servire la Rivoluzione, smarrendo il legame vitale con le ragioni del diritto: 'È così, è necessario che sia così, perché se il giudizio dovesse essere reso da un terzo, la rivoluzione sarebbe finita, e la parte siederebbe sul banco degli imputati. Ma il giudizio reso dalla parte non è un giudizio, e perciò il processo rivoluzionario non è, per il giurista, un giudizio (S. Satta, *Il mistero del processo*, Milano, 1994, p. 35)' ».

Nondimeno, anche nei processi di rottura rivoluzionaria vi sono fenomeni « sovrascritti » del vecchio sul nuovo: « la rivoluzione s'imprime sull'*Ancien Régime*, assorbendone la sacralità e divenendo un tutt'uno con esso » (ivi, p. 130), a testimonianza del « fisiologico intreccio di 'continuità' e 'discontinuità' e per l'irrinunciabile dipendenza del 'nuovo' dal 'vecchio' nella formazione del tessuto storico e giuridico » (ivi, p. 131, nota 12).

7. Nel leggere il contributo sul celeberrimo *Mercante di Venezia* di William Shakespeare (D. VELO DALBRENTA, *Il giudice che non c'era. Nei meandri del curioso 'processo' de Il Mercante di Venezia*, p. 269 e ss.), essendomi anch'io avvalso in passato di tale opera per provare ad acquisire ulteriori elementi nella comprensione del fenomeno giuridico⁽¹⁷⁾, ho potuto constatare quanto incida nella ricerca di significato (in questo caso dell'opera d'arte) il punto di vista del fruitore dell'opera stessa. L'opera d'arte è prodotta dall'artista, ma il suo significato non gli appartiene in maniera esclusiva, l'opera d'arte ha una vita propria.

Così la musica⁽¹⁸⁾ è il prodotto della scrittura dello spartito e della sua esecuzione (e se muta il Maestro che la esegue, muta la musica pur nell'invarianza dello spartito); analogamente il diritto è l'enunciato più la sua interpretazione⁽¹⁹⁾ e l'enunciato normativo mantiene la possibilità di un'interpretazione autentica, ma è aperto a una molteplicità di altre interpretazioni nel plurale⁽²⁰⁾ combinarsi dei criteri adottati⁽²¹⁾ e delle sensibilità.

(17) O. ROSELLI, *La diffamazione e l'ingiuria in Shakespeare*, in *L'ingiuria tra diritto e letteratura*, a cura di F. Casucci, Napoli, 2015, p. 311 e ss.

(18) Nel volume è presente anche una riflessione su diritto e musica e sul « linguaggio musicale »: M. RIBERI, *Billy Budd dal racconto di Melville all'opera di Britten: riflessioni sulla sconfitta della giustizia*, p. 247 e ss.

La riflessione su diritto e musica è ormai molto ampia, si v., tra i tanti, M. BRUNELLO, G. ZAGREBELSKY, *Interpretare. Dialogo tra un musicista ed un giurista*, Bologna, 2016; P. COSTA, *Il diritto « come » la musica, la musica « come il diritto »: il fascino discreto di un'analogia*, e C. FARALLI, *Musica e diritto: percepire l'esigenza di armonia*, entrambi in *Le arti e la dimensione giuridica*, a cura di O. Roselli, Bologna, 2020, rispettivamente, p. 229 e ss., p. 271 e ss.; *L'armonia nel diritto. Contributo a una riflessione su diritto e musica*, a cura di G. Resta, Roma, 2020.

(19) Come, ricorda Norberto Bobbio, sottolinea Tullio Ascarelli (N. BOBBIO, *Tullio Ascarelli*, in ID., *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Roma-Bari, 2007, *passim*).

(20) L. LOMBARDI VALLAURI, *La scienza giuridica come politica del diritto. Linee di una metodologia filosofica-giuridica*, Firenze, 1971, temi ripresi e sviluppati in ID., *Corso di filosofia del diritto*, Padova, 2003.

(21) Di una raffinata operazione culturale e scientifica è stato protagonista un pioniere in Italia dei corsi di Diritto e letteratura, Felice Casucci. L'intellettuale

8. Il giurista, di fronte alle sfide ordinamentali delle società contemporanee, deve, al pari del filosofo, riscoprire la centralità del « concetto di ‘domanda’ » (F. PUPPO, *Dell'inutilità del processo in Salvatore Satta, ovvero: del valore filosofico dell'esperienza giuridica*, p. 167), recuperare la capacità di « creazione di concetti » (ivi, p. 168) adeguati a società che si presentano con esigenze e caratteri nuovi.

Tutto questo richiede un rinnovamento culturale profondissimo che va ben oltre l'ambito della scienza giuridica, coinvolge le altre scienze sociali, compresa la scienza politica, investe le tradizionali culture politiche (22).

La scienza giuridica deve fare i conti anche con l'ideologia ed i condizionamenti che ne derivano e se vuole conservare il carattere di scienza di tali condizionamenti deve avere piena consapevolezza.

Nel volume emerge anche questo intreccio in un saggio colto, attraverso l'uso di metafore (23) e di concetti presi a prestito da altri ambiti, come quello religioso, per affrontare il tema dell'« arte del giudicare in tempo di crisi » (A. TEDOLDI, « ... *E rimetti a noi i nostri debiti...* ». *L'arte di giudicare in tempo di crisi*, p. 177 e ss.). Il riferimento è alla lettura che Walter Benjamin e Giorgio Agamben, ma non solo, fanno del capitalismo, deducendone anche considerazioni sulle conseguenze nei caratteri dell'ordinamento giuridico.

Il capitalismo è considerato un [perverso] « sistema religioso » (ivi, p. 179). « Se queste sono le radici e la natura 'religiose' del capitalismo l'indagine sul debito e la colpa è indagine sulle origini del diritto, nell'attuale accezione di postmoderno *ius mercatorum*, che del nuovo dio è parola e *sacertas* » (ivi, p. 181). Ed ancora, ricordando Agamben che riprende Benjamin: « Il capitalismo [...] è una religione interamente fondata su un atto di fede, il cui culto si è emancipato da ogni oggetto sensibile » (ivi, p. 190).

napoletano, nell'ambito della sua cattedra nell'Università di Benevento progettava il proprio corso proponendo a studiosi delle più varie provenienze un tema, lasciando a ciascuno la più totale libertà di coniugarlo: l'esito è stato quello di affrontarlo utilizzando riferimenti letterari delle più varie epoche e Paesi, di coglierne gli aspetti più vari e differenti, di farci comprendere come nel diritto e nella letteratura lo stesso tema possa fare riferimenti a mondi e sensibilità diversi. Un tale metodo ha prodotto esiti importanti come, tra l'altro, *Diritto di parola*, a cura di F. Casucci, Napoli, 2009; *Il silenzio del diritto*, a cura di Id., Napoli, 2013; *L'ingiuria tra diritto e letteratura*, cit.

(22) Sia consentito rinviare a O. ROSELLI, *Storicità delle categorie della politica e delle categorie del giuridico. Una relazione di natura costituzionalistica*, in « Rassegna di diritto pubblico europeo », 2022, 2, p. 381 e ss.

(23) Ma si veda su questo sotto la nota 24.

Viene spontaneo domandarsi se sia il capitalismo una religione o se sia una tale lettura ad esprimere una visione teologica della realtà (24).

Anche il ricondurre la « epoca postmoderna [...] [al] pensiero unico neoliberista » (ivi, pp. 197-198), come una sorta di ‘buco nero’ che inghiotte tutto il male del mondo, esprime, a mio avviso, una visione riduzionistica della realtà, non fosse altro che gli ordinamenti giuridici postmoderni producono (data l’esponenziale crescita della complessità) una inflazione normativa multilivello e di matrice originaria molteplice.

Rivolgo lo sguardo ad un orizzonte più ampio di quello del mercato, per estenderlo al tema della potenza ed invadenza tecnologica, di fronte alla quale (in parallelo alla forza imponente delle dinamiche del mercato), alcuni sia in campo filosofico (25) che giuridico (26) si sono convinti che si sia condannati all’impotenza. Nel campo del diritto, la conseguenza sarebbe l’impossibilità di realizzare ordinamento.

Ma è proprio il fatto che tecnologie e mercato non sono in grado di produrre una adeguata autoregolamentazione (e la loro prorompente invadenza) che testimonia la necessità di fattori regolativi a loro esterni: questo fattore si chiama ‘diritto’. Ma occorre calarsi nella complessità dei fenomeni.

In crisi non è il diritto, ma sue forme storicamente datate: occorre

(24) Molteplici sono le considerazioni che vengono ad emersione. Qui non siamo in presenza di una metafora in senso tecnico, perché il riferimento al carattere « religioso » del capitalismo pretende di determinare non una suggestiva analogia con l’immagine evocata, ma di descriverne in modo totalizzante la natura, di essere elemento caratterizzante, prevalente o addirittura esclusivo del capitalismo. Il problema che pongo (che trascende l’oggetto ed investe la valutazione di una metodologia argomentativa) è se un tale approccio sia capace di descrivere il fenomeno economico-sociale, cioè se il capitalismo sia una forma pagana di religione o se una tale teoria descriva la visione teologica della realtà di chi la sostiene, che tendenzialmente si riflette sulla stessa idea di ‘economia’.

Una visione religiosa, in senso perverso, del capitalismo, e più in generale dell’economia, la ritroviamo non solo nei riferimenti colti del saggio del brillante Alberto Tedoldi, ma in molte visioni che in modo neutro definisco ‘integrali’ (e talora pervengono a concezioni integraliste o fondamentaliste) della religiosità e della società.

Il rischio è un riduzionismo suggestivo, come quello di parlare al singolare di capitalismo, anziché al plurale nel suo diverso configurare a contatto con dinamiche sociali, culturali, fattuali e giuridiche-istituzionali diversissime nel tempo e nello spazio.

Il pericolo è di atrofizzare la riflessione sui processi economici, ormai ritenuti definitivamente spiegati con la nozione di religione, quando invece la dimensione economica produce dinamiche variegatissime. Proprio perché siamo in presenza di fenomeni che hanno una forza smisurata, come quelli relativi all’economia finanziaria, che pongono problemi della loro riconducibilità ai valori costituzionali, con tali sfide dobbiamo misurarci confrontandoci con la complessità dei problemi.

(25) Sul tema si è soffermato molto, in Italia, tra gli altri, Emanuele Severino.

(26) Il riferimento è al ben noto N. IRTI, *Nichilismo giuridico*, Roma-Bari, 2014.

un diritto qualitativamente diverso rispetto a quello determinatosi con riferimento a società che non esistono ormai più.

Da qui l'accresciuto ruolo e responsabilità di noi giuristi chiamati ad elaborare e portare ad emersione (27) istituti, categorie, principi giuridici ed un modo nuovo di costruire la giuridicità all'altezza delle esigenze ordinamentali delle società postmoderne.

9. Ritorna « la domanda sempiterna su che cosa sia diritto », che si nutre anche dell'« angoscia » e dello « smarrimento » derivante dalle difficoltà (evidentissime nell'epoca postmoderna) nel dare le risposte ordinamentali di cui necessita una società (PUPPO, *Dell'inutilità del processo in Salvatore Satta, ovvero: del valore filosofico dell'esperienza giuridica*, p. 171 e ss.) (28).

Il diritto parte dalla realtà « per l'elaborazione dei concetti », ma « ha l'ambizione di [...] 'tornarvi', per modificarla » (ivi, p. 169 e ss.).

La scienza giuridica e, pertanto, il giurista, non è autosufficiente, perché « anche il sistema giuridico è originariamente contaminato da ciò che vuole ostinatamente 'tenere fuori'. Dalla forza, dalla giustizia. O dalla letteratura... » (ANDRONICO, *Giudicare senza criteri. Derrida lettore di (Lyotard e) Kafka*, p. 73).

FLORIANA COLAO

IL GIUDICE ATTRAVERSO LO SPECCHIO DELLE ARTI

L'arte di giudicare. Percorsi ed esperienze tra letteratura, arti e diritto (1) si iscrive nel 'movimento' *Law and Literature*, nato negli Stati Uniti ed 'istituzionalizzatosi' negli studi universitari negli anni Sessanta del Novecento; propone entrambe le 'formule', *Law in Literature* e *Law as Literature* (2). Ha poi il merito di mettere a tema altri terreni

(27) P. GROSSI, *L'invenzione del diritto*, Bari-Roma, 2017.

(28) Sul tema si v., per tutti, un bel saggio, che muove dalle considerazioni di Hart, di A. SIMONCINI, *Cos'è il diritto? Una domanda « persistente »*, in V. VETTORINO, P. BARCELLONA, A. SIMONCINI, *La lotta tra diritto e giustizia*, Genova-Milano, 2008, p. 147 e ss.

(1) Il quarto volume della Collana dell'Associazione « *Ius in fabula* » — costituitasi a Verona nel 2016 con l'obiettivo di promuovere gli studi di « *Law and Humanities* » — è indicato in uscita: *L'ombra del delitto. Colpevolezza e moventi nelle arti e nelle lettere*.

(2) Da ultimo cfr. D. CARUSI, *Sua maestà legge? Tre secoli di potere diritto e letteratura*, Firenze, Olschki, 2022, pp. 337-338, su cui cfr. la recensione di E. STOLFI, *Law and Literature, Law in Literature, Literature for Law(vers)*, in « *Quaderni fiorentini* », 52 (2023), pp. 1217-129.

dell'incontro tra esperienza giuridica ed artistica ⁽³⁾, l'iconografia — le mirabili pagine di Mario Sbriccoli sono citate come modello ⁽⁴⁾ — il cinema ⁽⁵⁾, la musica ⁽⁶⁾. *L'arte di giudicare* non è solo una sfida vincente alle divisioni tra culture, una reazione allo specialismo — anche in tempi recenti architrave della *scientia iuris* — un'incursione di giuristi 'in munere alieno', una divagazione 'leggera' in una disciplina 'pesante'. Come in un caleidoscopio il volume riflette il *senso dello ius dicere*, consolidando — come scritto nella *Pagina* di presentazione — il « legame tra diritto e saperi 'altri' ». Ebbene, fin dal titolo *L'arte di giudicare* pare ricordare *Arte del diritto* di Francesco Carnelutti, in cui arte e diritto cessano però di essere « oggetti separati », risaltano come « medesimi concetti per rappresentare l'uno e l'altro fenomeno », per « ordinare il mondo »; quanto al « giudice », esso non pare poter « fare altro che indovinare » ⁽⁷⁾. In questo orizzonte provo a ripercorrere le rappresentazioni offerte da *L'arte di giudicare* al « giudice », che Giovanni Rossi indica a ragione come « vero *dominus* del giudizio » (G. ROSSI, « *De iniquo iudice* ». *Il cattivo esercizio della giustizia nei Dies Geniales (V, 14 e VI, 7) di Alessandro d'Alessandro*, p. 217), non solo irriducibile a bocca della legge, non tanto un 'creativo', quanto — con le parole di Paolo Grossi — un 'inventore', « secondo il significato dello *invenire* latino » ⁽⁸⁾.

Nel primo saggio, che pare una 'nota introduttiva', Rossi mette dunque a tema il « primo giudice », quello « Supremo », poi l'enigma-

⁽³⁾ Cfr. P. COSTA, *A proposito di Law Art*, in « Law Art. Rivista di diritto, arte, storia », 3 (2022).

⁽⁴⁾ Cfr. M. SBRICCOLI, *La benda della giustizia. Iconografia, diritto e leggi penali dal medioevo all'età moderna*, in ID., *Storia del diritto penale e della giustizia. Scritti editi e inediti (1972-2007)*, Milano, Giuffrè, 2009, I, pp. 155-207, su cui G. ROSSI, « *Suum cuique tribuere* »: il render giustizia e la sua 'narrazione' tra diritto e arti, p. 13; C. PEDRAZZA GORLERO, *Giudicare nel Terrore: Les Dieux ont soif (1912) di Anatole France*, p. 139.

⁽⁵⁾ Cfr. P. COSTA, *Una visione d'insieme*, in *Cinema e diritto. La comprensione della dimensione giuridica attraverso la cinematografia*, a cura di O. Roselli, Torino, Giappichelli, 2020, p. 33 e ss., su cui cfr. la recensione di G. CAZZETTA, *Cinema e diritto. La comprensione della dimensione giuridica attraverso la cinematografia*, in « Quaderni fiorentini », 49 (2020), pp. 561-565.

⁽⁶⁾ P. COSTA, *Il diritto "come" la musica, la musica "come" il diritto: il fascino discreto di un'analogia*, in *Le arti e la dimensione giuridica*, a cura di O. Roselli, Bologna, il Mulino, 2020, p. 209 e ss.

⁽⁷⁾ F. CARNELUTTI, *Arte del diritto*, prefazione di C. Consolo, Torino, Giappichelli, 2017, pp. 5-6.

⁽⁸⁾ Sulla « complessa funzione », assolta dal giudice, ROSSI, « *Suum cuique tribuere* », pp. 20-21, ritiene che la « locuzione » di « inventore », proposta da P. GROSSI, *L'invenzione del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2017, sia più precisa rispetto all'immagine

tico Pontio Pilato, da cui il « non giudicate » del Vangelo di Luca e Matteo, che tanto colpì Gide ne *I ricordi di Corte d'assise*. Indica poi — a mio avviso — un tornante d'epoca, « la giustizia cessa di essere una divinità lontana e imperscrutabile [...] quando l'attenzione si concentra su colui che l'amministra, cioè sul giudice, sull'uomo in carne e ossa, chiamato a creare le condizioni del *suum cuique tribuere* ». La formula di Ulpiano è ripercorsa nei sensi che ha assunto nella storia, con il campo di tensione diritto naturale/diritto positivo, legge garanzia/legge potenza, equità/*ius scriptum*, quest'ultimo anche nell'orribile torsione nazista. E ancora, il giudice che lancia i dadi nelle pagine di Rabelais; la speranza del mugnaio Arnold nel giudice a Berlino — Rossi ricorda le due spiegazioni — il principio garantista del giudice naturale. Mi pare che *Suum cuique tribuere* metta poi a tema uno snodo, l'« ergersi della funzione giurisdizionale ad efficace limite del potere di governo [...] assicurato da un soggetto terzo e imparziale ». Nei cangianti rapporti/conflitti tra i poteri dello Stato si pone però il tema del « giusto processo, argine all'arbitrio del giudice »; Rossi segue gli itinerari del processo « giusto », dalla *Magna Carta Libertatum* al nuovo testo dell'art. 111 della Costituzione italiana. In termini tensivi il giudice è vocato a « non tradire la qualità di terzo », ad assolvere, davanti ai « cittadini », al « compito di sincera ricerca del giusto, esercitando con rigore morale ed onestà intellettuale l'arte di giudicare » (Rossi, « *Suum cuique tribuere* », p. 29).

La sezione dedicata ai « sentieri dello *ius dicere* » si apre con un saggio di Ettore Dezza, che, nel consolidarsi del rito inquisitorio, ripercorre il « decalogo per il buon giudice » nel *Proemio alla Summa de Maleficiis* di Bonifacio Antelmi, di particolare interesse nello sviluppo del modello penale del basso Medioevo in Italia e in Europa. Dezza coglie la natura teologica nell'invito al giudice a rendere giustizia praticando la *benignitas*, giudicando con *aequitas*, deliberando *secundum alligata et probata*, attenendosi alla massima *in dubio pro reo*, ricorrendo alla *pietas* come criterio interpretativo. Per contro il *Proemio* mostra il giudice iniquo, se colpevole di denegata giustizia, corrotto, sottomesso ai potenti; definisce anche leggi e statuti iniqui, se in contrasto con la *salus animae*, sostenendo che, se il giudice opera *ex officio* e *secundum leges et iura*, non pecca, neppure nel disporre la tortura o la condanna a morte. Dezza considera i punti di riferimento etici e teologici dell'Antelmi — *Deus, veritas, officium* — ed indica la differenza tra l'opera del giudice mantovano, ancorata ad un'« idea superiore di giustizia », e quella coeva del « più 'laico' Alberto Gandino » (E. DEZZA, *Un decalogo per il buon giudice. Il Proemio alla Summa de Maleficiis di Bonifacio Antelmi (1301)*, pp. 33-50. Il giudice che

della 'creatività' giurisprudenziale, su cui G. ALPA, *L'arte di giudicare*, Roma-Bari, Laterza, 1996.

giudica « senza criteri » risalta nel saggio di Alberto Andronico sulle letture di Derrida dell'enigmatico *Davanti alla legge*, inserito nel celebre romanzo *Il Processo* di Kafka. La legge c'è, ma è imperscrutabile; il giudice deve esser giusto, ma non sa come (A. ANDRONICO, *Giudicare senza criteri. Derrida lettore di (Lyotard e) Kafka*, pp. 50-73). Una 'divagazione' cinematografica: il capolavoro di Orson Welles, *Il processo* (1962), 'trasfigura' l'opera di Kafka con immagini oniriche e realistiche al tempo stesso; i giudici della Corte suprema non hanno volto, né K. sa il motivo dell'accusa e della condanna a morte, « eppure viveva in uno stato di diritto... »⁽⁹⁾. Ci porta nel grande cinema anche il saggio di Gaetano Carlizzi sull'« enigma di Rashomon »; del capolavoro di Akira Kurosawa (1950) — irriducibile ad apologia dello scetticismo — si segue la complessità dell'acquistare la prova giudiziaria, con le diverse verità di chi ha avuto esperienza del fatto, e nessuno pare dire il vero (G. CARLIZZI, *L'enigma di Rashomon. Un contributo alla teoria della prova giudiziaria*, pp. 75-86). Nella sezione « bagliori metafisici » non mancano i riferimenti a due grandi giuristi: Alberto Tedoldi legge *L'interpretazione del pater noster*, una strenna di Francesco Carnelutti nel Natale 1941 (A. TEDOLDI, « *E rimetti a noi i nostri debiti...* ». *L'arte di giudicare in tempi di crisi*, p. 210). Federico Puppi pare cogliere ne *Il mistero del processo* e ne *Il giorno del giudizio* di Salvatore Satta sia il banco di prova dell'« inutilità » del giudicare, che l'inverarsi del giudizio, « laddove il giudice non creda di avere le risposte già pronte » (F. PUPPO, *Dell'inutilità del processo in Salvatore Satta, ovvero: del valore filosofico dell'esperienza giuridica*, p. 157 e ss., p. 174).

Nella sezione « giudicenti del passato » Stefania Torre mette a fuoco un « modello di successo », ripercorrendo « Processi illustrati e storie di Cause celebri », genere letterario a mio avviso non 'minore' per gli studi storici, giuridici, sociali⁽¹⁰⁾. L'autrice mostra, tra l'altro, che tra Otto e Novecento l'irruzione della cronaca giudiziaria nel sacro recinto di Temi esercitò una decisa pressione sul giudice e sui giurati, pretesi imperturbabili; da qui un corto circuito tra giustizia ed opinione pubblica, storia di sempre, che mette a rischio la verità (S. TORRE, *Processi Illustrati. Storie di cause celebri tra narrazioni e immagini*

(9) Cfr. tra gli altri B. MAY, *The Trial come allegoria spaziale pura*, in *Franz Kafka/Orson Welles. Il Processo*, a cura di L. Cimmino, D. Dottorini, G. Pangari, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2010, p. 148 e ss.

(10) Cfr. ad esempio A. MAZZACANE, *Letteratura, processo e opinione pubblica. Le raccolte di cause celebri tra bel mondo, avvocati e rivoluzione*, in « *Rechtsgeschichte* », 3 (2003), pp. 70-97; L. LACCHÉ, *Una letteratura alla moda, Opinione pubblica, « processi infiniti » e pubblicità in Italia tra Otto e Novecento*, in *Riti, tecniche, interessi. Il processo penale tra Otto e Novecento*, Milano, Giuffrè, 2006, pp. 459-513; *Processo penale e opinione pubblica in Italia tra Otto e Novecento*, a cura di F. Colao, L. Lacché, C. Storti, Bologna, il Mulino, 2008.

nell'*Ottocento italiano*, pp. 89-106). Verità di difficile ricognizione anche nella lettura de *Il Caso Mauritius* di Jacob Wassermann, in cui Ida Ferrero vede il conflitto tra il padre — pubblico ministero, che ha fatto condannare Mauritius — e il figlio, inteso a dimostrarne l'innocenza, un dramma familiare parallelo al rapporto tra diritto e giustizia al tempo di Weimar (I. FERRERO, *Il giudizio sotto indagine: un itinerario di ricerca sul « caso Mauritius »*, pp. 107-126). Cecilia Pedrazza Gorlero coglie ne *Gli Dei hanno sete* di Anatole France il senso del « giudicare nel terrore », con il diritto e le sue forme annichiliti dalla giustizia politica; osserva che Evariste Gamelin, artista per professione e giurato per sorte, non siede in tribunale per il diritto, ma per la Rivoluzione. Nel ripercorrere il giudizio senza processo — ricorrente nella storia — l'autrice mostra che quello rivoluzionario non è processo, come argomentò Satta; traccia un convincente confronto con il « tormento di Pilato », « aver condannato l'Innocenza, senza processo e senza giudizio » (PEDRAZZA GORLERO, *Giudicare nel terrore*, p. 152).

Nella sezione *Denegare giustizia* Rossi mette a tema il « cattivo esercizio della giustizia » da parte del giudice iniquo, in una attenta lettura dei *Dies geniales* (V, 14 e VI, 7) di Alessandro d'Alessandro, « giurista fuori dal coro », avvocato « letterato » napoletano — di cui scrisse anche Croce — e che, anche per l'impraticabilità del diritto di difesa, ai tribunali preferì le « *humaniores litterae* ». Rossi considera che le *Practicae criminales* del tempo riflettevano l'inizio del prevalere del rito inquisitorio su quello accusatorio, col risultato di far coincidere nella stessa persona pubblico accusatore e giudice, quest'ultimo chiamato a « vegliare sulla regolarità dello svolgimento del giudizio ». Si chiedeva al giudice di essere « eticamente irreprensibile » davanti alla Comunità per l'*arbitrium* conferitogli, seppur limitato dal sistema delle *communes opiniones doctorum*; si poneva il problema di uno *ius controversum*, che favoriva *libido* e *cupiditates* dei giudici, nell'impotenza delle autorità e delle leggi. Rossi osserva anche la tensione per un « discrimine chiaro » tra uso giusto e patologico della discrezionalità davanti al diritto di matrice legale in *fieri*, manifestazione di una sovranità vocata a frenare gli abusi. Mostra poi che d'Alessandro riportò le critiche di Girolamo Porcari, « magistrato di lungo corso », a proposito di « giurisdizione esercitata non in nome della giustizia, ma del potere che si specchia nelle sue malefatte ». Del giudice iniquo risaltano l'« affermazione proterva del proprio ego », l'« immagine meschina di un omuncolo privo di qualsiasi dote intellettuale e morale », certo dell'impunità se punisce o omette di punire, che perverte il diritto « *per scelus et nequitiam* ». Nei *Dies geniales* Rossi rileva l'assenza di « sfoggio d'erudizione »; sostiene che l'opera è intesa alla denuncia, non del sovrano e della sua legittimazione a governare, piuttosto della « potente ed autoreferenziale corporazione », con una proposta non 'politico-giuridica', ma morale, « il ritiro a vita privata ». Osserva poi che la raffigurazione ideale del *bonus iudex* si infrange con

la realtà nella « testimonianza parallela » del *Philargirus* di Alciato, commedia 'scomoda', rimasta nel cassetto, per mettere in scena non un processo, ma gli sforzi degli onesti per evitarlo. Rossi offre un contributo importante nel dar voce a questi « testimoni impotenti, ma non silenti né complici della crisi della giustizia nell'Italia del Cinquecento » (ROSSI, « *De iniquo iudice* », p. 246).

La « sconfitta della giustizia » risalta dal saggio di Mario Riberi, che confronta il *Billy Budd* di Melville e l'opera del musicista inglese Britten, su libretto operistico di Forster e Crozier. Nel romanzo di mare l'autore di *Moby Dick* mette dunque in scena anche un dramma 'legale'; Billy Bud, « bel marinaio », presta servizio sul mercantile *I diritti dell'uomo*, nome dato dal proprietario in omaggio a Tom Paine. È arruolato nella nave da guerra *Indomita*, ed apprezzato dai compagni per la mitezza di carattere, mentre l'invidioso Claggart, maestro d'armi, lo accusa di proposito di ammutinamento. Il capitano, Vere, dispone un confronto a porte chiuse tra i due; il marinaio — la cui balbuzie si acuisce nelle situazioni difficili — alza il pugno e, senza intenzione, provoca la morte di Claggart; Vere convoca la corte marziale, e, testimone del fatto, ne influenza il giudizio. Per Melville — lettore attento di Hobbes — esiste solo la legge del sovrano, cui il giudice è tenuto senza esitazioni; ma Vere pare avere un dubbio, « saremo noi a condannare o non piuttosto la legge marziale attraverso di noi ». Da qui il tormento del capitano — consapevole dell'innocenza di Billy — e la tragedia del marinaio, condannato all'impiccagione, che, « nel penultimo momento », pronuncia « Dio benedica il capitano Vere ». Nel romanzo di Melville Vere il capitano morirà nello scontro col vascello francese *Ateo*, invocando agonizzante il nome del « bel marinaio »; la versione 'ufficiale' della storia parlerà di complotto, ordito da Billy, cui darà voce la ballata di un marinaio, « oh, sospendono me, non la sentenza » ⁽¹¹⁾. Riberi osserva che, nel libretto operistico, il capitano subisce una « metamorfosi », piuttosto che assumersi la responsabilità della condanna a morte diviene « giudice riluttante »; la musica pare restituire il delitto come fallimento dell'ordine, il conflitto tra diritti dell'individuo e difesa della collettività, la regola e l'eccezione in tempo di guerra, il dilemma della coscienza davanti alla pena di morte (M. RIBERI, *Billy Budd dal racconto di Melville all'opera di Britten: riflessioni sulla sconfitta della giustizia*, pp. 247-268). Un cenno 'cinematografico'; nel 1962 Peter Ustinov girò *Billy Bud*, che pare accentuare i toni di denuncia delle logiche della giustizia marziale; tra le immagini, il « bel marinaio »/Terence Stamp si congeda dai suoi diritti, nel momento in cui saluta la nave mercantile, « addio vecchia *Rights-of-man* ». Mentre

(11) H. MELVILLE, *Billy Bud e altri racconti*, Torino, Einaudi, 1954, p. 499. Sul potere che toglie voce a Billy e la balbuzie che lo condanna cfr. T. GRECO, *Il potere che soffoca: Billy Budd come metafora*, www.magazine.cisp.unipi.it.

infuria la guerra con la Francia, Ustinov/ Vere è deciso nel ricordare ai giudici e alle maestranze « non siamo qui per la giustizia ma per la legge ». Nel finale i marinai, solidali con Billy, stanno per dar vita ad uno 'spettacolare' ammutinamento, quando, attaccati dalle cannonate di una nave nemica, sono costretti a contrattaccare; la difesa dal nemico esterno salva l'ordine interno.

Tra 'commedia' e 'tragedia' Daniele Velo Dalbrenta legge *Il Mercante di Venezia* di Shakespeare, percorrendo i « meandri del curioso processo »; coglie la cifra stilistica dell'opera nel « doppio » e nella giustizia « mercimonio »: Porzia/Balthasar salva Antonio/mercante dalla penale — « legale »? — concordata con Shylock/ebreo, chiedendo che la pretesa libbra di carne sia prelevata senza versare una goccia di sangue (D. VELO DALBRENTA, *Il giudice che non c'era. Nei meandri del 'curioso processo' de Il Mercante di Venezia*, p. 269 e ss.). Tullio Ascarelli ha scritto pagine memorabili sulla differenza tra il « trionfante sacrificio di Antigone » e l'« abilità di Porzia nell'umano trionfo degli interessi difesi [...] Antonio trionfa e Shylock è condannato nella vita e negli averi » (12). Quanto al giudice, « che non c'era », Velo Dalbrenta confronta *Il Mercante di Venezia* e la novella di Giannetto — inclusa ne *Il Pecorone* di Giovanni Fiorentino — in cui la ragazza si traveste direttamente da giudice; osserva che nel capolavoro di Shakespeare Porzia si 'identifica' con il processo, da giureconsulto, avvocato, soprattutto giudice/che *non giudica, decide* al posto del Doge, che grazia Shylock. Il saggio ci interroga sulla « natura stessa del giudicare », « arte e tecnica »; conclude — con le parole di *Forrest Gump* — « giudice è chi il giudice fa ». Velo Dalbrenta osserva che nel *Il Mercante di Venezia* — consigliato ai cultori di diritto e al 'giudizio' dei « lettori di ogni tempo » — non c'è spazio per la « giusta decisione », ma per il « paradosso », « quella necessità del giudice di erigersi su di sé che nessuna forma potrà mai consentire » (VELO DALBRENTA, *Il giudice che non c'era*, pp. 269-295). Una conclusione, *L'Arte di Giudicare* ci pone dubbi più che certezze, come ogni buon libro; i saggi mostrano un giudice immerso nella storia e nei relativi 'formanti' processuali, strumento ed arbitro dell'inverarsi della giustizia. Al tempo stesso sembrano rispecchiare la *vanitas* 'senza tempo' di questo 'ben giudicare', tra ideale del « *bonus iudex* » e narrazioni « *de iniquo iudice* », « *préjugés* », assenza di « criteri », « enigma », « inutilità », « sconfitta della giustizia », « giudice che non c'era ».

(12) T. ASCARELLI, *Antigone e Porzia*, in « Rivista internazionale di filosofia del diritto », XXXIII (1955), pp. 756-766.

FRANCESCO SIDOTI

PREFERIREI IL GIUDIZIO UNIVERSALE

Il volume di Giovanni Rossi, Daniele Velo Dalbrenta, Cecilia Pedrazza Gorlero si inserisce nel campo degli studi su *Law and Humanities*, da tempo coltivato con raffinata e rara attenzione dentro il Dipartimento di scienze giuridiche dell'Università di Verona. Fa parte di una collana promossa dall'associazione veronese *Ius in fabula*, che ha l'obiettivo di promuovere la collaborazione, il confronto, l'incontro di differenti visioni, saperi e specializzazioni.

Il volume comincia bene già dal titolo, *L'arte di giudicare*, che non induce a pensare ad una scienza esatta, ma a quanto sia limitata la possibilità di giudicare: l'arte per definizione è assai rara, ineluttabilmente accompagnata da tanto artigianato, tanta approssimazione, tantissima non-arte. Infatti, il volume non contiene sviolinature agli specialisti del settore; contempla piuttosto un lungo elenco di dolorosi infortuni e di irrisolti affanni; offre dunque la possibilità di ritornare ai fondamentali: ci invita a rivedere i dilemmi più insidiosi della giustizia attraverso una riflessione su capolavori sempre attuali, dallo Shylock di Shakespeare al Billy Budd di Melville, dai meandri di Kafka ai fantasmi di Rashōmon, da Salvatore Satta a Paolo Grossi. Il diritto vorrebbe realizzare la Giustizia nell'esperienza, ma, leggiamo nella quarta di copertina, quel giudizio è « *tragico*: al contempo necessario e — in certo qual modo — impossibile ». Ogni grande narrazione della giustizia è amara riflessione sull'ingiustizia.

In tantissime pagine il volume è godibile e illuminante, ma le primissime righe, nel saggio introduttivo di Giovanni Rossi, sono davvero fulminanti e memorabili:

L'intera vicenda storica dell'umanità, nella concezione cristiana, si iscrive, a ben guardare, tra due giudizi, che segnano l'alfa e l'omega del rapporto tra l'uomo e Dio: la Storia, intesa come sequenza di eventi collocati nel tempo ma finalisticamente indirizzati entro una visione escatologica, inizia infatti con la cacciata dall'Eden di Adamo ed Eva [...] quella Storia si compirà con la celebrazione del Giudizio Universale, nel quale tutti gli uomini saranno chiamati a rispondere delle loro azioni e andranno incontro alle conseguenze del comportamento tenuto in vita, graziati o condannati dalla decisione di un giudice onnisciente e sommamente giusto.

L'arte di giudicare si situa dunque tra due momenti divini, ma, continua Giovanni Rossi, per tutto il resto, tra l'inizio e la fine, è un'arte molto umana, incluso quel giudizio su Gesù Nazareno « che ha segnato la storia dell'umanità, mutandone il corso [...] ha mostrato tutta la debolezza e la meschinità, l'arroganza e la miopia di cui un giudice può macchiarsi di fronte ad un innocente ». In breve, c'è un'infinita serie di svarioni giudiziari, tra due momenti di giustizia assoluta, nel Giardino

dell'Eden e nel Giudizio Universale — motivato appare dunque il triste procedere dell'Angelo della Storia: è rivolto all'indietro; va, irresistibilmente, verso il futuro, ma gli volge le spalle e guarda errori umani accatastati in rovine su rovine. Negli errori della giustizia c'è il massimo dell'errore umano, perché sono una sconvolgente negazione della giustizia non in generale, come petizione astratta, ma nel momento della sua possibile applicazione, in concreto e in pieno. Ogni volta che c'è ingiustizia, c'è negazione della giustizia, come documentato nel volume di Giovanni Rossi, Daniele Velo Dalbrenta, Cecilia Pedrazza Gorlero: le singole narrazioni dell'ingiustizia sono anelli di un'infinita catena, spesso sordida e sostanzialmente diabolica.

La visione verticale della giustizia, con Dio in alto e in basso tutto il resto, è una visione classicamente occidentale. L'idea di giustizia è specifica e pervasiva dell'Occidente. In altre culture la stessa parola è quasi vuota di senso, perché non ha lo stesso significato (secondo la distinzione di Frege). Questa dimensione verticale della giustizia si distingue rispetto alle altre proposte del periodo assiale e si ritrova nelle sue successive versioni, tutte rivisitazioni di una visione teleologica della storia (secondo la trattazione di Karl Löwith). In Occidente, per secoli e secoli l'idea di giustizia implicava necessariamente un universo di doveri che in varia misura sembra oggi tramontato, insieme a quella idea di giustizia.

Da tempo si insegna che il desiderio di giustizia è esageratamente sovrastimato. La netta distinzione tra ciò che è giusto e sbagliato ha visto aggressioni in ogni cultura laica. Quando, nel 1924, Friedrich Meinecke pubblica *Die Idee der Staatsräson*, Carl Schmitt lo recensisce sottolineandone la trivialità giuridica: davanti alla Ragion di Stato è ovvio, secondo lui, che non esistono il giusto e l'ingiusto. Ai miei tempi da studente, si cominciava con la voce «giustizia», scritta da Felix Oppenheim, nel *Dizionario di politica* di Bobbio e Matteucci. Eppure, Oppenheim sembrava estremista perfino ad Uberto Scarpelli, che fu il suo primo anfitrione in Italia. La riflessione sulla giustizia è al cuore del confronto tra giusnaturalismo e giuspositivismo giuridico e si chiuse teoreticamente tra 1948 e 1950. Da allora, a maggioranza si concluse che la giustizia si riduce alla mera legalità, comprimendo e quasi assorbendo la dimensione della legittimità nei profili procedurali della democrazia rappresentativa.

Teorie a parte, oggi si impongono i temi sociologici del giudicare democratico. Davanti alla Corte europea dei diritti dell'uomo, per condanne a causa della durata eccessiva dei processi, in tanti anni l'Italia è stata in prima fila. Si stima che siano circa 5 milioni gli italiani in qualche modo ingiustamente finiti nelle maglie della giustizia dal 1945 in poi. Calcolati sui dati dal Ministero dell'economia e delle finanze, alcuni numeri sono proprio impressionanti: in Italia, ogni giorno tre persone finiscono in galera (o agli arresti domiciliari) pur essendo innocenti. Sottolineo che si tratta di errori ufficialmente rico-

nosciuti; di non riconosciuti, chissà quanti altri ce ne sono, patiti con smisurato dolore. Le vittime ufficiali di un abuso giudiziario sono decine di migliaia e sono costate quasi un miliardo, per le spese di risarcimento. Nel 2022, gli indennizzi liquidati ammontano a 27.378.000 euro. Gli errori giudiziari in senso stretto sono raccapriccianti, perché riguardano persone che per decenni sono state erroneamente in carcere, condannati da decine di magistrati. Il problema non riguarda soltanto l'ambito penale: i casi di imprenditori rovinati da ingiuste accuse sono numerosi e altrettanto raccapriccianti.

L'ingiustizia non serpeggia soltanto nei tribunali, ma in vari ambiti connessi. I reclusi sono oggi circa 60.000, mentre la capienza degli istituti ammonta ufficialmente a 51.272 posti. Il numero dei suicidi è abnorme, uno ogni cinque giorni. Con la sentenza Torreggiani, la Corte europea dei diritti dell'uomo condannò l'Italia per le condizioni « inumane e degradanti » del carcere. Di conseguenza, il numero dei risarcimenti è diventato enorme: negli ultimi sei anni sono stati risarciti almeno 23.500 detenuti, che drammaticamente ricordano la persistenza di tantissime condizioni « inumane e degradanti » nelle strutture pubbliche.

L'aspetto economico è relativamente rilevante. Fa paura il numero oscuro dell'ingiustizia: riguarda i casi ignoti, che non sono stati documentati. Infatti, non ci sono soltanto gli involontari errori giudiziari, gli involontari abusi, le involontarie condizioni inumane e degradanti. Un rispettato e premiato esperto, il procuratore Nicola Gratteri, ha proposto una sua stima: « Il problema corruzione nella magistratura c'è, possiamo parlare del 6-7%. È grave, inimmaginabile, terribile ». Si tratta di un problema cosiddetto terribile anche perché apre la riflessione sulla analoga quantificazione di quel che non è l'imperdonabile corruzione (art. 318 c.p.), ma più prosaicamente lassismo, opportunismo, amichettismo, comparaggio, vanità, pur senza essere corruzione. Alla fine della fiera, ci sono i colpevoli che l'hanno fatta franca: assassini, rapinatori, ladri, estortori, stupratori, farabutti di ogni risma. Questo numero oscuro è immenso: prima lezione di criminologia. Il numero dei delitti non perseguiti o, se perseguiti, senza l'individuazione di un colpevole, è molto alto. Se il colpevole è individuato e condannato, spesso si scopre in seguito che invece è innocente. Non lascia a desiderare soltanto per ritardi e lacune: il sistema del diritto produce ingiustizia, tanta ingiustizia, sistematicamente e quotidianamente.

Se può essere consolazione, si tratta di un mal comune; parliamo di un fenomeno internazionale. La struttura investigativa più celebre del mondo, Scotland Yard, ha trascorso dal 2021 il periodo più buio della propria storia: dal caso David Carrick al caso Wayne Couzens, sono finite davanti ai tribunali vicende sconvolgenti di abusi, che non riguardano poche mele marce, come documentato nel rapporto della commissione d'inchiesta presieduta da Louise Casey. Tre degli scrittori americani più letti al mondo, John Grisham, Lester Thurow, Stephen

King, hanno scritto narrazioni strepitose sulle vite stritolate di innocenti ingiustamente perseguitati dalla « giustizia ». *Innocence Project* è una delle associazioni no profit più rispettate: è specializzata nel salvare persone che artatamente, sbrigativamente, ingiustamente sono state condannate a morte, all'ergastolo, a decine di anni di carcere. Attraverso prove inconfutabili come l'analisi del Dna, ha salvato innocenti già con un piede nella fossa e ha riabilitato persone che purtroppo erano già state « giustiziate ». Il tema negli Stati Uniti è di cognizione comune; ricordo la serie di Netflix, *When They See Us*, sostenuta da Oprah Winfrey e Robert Duvall. Clint Eastwood e tantissimi altri ci hanno fatto sopra pellicole indimenticabili, come quelle di Jean Gabin e Henri-George Clouzot nel miglior cinema di una volta.

Infatti, non si tratta soltanto di un problema esclusivamente americano o italiano. Giovanni Rossi ha ricordato magistralmente nel nostro volume che, dopo essere stato coinvolto, come giurato di Corte d'assise, in un enigmatico caso giudiziario, André Gide, pubblicò, nel 1913, i *Souvenirs de la Cour d'Assises*, e, nel 1930, lanciò con Gallimard una collana dedicata ai casi giudiziari, con in esergo il motto evangelico, *Ne jugez pas*. Dalla gloriosa prefazione di Voltaire a Beccaria nel 1767, fino al circo mediatico-giudiziario di Daniel Soulez Larivière, dalla *Ballade des pendus* di François Villon alla *Lettre ouverte au ministre dit de la Justice* di Léo Ferré, la cultura francese dell'ingiustizia non è meno rilevante della celebrata cultura francese della democrazia.

In questo mondo siffatto « del dolore immeritato, del torto impunito, della stupidità insanabile », non soltanto abbiamo poca giustizia, ma unicamente a ricciuti pargoli si può raccontare la favola che *Crime does not pay*, come insegna un classico della politologia, *Politics within nations* di Joe LaPalombara, e c'è da sapere che un filo quasi invisibile, ma consistente, lega il piccolo delinquente di strada con i pezzi grossi locali, i quali a loro volta sono collegati con altri sopra di loro, e così via, fino ad arrivare alla sommità di una nazione, come insegna un classico della criminologia, *On the take: From pretty crooks to Presidents* di William « Bill » Chambliss.

Umberto Boccioni (nella copertina del nostro volume) e Honoré Daumier (nella locandina del primo convegno in suo onore), ci comunicano per effigie le dimensioni del trambusto e di quella *vanitas* del giudicare che è stata veridicamente illustrata da Floriana Colao in una sua recensione. La *vanitas* del giudicare attraversa la nostra storia e le nostre vite in maniera drammatica, perché bisogna essere davanti ad un medico, bisogna essere davanti ad un giudice per potere pienamente apprezzare, nella nuda vita della nostra carne, il peso del punto in discussione: la *vanitas*, l'incertezza, il raggiro, la corruzione. Per fortuna non siamo tutti i giorni davanti ad un medico o davanti ad un giudice, ma tutti i giorni medici e magistrati sono ingaggiati per giudicare. E ogni giorno celebrano l'alea del giudicare. La narrazione è stata la succursale della ragione, chiusa dentro il labirinto di un diritto « tra-

gico: al contempo necessario e impossibile » insolubile problema lascia a desiderare.

Le infinite variazioni sull'intreccio di questa tragedia esistenziale, sociale, istituzionale, metodologica è il nocciolo del narrare. Da par suo Umberto Eco ha ripreso e perfezionato l'avvertenza di Wittgenstein: di ciò di cui non si può parlare, si deve tacere (nel senso appunto del giudicare). Aggiunse Umberto Eco, con quella sua genialità che non smetteremo mai di rimpiangere, « Di ciò di cui non si può giudicare, si può tuttavia narrare ».

Già Popper aveva fatto rilevare a Wittgenstein che tra quelle cose di cui non dovremmo parlare, ci sono cose tra le più importanti per noi. Umberto Eco compie un passo ulteriore: non il giudizio, ma la capacità di rappresentazione delle ragioni degli uni e degli altri è il cuore di tanta narrazione. Infatti, sin dall'inizio la narrazione di stampo occidentale rappresenta vincitori e vinti senza decretare la supremazia del più forte o del più simpatico. Ettore e Achille sono due eroi contrapposti nella realtà non nel giudizio, tanto è vero che, ad armi pari, « il partito di Ettore » e « il partito di Achille » si sono fronteggiati sin dal momento fondativo della pedagogia occidentale, la paideia omerica. Tanti hanno visto la continuità, dalla *Ciropedia* a Frodo Baggins e a Paul Atreides; perfino la *Imitatio Christi* ha avuto una dimensione epica e drammatica.

La migliore narrazione spesso non arriva ad un punto finale di giudizio, ma alla rappresentazione delle complicazioni, delle disavventure, delle tragedie del giudicare. La narrazione degli amori, da Francesca a Giulietta, da Anna Karenina a Madame Bovary, è in questo suprema, ma in generale la narrazione è uno specchio, senza essere uno specchio limpido, luminoso, trasparente. Il diritto in teoria e la giustizia nei fatti sono molto diversi. Diritto e giustizia potevano coincidere soltanto in una prospettiva ordinata astrattamente, ad esempio nel limpido broccardo di un bel tempo andato: *A Deo Rex, a Rege Lex*; allo stesso modo, in un certo senso, astrattamente, la giustizia può esistere nell'ideologia della democrazia contemporanea.

Alcuni lettori potranno apprezzare l'invito del nostro volume a distinguere tra giudicare e giustificare. Infatti, nella realtà spesso si deve comunque decidere: il medico nel pronto soccorso, come il giudice nel tribunale, non possono tacere: si devono esprimere comunque, devono decidere di stare da una parte o dall'altra, devono scegliere quale sintomo o indizio accreditare. Tra Joseph Bell e Sherlock Holmes, il paradigma indiziario e il sillogismo abduttivo sono strettamente connessi al paradigma ippocratico, che tuttavia è innanzitutto un giuramento: presuppone non soltanto qualcuno che sbaglia, ma un decisore che se ne approfitta, in maniera talmente diffusa e inaccettabile da richiedere un solenne giuramento. La percezione di quanto sia intricata l'alea del giudicare c'è sin dall'inizio della storia della cultura, tanto è vero che si ritrova nell'altro momento fondativo della cultura del giudicare. Tucidide riprende quasi alla lettera il paradigma ippocratico:

parla esplicitamente e incisivamente di metodologia, cause, indizi, prove; ripetutamente esprime la sua incertezza (« sembra che », « mi hanno detto che », « forse »). Insomma, dall'inizio il giudicare è stato consapevole dei propri limiti.

Il fallibilismo ha oggi raggiunto vertici di pubblico dominio grazie all'incrocio tra tomografie assiali computerizzate e spicciola saggezza: le neuroscienze. Ogni nostro giudizio è pregiudicato, deviato, frastornato. Le decisioni umane sono radicalmente influenzate da fattori esterni; è documentato che non ce ne rendiamo neanche conto.

Un'autorevole illustrazione è il recente volume di D. Kahneman, O. Sibony, C.R. Sunstein, *Rumore*, dove, fra l'altro, si prende in esame una letteratura specializzata sugli errori giurisprudenziali, ricordando che in proposito c'è una consolidata tradizione; un momento fondativo è la riflessione svolta a suo tempo da un magistrato, Marvin Frankel. Decisioni giurisprudenziali determinanti per il destino di una persona possono mutare al mutare degli orari, dei pranzi, delle cene, delle condizioni meteorologiche. Sul giudizio possono incidere le condizioni di salute, i litigi familiari del giudice. Per lo stesso, identico, reato, compiuto con le stesse modalità, la pena può variare da 1 a 10 anni di prigione; una rapina in banca può essere sanzionata con 5 o 18 anni di carcere, a seconda del giudice e del momento.

In un campo l'aspetto tragico del giudicare è ancora più impressionante: la medicina, che è un'altra arte, anche se i non esperti si illudono sia basata soltanto su documenti, analisi, fatti inoppugnabili, senza spazio per erronee interpretazioni dagli effetti letali. Quel rumore così spaventoso per la giustizia può essere allo stesso modo presente nell'ambito della medicina e con conseguenze altrettanto devastanti. La decisione della medicina può variare enormemente. « Che a un paziente venga o non venga diagnosticata una malattia grave come un cancro potrebbe dipendere da una sorta di lotteria, determinata dal particolare medico da cui verrà visitato » (p. 320).

Dai tempi di Ivan Illich era perfettamente noto che la medicina moderna può essere intrinsecamente iatrogena e che di fronte allo stesso paziente, medici diversi possono esprimere giudizi diversi. Anche in Italia molti medici hanno raccontato errori mortali, come nel caso di Daniele Coen, già primario del pronto soccorso nell'ospedale Niguarda di Milano. Innovativo è sapere che la variabilità diagnostica si riscontra perfino nella lettura di angiografie coronariche, laparoscopie, tac. Come c'è una giustizia sorprendentemente imprevedibile, c'è una medicina sorprendentemente imprevedibile. In una ricerca condotta su 22 medici specialisti, chiamati ad una valutazione sugli stessi esami, a diversi mesi di distanza (senza che lo sapessero!), è risultato che, in perfetta buona fede, erano in disaccordo (con la prima valutazione diagnostica, ovvero con sé stessi!), in una percentuale notevolissima, perché compresa tra il 63% e addirittura il 92%. « Nulla era cambiato, se non il momento specifico in cui avevano steso i due referti ». Non soltanto documenti

diversi portano a conclusioni diverse, ma gli stessi medici danno giudizi diversi sulle stesse analisi documentali.

Dalle ricerche emerge che tra gli specialisti, per quanto mossi dalle migliori intenzioni, è difficile perfino comprendere che un collega, sulla base degli stessi dati e della stessa procedura, sia potuto arrivare a una diagnosi diversa o che essi stessi potrebbero dare un giudizio diverso in un momento diverso.

Alle preoccupazioni non c'è fine. Secondo un altro grande esperto, Gerd Gigerenzer, diversi neuroscienziati non avrebbero adeguatamente chiara la distinzione tra situazioni di rischio e d'incertezza: nelle prime è conoscibile l'obiettivo, l'azione, la previsione; nelle seconde, no. Gli autori di *Rumore* conserverebbero una fuorviante illusione: hanno illustrato gli ambiti sconfinati e agghiaccianti dell'errore, senza sapere che i margini sono ancora più ampi: disporre di tante informazioni non porta automaticamente a decisioni ragionevoli. Viene messa in dubbio la fondamentale idea illuminista per la quale quanto più ampia è l'informazione, tanto minori sono i margini dell'errore.

Non soltanto le neuroscienze mettono in rilievo i limiti del giudicare. Un'altra disciplina molto di moda, per certi versi potrebbe indurre allo sgomento: l'immunologia. In proposito Alberto Mantovani e Monica Florianello hanno scritto *L'orchestra segreta. Come funziona il sistema immunitario, dai tumori al COVID*. L'immunologia ci dice che, con una spintarella gentile, il corpo umano può dare da solo una risposta alle più ardue sfide; il vaccino Rna e il Covid-19 sono un caso in questione (anche se la spintarella ad alcuni è sembrata alquanto sgarbata). Il nostro sistema immunitario funziona come un'impareggiabile orchestra, che costantemente mantiene in ordine l'organismo, rispondendo gloriosamente all'aggressione degli agenti microbici.

Ancora, dice però Mantovani, di questa orchestra non conosciamo tutti gli strumenti. Ma c'è di più: non conosciamo tutti gli orchestrali. Peggio: non conosciamo tutti gli spartiti. Soffriamo parecchia ignoranza concertistica e gli effetti si vedono in certe audizioni che siamo stati irregimentati a subire. Ascoltiamo e viviamo ogni giorno la musica della nostra orchestra interiore, ma non ne conosciamo pienamente gli strumenti, gli orchestrali, gli spartiti. L'ascolto di noi stessi è uno stonato *sovra-ascolto*, in parodia della lezione concertistica di Wilhelm Furtwängler. Direbbe Peter Szendy: un ascolto *d'insieme* nel quale simultaneamente precipitano rumori, strumenti, orchestrali, spartiti, dalle singole note all'intero brano.

La musica dell'umanità presuppone un creatore del suo immenso Teatro, come l'orologio presuppone l'orologiaio? Se sì, allora ci sta bene anche il giudizio di tutti i giudizi, un giudizio universale. E pazienza che potrebbe essere un giudizio pesantissimo, come quello di Adamo ed Eva, con le conseguenze rateizzate fino ai giorni nostri. Tutto sommato, è pur sempre il Padre Eterno e non potrà dire che tutti i frutti sono caduti lontanissimi dall'albero. Dopo aver navigato tra il malfa-

mato nicodemismo e l'ilare cerchiobottismo erasmiano, volentieri ap-proderei al misericordioso perdonismo origenista.

Nell'alto di *the sheltering sky*, dentro un cielo accogliente, pro-tettivo, giusto, ogni stella si potrà felicemente spegnere e infine riposare. Alla fine, l'intero Libro dell'umanità potrebbe essere chiaramente leg-gibile e distintamente ponderabile, nelle mani di « un giudice onni-sciente e sommamente giusto ». Quando la larghezza infinita dell'errore si confronterà con la larghezza infinita della compassione, allora sì che ci sarà Giustizia.

Purtroppo, però, mi annunciano che non avremo il Giudizio Universale. Non soltanto dovremmo rinunciare all'idea di giustizia, ma per sovrammercato non avremo neanche un qualunque giudizio uni-versale. Davvero, mi dispiace. Bene che vada, avremo qualche cupa distopia, tipo quella descritta nel 2007 da Cormac McCarthy. È per me una deprimente tristezza rinunciare ad una « ricapitolazione vertigi-nosa », perché era una consolazione quella ubbia, possibilità, speranza che avremmo saputo finalmente un giorno quel che di giusto o sbagliato c'è, c'è stato nelle nostre povere vite. Personalmente, non ho mai avuto le idee chiarissime in proposito e anche per questi nostri giorni con-troversi, sarebbe ora di avere a che fare con qualcuno totalmente autorevole e credibile. Finalmente un giudizio come si deve, senza testimoni di comodo, difensori di ventura, arbitri venduti, regole sbal-late, partite fortuite, risultati ridicoli, *cognitive biases* ed *environmental noises*.

Tantissimo non mi è stato completamente chiaro, soprattutto per quanto riguarda me stesso, molti miei traballanti giudizi e molte mie accrocchiate decisioni. Mi sarebbe piaciuto infine sapere quando e quanto avevo torto o ragione, una rispettabile sentenza su di me, su quelli che ho conosciuto e frequentato, anche su quelli che non ho conosciuto di persona, ma ai quali mi sono affidato, senza neanche il piacere di un buongiorno o buonasera. Una rimpatriata collettiva sarebbe stata un degno risarcimento: un cenno di saluto a Max Weber, due chiacchiere con un *paisanu* come Archimede, rivedere mio nonno Orazio e farmi raccontare di nuovo come prese in pochi mesi una medaglia d'argento, due medaglie di bronzo, una menzione speciale del Duca d'Aosta.

Invece, niente. Soltanto errori di stampa in un libro tanto infinito quanto illeggibile e sgrammaticato, senza nessuna possibilità di chiedere conto all'editore, al tipografo, al bibliotecario? Almeno, non ci è stata impedita la buona lettura. Chiuso questo emozionante libro di Gio-vanni Rossi, Daniele Velo Dalbrenta, Cecilia Pedrazza Gorlero, se ne farà un altro, con altre narrazioni e successive disquisizioni: la storia dell'ingiustizia è senza fine — si può fermerà soltanto se ci sarà un Giudizio Universale.

GIOVANNI ROSSI

LAW & HUMANITIES:
UNA 'PROVOCAZIONE' SALUTARE PER IL GIURISTA DI OGGI

Quando ci si occupa di *law & humanities*, l'attenzione riservata al nesso tra diritto e arti si motiva, a mio avviso, anzitutto perché consente di mettere a frutto lo spirito d'osservazione e la sensibilità del letterato e dell'artista, mutuandone la capacità di cogliere e descrivere gli elementi più tipici ed insieme peculiari del fenomeno giuridico, accantonando almeno momentaneamente la cifra tecnica che agisce di solito da involontario ma deleterio diaframma verso la società civile, ponendo una distanza difficilmente colmabile tra il diritto (e i giuristi) e tutti coloro che, privi di tali competenze specifiche, si rivolgono al primo (tramite i secondi) cercando (non sembri ingenuo ricordarlo) giustizia. Senza disconoscere l'utilità di un approccio anticonvenzionale che parla di *law as literature* e individua nel testo normativo (anzitutto la sentenza giudiziale) una peculiare ma genuina attività di *storytelling* ⁽¹⁾, certamente la corrente che si occupa della *law in literature* mi sembra più fondata e proficua, nel senso appunto qui esplicito ⁽²⁾.

Guardare per un attimo alla realtà sociale, politica e (in questo contesto, anzitutto) giuridica con gli occhi del letterato, dell'artista, può infatti consentire di mettere in rilievo cose che talora sfuggono a chi le

⁽¹⁾ L'idea di un poeta che si fa giudice e si avvale della retorica giudiziaria e di un giudice che innerva il suo lavoro dei bagliori di comprensione tipici della poesia è seducente e ricca di fertili implicazioni, anche se mostra evidenti limiti: cfr. tra gli altri M.C. NUSSBAUM, *Poets as Judges: Judicial Rhetoric and the Literary Imagination*, in « The University of Chicago Law Review », LXII (1995), 4, pp. 1477-1519, nonché EAD., *Poetic Justice: The Literary Imagination and Public Life*, Boston, Beacon Press, 1996, trad. it. *Giustizia poetica: immaginazione letteraria e vita civile*, a cura di E. Greblo, Milano-Udine, Mimesis, 2012.

⁽²⁾ Pur di fronte ad una certa ritrosia a cimentarsi in interventi più spiccatamente teorici, la letteratura in merito ormai è cospicua anche in Italia, a partire dalla sempre utile ricognizione di A. SANSONE, *Diritto e letteratura. Un'introduzione generale*, Milano, Giuffrè, 2001; per qualche osservazione che completa quelle qui espresse cfr. G. ROSSI, « *Diritto e letteratura* »: *sul significato di un connubio di successo*, in *Rifrazioni anomale dell'idea di giustizia*, a cura di G. Rossi, D. Velo Dalbrenta, C. Pedrazza Gorlero, Napoli, ESI, 2017, pp. 15-27; cfr. anche, in ordine sparso, gli spunti in G. FORTI, *Tra diritto e letteratura il dialogo è aperto*, in « Vita e pensiero », 2016, 1, pp. 90-98, nonché la rapida ma perspicua panoramica in O. ROSELLI, *Diritto, letteratura e una più ampia comprensione del possibile*, in *ISLL Papers. The Online Collection of the Italian Society for Law and Literature*, XI (2018), pp. 1-14. Recentissimo, si veda ora M.P. MITTICA, *Diritto e letteratura e Law and Humanities. Elementi per un'estetica giuridica*, Torino, Giappichelli, 2024, specie pp. 5-42.

considera troppo da vicino e con uno sguardo troppo tecnico. Una frase significativa ed illuminante, che mi piace citare in questa sede, si deve a Paul Klee, che nel 1920 notava: «l'arte non riproduce ciò che è visibile, ma rende visibile ciò che non sempre lo è». Un tentativo, quindi, di allargare i nostri orizzonti, un tentativo di usare uno sguardo diverso, da un'altra prospettiva: ricordiamo la scena famosa del film *L'attimo fuggente*, diretto da Peter Weir nel 1989, nella quale il professore del college statunitense induce i suoi allievi durante la lezione in classe a salire sul banco, rompendo ogni schema e convenzione almeno per una volta, perché da quell'altezza insolita gli studenti possono vedere le cose in una prospettiva diversa ed imparare per la vita questa semplice lezione.

Il filone di studi su «Diritto e letteratura», si propone come un indirizzo culturalmente stimolante per il giurista, tra gli altri motivi, anche perché offre un'occasione preziosa e inusuale per favorire l'incrocio e l'incontro di saperi diversi come quello giuridico, quello letterario, quello artistico; il tentativo di 'meticciare' competenze e sensibilità così differenti ha però un senso solo nel momento in cui non sia inteso come puro divertissement, come passatempo erudito e in fondo privo di conseguenze, con un approccio insieme dilettantesco e superficiale a testi e opere artistici che invece possono far emergere aspetti di grande rilievo del fenomeno giuridico, su cui riflettere cogliendo l'occasione di sedere ad un unico tavolo di lavoro accanto a cultori di discipline diverse. Tutto ciò rappresenta, senza voler deprezzare la specificità della preparazione tecnica di ciascuno, un *quid pluris*, frutto di un incontro che inizialmente può lasciare un po' spiazzati ed interdetti, ma che si rivela di solito proficuo e fertile, perché consente di acquisire informazioni sulla vita del diritto da una visuale inusuale, gettando uno sguardo inedito su quelle stesse cose di cui, come giuristi, ci occupiamo senza più la capacità di stupirci di ciò che vediamo e senza lo stimolo di cercare di andare al cuore dei temi e dei problemi di cui dovremmo pur farci carico, non soltanto su di un piano strettamente tecnico ma anche più ampiamente umano.

Questa è l'idea che sta alla base dell'attività del gruppo di lavoro riunitosi a Verona nell'associazione *Ius in fabula* (costituita formalmente nel 2016 in seno al Dipartimento di Scienze giuridiche dell'Ateneo scaligero dal sottoscritto, insieme ai colleghi e buoni compagni d'avventura Cecilia Pedrazza Gorlero e Daniele Velo Dalbrenta) e che ci muove a cercare un'intersezione e una sovrapposizione di sguardi diversi ma non discordi, relativamente al fenomeno giuridico, da parte dei giuristi così come da parte dei letterati, sperimentando tutto ciò nella riproduzione fittizia ma realistica di casi concreti, nel modo il più fedele possibile alla realtà, senza indulgere in compiacimenti intellettualistici né rifugiarsi in asettiche astrazioni. Abbiamo così unito le competenze, gli interessi e le sensibilità di storici del diritto e filosofi del diritto, riuniti attorno ad un progetto aperto di volta in volta a giuristi

esperti di diritto positivo (privatisti e processualcivilisti, penalisti, comparatisti, processualpenalisti e così via, senza preclusioni di sorta, nella convinzione che la scienza del diritto sia unica, anche se declinata in modi parzialmente diversi e il linguaggio e il metodo di lavoro della giurisprudenza debbano restare comuni e condivisi, a dispetto di una specializzazione sempre più spinta e, anzi, proprio per ovviare a tale inevitabile tendenza).

Così come è essenziale aprirsi ad altri saperi ed ossigenare le stanze dove si rinserrano i giuristi, a volte chiuse da troppo tempo, è altresì essenziale abbattere gli steccati interni alla scienza giuridica ed insieme evitare un pericolo incombente, relativo al rischio che questo filone di studi, nato per consentire il confronto culturale e per spingere tutti noi a riflettere unitariamente sull'essenza stessa del diritto divenga surrettiziamente riserva di caccia dell'una o dell'altra disciplina giuridica, in tal modo tradendo quell'anelito al confronto e all'apertura che a mio avviso è una delle ragioni forti del successo degli studi su *law & humanities*, ormai non più etichettabile riduttivamente quale moda passeggera e dilettantesca.

Non per caso, dunque, il tema forte, distintivo del lavoro del giurista, che abbiamo inteso affrontare iniziando questa attività di confronto con la percezione del diritto diffusa nella società e talora fissata nell'opera d'arte, mediante l'organizzazione di convegni annuali aperti — come detto — alla interdisciplinarietà, è stato quello della (ricerca della) giustizia, fedeli alla notazione per cui *ius est a iustitia appellatum*, come si legge all'inizio del Digesto di Giustiniano⁽³⁾. L'etimologia proposta in realtà non è corretta, perché inverte i termini, però il concetto fondante che si è voluto esprimere è ben scolpito in quelle semplici parole, trovando ulteriore conferma nella definizione celsina citata da Ulpiano, trasparente nel suo significato di fondo, per cui *ius est ars boni et aequi*. Il diritto positivo non può recidere i suoi legami con l'idea di giustizia, dichiararsi indifferente rispetto alla domanda di giustizia che sale, incessantemente, dalla società civile, perché altrimenti s'immiserisce e s'isterilisce, perde di valore e di sostanza, finendo col mettere in risalto l'altro aspetto tipico del fenomeno

(³) La citazione, proposta in questi termini, non è letterale ma non tradisce la testimonianza ulpiana riportata in D.1, 1, 1 pr. Sul significato del passo iniziale del *Digesto*, così denso di implicazioni etiche e di rimandi filosofici, ciceroniani *in primis* (anche se da taluno sminuito nel suo valore e ridotto ad affermazioni retoriche in chiave autopromozionale del ruolo dei giuristi, tanto roboanti quanto vuote di contenuti concreti), basti qui rimandare, *ex multis*, a F. GALLO, *Diritto e giustizia nel titolo primo del Digesto*, in « *Studia et documenta historiae et iuris* », LIV (1988), pp. 1-36; nonché a G. FALCONE, *La 'vera philosophia' dei 'sacerdotes iuris'*. *Sulla raffigurazione ulpiana dei giuristi (D.1.1.1.1)*, in « *Annali del Seminario giuridico dell'Università di Palermo* », XXXIX (2004), pp. 41-147.

giuridico: il suo rapporto col potere e il suo incarnare un formidabile strumento coercitivo che s'impone agli uomini poiché guida e determina le loro azioni in virtù della sua ineludibile componente di vincolatività, di doverosità, la quale perde tuttavia significato (ovvero ne acquista uno deteriore) se scissa dal perseguimento di rapporti interoggettivi improntati ad un'idea condivisa di equità e giustizia.

Troppo spesso nelle aule universitarie, negli insegnamenti dedicati al diritto si trascura di evidenziare il nesso tra diritto e giustizia, e quest'ultima sembra quasi una parola ingombrante e imbarazzante, che è meglio non usare, perché ciò inficerebbe la qualità di tecnici rivendicata miopemente dai giuristi, convinti di acquistare un ruolo e di garantirsi uno spazio nella società contemporanea accantonando e ripudiando la dimensione valutativa del loro lavoro, la componente etica delle scelte che sono chiamati a compiere, l'onere di indicare con onestà intellettuale e limpido senso civile l'impossibile neutralità di un diritto che serve per dare risposte efficaci a interessi (legittimi) affermati dai consociati, in inevitabile contrapposizione con altri concorrenti interessi (altrettanto legittimi ma diversi e non collimanti); un diritto, dunque, esito di scelte propriamente politiche, dove non tutte le esigenze e le connesse richieste di attenzione possono porsi sullo stesso piano e ricevere uguale soddisfazione.

La pur rilevante e tipica dimensione tecnica del diritto non può oscurare o far dimenticare il fatto che creando ed applicando norme giuridiche il giureconsulto si confronta quotidianamente e necessariamente con temi che attengono alla organizzazione del sociale e del politico, dando di conseguenza una forma precisa alla società civile, che discende dalle risposte offerte ai quesiti di volta in volta posti sul tavolo. Solo riaffermando questa verità è pensabile che i giuristi possano svolgere e rivendicare un ruolo che non sia puramente tecnico e in fondo marginale, totalmente avalutativo e tale da poter magari entro pochi anni esser sostituiti con successo e senza rimpianti — ora che per la prima volta se ne dà la concreta possibilità — con l'IA.

L'elemento valoriale, e nello specifico l'irruzione della giustizia, intesa come equità rispettosa della condivisibile ragionevolezza di una decisione e dunque la disponibilità a compiere scelte anche difficili per determinare l'affermazione degli interessi più meritevoli di tutela, nella eterna « lotta per il diritto », già dichiarata senza infingimenti da Rudolf von Jhering ⁽⁴⁾, che non si combatte in nome di concetti giuridici astratti ma per rendere più degna la vita quotidiana di uomini in carne ed ossa, immersi nella loro concretissima vicenda esistenziale, è ciò che rende importante ed utile, unico ed affascinante il mestiere del giurista.

(4) Scontata, forse, ma non banale né superflua la citazione del celebre scritto *Der Kampf ums Recht* (1872), significativo sin dal titolo eloquente.

Ecco dunque che a seguito del primo convegno organizzato da *Ius in fabula* abbiamo potuto dare alle stampe il primo volume della omonima collana ⁽⁵⁾ avviata appositamente per lasciar traccia del nostro comune percorso di ricerca. Il tema era dedicato alle *Rifrazioni anomale dell'idea di giustizia*, volendo con ciò andare a scandagliare i casi-limite, le sempre numerose situazioni nelle quali un'applicazione automatica ed irriflessa delle norme ottiene l'effetto opposto a quello desiderato, cioè allontana dal raggiungimento di una giustizia sostanziale, per quanto siano rispettate sul piano formale tutte le regole previste, per il semplice ma decisivo motivo che spesso, se non sempre, la norma deve essere adattata al caso concreto; non si tratta di cercare per tale via la maniera di disapplicarla, disattendendo le aspettative di chi chiede giustizia, bensì occorre evitare che un'applicazione meccanica metta in ombra gli elementi di specificità che rendono ogni caso un *unicum* e che consigliano di affidarsi non ad una giustizia cieca perché bendata, ma ad una che vede con chiarezza le ragioni e i torti di ciascuno e interviene a sanare i secondi e a riconoscere le prime. Accettare l'idea di ricorrere al regolo lesbio significa riconoscere la necessità che le norme siano lette ed applicate con saggia elasticità, memori dell'immagine del regolo evocata da Aristotele nell'*Etica a Nicomaco* (V.10.1137b) per esplicitare il concetto di *ἐπιείκεια* ed invocare la adattabilità delle regole giuridiche al caso di specie, facendo prevalere l'equità sulla sterile rigidità di uno *ius strictum* da applicare ad ogni costo, in nome di un vuoto formalismo ⁽⁶⁾. L'interpretazione del giurista deve insomma valorizzare l'adattabilità della norma al caso concreto, per non cadere nel trito brocardo, che suona come sconfitta e inadeguatezza del diritto e dei suoi interpreti, per cui *dura lex sed lex*, anche a costo di doverlo tradurre in un più esplicito ed inquietante *summum ius summa iniuria* ⁽⁷⁾.

⁽⁵⁾ « *Ius in fabula*. Collana di studi su Diritto e Arti », da me diretta; l'ideazione e l'avvio della collana editoriale è avvenuta col supporto e la collaborazione pronta e preziosa della casa editrice ESI, che mi fa piacere qui ringraziare.

⁽⁶⁾ Un'ampia e ricca trattazione intorno all'equità, non circoscritta soltanto al diritto romano, è offerta da L. SOLIDORO MARUOTTI, *Aequitas e ius scriptum. Profili storici*, in « Annali della Facoltà giuridica dell'Università di Camerino », I (2012), pp. 207-320.

⁽⁷⁾ Sulla celebre formula ancora importanti le notazioni di J. STROUX, *Summum ius, summa iniuria. Ein Kapitel aus der Geschichte der interpretatio iuris*, Leipzig-Berlin, Teubner, 1926, presto pubblicate in traduzione italiana (di G. Funaioli) negli « Annali del Seminario giuridico della R. Università di Palermo », XII (1929), pp. 639-691 (su cui si vedano anche le note di un filologo di vaglia come G. PASQUALI, *Summum ius summa iniuria*, in « Rivista di filologia e di istruzione classica », LV (1927), pp. 228-232, e poi in ID., *Stravaganze quarte e supreme*, Venezia, Neri Pozza, 1951, pp. 85-91, che dà conto anche dei lavori in merito di Salvatore Riccobono). Cfr. ora anche T. NÓTÁRI, *Summum*

Il secondo volume, scaturito dal secondo convegno organizzato (8), *Immaginare il futuro del diritto. Narrazioni utopiche, distopiche e ucroniche*, riguarda il ruolo che può rivestire il diritto in società di fatto non esistenti ma pensabili come future o almeno potenzialmente futuribili (l'idea di partenza che disloca la società alternativa nel presente ma in un altro luogo — o, per meglio dire, in un non-luogo immaginario — figlia diretta delle scoperte geografiche quattrocentesche, si è presto convertita in quella, analoga e però ben diversa, che punta sulla dislocazione temporale piuttosto che su quella spaziale, e rimanda ad un futuro più o meno prossimo l'avvento di un radicale superamento dell'esistente, in positivo o in negativo). Com'è ben noto, il filone utopico nasce con il capolavoro di Thomas More ad inizio Cinquecento (1516) e dà sostanza ad un'idea tipicamente moderna, rivolta non tanto ad un passato mitico nel quale reperire un modello perfetto — e perduto — di organizzazione sociale quanto ad un futuro ancora non sperimentato nel quale ambientare una società perfetta (o, al contrario, con una netta prevalenza in questo senso nel XX secolo, una società distopica che distorce e perverte i principi che dovrebbero reggere lo svolgimento di una ordinata convivenza civile) (9). All'interno di queste opere della fantasia (romanzi, novelle, films) che provano ad immaginare su quali basi dovrebbe fondarsi una società migliore di quella reale e quale forma potrebbe assumere, risulta inevitabilmente centrale il ruolo del diritto, per dare struttura e forma stabili alle nuove società, alla luce di principi di equità condivisi, sovente con esiti ben distanti da quelli storicamente datati.

Nel terzo convegno e nel conseguente volume si è scelto di focalizzare l'attenzione su *L'arte di giudicare*, perché il riconoscimento del rispetto del sentimento comune di giustizia come elemento determinante per una buona organizzazione sociale e politica, spinge

Ius Summa Iniuria. Comments on the Historical Background of a Legal Maxim of Interpretation, in «Acta Juridica Hungarica», XLV (2004), 1-2, pp. 301-321.

(8) Mi si lasci dire che rivendico il fatto che i tre volumi qui considerati siano il frutto diretto di altrettanti incontri scientifici: rivendico cioè che la consuetudine di esporre per iscritto le risultanze delle nuove ricerche, dopo averle sottoposte al vaglio critico dei colleghi in occasioni scientifiche a ciò dedicate, non contenga alcunché di errato metodologicamente, tanto da doverci indurre a mimetizzare gli atti di convegno come qualcosa d'altro, pudicamente tacendo l'occasione genetica di tali scritti, come purtroppo siamo stati spinti a fare in anni recenti da una eccessiva e dirigistica burocratizzazione della valutazione della ricerca scientifica.

(9) La bibliografia in merito è sterminata; segnaliamo qui soltanto i testi (ben diversi ma complementari) di V.I. COMPARATO, *Utopia*, Bologna, il Mulino, 2005; R. KOSELLECK, *Il vocabolario della modernità. Progresso, crisi, utopia e altre storie di concetti* (ed. orig. Frankfurt am Main, 2006 — trad. it. di C. Sandrelli), Bologna, il Mulino, 2009.

giocoforza a scendere dall'iperurario dell'astrazione e a calarsi nella concretezza della prassi, nella vivezza dei mille casi che involgono il ruolo essenziale del giudice, che quella giustizia deve amministrare e rendere effettiva, perseguendola ed ostendendola attraverso il concreto esercizio dell'attività giurisdizionale, che attiene più alla dimensione dell'*ars* che a quella della *scientia*. La giustizia può riconoscersi realmente quale virtù cardinale di primario rilievo nella vita della comunità nel momento in cui viene applicata per dirimere le mille controversie particolari e consente di riconoscere a ciascuno il suo: per questo il giudice è figura decisiva per l'inverarsi della giustizia e il processo è l'occasione principe in cui si passa dal diritto enunciato al diritto vissuto e il momento nel quale si può verificare se e quanto i diritti astrattamente previsti dalle norme siano anche effettivamente garantiti ai cittadini. Di tutto ciò il giurista, e il giudice *in primis*, deve avere consapevolezza piena, tenendo fisso lo sguardo sul fine ultimo del suo lavoro, senza immiserire il suo compito in un tecnicismo formalistico e parossistico che, da solo, privato di un senso che va reperito al di là della corretta applicazione formale delle singole regole, rischia di essere sterilmente fine a sé stesso.

Forse, l'eterna « crisi della giustizia » di cui si parla da gran tempo in Italia, intesa come cattivo funzionamento del processo (troppo lungo, costellato di trappole ed intoppi incomprensibili al profano, costoso e, soprattutto, incapace assai spesso di consentire alle parti ed alla società tutta di affermare con soddisfazione di fronte alla sentenza finalmente emessa che « giustizia è fatta! ») deriva proprio da un'attenzione esclusiva al particolare tecnico separato dal contesto nel quale s'inserisce e, quindi, dalla messa a fuoco della sua reale funzione di riconoscimento e salvaguardia dei diritti delle parti ⁽¹⁰⁾. Senza tale attribuzione di significato tutto si riduce ad una insensata e farsesca messa in scena che assorbe energie e risorse complicando la vita di chi ha la sventura di esser risucchiato nel meccanismo processuale, gigantesca e spaventosa

⁽¹⁰⁾ Un modello insuperabile di giudice del tutto ignaro della dimensione garantistica verso le parti che dovrebbe connotare il giudizio e rivolto unicamente ad ottenere una sentenza che, qualunque essa sia, venga accettata e rispettata dalle parti, impotenti di fronte alla macchina giudiziaria che prosciuga le loro sostanze e s'infischia di ricercare la decisione giusta, è fornito dal giudice Bridoye, descritto da François Rabelais nel *Tiers livre des faictz et dictz Heroïques du noble Pantagruel* (1546 e poi, nella veste definitiva, 1552); su ciò cfr. G. ROSSI, *Alea iudiciorum. Le sentenze (in)appellabili del giudice Bridoye*, in *Rifrazioni anomale dell'idea di giustizia*, cit., pp. 119-156 (con ulteriore bibliografia).

macchina kafkiana ⁽¹¹⁾ che tende ad autoalimentarsi all'infinito senza che si scorga una luce in fondo al tunnel ⁽¹²⁾.

Pare altrimenti inevitabile dover concludere che i giuristi teorici che studiano il diritto processuale — civile e penale — così come i magistrati, non siano in grado di sanare i difetti eterni del sistema giurisdizionale italiano e raggiungere un soddisfacente grado di efficienza, pari almeno a quello degli altri paesi europei: forse, il problema sta proprio nel limitarsi a credere che la criticità si collochi sul mero piano tecnico e non coinvolga una indispensabile riattribuzione di senso ad un sistema giudiziario che sembra marciare per forza d'inerzia, ignaro dello scopo sostanziale da raggiungere, nonostante le immancabili roboanti affermazioni retoriche di politici e giuristi. Forse, il problema consiste nella individuazione dei valori che devono presiedere all'attività giurisdizionale e delle finalità da perseguire. In questa ottica, l'obiettivo è consentire che il giurista, quali che siano le sue funzioni, avvii una riflessione critica su questi temi, seguendo un percorso non scontato ed uscendo dai binari del già detto e dell'ovvio: un risultato che può essere raggiunto affidandosi anche all'interazione non prevenuta con opere letterarie ed artistiche in genere, capaci talora di far emergere con nitidezza insperata ed esemplare il nucleo problematico dell'inveramento della giustizia nella storia; cioè, in definitiva e senza cortine fumogene di circostanza, nella concreta vita di ogni giorno di ciascuno.

Esattamente questo è ciò che, a mio avviso, rende proponibile ed auspicabile l'incremento degli insegnamenti di *law & humanities* nei corsi di studio giuridici e dà valore ad un filone di studi che ha ragion d'essere non perché si adegua ad una moda oggi inopinatamente dotata di *appeal* agli occhi del giurista nostrano, sovente culturalmente sprovvisto e provinciale, intento a seguire acriticamente i modelli anglosassoni, né perché arricchisce l'arsenale di dotte citazioni da sfoggiare all'occorrenza, secondo un uso retorico da sempre praticato dai giuristi e troppo spesso ridotto a mero sfoggio di brillante erudizione libresco (ed ora anche filmica). Dunque non un passatempo piacevole quanto innocuo al quale dedicarsi nel tempo libero dal lavoro, ma un'occasione preziosa per irrobustire la cultura del giurista e la sua consapevolezza del compito da assolvere e per rinsanguare una riflessione teorica che in

(11) D'obbligo il riferimento a *Der Prozess*, il celeberrimo romanzo di Franz Kafka (scritto nel 1914-15, rimasto incompiuto e pubblicato postumo nel 1925), nel quale lo scrittore boemo restituisce il senso d'impotenza e straniamento del protagonista, Josef K., di fronte all'incomprensibile e ingovernabile iter di un misterioso quanto angosciante procedimento giudiziario a suo carico, del tutto privo di una logica riconoscibile e destinato a chiudersi, senza un perché, con l'esecuzione dell'imputato.

(12) Il rilievo critico riguarda ovviamente anzitutto il processo penale, ma si giunge ad esiti grotteschi e profondamente iniqui anche nell'ambito della giustizia civile.

molte branche del diritto odierno appare francamente anemica e stancamente ripetitiva, ovvero autisticamente autoreferenziale.

Un esempio tra i tanti possibili: per quanto sia stato importante portare all'attenzione comune l'aspetto economico delle scelte giuridiche ed aver evidenziato come l'economia influenzi e talora determini la concreta disciplina di certi istituti, facendo emergere un 'non detto' che impediva di dar compiuta ragione di certe scelte normative e giurisprudenziali, non credo che ridurre tutto ad una analisi economica del diritto, secondo i dettami di un ben noto filone di studi di matrice anglosassone, né accomunare senza un criterio discretivo ben chiaro due campi dell'attività umana nettamente distinti e parlare genericamente di *law & economics* sia corretto, perché, nonostante tutto, la vita associata si fonda su ed è mossa da impulsi, valori e bisogni che non sono unicamente di natura economica. Reintrodurre quindi il riferimento ad elementi di valore che vanno oltre la mera considerazione di un rapporto costi-benefici espressi nei termini usati dalla scienza economica è utile e arricchente, perché consente al giurista di aprire una finestra sulla variegata e indisciplinata realtà della quale deve prendersi cura, vaccinandolo dal rischio di una sua lettura monodimensionale e dunque insufficiente e sbagliata, nel momento in cui è chiamato ad incidere su quella stessa realtà con gli strumenti propri del suo sapere per ordinarla al meglio, tenendo cioè conto del ventaglio più ampio possibile di elementi di giudizio.

Un apporto liberatorio rispetto ad un tecnicismo asfittico e fine a sé stesso, che non può che giovare sia ai giuristi già formati e immersi nella prassi professionale sia ai giovani in formazione, che devono essere sensibilizzati da subito ad un approccio non formalistico al diritto e devono essere avvezzi ad uscire dal fortino del diritto positivo (cioè di matrice legale e/o regolamentare) dove troppo spesso ci asserragliamo protetti da un tecnicismo che risulta repellente per chi non sia giurista, come se dovessimo difenderci dal mondo e non entrarvi senza remore per dare il nostro contributo — infungibile e certamente importante — alla crescita civile della società. Ciò non toglie che non di rado dalle opere letterarie ed artistiche emerga un giudizio fortemente critico verso il mondo del diritto, una sottolineatura forte dei suoi difetti intrinseci ed estrinseci (per fare eco all'aureo libretto del Muratori), ma questa evenienza rappresenta casomai un motivo in più per insistere in questa direzione di apertura verso l'esterno, che tanto spesso i giuristi paventano ed evitano accuratamente, trincerandosi dietro tecnicità incomprensibili ai più e certo non sempre indispensabili.

Il progetto messo in campo da *Ius in fabula* è dunque ancora vivo e valido e il percorso comune prosegue: dopo aver realizzato un primo trittico di convegni, dei cui risultati ora abbiamo dato conto con la pubblicazione degli atti di cui ci siamo qui occupati, si è posto quindi mano ad un nuovo trittico, dedicato stavolta alla dimensione penalistica, dedicandoci prima al tema della *mens rea*, cioè dell'elemento

soggettivo del reato, poi soffermandoci sull'elemento oggettivo, e quindi sulla condotta criminosa, ed infine sulla pena (dunque sulla sua legittimazione e la sua funzione), che segue (o dovrebbe infallibilmente seguire) al compimento del crimine ⁽¹³⁾. Se il giurista, proprio come l'artista, deve essere sorretto nel suo lavoro di scandaglio dei mobili contenuti della vita associata da un'attenzione inesausta e da una sincera curiosità per gli uomini e il variegato mondo di relazioni che li unisce, sovente loro malgrado, e se risuona più attuale che mai la dichiarazione di appartenenza all'umanità e di condivisione dei destini di ciascuno, senza riserve e senza schermi protettivi, che troviamo affermata nell'*Heautontimorùmenos* del commediografo latino Terenzio (*Homo sum, humani nihil a me alienum puto*), non mancheranno certamente nuovi ed ulteriori temi da indagare, come giuristi, come storici del diritto e come cultori della letteratura e delle arti.

(13) Il riferimento è ai seguenti convegni, organizzati tutti contando sul supporto organizzativo ed economico del Dipartimento di Scienze giuridiche dell'Università di Verona e giovandoci anche dell'ospitalità della Società letteraria di Verona, antica ed importante istituzione culturale cittadina: *L'ombra del delitto. Colpevolezza e moventi nelle arti e nelle lettere* (Verona, 6-7 dicembre 2018); *Traiettorie criminali. Invenzione artistica e condotte di reato* (Verona, 5-6 dicembre 2019); *Pagare il fio. Lettere ed arti dinanzi al problema della pena* (webinar, 3-4 dicembre 2020). Di tutti e tre al momento sono in stato di avanzata preparazione i volumi degli atti, che compariranno anch'essi, come i precedenti, nella serie « *Ius in fabula*. Collana di studi su Diritto e Arti ».

A proposito di...

PAOLO CAPPELLINI

L'ERMENEUTICA BEN TEMPERATA E IL POSTDIRITTO
(A proposito di Giuseppe Zaccaria, *Postdiritto. Nuove fonti, nuove categorie*, Bologna, il Mulino, 2022)

Un lettore appena smaliziato non si potrà non accorgere che questa nuova raccolta di saggi — alcuni dei quali costituiscono rielaborazioni e ampliamenti di interventi risalenti fino al 2011, ma qui organicamente ridisposti nelle tre parti del volume: rispettivamente, *La positività del diritto, oggi* (pp. 13-144); *Interpretazione ed argomentazione* (pp. 147-274); *Nuovi strumenti per il diritto?* (pp. 277-365) — dovuta alla penna di Giuseppe Zaccaria, ovvero di colui che rappresenta se non il più importante, uno tra i più importanti esponenti della filosofia ermeneutica del diritto, e non solo in Italia, ebbene tale lettore dovrà necessariamente concludere che ci troviamo di fronte ad un libro per più profili 'decisivo'. E qui vogliamo usare l'aggettivo nel senso in cui Spengler nel 1933 intitolava il suo *Jahre der Entscheidung, Anni decisivi* (o della decisione), appunto.

E decisivo lo è fin dal titolo. Già Paolo Grossi — con la cui visione le pagine di Zaccaria instaurano fin dall'inizio un fitto dialogo, che del resto aveva caratterizzato il loro rapporto di vicinanza reciproca nel corso di lunghi anni — nel 2019 lo aveva infatti definito « un osservatore lucidissimo del tempo giuridico pos-moderno »⁽¹⁾ e ora l'autore sintetizza in un termine, anche di forte impatto emotivo, vorremmo dire, la parabola del diritto nel « mondo dopo la fine della modernità », quella stessa parabola che ha portato altri a parlare, parallelamente, e in speculare consonanza, di « post-società »⁽²⁾.

Di questo itinerario una cifra era stata scorta, proprio a partire da istanze romaniane e capograssiane, alle quali Zaccaria era fin dall'inizio legato via Opocher,

(1) P. GROSSI, *Giuseppe Zaccaria: un osservatore lucidissimo del tempo giuridico pos-moderno*, in *Ermeneutica e positività del diritto. Studi in onore di Giuseppe Zaccaria*, a cura di Damiano Canale, Elena Pariotti e Baldassare Pastore, Carocci editore, 2019, p. 13 e ss.

(2) Carlo BORDONI, *Post-Società. Il mondo dopo la fine della modernità*, Luiss University Press, 2021.

in una linea di tendenza che percorrerà — via via ingigantendosi — l'intero corso del XX secolo e che può essere sintetizzata, come ho scritto anche altre volte, nell'insegna: *sempre più società, sempre meno Stato*. E si assiste a quella che potremmo impressionisticamente chiamare la rivincita della società, la quale trova riscontro, sul piano del divenire della scienza giuridica, nel farsi strada (anche se lentamente e faticosamente) delle diagnosi romaniane, nel superamento di una concezione squallidamente potestativa del diritto, nella identificazione di questo in una dimensione ordinativa assai più che normativa ⁽³⁾.

Per poter cogliere appieno questi 'segni dei tempi', e con loro questo nuovo tempo pos-moderno, occorre la capacità di sviluppare però una diversa 'precomprensione' politico-sociale, rispetto a quella che, con Thomas Kuhn — un Thomas Kuhn espressamente chiamato in causa da Zaccaria per illustrare i cambi di paradigma (qualche volta rivoluzioni copernicane) che stiamo vivendo (Capitolo Secondo, *L'equivoco della crisi del diritto e i mutamenti dei paradigmi giuridici*, p. 37 e ss.) —, potremmo chiamare 'scienza normale'; occorre muovere sul piano filosofico generale ad una visione che « punta ad abbandonare il dualismo e la separazione tra *essere* e *dover essere* in nome della concretezza dell'esistenza, del mondo pratico degli uomini ». È proprio la mossa epistemologica compiuta dal Nostro, che ne dava conto, retrospettivamente, in un saggio-manifesto del 2012, significativamente ripreso in questa silloge:

Da questa prospettiva, che propende, seguendo Capograssi e Opocher, a considerare il diritto *a parte subiecti*, nell'*esperienza osservata ogni giorno nel momento dell'azione dell'uomo comune*, ho cercato di collegarmi ad un ampio orizzonte di riferimento teorico nell'ambito del pensiero contemporaneo che, dall'ermeneutica gadameriana e ricoeuriana al *linguistic turn*, a Dworkin, da Hart a Raz a Finnis, tiene ferma la descrizione del diritto dal punto di vista pratico, *ponendosi dal punto di vista dei cittadini, di coloro per i quali alla fin fine il diritto è prodotto e senza il cui apporto il diritto non vivrebbe* (Capitolo Dodicesimo, *Manifesto per una filosofia ermeneutica del diritto*, p. 300).

Dunque una concezione, quella ermeneutica, che si assume e viene perseguita « per il fatto di avere preso le mosse *non dall'alto* di una concezione filosofica generale, ma *dal basso* di una pratica interpretativa legata ad un certo ambito di esperienza ».

L'uomo comune, il diritto (la « carnalità del diritto », per usare di una espressione cara a Paolo Grossi, che, come abbiamo già sottolineato, per tanti versi esprime una visione solidale a quella in questione) come esperienza che difende il soggetto concreto, il personalismo, il

⁽³⁾ Paolo GROSSI, *Il diritto in Italia, oggi, tra modernità e pos-modernità*, in Id., *Ritorno al Diritto*, Roma-Bari, Editori Laterza, 2015, p. 11

punto di vista dei cittadini, che sono coloro per cui e da cui il diritto è 'fatto', sono tutte tematiche fondative del discorso del nostro che pescano nel profondo delle pagine capograssiane dell'*Analisi dell'esperienza comune* (1930), nel magistero padovano dell'indimenticabile Maestro Enrico Opocher, in quella tradizione della *riabilitazione della ragione pratica*, che dalle aule di Germania (Ritter, Ilting, Riedel etc.) si è diffusa e ha trovato nuova linfa grazie anche al diuturno lavoro della scuola padovana. Questi sono gli occhiali con i quali è possibile iniziare a scorgere i dati, i fatti da cui partire per svolgere la cartografia del passaggio al postdiritto.

Innanzitutto l'individuazione di una coppia teorica che riassume, per così dire, l'evoluzione del diritto del nostro tempo:

Tale coppia teorica è costituita dal binomio *destrutturazione-pluralismo*, nel senso che la destrutturazione dell'ordine giuridico tradizionale ottonecentesco si è andata via via coniugando con un processo di maggior apertura pluralistica, con l'aprirsi della dimensione giuridica alla presenza e all'azione di un maggior numero di soggetti, pubblici e privati: vecchi e nuovi attori convivono oggi, in un processo aperto, sulla scena sempre più articolata del 'gioco giuridico' (Capitolo Primo, *Nuove fonti, nuove categorie per il postdiritto*, p. 13).

Il fenomeno a cui eravamo abituati, e che il giuspositivismo cercava di realizzare appieno, ovvero quello della « inaudita pretesa di monopolizzare completamente il potere di produzione del diritto, con l'effetto di un progressivo ed inarrestabile impossessarsi del diritto da parte dello Stato », inizia a sbriciolarsi; costituzioni postbelliche, principi e valori fondamentali fanno la loro comparsa sulla scena, costringendo, all'interno, « a riscrivere completamente la gerarchia delle fonti »; fonti europeo-comunitarie, internazionali e transnazionali, diritto giurisprudenziale scaturente dal 'dialogo fra le corti', globalizzazione, reti e regimi regolatori non statali tendono a depotenziare l'idea stessa di sovranità: insomma « *Law* coesiste con *pre-law*, *post-law* e *para law* » (ivi, pp. 16-17). A ciò, guardando più nello specifico, si aggiungono processi di deterritorializzazione del diritto, che non si lega più al confine, e si assiste ad un periodico « declino dello Stato », accompagnato da « ritorni dello Stato », generando una indistricabile connessione fra politica, economia e diritto: « più realistico e verosimile appare lo scenario di uno Stato che contratta quotidianamente con le logiche e con i grandi dispositivi che governano lo spazio globale i margini del proprio potere e delle proprie funzioni » (ivi, p. 18).

Non ci sarà allora bisogno di dirlo, il 'sistema giuridico' si muove quindi verso la centralità del momento giurisdizionale (alimentato anche dal fenomeno del dialogo mondiale fra le corti, pur facenti parti di ordinamenti giuridici molto diversi fra loro, ma alimentato dalle « crescenti richieste di riconoscimento delle identità legate all'espandersi dei diritti umani », p. 29) e al conseguente aumento dello spazio riservato ai prin-

cipi; al formarsi, dopo il crollo « dell'immagine kelseniana della piramide » e la critica al « codicismo giuridico », di un diritto incentrato sul 'caso', casi letti però non più sullo sfondo della « semplice *concretizzazione del diritto*, come sosteneva la più avanzata metodologia giuridica del secondo Novecento », ma invece « *costruiti*, cioè prodotti in presenza di un regime di de-tipicizzazione delle fonti », che verranno quindi a far parte di un « arcipelago » (Timsit), o meglio di una « rete » (Viola, van de Kerchove, Ost) di fonti del diritto, con sullo sfondo l'ascesa di un sempre più pervasivo *soft law* (pp. 24-25; 27-29).

Qualcosa di importante, di decisivo è dunque avvenuto, che apre nuovi orizzonti:

È il diritto stesso, il diritto contemporaneo a rivelare la sua natura ermeneutica, a rivelare una comunanza e un'intesa, che si debbono basare sulla ragionevolezza. Qui si rivela la grande rilevanza, accanto alla giurisprudenza, di una fonte antica e premoderna, quella della *consuetudine*, emarginata e umiliata nella stagione codicistica, ed oggi invece di nuovo più che mai viva nel diritto costituzionale e nel diritto internazionale, ma più ampiamente come tessuto connettivo della cooperazione tacita che si instaura tra tutti gli operatori della pratica giuridica ⁽⁴⁾.

Nuovi orizzonti, ma anche nuovi rischi e problematiche:

Possono le corti — questo l'interrogativo che inevitabilmente si affaccia — mettere in dubbio, almeno in ordinamenti che si ispirano ai principi di democrazia, scelte fatte dai rappresentanti del popolo? Ovvero, detto in altri termini, la costituzione di un ordine giuridico globale attraverso la via giudiziaria non soffre strutturalmente di un 'deficit democratico'? (p. 34).

Come ricordava Aldo Schiavone ⁽⁵⁾

l'idea di Occidente, o meglio della sua ragione civile, si è formata 'nel corso della modernità integrando al proprio interno due dispositivi: il paradigma di ascendenza greca della politica come sovranità popolare e della legge uguale per tutti, e quello di derivazione romana del diritto come conformità ad un sistema autocentrato di regole razionalmente definite'. 'L'antichità aveva elaborato questi due modelli in modo largamente dissociato: solo l'Europa moderna sarebbe riuscita a metterli faticosamente insieme, cer-

⁽⁴⁾ A p. 33; con significativo richiamo in nota ad un binomio forse inusitato, ma in relazione al tema più che coerente, ovvero alla prefazione di Grossi alla ristampa, 2010, del Bobbio di *La consuetudine come fatto normativo*.

⁽⁵⁾ Richiamato da Giovanni Fiandaca in un saggio che toccava uno degli aspetti centrali della pressione del postdiritto sulle categorie tradizionali, appunto *Legaltà penale e democrazia*, in « Quaderni fiorentini », XXXVI (2007), p. 1247 e ss.

cando di coniugare diritto e democrazia, ordine giuridico e ordine sovrano: un processo dagli esiti ancora aperti e imprevedibili' (6).

Un dispositivo di legittimazione 'democratico', poi democratico 'in senso moderno', e un dispositivo 'aristocratico', gestito da *honoratiores* che, a partire dalla versione medievale originaria, non costituiscono, come poi avverrà nel primo modello, come declinato sul continente a conclusione del processo di ascesa dello stato moderno, un ceto di burocrati funzionari dello stato, ma una corporazione di giuristi che comprende, come si vede in Inghilterra e, in parte, negli Stati Uniti, giudici e avvocati (7).

E non sono mancate proposte anche significative di integrare in modo più stretto le due impostazioni, prospettando « le élites giudiziarie » come un « utile correttivo della democrazia in direzione liberale », correttivo da cui risulterebbe « un governo del parlamento e dei giudici » (8).

In estrema sintesi, quindi, la questione che il nuovo (più che rinnovato) primato dell'*interpretatio* pone all'attenzione è 'radicale' e va al di là dei pure innegabili aspetti di positività, così che lo stesso autore è tenuto a rilanciarla:

Oltre all'indubbia positività di determinare un movimento convergente degli orientamenti giurisprudenziali attorno a linee di sviluppo in qualche modo comuni, e comunque unificate dal fine condiviso della legalità, il primato dell'interpretazione può avere per effetto, come è stato paventato, la nascita di una 'comunità giudiziaria', sostanzialmente autoreferenziale e perciò capace di sottrarsi a qualsiasi direzione o controllo, se non al suo stesso interno? (p. 34).

La risposta di Zaccaria, e lo si evince anche da una lettura del testo alla luce di tutto il suo itinerario, si caratterizza come adeguata al livello di complessità sempre mantenuto quando si trattava di operare sul piano

(6) Ivi, p. 1255.

(7) Cfr. Angelo PANEBIANCO, *Il potere, lo stato, la libertà. La gracile costituzione della società libera*, Bologna, il Mulino, 2005, pp. 162-163.

(8) Così, con riferimento ad una nota proposta di Scarpelli di porre esplicitamente un'*aristocrazia giudiziaria* — la Corte costituzionale trasformata con legge costituzionale in vera e propria Corte Suprema, una volta che sia chiaro fin dal principio ciò che la Corte fa, ovvero creare nuovo diritto — *al servizio della democrazia*, Anna PINTORE, *Scarpelli e l'aristocrazia giudiziaria*, in EAD., *Democrazia e diritti. Sette studi analitici*, Pisa, Edizioni ETS, 2010, pp. 76-81, pur subito aggiungendo che, nel passaggio dal primato della legislazione al primato della giurisdizione costituzionale, « più che di un correttivo occorrerebbe secondo me parlare di una vera e propria trasfigurazione del regime politico, che porta a recidere ogni legame diretto tra la norma generale e la volontà popolare ».

della diagnosi: siamo di fronte quindi di una risposta complessa che non sfugge però l'affrontamento col nodo chiave del problema.

Anzitutto l'ermeneutica giuridica si palesa come dotata degli strumenti di 'rilettura' e di orientamento: ma, appunto, perché è un'ermeneutica che, nell'ottica del nostro, si fa carico della prospettiva del *pluralismo*.

Se ne fa carico a più livelli, ma, nella accesa discussione che si è aperta alla voce 'ordine giuridico globale', quel termine sta a significare che una opzione solo 'giurisdizionale' (o solo 'politica' o solo 'scientifica') non è praticabile:

Uno dei problemi principali del diritto contemporaneo risiede allora nella determinazione della fonte da cui trarre l'enunciato da interpretare: crescono le responsabilità dell'interprete in un quadro in cui sono presenti non soltanto una pluralità di fonti normative giurisprudenziali, ma anche una forzata coesistenza con un giudice sopranazionale, il cui precedente ha di fatto forza vincolante e può aprire problemi di conflitto con la legislazione nazionale... Ciò che conta non è limitarsi alla presa d'atto del moltiplicarsi delle giurisdizioni sul piano internazionale, secondo una dialogicità di tipo volta per volta conflittuale o parzialmente cooperativo; ma anche vederne positività e limiti, nuovi problemi e contraddizioni che si aprono. Se fra gli aspetti più positivi di questo crescente peso delle giurisdizioni vi è la maggiore difficoltà di sfuggire al sindacato delle giurisdizioni internazionali, soprattutto in tema di diritti umani o di lotta al terrorismo, non si può fare a meno di constatare il carattere fortemente asimmetrico e spesso caotico dell'intreccio fra giurisdizioni. Il problema delle lacune del diritto aveva assillato la teoria del diritto di ispirazione giuspositivistica, nata nell'orizzonte limitato dello Stato-nazione. Qui, nel nuovo orizzonte della globalizzazione giuridica, si consuma il rinnovato trionfo delle lacune del diritto, solo parzialmente compensato dal più ampio ruolo assunto dagli arbitrati privatistici. *Pur cresciuta in modo esponenziale nel suo ruolo e nelle sue competenze, l'istituzione giudiziaria non è sicuramente in grado di riassumere in sé l'intera realtà giuridica* ⁽⁹⁾.

Ma, ancora più in profondità la risposta richiede la disponibilità (anche storica) di ri-vedere, di ri-leggere e re-interpretare in modo complesso lo stesso tema, ostico al giurista quant'altri mai ⁽¹⁰⁾, del potere (in questo caso anche democratico). E in particolare, benché qui

⁽⁹⁾ Così già in *La giurisprudenza come fonte del diritto: un'evoluzione storica e teorica*, in G. ZACCARIA, *La comprensione del diritto*, Roma-Bari, Editori Laterza, 2012, pp. 26-27.

⁽¹⁰⁾ Sul tema andrebbero appunto rilette le pagine di Panebianco sulla nascita, in una Italia e Germania tra l'altro predominate anche a livello di burocrazia statale, da personale di formazione giuridica, di un liberalismo 'ossimorico', ovvero di un liberalismo *statalista*: PANEBIANCO, *Il potere, lo stato, la libertà. La fragile costituzione della società libera*, cit., pp. 165-170.

il terreno si faccia accidentato, sui diversi possibili livelli di legittimazione democratica:

Persino uno dei cardini della storia del diritto moderno, la separazione del potere giudiziario dalla titolarità del potere politico, e dunque l'idea di fondo che il solo vero potere è il potere politico, viene messo in radicale discussione se considerato in questa nuova prospettiva. Più che la concezione giacobino-russoiana secondo cui deve avere l'ultima parola chi è legittimato ad esprimere in sede politica la volontà generale — una via che cancella l'interpretazione e identifica senza residui il diritto nell'oggettività della legge — ritorna forse attuale la concezione lockiana della divisione dei poteri, per la quale i poteri sono davvero plurali, collocati in ambiti diversi e l'uno non dipende dall'altro. A conferma di un aspetto strutturale e di fondo del diritto — quello di far comunicare ed interagire tra loro culture diverse — istituti, principi e concetti giuridici a vocazione universale (dalla *rule of law* al diritto di difesa e di essere uditi prima della decisione) trasmigrano e si propagano in contesti tra loro molto diversi. Il diritto rinnova così la sua vocazione universale a consentire la convivenza tra diversi ed estranei, ad armonizzare ciò che è differente.

E alla pluralizzazione dei poteri come elemento da stabilizzare interpretativamente, si accompagna allora, in una proiezione a metà tra la descrizione e l'auspicio, una pluralizzazione degli attori del diritto, che in qualche modo 'doppia', su di un piano globale, l'auspicio di riappropriazione democratica del diritto al cittadino, all'uomo della strada, che abbiamo visto concludere la rilettura del 'paradigma legislativo':

Ma questa comunicazione transculturale, tanto più interessante e significativa per il fatto di avere alla base come fattore di aggregazione l'etica e l'idea di una istituzionalizzazione dei diritti umani, si muove all'interno di un ampio orizzonte in cui i mutamenti del diritto *non sono più affidati soltanto all'opera ufficiale dei suoi soggetti canonici, dei 'signori del diritto', ai soli luoghi ed elementi autoritativi, nessuno dei quali è più autosufficiente o risolutivo, ma all'elaborazione dialogica — che ovviamente non esclude il conflitto — tra giuristi, politici, uomini di cultura e comuni cittadini, coautori e protagonisti di quell'impresa comune che è la pratica giuridica.* La 'cosa' di cui parla il diritto vive nella pratica del comprendere e dell'interpretare ⁽¹¹⁾.

Quindi

la risposta quanto mai difficile e problematica, a questo scomodo interrogativo, va forse ricercata ad un duplice livello: anzitutto si può ricordare che l'investitura popolare non è l'unica forma di legittimazione democratica per qualsiasi tipo di organismo al quale sia affidata, in senso largo, una funzione di governo e che una legittimazione almeno parziale può venire dal rispetto della *rule of*

(11) ZACCARIA, *La giurisprudenza come fonte del diritto: un'evoluzione storica e teorica*, cit., p. 28.

law; inoltre a livello epistemologico, essa può essere reperita nel metodo che l'ermeneutica, se correttamente intesa — come arte dell'interpretare che si edifica dall'interno dei processi interpretativi — ci insegna a praticare, un metodo che consiste nel porre in dialogo posizioni contrapposte al fine di ritrovare la loro radice comune. Solo attingendo a ciò che è comune alle posizioni contrapposte le corti possono consentire al diritto, anche in un mondo globalizzato, di svolgere la propria funzione ultima: quella di rendere giustizia (p. 35).

Si saranno allora almeno intuite le molteplici suggestioni che *l'ermeneutica ben temperata* di Giuseppe Zaccaria apre alla curiosità partecipe del lettore. E si potrebbe continuare a sfogliarle. Dal recupero del testo e da una equilibrata difesa della letteralità ⁽¹²⁾ alla riflessione su *Il futuro della teoria del diritto nei paesi di civil law* (« al di là del giusnaturalismo e del positivismo giuridico », pp. 277-298) o al messaggio in tema di legalità penale che invita a rivalorizzarla, ma superando e rivedendo completamente le « mitologie giuridiche della modernità » del passato, facendo propria la suggestione grossiana del 2005 e di *Ritorno al diritto* del 2015 (*La nuova legalità penale, il precedente e il ruolo della Cassazione*, pp. 85-118).

Ma, in chiusura, vorremmo spendere le ultime righe per sottolineare l'importanza, e assieme l'equilibrio, di alcune considerazioni che investono un evento epocale per la configurazione stessa di quello che si avvia ad essere il *postlaw*, ovvero l'irrompere nel mondo dei giuristi e del giudizio della 'tecnica' (anche sotto forma di tecnologie informatiche, robotiche, digitali e di intelligenza artificiale che dir si voglia).

Già da Heidegger sappiamo che l'essenza della tecnica moderna contribuisce a quel disvelamento che determina ogni storia e fa sì che la storia sia resa accessibile come oggetto alla storiografia ⁽¹³⁾. Ora Zaccaria si interroga appunto su questo snodo cruciale:

⁽¹²⁾ « Insomma, se liberata dall'ingenua illusione di autosufficienza di un significato intrinseco e acontestuale, a cui era stata accostata nel passato da certa esegesi biblica alla Scuola dell'Esegesi, al formalismo giuridico di Otto e Novecento, l'interpretazione letterale può ancora fungere da prezioso punto di riferimento e di controllo *all'inizio* e *alla fine* dell'attività interpretativa: all'inizio, per delimitare il campo di lavoro di concretizzazione del testo o dei testi giuridici, alla fine per controllare gli argomenti in tale lavoro utilizzati. Nella possibile formazione del diritto che avviene all'interno dell'attività applicativa, la letteralità del testo gioca un ruolo metodologico di primo piano, limitatamente a quanto è giuridicamente autorizzato. Tra queste due polarità, iniziale e finale, si tratterà di un continuo uscire dal testo e rientrare in esso, in un'opera incessante di contestualizzazione e ricontestualizzazione », pp. 194-195.

⁽¹³⁾ Martin HEIDEGGER, *La questione della tecnica* (1953), con un saggio di Federico Sollazo, trad. di Gianni Vattimo, Firenze, goWare, 2017, p. 48 e ss.

Ma se si vuole evitare che anche nel contesto giuridico finisca per prevalere la ‘dittatura degli algoritmi’⁽¹⁴⁾, ossia evitare che chi fabbrica calcolatori resti alla fine da loro ‘costruito’ e dunque, per ripetere l’intuizione di Heidegger sul ruolo della tecnica, che i progettisti divengano i progettati, occorre mantenere la responsabilità della scelta in capo all’uomo ed evitare che l’algoritmo si sostituisca al nostro cervello (*Verso una giustizia predittiva?*, p. 143).

Infatti se si usano le norme giuridiche come dati esse

svincolate dal testo cartaceo vivono autonomamente come ‘dati’ meramente descrittivi del contenuto regolativo, ma decontestualizzati dall’ambito culturale, economico e sociale in cui sono state elaborate. Anche le norme, come pure avviene per le persone e per gli oggetti, sono private della loro connotazione fisica ed omogeneizzate al trattamento informatico. I testi normativi si trasformano in nuovi testi, parti del codice logico-matematico in cui sono iscritti. Si assiste ad uno sconvolgimento dell’ordine temporale del diritto: per l’IA il presente è sempre reminiscenza di un passato, cosicché la fattispecie anziché anticipazione schematica del futuro diviene memoria del passato da inserire nel sistema. Non solo il fatto che le norme siano tra loro collegabili in quanto dati informativi, causa importanti effetti su quella che tradizionalmente chiamiamo ‘interpretazione sistematica’, ossia sulla razionalità logica e di senso del sistema giuridico. In altre parole, la posizione precisa in cui la previsione normativa è stata collocata dal legislatore viene modificata dalla struttura tecnologica, che la ‘ordina’ e la connette ad altri dati secondo determinati criteri estranei al diritto. Insomma, come ha efficacemente sintetizzato Lawrence Lessig, *Code is Law*: il digitale introduce cioè una nuova legalità, inaugura un nuovo regime di normatività, stabilendo diverse regolarità e correlazioni con cui il giurista è costretto a fare i conti (p. 136).

Allora emerge una intuizione preziosa che dovrebbe essere presa come acquisizione angolare, come pietra d’angolo di ogni futura riflessione, almeno in un contesto europeo⁽¹⁵⁾, ovvero il fatto che *la giustizia predittiva si riveli come radicalmente antitetica a quella interpretativa*:

Ma, a ben vedere, se è vero che l’algoritmo si incarica fornire meccanicamente la soluzione una volta per tutte, la giustizia predittiva si rivela come radicalmente antitetica a quella interpretativa. In fondo l’applicazione dell’IA all’interpretazione giuridica è semplicemente inimmaginabile. Se il linguaggio giuridico è strutturalmente ambiguo, e proprio per questo biso-

(14) Di « carattere virtualmente dispotico degli algoritmi » parla P. ZELLINI, *La dittatura del calcolo*, Milano, Adelphi, 2018, p. 13.

(15) Le analisi di alcuni *case studies* statunitensi, i casi Nijeer Parks e Robert Julian-Borchack Williams, entrambi del 2019, pp. 130-133, come pure del caso Loomis del 2013 in *Figure del giudicare: calcolabilità, precedenti, decisione robotica*, pp. 57-84, 79-81, mostrano, al di là dei risultati non garantistici, quando non devianti dell’uso di tecnologie, una diversa sensibilità ‘giudiziaria’.

gnoso di interpretazione, i linguaggi di programmazione non lo sono. Inoltre i sistemi intelligenti possono anche ‘ponderare’, ma solo sulla base di dati predefiniti. Quando si tratta di separare i fatti rilevanti da quelli irrilevanti, entra in gioco la valutazione. Il riconoscimento dei fatti rilevanti avverrebbe invece secondo indici formalizzati fissati in precedenza, perdendo completamente quell’aspetto di novità e irripetibilità proprio del fatto. Il contesto dei comportamenti vissuti è cosa ben diversa dal contesto formalizzato dei *big data*. Il rischio di una predittività deterministica è quello di un vero e proprio annullamento dell’esperienza, con la sua caratteristica libertà di scegliere (pp. 136-137).

Se dunque « la tecnica non deve compromettere l’aspetto di umanità della giustizia » (p. 141), resta fermo come sia evidente che « una decisione assunta senza considerare informazioni rilevanti provenienti dai tecnici sarebbe ingiusta, sicuramente impugnabile, ma altrettanto rischioso sarebbe il fatto di sostituire completamente la legittimazione proveniente dal diritto con la legittimazione proveniente dalla scienza » (p. 71).

Su limitare di questo rischio ci troviamo noi, e non da oggi, se è vero, come ha ben visto appunto Heidegger, che l’*essenza* della tecnica non è tecnica.

Se per ritrovare il senso originario dell’itinerario che abbiamo creduto di scorgere e seguito nel bel testo di Giuseppe Zaccaria ci affidiamo per un momento ad un acuto, se pur talora immaginifico cultore di etimi, troviamo che

Col sorgere degli stati e dei collegi sacerdotali non è più sufficiente *trādere*, cioè tramandare ai posteri, occorre anche *trasdūcere*, e quindi stabilire confronti o rapporti tra diversi linguaggi sacri. La diversità del linguaggio e al tempo stesso la diversità di riti costituivano la prima fisionomia d’ogni popolo, e i rapporti tra popolo e popolo si fondavano su vere e proprie collazioni delle rispettive vie tradizionali, della religione di uno stato con le religioni di altri vicini e lontani che con quel popolo e con quello stato contraevano rapporti. Anche il commercio non moveva quindi da fatti puramente economici, bensì da sacre alleanze. Infatti lo stesso termine latino *commercium* deriva com’è noto da *mercor* come il nome *Mercules*, Mercurio, greco *Hermēs*. Al nome di *Ermes* è affine la parola *ermeneutica*, e il verbo *hermeneuo* significa esprimo i miei pensieri, parlo. Si tratta anche in questo caso di un *divinum commercium*, commercio della parola sacra e umana tra l’uomo e Dio prima di tutto, e quindi degli uomini tra loro (Attilio Mordini).

Il compito dialogico e pluralistico di messa in contatto fra diversi alla ricerca di un terreno comune per salvaguardare lo *jus* come legame pacifico tra gli uomini il nostro autore è riuscito a declinarlo nei labirintici arcipelaghi della pos-modernità.

E ci invita — tutti noi giuristi, ma non soltanto, tutti noi uomini comuni — ad ascoltarlo e diffonderlo.

MASSIMILIANO GREGORIO

LA PARTITA E L'AUTOMOBILE,
OVVERO DELLA NATURALE ETEROGENESI
DEI FINI DELLE CARTE COSTITUZIONALI
(A proposito di R. Romanelli, *L'Italia e la sua Costituzione.*
Una storia, Bari-Roma, Laterza, 2023)

1. Costituenti, Costituzione e riforme costituzionali. — 2. La partita... — 3. ...e l'automobile. — 4. Della naturale eterogenesi dei fini delle carte costituzionali.

1. *Costituenti, Costituzione e riforme costituzionali.*

Quello della storia costituzionale è un campo di indagine che non si lascia imbrigliare in confortevoli e rassicuranti recinti disciplinari. Se vogliamo figurarcelo, non è alla lineare geometria del territorio confinato che bisogna pensare, ma alla creativa commistione di usi e linguaggi che era tipico, ad esempio, dei porti franchi istituiti in alcune città marittime a partire dal XVI secolo. La storia costituzionale è insomma un luogo di approdo e non uno di partenza, un luogo di incontro per studiosi provenienti da molteplici appartenenze disciplinari. Di questo affascinante territorio di confine, in cui si incontrano storici della politica e del pensiero politico, storici delle istituzioni e storici del diritto, politologi e avventurosi giuristi di diritto positivo, Raffaele Romanelli è ormai da decenni un frequentatore abituale, grazie alla familiarità maturata con tanti dei linguaggi che vi si parlano. Il suo ultimo lavoro — una storia della carta costituzionale italiana dalla genesi ai nostri giorni — è un esempio paradigmatico della ricchezza culturale che caratterizza la disciplina. Muovendo da un'accurata ricostruzione della genesi del compromesso realizzato in Assemblea costituente, Romanelli si sofferma in particolare, nella seconda parte del volume, sulle soluzioni adottate in tema di forma di governo. L'ottica dell'autore è certamente critica. Il ruolo che i partiti antifascisti svolsero dalla nascita del CLN in avanti assicurò loro — nota correttamente l'autore — un ruolo sostanzialmente pubblicistico, atto a configurarli non solo come « *nation builders* », ma anche come « *state builders* » (p. 169). Riecheggiando una vecchia ma sempre valida tesi di Pietro

Scoppola ⁽¹⁾, egli individua nella scelta di una via politica (e non istituzionale) alla democrazia, la causa originaria di tanti dei problemi strutturali del paese. È nel passaggio dalle tesi di Arend Lijphart sui pregi di un modello consensuale e compromissorio a quelle arcinote di Maranini sulla deriva partitocratica, insomma, che si svela il bersaglio critico di Romanelli: l'Italia avrebbe optato per una democrazia non decidente e consociativa sulla scorta della naturale diffidenza verso gli organi monocratici che il fascismo (e in parte anche una certa tradizione statutaria) avevano lasciato in eredità alla democrazia repubblicana. Quella diffidenza, pur giustificata da determinate ragioni storiche (Romanelli non manca di ricostruire anche come le suggestioni presidenzialistiche e maggioritarie siano state corteggiate negli anni Sessanta e Settanta da certa destra eversiva), avrebbe tuttavia perso col tempo la sua ragion d'essere; e ciò porta l'autore ad interrogarsi, nell'ultima parte del volume, sulle ragioni dei ripetuti fallimenti dei progetti di revisione costituzionale. Romanelli li ritiene evidentemente auspicabili e necessari, ma ostacolati da alcune tare culturali di lungo periodo e dal persistere di certi tratti caratterizzanti la « costituzione invisibile » ⁽²⁾ del paese: frammentazione del comando, assetto corporativo della società civile, populismo e sfiducia nei confronti dei partiti politici.

Come è evidente, gli spunti di riflessione offerti dal volume sono davvero numerosissimi. Tra i più stimolanti da raccogliere, spicca la riflessione sulle diverse culture costituzionali che animarono i padri e le madri costituenti, nonché il rapporto tra quelle e la Costituzione medesima. È su questo che proveremo ad offrire qualche ulteriore considerazione.

2. *La partita...*

La ricostruzione che Romanelli fa del compromesso costituzionale italiano è in larga parte condivisibile. Soprattutto nella misura in cui ne individua il nucleo fondante nella convergenza tra i due grandi blocchi politici (quello democratico-cristiano da un lato e quello socialcomunista dall'altro), che — numeri alla mano — assieme rappresentavano i tre quarti dell'intera compagine costituente. Non che il contributo fornito dagli azionisti o dal mondo liberale sia stato trascurabile (sul primo in particolare, si concentrano alcune godibilissime pagine del volume), ma certamente le decisioni nacquero dalle sinergie che sep-

(1) Il riferimento è ovviamente a P. SCOPPOLA, *La Repubblica dei partiti. Evoluzione e crisi di un sistema politico (1945-1996)*, Bologna, il Mulino, 1997.

(2) P. 290 e ss. L'espressione « costituzione invisibile » è tratta da un recente studio australiano di diritto costituzionale comparato: cfr. R. DIXON, A. STONE, *The invisible Constitution in Comparative Perspective*, Cambridge University Press, 2018.

però trovare soprattutto democristiani e comunisti (« i socialisti, stretti nel campo comune, stentaronο ad esprimere un proprio autonomο progetto », p. 62). Ma quale fu il terreno condiviso sul quale si costruì la convergenza tra solidarismo cattolico e tradizione marxista? Sul punto Romanelli non ha dubbi: i due schieramenti si incontrarono soprattutto « sulla *pars destruens*, su un *idem sentire* avverso al capitalismo e al regime borghese » (p. 61). La tesi non è in sé peregrina, perché il costituente italiano mosse effettivamente da una critica decisa nei confronti della tradizione liberale.

Non poteva che essere rifiutata, ad esempio, l'esperienza del liberalismo politico nostrano, sub specie di regime statuario prefascista. In primo luogo perché scontava la grave colpa di non aver saputo opporre all'avvento della dittatura la benché minima resistenza. E non ci si riferisce tanto all'inadeguatezza della flessibile carta ottriata, serenamente e progressivamente disarticolata durante il ventennio da un legislatore privo di ogni remora; quanto piuttosto all'iniziale benevolenza con la quale molti esponenti di punta del vecchio notabilato liberale accolsero l'ascesa al potere di Mussolini, accompagnandolo e sostenendolo più o meno convintamente nella prima parte della sua esperienza di governo, per prenderne magari le distanze (si pensi alla parabola di V.E. Orlando) quando ormai ogni possibilità di dissenso aveva perso completamente di efficacia. Lo stesso (pur riscato) rigetto che il 2 giugno del 1946 il popolo italiano espresse nei confronti della Monarchia non si spiega se non con l'esecrabile connivenza dimostrata dai Savoia nei confronti della dittatura. Se dunque il duplice rifiuto verso l'esperienza politica e la forma istituzionale del liberalismo italiano si lascia agevolmente spiegare con la necessità di chiudere i conti con la dittatura fascista (e dunque anche con le circostanze e gli attori che l'agevolarono o la resero possibile), più complesso si fa il ragionamento quando ci si confronta con gli aspetti economici e costituzionali del liberalismo. Per questi ultimi, la categoria della generica avversione risulta troppo scivolosa, e necessita di maggiore approfondimento. È solo alla luce dello *Zeitgeist* novecentesco infatti che si riesce a comprendere bene la discontinuità che i costituenti europei della seconda parte del secolo si sforzarono di marcare rispetto a quello precedente.

Sul versante del rapporto tra politica ed economia, il Novecento viene tenuto a battesimo proprio dalla necessità di recuperare alla prima la capacità e il potere di incidere sulla seconda, per alleviare la sperequazione sociale che essa aveva generato e non era stata in grado di risolvere. In quest'ottica l'interventismo dello Stato nella sfera economica — rivendicato da tutte le costituzioni del secondo Novecento — non si spiega tanto nei termini di un'ideologica avversione, ma di un concreto tentativo (*rectius*: di vari e molteplici concreti tentativi) di rispondere ad un bisogno emerso con straordinaria forza almeno a partire dall'ultimo ventennio del secolo XIX: quello di garantire cioè maggiore giustizia sociale. A conferma di ciò sta la globalità del

fenomeno, visto che esso accomunò i regimi più disparati: quello fascista italiano, quello sovietico, passando per le prime democrazie continentali (Weimar e Vienna) e per il New Deal rooseveltiano.

Analoga necessità di maggiore contestualizzazione richiede il ragionamento sulla relazione tra forze costituenti antifasciste e tradizione costituzionalistica liberale. Perché anche in questo caso il rapporto sembrerebbe a prima vista improntato ad un netto rifiuto, ma ad uno sguardo più approfondito i contorni risultano decisamente più sfumati. A parere di Romanelli, i principali esponenti dei tre più grandi partiti di massa (Togliatti, Basso, La Pira, Moro e Dossetti) non avevano in grande considerazione lo studio degli ordinamenti costituzionali, campo di indagine che apparteneva invece alla « cultura liberale o liberaldemocratica, poco frequentata dagli uni e non apprezzata dagli altri » (p. 22). Certo nessuno di loro aveva lo spessore dottrinale di un V.E. Orlando, ma erano tutt'altro che sprovvisti di cultura giuridica ⁽³⁾. Si tratta piuttosto di capire di quale cultura giuridica si stia parlando, per scoprire magari che, pur rifiutando buona parte dei presupposti di fondo della *Rechtsstaatslehre* liberale, questa rappresentava ancora per molti di loro il modello di riferimento ideale. Proviamo a scendere più nel dettaglio, cominciando dai profili di discontinuità.

Lo sfondo necessario sul quale questo nostro ragionamento va collocato rimane l'epocale transizione, magistralmente messa a fuoco da Maurizio Fioravanti ⁽⁴⁾, dalle dottrine dello Stato del secolo XIX alle dottrine della costituzione del secolo XX, che ci aiuta a comprendere il collasso dell'antropologia giuridica liberal-ottocentesca. Questa si era fondata su due piloni portanti: una certa lettura dell'individuo (borghese, proprietaria, quella notoriamente cristallizzata nella codificazione civile) e l'ingombrante strapotenza dello Stato (al quale, come noto, non venivano posti limiti neppure di fronte alle sfere di autonomia individuale, stante la giustificazione teorica dei diritti come *Reflexrechte*, secondo la celebre ricostruzione di Georg Jellinek ⁽⁵⁾). Nel secondo Novecento, entrambi i piloni erano da ritenersi crollati. Il primo, troppo elitario, era stato sostituito dal concetto di persona, che non solo si presentava come maggiormente inclusivo, ma aveva anche il significativo vantaggio di saper cogliere — sulla scorta delle elaborazioni del pensiero personalistico cattolico — l'uomo nella concreta e vitalistica relazione con le molteplici comunità di appartenenza, entro le quali egli estrinsecava appieno, per l'appunto, la propria personalità. Il secondo, invece, non era uscito di scena, ma

⁽³⁾ Moro, Dossetti e La Pira erano tutti docenti universitari di materie giuridiche; Basso era un avvocato e Togliatti era comunque laureato in giurisprudenza.

⁽⁴⁾ M. FIORAVANTI, *La scienza del diritto pubblico. Dottrine dello Stato e della Costituzione tra Otto e Novecento*, Milano, Giuffrè, 2001, 2 voll.

⁽⁵⁾ G. JELLINEK, *Allgemeine Staatslehre*, Berlin, Verlag von O. Häring, 1905.

necessitava con urgenza di un drastico ridimensionamento. Lo ammise persino V.E. Orlando, in una seduta della Consulta nazionale ⁽⁶⁾, compiendo un inusuale quanto significativo *mea culpa*: la teoria dello Stato di diritto non aveva saputo offrire alcuna resistenza al totalitarismo, e anzi aveva persino probabilmente finito per agevolarlo nella misura in cui aveva illusoriamente inteso garantire i diritti affidandone la tutela alla superiore volontà dello Stato.

Il fatto che le colonne portanti dell'architettura liberal-ottocentesca fossero crollate, tuttavia, non significa che questa non fosse ancora in grado di permeare le coscienze dei nostri costituenti. Può sembrare paradossale visto che anche nella dottrina giuspubblicistica italiana il vento era cambiato, e una nuova generazione di studiosi aveva, sul finire degli anni Trenta, posto le basi per un superamento anche teorico della *Rechtsstaatslehre*. Ma quel mutamento si era snodato tutto all'interno della riflessione dottrinale e, complice anche la cappa imposta dal regime fascista, ben poco era trapelato all'esterno. Quando Togliatti, quindi, di fronte al *plenum* dell'Assemblea Costituente nella seduta pomeridiana dell'11 marzo 1947 si rivolse ai giuristi rimproverando loro di non aver dato un contributo significativo alla stesura della Carta, era alle nuove generazioni che stava parlando. Il Segretario del PCI lo esplicitò del resto chiaramente, quando riconobbe che era stato un « errore non includere nella Commissione i rappresentanti della vecchia scuola costituzionalistica italiana ». Avendo la dottrina più giovane da questa preso le distanze, non era per ciò stesso stata in grado di contribuire adeguatamente alla progettazione della « Costituzione democratica ». Il rimprovero di Togliatti era tanto chiaro quanto mal indirizzato, ma testimonia con grande limpidezza come, per buona parte della classe politica italiana, il riferimento in tema di dottrina costituzionale continuasse ad essere incarnato dalla scuola giuridica di tradizione orlandiana. Molti aspetti del dibattito costituente lo testimoniano chiaramente.

L'esempio più clamoroso, come è noto, fu la difficoltà mostrata dal costituente italiano nel riconoscere il principio della sovranità popolare. Quando Dossetti in Commissione dei 75 espresse chiaramente che la sovranità andava riconosciuta allo Stato e non al popolo (onde evitare di richiamare suggestioni giacobine o mazziniane), dava voce ad una narrazione che aveva attraversato — evidentemente indenne — tutto il secolo precedente. Certo, l'assenza di una precisa affermazione che individuasse nel popolo il fondamento di legittima-

(6) V.E. ORLANDO, *Sullo schema di provvedimento legislativo «Integrazioni e modificazioni al decreto-legge luogotenenziale 25 giugno 1944, n. 151, relativo all'Assemblea per la nuova Costituzione dello Stato, al giuramento dei membri del Governo ed alla facoltà del Governo di emanare norme giuridiche»*, Discorso pronunciato alla Consulta nazionale, nella seduta del 9 marzo 1946.

zione del nuovo ordine creò, col passare delle sedute, più di un imbarazzo e dunque essa finì per trovare cittadinanza costituzionale. Ma a ben vedere non entrò nell'articolato della Carta dall'entrata principale — e cioè in veste di preciso principio giuridico — ma da quella di servizio, come retorico omaggio all'idea che la fonte di ogni potere esercitato dovesse essere il popolo. I costituenti erano perfettamente consapevoli che il popolo italiano, dopo venti anni di dittatura, doveva maturare una propria coscienza democratica. E per questo esitarono ogni qualvolta si trattò di riconoscere ad esso una diretta capacità di incidere attivamente sui processi decisionali, come avvenne nel caso del referendum, con le bocciature che colpirono l'ampio ventaglio di soluzioni proposte da Mortati (7). Né si distaccano da questo complessivo approccio le scelte maturate in tema di forma di governo. L'opzione parlamentare permetteva certamente di assicurare all'assemblea rappresentativa una composizione che rispecchiasse quanto più possibile la frammentata e conflittuale società politica del tempo, ma si allineava al contempo anche ad alcuni assunti teorici fondamentali della elaborazione *rechtsstaatlich*: l'assoluta centralità del Parlamento e il superiore valore della legge. Le forze antifasciste insomma « non intendevano affatto rinunciare del tutto alla tradizione che esaltava la legge come più alta forma di fonte di diritto » (8). Anzi: il fatto che il Parlamento si fosse trasformato in qualcosa di ben diverso dalla notabile assemblea ottocentesca, essendo divenuto la casa dei nuovi partiti di massa, aveva probabilmente confermato ai loro occhi la bontà del principio della supremazia parlamentare.

Tutto, a ben vedere, ruotava attorno al ruolo dei partiti. Ma quale idea i partiti antifascisti avevano di loro stessi? E in quali rapporti si pensavano con la democrazia italiana che andavano progettando e con la costituzione che quella democrazia avrebbe dovuto consentire e proteggere? Al proposito, c'è un passaggio illuminante nella discussione costituente, che esula peraltro dalla stessa progettazione dell'articolato. Nel luglio 1946 l'Assemblea costituente stava infatti dibattendo sulla fiducia da accordare al governo De Gasperi e Francesco Saverio Nitti, liberale di vaglia, con grande esperienza di governo e vedute progressiste, intervenne censurando severamente molti aspetti di quel primo governo repubblicano: esso era poco autorevole, mal organizzato, poco attento ai problemi dell'economia e delle relazioni internazionali. Soprattutto però Nitti stigmatizzò lo strapotere dei partiti nella sua formazione. « La prima preoccupazione nel formare un Ministero », disse, « non è la scelta degli uomini migliori e più capaci, ma quanti posti di Ministri e Sottosegretari

(7) Peraltro l'unico referendum che si salvò, quello abrogativo, impiegò ben 22 anni ad entrare in vigore, visto che venne istituito con la Legge attuativa n. 352 del 25 maggio 1970.

(8) M. FIORAVANTI, *Art. 2 Costituzione italiana*, Roma, Carocci, 2017, p. 31.

di Stato ciascun partito deve avere e a chi dal partito devono essere attribuiti. È il contrasto di interessi, la gara delle vanità. Non è in mira la nazione, ma il partito o la fazione ». Tutto ciò Nitti rimarcò naturalmente, sottolineando come — al contrario — egli fosse uomo « al di fuori delle contese attuali di partito », privo di « ambizioni [e] vanti », portatore di opinioni che non andavano considerate « dirette ad alcuno scopo che non sia amore di verità »⁽⁹⁾. Ritornava insomma in tutto il suo splendore la più classica retorica antipartitica che aveva animato il dibattito in era prefascista: da un lato c'erano la tendenza dei partiti a ripiegarsi sui propri settari interessi di bottega e la loro inadeguatezza a farsi carico dell'interesse nazionale; dall'altro invece una classe dirigente, quella liberale, dotata sia delle competenze necessarie al governo sia dell'indipendenza di giudizio indispensabile a servire il generale interesse della nazione. Alcuni giorni più tardi, durante la prosecuzione della discussione sulle comunicazioni del Presidente del Consiglio, prese la parola Togliatti che, prima di addentrarsi nella sostanza del proprio intervento, intese rispondere al collega di fede liberale.

Ho sentito l'onorevole Nitti ricordare con rammarico i tempi nei quali la vita politica d'Italia e l'Assemblea parlamentare stessa erano costituite in un altro modo, e organizzate sulla base di personalità marcate e di gruppi — allora i maligni dicevano di clientele — che si raccoglievano attorno a loro. Ho la impressione che quei tempi non torneranno mai più, che sempre più ci si staccherà da quel tipo di organizzazione politica, avviandoci ad un tipo di organizzazione nel quale i grandi partiti, costituiti sulla base di idee, di programmi e di disciplina, saranno la forza fondamentale del Paese. Questa, del resto, è una necessità della democrazia, quando si esce dall'ambito della piccola, diciamo pure oligarchica cerchia delle poche centinaia di migliaia di elettori scelti secondo il censo, e si fanno scendere in campo con la scheda del voto 25 milioni di uomini e donne di tutte le età e di tutte le professioni sociali. È indispensabile che i partiti intervengano per organizzare, disciplinare, dirigere anche, queste forze. I partiti sono la democrazia che si organizza. I grandi partiti di massa sono la democrazia che si afferma, che conquista posizioni decisive le quali non saranno perdute mai più. Tanto è vero che quando qualcuno è sorto per maledire i partiti, egli ha finito per organizzare il partito dei senza partito⁽¹⁰⁾.

Vale la pena rileggere per intero l'intervento del Segretario comunista perché contiene una messe di informazioni molto significative ai fini del nostro discorso. Tra le altre, spicca certamente il legame indissolubile che egli rinviene tra partiti (al plurale) e democrazia, ben espresso nella iconica frase « i partiti sono la democrazia che si organizza ». Ma che cosa intendeva Togliatti per democrazia? Quando

(9) Ci si riferisce al lunghissimo intervento col quale Nitti monopolizzò praticamente per intero la seduta pomeridiana del 16 luglio 1946.

(10) L'intervento di Togliatti apre la seduta pomeridiana del 24 luglio 1946.

invita Nitti ad accogliere senza rimpianti la realtà storica, affermando che nel passaggio da un ristretto suffragio censitario al suffragio universale, i partiti divengono una necessità ineludibile (per « organizzare, disciplinare, dirigere anche » le masse popolari), egli sembra identificare la democrazia col suo significato più elementare. Dopo vari decenni di esclusione dai diritti politici e dopo venti anni di negazione di ogni diritto, la democrazia consisteva anzitutto nel restituire la voce al popolo italiano. Seguendolo in questo ragionamento, non è certo possibile criticare la tesi. La riscoperta e la serena accettazione del pluralismo politico rappresentavano una condizione necessaria e imprescindibile per l'esistenza della democrazia. Ma si esauriva davvero qui il significato di queste affermazioni? Probabilmente no. Esse sembrano infatti contenere, per così dire, un'eccedenza di significato. Se le leggiamo alla luce del contesto sopra descritto, della consapevolezza cioè della classe dirigente antifascista di dover condurre ed educare alla democrazia un popolo che, in fondo, non l'aveva mai sperimentata, ecco che all'originario significato delle affermazioni di Togliatti (il pluralismo politico è condizione necessaria all'esistenza della democrazia) se ne affianca anche un secondo, tutt'altro che privo di conseguenze. Ci si riferisce all'idea cioè che i partiti (al plurale) non fossero solo condizione necessaria alla democrazia, ma anche condizione sufficiente all'esistenza di questa. La sensazione, insomma, è che nel pensiero di Togliatti (e non solo, come vedremo) pluralismo politico e democrazia fossero sostanzialmente sinonimi e che quella frase « i partiti sono la democrazia che si organizza » avrebbe perfettamente funzionato anche troncando la seconda parte: « i partiti sono la democrazia ». Si spiega anche così la celebre e assai riduttiva formulazione dell'art. 49, noto molto più per quanto non dica, che per quanto esprima. Leggendolo se ne ricava la stessa impressione che ne ebbe Carlo Lavagna, ossia che i partiti politici avessero voluto mantenersi « *legibus soluti* »⁽¹¹⁾. Ma se si confronta il dibattito tenutosi sull'art. 49 con quello svolto sull'art. 1, è possibile farsi un'idea molto chiara di che cosa la democrazia significasse in concreto per il costituente italiano. Se sul secondo infatti il distinguo tra sovranità popolare e sovranità dello Stato venne derubricato da Moro a « disputa sottile e interessante »⁽¹²⁾ nella quale egli dichiarò tuttavia di non aver intenzione di entrare, sul primo si svolse invece un dibattito serratissimo, svolto in punta di fioretto, durante il quale venne soppesata persino la posizione nelle frasi

(11) C. LAVAGNA, *Alcune impressioni e proposte sulla "forma di governo"*, in « Annuario di diritto comparato e di studi legislativi », 1947, ora in Id., *Ricerche sul sistema normativo*, Milano, Giuffrè, 1984, p. 109.

(12) Moro pronunciò queste parole nella seduta della I Sottocommissione tenutasi il 3 dicembre 1946.

delle parole che avrebbero concorso a formare l'articolo ⁽¹³⁾. Ognuna delle parti in causa lavorò per scongiurare che nell'articolo 49 venissero inseriti possibili appigli (e così venne intesa la celebre formulazione del « metodo democratico ») che avrebbero potuto consentire al vincitore consacrato dalle urne di mettere un domani fuori legge gli avversari, minando così il pluralismo e dunque rendendo impossibile la democrazia.

Il problema che si pone a questo punto è che ruolo dovesse avere la Costituzione, all'interno di una ricostruzione di tal fatta, fondata cioè sull'idea che i partiti fossero condizione necessaria ma anche sufficiente all'esercizio della democrazia. La metafora che si è scelto di usare è quella della partita, raccolta nell'immagine dei bambini che giocano a pallone in un prato. Nella metafora la democrazia coincide naturalmente con il gioco e i partiti con i giocatori. Del resto, che cosa serve ad un gruppo di bambini per improvvisare una partita a pallone? Il campo lo si arrangia, pazienza se è irregolare; le porte vengono fatte con zaini o giubbotti; al limite anche alla mancanza del pallone si può sopperire. Ma ciò che davvero non può mancare sono i giocatori. Viene pertanto da chiedersi — per rimanere all'interno della metafora — che ruolo si possa assegnare alla Costituzione. La risposta in fondo è semplice: la Costituzione rappresenta le più basilari regole del gioco. Ma così come i bambini sono disponibili a cambiare le regole in funzione del loro divertimento, anche i partiti antifascisti mostrarono di avere un'idea della Costituzione tutt'altro che intangibile. Lo dimostra il fatto che il legislatore italiano attuò la Carta con esasperante lentezza, impiegandoci quasi trent'anni. Ed è ancora più significativo che, non appena ebbe completamente attuato la Costituzione a metà degli anni Settanta, la classe politica italiana inaugurò il decennio successivo avviando una discussione — che prosegue ancora oggi — sulla necessità di modificarla. L'unica plausibile spiegazione di tanta palese insofferenza pare essere un'interpretazione della Carta che si esauriva sostanzialmente nel compromesso che i partiti erano riusciti a raggiungere, e che quindi doveva ritenersi modificabile, assecondando il mutare delle condizioni politiche per rifletterne i nuovi equilibri. Fu quello che accadde, ad esempio, sul finire della prima legislatura, quando la maggioranza centrista — preoccupata dal buon risultato elettorale riscosso dalle sinistre nella tornata di elezioni amministrative — decise di approvare una nuova legge elettorale, dotata di un robusto premio di maggioranza. Il dibattito che si svolse sulla L. 148/1953, ribattezzata come noto dalle opposizioni come « legge truffa », infuocò il paese. Se

⁽¹³⁾ Per la ricostruzione del dibattito svolto dai costituenti sul futuro art. 49 della Carta sia consentito rimandare a M. GREGORIO, *Parte totale. Le dottrine costituzionali del partito politico in Italia tra Otto e Novecento*, Milano, Giuffrè, 2013, in particolare p. 316 e ss.

il premio di maggioranza fosse scattato, lo schieramento uscito vincente dalle urne si sarebbe trovato in una posizione di straordinaria forza, anche e soprattutto alla luce della mancata attuazione costituzionale, che aveva lasciato l'ordinamento privo degli adeguati contrappesi allo strapotere della maggioranza. Nelle more del dibattito sulla legge, è molto significativa una lettera che De Gasperi scrisse a Sturzo nell'estate del 1952. La scelta di mutare la legge elettorale si giustificava infatti, secondo il Segretario della DC, con la necessità di difendere la democrazia italiana, minacciata dall'avanzare del comunismo. E concludeva: « In verità o questa terribile minaccia esiste, e allora tutta la nostra politica si giustifica, o è immaginaria [...] e allora hanno ragione non i costituzionalisti che si richiamano ai sacri testi, ma i social-comunisti che ne vogliono abusare » (14). La Costituzione per De Gasperi era dunque tutt'altro che un testo sacro. Rappresentava piuttosto un accordo che, alla luce del mutare delle circostanze storiche e politiche, poteva ben essere piegato per meglio servire — naturalmente — un fine (politico) più alto. In questo, somigliava molto all'idea — perfettamente liberal-ottocentesca — di costituzione intesa come *loi politique*, ossia come legge tra le leggi, che si distingueva solo in virtù della peculiare natura della materia trattata. In quanto legge ordinaria, essa rimaneva sempre e comunque nella disponibilità del Parlamento il quale — fatta salva la necessità di adoperare le accortezze imposte dalla delicatezza dell'oggetto — non poteva essere privato della facoltà di modificarla, laddove lo avesse ritenuto opportuno.

3. ...e l'automobile.

A queste nostre tesi si potrebbe obiettare che però i costituenti elaborarono una Carta significativamente differente. Anzitutto non la fecero flessibile, ma rigida. E, in secondo luogo, la arricchirono di pesi e contrappesi. Ma le obiezioni non paiono insuperabili. Per quanto concerne la seconda, occorre ricordare che la legittimazione di cui godevano nel paese i partiti antifascisti si nascondeva assai più nell'aggettivo che nel sostantivo. E poiché dopo un ventennio di dittatura, degnamente concluso con la tragedia bellica, nessuna forza politica poteva permettersi macchie sulla propria patente di democraticità, ecco che risultava impossibile ignorare i fondamentali principi di garanzia elaborati dai teorici del costituzionalismo nell'arco degli ultimi tre secoli. Sulla rigidità della Carta, e soprattutto sulle garanzie da assicurarle sub specie di giurisdizione costituzionale possono valere considerazioni analoghe. Tutta la vastissima letteratura in materia concorda nel sottolineare la mancanza di consapevolezza del costituente italiano sulla

(14) La citazione è tratta da SCOPPOLA, *La Repubblica dei partiti*, cit., p. 267.

reale portata che il nuovo istituto della Corte costituzionale avrebbe avuto. Ad essa i costituenti pervennero sostanzialmente per necessità logica. Non si poteva progettare una carta flessibile dopo che lo Statuto albertino era stato devastato dal legislatore fascista senza riuscire ad opporre la benché minima resistenza. Ma se la Costituzione che si andava a scrivere doveva essere rigida, allora occorreva prevedere anche il conseguente istituto del controllo di costituzionalità. È fu proprio qui che il dibattito si impantanò, mostrando in modo plastico come il vetusto principio liberale della primazia della legge e del legislatore, per quanto fatto proprio dai partiti antifascisti, non fosse tuttavia più in grado di servire la causa della Costituzione democratica. In fin dei conti gli strali che il vecchio V.E. Orlando rivolse alla Corte (forse la più pericolosa tra le tante nuove istituzioni ritenute strutturalmente « incompatibili con la forma di governo parlamentare »⁽¹⁵⁾) erano animati dagli stessi timori rinvenibili negli interventi di quei costituenti che, espressione dei principali partiti di massa, tenevano a precisare che il nuovo istituto non avrebbe dovuto oscurare la centralità dell'istituzione parlamentare. Come potevano infatti i rappresentanti democraticamente eletti dal popolo essere censurati da un organo privo di legittimazione politica? Coglieva insomma ancora una volta nel segno Maurizio Fioravanti quando affermava che i costituenti immaginavano la Corte costituzionale come « una sorta di Corte di Cassazione specializzata nei profili costituzionalistici »⁽¹⁶⁾. Il suo principale compito nel futuro ordinamento italiano avrebbe dovuto essere quello di garantire la coerenza interna di un ordinamento che, profondamente segnato dalla legislazione del ventennio, era ragionevole immaginare sarebbe stato messo a dura prova dalla introduzione della super-legalità costituzionale. Di converso, la possibilità che la Corte sanzionasse con l'annullamento una legge approvata dal Parlamento, per quanto teoricamente possibile, appariva però come una sorta di caso di scuola, un'eventualità remota, confinata in quei lontani scenari nei quali la tenuta del compromesso costituzionale tra le forze politiche avesse ceduto, aprendo la porta al pericolo di derive anti-democratiche. Che la Corte costituzionale avrebbe potuto svolgere in futuro, in via ordinaria, un ruolo non meramente tecnico ma denso di risvolti politici, furono in pochi ad intuirlo.

Tra questi vale la pena ricordare Mortati. Per quanto anche il giurista calabrese si sia a più riprese espresso per una composizione quanto più possibile tecnica dell'organo di giurisdizione costituzionale,

(15) V.E. ORLANDO, *Studio intorno alla forma di governo vigente in Italia secondo la Costituzione del 1948*, in « Rivista trimestrale di diritto pubblico », 1951, ora in *Costituzione criticata*, a cura di F. Gentile e P.G. Grasso, Napoli, ESI, 1999, p. 126.

(16) M. FIORAVANTI, *Costituzione e popolo sovrano. La Costituzione italiana nella storia del costituzionalismo moderno*, Bologna, il Mulino, 1998, p. 105.

egli tuttavia non si nascose di fronte alle potenzialità dell'istituto. In un precoce intervento nel novembre 1946, egli polemizzò con Piero Calamandrei difendendo la scelta di non relegare le cosiddette norme di principio in un Preambolo, come il grande Maestro fiorentino avrebbe voluto. Nel sostenere la perfetta capacità di queste ultime di produrre effetti giuridici, Mortati si spinse ad ipotizzare che le cosiddette norme di principio, « in quanto sia ammesso un controllo di costituzionalità sostanziale delle leggi, possono avere per effetto di invalidare quelle frasi che contrastino con i principi »⁽¹⁷⁾. L'intervento di Mortati non sollevò particolari reazioni (troppo prematuri erano i tempi, visto che del ruolo e della composizione della Corte costituzionale si sarebbe discusso solo molti mesi dopo) e probabilmente risentì anche dell'eco della discussione che egli aveva avuto con gli altri componenti della Commissione Forti sul tema solo pochi mesi prima. Tuttavia esso è comunque rivelatore di una sensibilità, di un diverso modo di intendere la Costituzione e, soprattutto, di un diverso modo di guardare al rapporto tra questa, la democrazia e il ruolo dei partiti politici.

Prima di entrare nel dettaglio di questa seconda ricostruzione, che come il titolo del paragrafo suggerisce cercheremo di rendere con la metafora dell'automobile, occorre chiedersi chi si fece portatore di essa. Se la prima era stata prodotta dalla stragrande maggioranza della classe politica italiana, la seconda fu sostenuta soprattutto dai giuristi. Molto ci si è interrogati sul ruolo che la dottrina giuridica italiana fornì all'elaborazione della Carta repubblicana e le conclusioni cui si è pervenuti non sembrano — come notava alcuni anni fa Enzo Cheli — univoche: taluni hanno ritenuto questo ruolo tanto pregnante e fondamentale « da influire sul merito politico di gran parte delle scelte adottate »; altri lo hanno ritenuto invece « in definitiva, marginale »⁽¹⁸⁾. La verità è che fornire una risposta è assai difficile, per molte buone ragioni, a cominciare dal fatto che risulta tutt'altro che semplice individuare con certezza persino i protagonisti. Chi erano infatti i giuristi? Sono da considerare tali solo gli accademici in senso stretto o nella categoria vanno ricompresi anche tutti coloro dotati di un'ordinaria formazione giuridica? Nel secondo caso il campo si allargherebbe a dismisura, fino a ricomprendere buona parte della classe politica italiana, ma la prima restrittiva interpretazione rischierebbe di tagliar fuori illustri esponenti della magistratura e dell'avvocatura che offrirono significativi contributi al dibattito costituente. E ancora: la categoria degli accademici andrebbe limitata ai soli costituzionalisti? Perché costituenti come Dossetti, Moro o La Pira, che erano sì docenti

(17) Mortati intervenne in tal senso di fronte al plenum dell'Assemblea Costituente, nella seduta del 28 novembre 1946.

(18) E. CHELI, *I giuristi alla Costituente*, in *Il contributo italiano alla storia del pensiero: Diritto*, Roma, Treccani, 2012, p. 583.

universitari di materie giuridiche ma certo non costituzionalisti, offrirono comunque al dibattito contributi imprescindibili. E infine, anche se volessimo restringere la nostra attenzione alla sola giuspubblicistica, occorre ricordare che questa si presentò all'appuntamento costituente profondamente divisa, attraversata com'era da un solco metodologico scavato durante il ventennio e che separava piuttosto chiaramente — ma non senza lasciare amplissime zone grigie — gli epigoni della scuola giuridica nazionale di tradizione orlandiana dalla generazione di giuristi cresciuta invece negli anni Trenta. Quando, dunque si afferma che i giuristi si fecero portavoce di una diversa idea del rapporto tra costituzione, democrazia e partiti politici, è soprattutto alla più giovane generazione di costituzionalisti che ci si riferisce: a coloro cioè che avevano a cuore la progettazione di una costituzione affatto diversa da quelle del passato, una costituzione democratica appunto. Ma che cosa li caratterizzava in modo peculiare? La risposta ci pare vada trovata nella disponibilità a far incontrare quelle due dimensioni — il diritto e la politica — che la rivoluzione metodologica di Orlando aveva radicalmente separato una sessantina di anni prima. Si trattava di accettare cioè che la genesi del contenuto normativo della costituzione fosse di natura politica e di ripensare, di conseguenza, il compito del giurista. Una nuova idea di costituzione abbisognava infatti di interpreti non meno nuovi; è questo, a ben vedere, l'aspetto determinante. Perché se la *Rechtsstaatslehre* europea aveva tagliato tutti i ponti con la società politica proprio per evitare che questa potesse pretendere di disporre della *Gestaltung* statuale, sequestrando di fatto lo Stato, la classe politica antifascista aveva imboccato la direzione opposta; aveva minimizzato il ruolo dei giuristi, immaginando che il loro compito fosse quello di vestire le proprie decisioni politiche con l'abito giuridicamente e formalmente più corretto. Ma l'impegno che attendeva la dottrina costituzionalistica dell'Italia democratica e repubblicana era ben diverso e decisamente più pregnante. Il punto di partenza del loro lavoro restava sì la decisione politica dei rappresentanti popolari, ma più che alla decisione in sé, essi erano chiamati a rivolgere l'attenzione al principio politico che l'aveva ispirata, per individuarlo e accompagnarlo all'interno del mondo del diritto, in modo da consentirgli di divenire principio giuridico. Non si trattava insomma di tradurre una decisione politica in una forma giuridica, ma di trasformare un principio politico in un principio giuridico. La differenza è lampante: nel primo caso il ruolo del giurista viene interamente assorbito nella sua specifica tecnica, risultando ovviamente ausiliario e servente rispetto a quello del decisore politico; nel secondo, egli diviene invece parte attiva e fattiva del processo di trasformazione. Non si trattava naturalmente di tornare all'antica idea orlandiana del giurista-legislatore, quanto piuttosto di uscire dall'altrettanto limitata prospettiva del giurista tecnico che si pone al servizio di questo o quel padrone politico. Ed effettivamente la dottrina costituzionalistica più giovane prese parte con spirito costrut-

tivo al dibattito costituente, nel quale portò non solo il proprio sapere dogmatico, ma anche i frutti delle proprie ricostruzioni teoriche; e non lo fece con il tecnico distacco di chi mette a disposizione di terzi le proprie competenze, ma scelse di affondare le mani, senza alcun timore di sporcarle, ben dentro l'agone politico. Ci pare questo il senso della rapida ricollocazione dei giovani costituzionalisti cresciuti negli anni Trenta tra le fila dei grandi partiti di massa. Come poi ben sappiamo, le diverse sensibilità di questi ultimi indirizzarono in modo molto differente le varie traiettorie personali: la DC non esitò a fare eleggere alla Costituente molte voci autorevoli come quelle di Mortati, Ambrosini o Tosato. PSIUP e PCI invece scelsero di non candidare giuspubblicisti di vaglia come M.S. Giannini o Crisafulli⁽¹⁹⁾. Ma ognuno di questi giuristi fornì comunque il proprio contributo alla riflessione costituente. Chi non poté farlo dagli scranni dell'Assemblea, lo fece magari in qualità di Capo Gabinetto del Ministero per la Costituente (predispone un enorme e prezioso materiale preparatorio) oppure come commentatore dalle colonne di *Rinascita* o de *l'Unità*⁽²⁰⁾. In tutte queste sedi i nostri autori non si limitarono a ratificare decisioni con l'imprimatur del tecnico del diritto, ma contribuirono attivamente alla discussione: elaborarono proposte e si impegnarono a difenderle. A volte la spuntarono, spesso uscirono sconfitti, ma sempre lasciarono la propria impronta; forti di un abito mentale che garantiva loro la

(19) L'adesione ai partiti politici portò del resto agli esponenti della dottrina più grattacapi e delusioni che prebende. Crisafulli, ad esempio, dopo la mancata candidatura alla Costituente, si trovò anche al centro, nel 1955, della penosa trattativa che si concluse con la necessità per il PCI di ritirare la sua candidatura a giudice della Corte costituzionale, proprio in virtù di una precisa pregiudiziale anticomunista manifestata dalla corrente più oltranzista della DC. Ma anche per i giuristi di area cattolica la vita non fu facile dentro il proprio partito. Sulla insofferenza della dirigenza democristiana verso un certo radicalismo di Mortati, si è soffermato ad esempio U. DE SIERVO, *Parlamento, partiti e popolo nella progettazione costituzionale di Mortati*, in *Il pensiero giuridico di Costantino Mortati*, a cura di M. Galizia e P. Grossi, Milano, Giuffrè, 1990, p. 331 e ss.

(20) Sugli scritti politici di Crisafulli, si rimanda al bel volume *Veziro Crisafulli. Politica e Costituzione. Scritti militanti (1944-1955)*, a cura di S. Bartole e R. Bin, Milano, FrancoAngeli, 2018. Sembra peraltro riduttivo qualificare gli interventi di Veziro Crisafulli come meri commenti al processo costituente in corso. Se si guarda, solo per fare un esempio al suo scritto *Per una Costituzione democratica*, apparso su *Rinascita* nel luglio 1946 (ivi, p. 99 e ss.) non si fatterà a rinvenire in esso i tratti di una brevissima ma densa dichiarazione programmatica, volta a mettere a fuoco quelli che avrebbero dovuto essere i cardini concettuali della proposta comunista all'Assemblea costituente. E se è difficile immaginare che una sortita del genere non sia stata previamente concordata con i vertici del PCI, è altrettanto difficile non cogliere nello svolgimento delle tesi di Crisafulli, il precipitato della sua elaborazione teorica.

capacità di cogliere i singoli istituti costituzionali in una logica sistemica.

Fu proprio questo approccio che consentì loro, infatti, di elaborare una visione del rapporto tra Costituzione, partiti politici e democrazia restituibile con la metafora dell'automobile. Perché anche la Costituzione, come tutti i testi giuridici, è un sistema coerente di istituti, un meccanismo complesso che per funzionare, proprio come un'automobile, abbisogna di una pluralità di ingranaggi capaci di lavorare in modo coordinato. La Costituzione pertanto non poteva coincidere con i propri autori, né poteva ridursi al mero compromesso, storicamente determinato, tra essi. Questo però non significava minimizzare il ruolo dei partiti politici; non sarebbe stato del resto coerente con le scelte personali compiute dai nostri autori. Le forze politiche ai loro occhi erano la primaria espressione della sovranità popolare; e non tanto perché venivano investite da una diretta legittimazione elettorale, quanto perché rappresentavano dei luoghi di dibattito permanente, che consentivano al popolo un esercizio quotidiano e continuativo della propria sovrana potestà. Non aveva dunque tutti i torti Pier Luigi Zampetti quando, commentando l'art. 49, affermava che il diritto a concorrere alla determinazione della politica nazionale spettasse sì a tutti i cittadini, ma più *uti socii* che *uti singuli* ⁽²¹⁾. E del resto lo stesso Crisafulli, a coloro che lamentavano come l'ipertrofia dell'attivismo partitico finisse per oscurare e perfino sostituirsi alla centralità dell'istituzione parlamentare, spiegava che il fenomeno era tutt'altro che allarmante, proprio perché affiancava alla democrazia rappresentativa un altro modo di essere della democrazia, ossia « una forma di democrazia organica, utile per consentire al maggior numero di cittadini una partecipazione attiva e costante (di tutti i giorni e non delle sole grandi occasioni) alla formazione e al controllo della volontà governante » ⁽²²⁾. Non sbaglieremmo quindi se affermassimo che, per la giuspubblicistica cresciuta negli anni Trenta i partiti rappresentavano l'elemento davvero più caratterizzante della nuova democrazia costituzionale. Volendo rimanere all'interno della nostra metafora, dunque, se la Costituzione è rappresentabile come un'automobile, i partiti politici ne erano certamente il motore. Essi rappresentavano, è persino superfluo ricordarlo, quell'elemento di specificazione sorto in seno alla società che consentiva a quest'ultima di produrre la propria costituzione in senso materiale, secondo la celebre teoria mortatiana. Ma soprattutto essi erano fisiolo-

⁽²¹⁾ P.L. ZAMPETTI, *Dallo Stato liberale allo Stato dei partiti. La rappresentanza politica*, Milano, Giuffrè, 1994³, in particolare p. 124.

⁽²²⁾ V. CRISAFULLI, *Aspetti problematici del sistema parlamentare vigente in Italia. Discorso inaugurale dell'a.a. 1957-58 pronunciato nell'Aula Magna dell'Università di Trieste il 1 dicembre 1957*, ora in Id., *Stato, popolo, governo. Illusioni e delusioni costituzionali*, Milano, Giuffrè, 1985, p. 164.

gicamente chiamati a garantire, con un impegno costante e quotidiano, l'aderenza tra il documento costituzionale e la « costituzione reale di un popolo, consistente nell'assetto sociale, ossia nell'effettivo sistema dei rapporti di classe e quindi delle forze politiche del Paese » (23). La loro rilevanza era pertanto assoluta: nessuna automobile è in grado di muoversi senza un motore ben funzionante. Tuttavia, i nostri giuristi sapevano bene che era assolutamente vero anche il contrario: ossia che un motore, preso isolatamente e messo sopra un banco a girare, non è in grado di imprimere alcun movimento. Se i partiti erano il cuore pulsante dell'organismo costituzionale, non potevano tuttavia pretendere di esaurire nei loro processi decisionali interni ed esterni né la sostanza della costituzione, né quella della democrazia. Così come un'automobile necessita di molti altri elementi (trasmissione, impianto frenante ecc. ecc.) per funzionare correttamente, anche la Costituzione aveva bisogno del contributo di numerosi altri istituti. Ma per far cosa? La domanda ha a che fare con il ruolo della democrazia nella presente metafora. Se la Costituzione è un'automobile e i partiti politici ne rappresentano il motore, allora la democrazia è la destinazione del viaggio o forse, più esattamente, il viaggio stesso. E non solo perché notoriamente il senso del viaggio è viaggiare, ma perché nell'ottica della democrazia costituzionale il sostantivo non è un dato di fatto garantito dall'aggettivo, ma un obiettivo, sempre mutevole e in divenire, realizzabile unicamente *attraverso* la costituzione. Anche in questa ottica, dunque, la democrazia necessita imprescindibilmente dei partiti; ma non presi di per sé, bensì in quanto cuore pulsante del complessivo organismo costituzionale.

La costituzionalizzazione delle forze politiche, infatti, se da un lato ne certificava l'indispensabile centralità, dall'altro imponeva loro obblighi di convivenza e vincoli normativi che si traducevano in altrettante limitazioni al loro agire. Dal dettato costituzionale emergeva anzitutto la loro natura strumentale: erano un mezzo (per consentire ai cittadini di concorrere a determinare la politica nazionale) e non un fine. Inoltre erano un mezzo privilegiato, ma non unico. Se Mortati ad esempio riteneva che una corretta rappresentanza popolare non si realizzasse completamente se non articolata su tre direttrici (rappresentanza politica, professionale e territoriale) (24), Crisafulli ricordava come l'esercizio della sovranità popolare passasse anche dagli istituti di democrazia diretta e persino dall'esercizio di alcune libertà civili.

(23) V. CRISAFULLI, *Oltre la Costituzione*, in « Rinascita », gennaio 1948, ora in *Veio Crisafulli. Diritto e Politica*, cit., p. 120.

(24) C. MORTATI, *Il potere legislativo: unicameralismo o bicameralismo*, in « Realtà politica », 1946, 8. Mortati sostenne — come noto senza successo — queste tesi anche nel dibattito costituente e, in particolar modo, in sede di discussione sulla natura e sulla composizione della seconda camera.

Inoltre, limiti non meno importanti all'attività dei partiti derivavano dal necessario rispetto delle norme costituzionali e dalla previsione dell'art. 1 della Carta, che imponeva che l'esercizio della sovranità popolare avvenisse « nelle forme e nei limiti della Costituzione ». Rientravano in questa categoria il tanto discusso rispetto del « metodo democratico » previsto dall'art. 49, così come i limiti imposti dall'art. 97 (sui quali molto si soffermò Esposito ⁽²⁵⁾) o infine la necessità di tenere un comportamento consono e rispettoso nell'atto di eleggere alcune apicali figure dell'ordinamento, come il Presidente della Repubblica o i giudici della Corte costituzionale, due « grossi pilastri », diceva Crisafulli, « davanti ai quali dovrebbe infrangersi l'ingerenza dei partiti » ⁽²⁶⁾.

Come noto, proprio l'affermarsi della giurisprudenza costituzionale ha negli anni rappresentato un elemento sempre più rilevante nella nostra *living constitution*, finendo sovente per sconfessare le scelte politiche compiute dal Parlamento e arrivando persino — nel tempo presente — a cercare di stimolarne l'attività di fronte a quei temi — eticamente sensibili e per ciò stesso tendenzialmente divisivi — che l'assemblea non è riuscita ad (o ha preferito non) affrontare. Ciò ha alimentato accese discussioni sul metodo usato dalla Corte e sul suo, a detta di alcuni eccessivo ⁽²⁷⁾, protagonismo. Ai fini del presente ragionamento, non è utile — né sarebbe possibile nell'economia di questo contributo — interrogarsi sulla questione. Ma è importante ricordare che furono proprio i costituzionalisti cresciuti negli anni Trenta — col significativo supporto di validissimi innesti della dottrina più giovane (come Leopoldo Elia o Paolo Barile) — i primi a riporre le proprie speranze nella giurisprudenza costituzionale, in un momento in cui la classe politica italiana si rifiutava, per contingentissime ragioni di opportunità politica, di attuare la Carta repubblicana. Essi seppero precocemente rilevare, nell'incapacità dei partiti di far fronte al proprio ruolo costituzionale, i prodromi di quella crisi del regime rappresentativo che innescò poi quella che Maurizio Fioravanti ha definito la

⁽²⁵⁾ Il riferimento è al rispetto dei principi del buon andamento e dell'imparzialità nell'azione della pubblica amministrazione. Cfr. C. ESPOSITO, *I partiti politici nella Costituzione italiana*, ora in Id., *La Costituzione italiana*, Padova, Cedam, 1954.

⁽²⁶⁾ V. CRISAFULLI, *Partiti, Parlamento, Governo* (1966), ora in Id., *Stato, popolo, governo*, cit., p. 217.

⁽²⁷⁾ Sul rischio di ridurre lo Stato costituzionale « a Stato giurisdizionale », ma soprattutto sui rischi di politicizzazione indiretta di strumenti che si pretendono meramente tecnici, è intervenuto recentemente e con acume Preterossi. Cfr. G. PRETEROSSO, *Che cosa resta della costituzione materiale*, in « Filosofia politica », 2023, 1, p. 89 e ss.

« trasformazione del modello costituzionale »⁽²⁸⁾, ossia la fine di una « fase, che è quella della politica democratica dei grandi partiti di massa come strumento principale di attuazione della Costituzione, soprattutto in Parlamento » e l'apertura « di una fase nuova, in cui la stessa Costituzione afferma la sua supremazia essenzialmente per via giurisdizionale »⁽²⁹⁾. Che si sia trattato di una trasformazione non c'è dubbio. Ma è forse bene precisare meglio i termini del problema, per non essere indotti nell'errore di pensarla come una degenerazione del modello originario. Risponde alla fisiologia delle democrazie costituzionali il fatto di ruotare attorno a due fuochi — la legge voluta dai rappresentanti del popolo e la giurisprudenza, complessivamente intesa — come in un'ellisse⁽³⁰⁾. E dunque se trasformazione vi è stata, questa è dovuta soprattutto al fatto che l'evoluzione di cui stiamo parlando descrive una situazione molto diversa rispetto alle intenzioni del costituente italiano. E proprio su questo punto, è opportuno adesso andare a trarre alcune conclusioni.

4. *Della naturale eterogenesi dei fini delle carte costituzionali.*

Conviene tornare ad una delle questioni sollevate dal volume di Romanelli. Si tratta dell'argomento, peraltro molto ricorrente nella retorica riformista, secondo il quale la nostra Carta repubblicana necessiterebbe di essere svecchiata perché figlia di una stagione politica ormai morta e sepolta. Nessuno dei partiti che stipularono nel 1947 il compromesso costituzionale esiste più e da almeno tre decenni è scomparsa anche la netta divisione del mondo in due blocchi contrapposti che tanto aveva influito sulla collocazione strategica delle forze politiche antifasciste. Infine, l'ultima generazione ad aver vissuto sulla propria pelle la stagione drammatica dei totalitarismi sta pian piano scomparendo. Potremmo aggiungere a queste anche molte altre considerazioni⁽³¹⁾, ma il senso della questione rimarrebbe il medesimo: può una costituzione pensata ottanta anni fa per una società (civile e

(28) M. FIORAVANTI, *La trasformazione del modello costituzionale*, in *L'Italia repubblicana nella crisi degli anni Settanta. Sistema politico ed istituzioni*, a cura di G. De Rosa e G. Monina, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2003, vol. IV, p. 301 e ss. Fioravanti data la trasformazione attorno agli anni Settanta, facendola sostanzialmente coincidere con la fine del primo glorioso trentennio, ma il mutamento di prospettiva della giuspubblicistica italiana era cominciato già nel decennio precedente.

(29) Ivi, p. 310.

(30) L'ovvio riferimento è a M. FIORAVANTI, *Il cerchio e l'ellisse. I fondamenti dello Stato costituzionale*, Bari-Roma, Laterza, 2020.

(31) Potremmo ad esempio sottolineare come l'avvento della rete e delle tecnologie digitali abbia radicalmente mutato il nostro modo di vivere, rendendo il gap tra i

politica) e per un assetto (sociale ed economico) completamente diversi da quelli attuali ispirare l'Italia odierna? È solo in questi termini che il problema diviene rilevante per lo storico del diritto, perché coinvolge per l'appunto il rapporto tra le carte costituzionali e il tempo storico. È, in seconda battuta, l'idea di costituzione cui vogliamo attingere.

Alcuni anni fa, Gaetano Azzariti, in un volume dal titolo assai emblematico — *Contro il revisionismo costituzionale* — concludeva invitando il lettore ad interrogarsi su una ineludibile « questione fondamentale. Che non è quale riforma della Costituzione è oggi possibile, bensì, più profondamente, quale è l'idea di Costituzione che sorregge il nostro agire »⁽³²⁾. A prescindere dal fatto di concordare o meno con la tesi dell'autore (secondo il quale il *Leitmotiv* delle tante proposte di revisione, ossia « l'esigenza di semplificare per governare », sarebbe strutturalmente ostile al « costituzionalismo democratico, che nasce per dividere il potere e assicurare i diritti »⁽³³⁾), difficilmente si può negare però che il dibattito sull'opportunità di riformare la nostra Carta contenga un *surplus* di significato rispetto alle contingenti proposte di riforma di volta in volta presentate; e tale *surplus* investe precisamente l'idea complessiva di Costituzione alla quale si intende guardare. Del resto, dopo quattro decenni di proposte e discussioni conclusesi puntualmente con dei fallimenti, non ci si può non interrogare sulla discrasia tra tanto sforzo propositivo e gli scarsissimi risultati ottenuti⁽³⁴⁾. Perché il paese si mostra allora tanto restio ad accogliere la prospettiva — a prescindere persino dal merito delle proposte — della revisione costituzionale? Una delle possibili risposte è quella (esposta nel volume di Romanelli con grande chiarezza), che spiega il fenomeno con un misto di opposizione ideologica, di resistenze corporative e di sentimento anti-politico, con l'idea cioè di una società italiana che rifiuta (per interessi di bottega) o che è incapace (per nostalgia di un passato che non tornerà più) di guardare avanti.

Sulla scorta del ragionamento svolto nelle pagine precedenti, tuttavia, possiamo provare ad immaginare anche una risposta differente, magari partendo da un'analisi critica dell'argomento secondo il quale, mutate le circostanze storiche del compromesso costituente (o

nati nel nuovo millennio e la generazione precedente molto più profondo di quanto probabilmente non sia mai stato in passato.

⁽³²⁾ G. AZZARITI, *Contro il revisionismo costituzionale*, Roma-Bari, Laterza, 2016, p. 248.

⁽³³⁾ *Ibidem*.

⁽³⁴⁾ Nella consapevolezza, peraltro, che occorrerebbe anche distinguere diversi momenti in questi quattro decenni di revisionismo costituzionale. Perché è del tutto evidente che le ragioni del fallimento delle varie bicamerali non sono le medesime che hanno sorretto, ad esempio, il rifiuto popolare sancito dagli ultimi due referendum costituzionali.

venute meno le circostanze che lo avevano viziato), dovrebbe di conseguenza risultare ragionevole mettere in discussione anche quest'ultimo. Se quanto detto finora non è del tutto campato in aria, tale argomento non appare particolarmente innovativo, somigliando molto ad una riedizione — magari aggiornata — dell'antico modo col quale le forze politiche hanno sempre guardato alla costituzione: come cioè ad un compromesso capace di cristallizzare e restituire i reciproci rapporti di forza maturati in una determinata congiuntura storica. Si tratta in definitiva della riproposizione della metafora della partita, in cui le uniche protagoniste davvero fondamentali e indispensabili del gioco democratico restano le forze politiche, padrone di mutare alla bisogna anche l'architettura costituzionale, allo scopo di rendere il gioco più fluido e di consentire a chi lo gioca maggiore libertà d'azione. Ma il problema è che le costituzioni non possono esse considerate come una mera « proiezione di una decisione storicamente determinata »⁽³⁵⁾, né sotto il profilo del *Sollen*, né sotto quello del *Sein*. Non devono anzitutto esserlo, perché « contengono i presupposti essenziali di una grammatica democratica che appare *indisponibile* alla democrazia »⁽³⁶⁾, laddove tale indisponibilità, « *non indica [...] un limite insormontabile al potere sovrano, ma al contrario ne configura una garanzia* »⁽³⁷⁾. Ma neppure lo sono. Lo puntualizzò — in tempi non sospetti — anche Costantino Mortati: « Del tutto infondato appare », scriveva il Maestro calabrese, « anche al più superficiale esame, attribuire carattere compromissorio » alle enunciazioni costituzionali⁽³⁸⁾ « perché esse risultano, se considerate nel loro nucleo essenziale, espressione univoca e coerente, in ogni loro parte, della volontà della grande maggioranza dell'Assemblea »⁽³⁹⁾. Ma a cosa si riferiva Mortati quando parlava di una volontà univoca e coerente della grande maggioranza dell'Assemblea? Stante le profonde divisioni tra gli schieramenti politici, peraltro da lui vissute sulla propria pelle, Mortati non poteva che fare riferimento alla necessità di leggere l'operazione compiuta dal costituente come una sintesi; che è cosa ben diversa dal compromesso. Col secondo, le iniziali istanze

(35) G. PALOMBELLA, *Costituzione e sovranità. Il senso della democrazia costituzionale*, Bari, Dedalo, 1997, p. 18.

(36) *Ibidem*.

(37) *Ivi*, p. 19. In corsivo nel testo.

(38) Alla tesi contraria sembrava invece attenersi Piero Calamandrei quando, con toscanissimo acume e salace retorica, elaborava la sua celebre tesi della rivoluzione promessa, che andava a compensare la rivoluzione mancata. Cfr. P. CALAMANDREI, *La Costituzione*, in *Dieci anni dopo 1944-1954*, Bari, Laterza, 1955. Ma Calamandrei, come è noto, faticava a scrollarsi di dosso la sua originaria impostazione positivista e pertanto non apprezzò mai le cosiddette norme programmatiche della Costituzione.

(39) C. MORTATI, *Considerazioni sui mancati adempimenti costituzionali* (1969), ora in *Id.*, *Raccolta di scritti*, Milano, Giuffrè, 1972, IV, in particolare p. 176.

contrapposte si limitano a convivere l'una a fianco dell'altra; con la prima, invece si fondono e si trasformano, dando luogo a qualcosa di diverso. Ed infatti egli sottolineava contestualmente il bisogno di guardare alla Costituzione con l'ottica della « interpretazione sistematica », che « se è sempre indispensabile ad enucleare l'intimo significato di ogni specie di regola giuridica, tanto più necessaria si presenta nei confronti di quelle costituzionali, data la maggiore genericità di formulazione inerente a molte di esse ed il maggior rilievo assunto dalle proclamazioni di principio dalle quali è da attingere il criterio di graduazione dei molteplici interessi voluti tutelare »⁽⁴⁰⁾.

Si potrebbe obiettare che Mortati, peraltro parte in causa, avesse un'idea un po' troppo alta ed idealizzata delle capacità del costituente; ma l'obiezione sarebbe mal indirizzata. Perché quel processo trasformativo di sintesi cui egli alludeva si può ben realizzare anche senza che gli attori politici ne abbiano piena consapevolezza; si produce cioè per il solo fatto della costituzionalizzazione, ossia dell'inserimento di ogni singolo principio all'interno di un sistema organico e coerente, in cui le disposizioni si attribuiscono senso vicendevolmente⁽⁴¹⁾. Che è poi il senso più profondo della metafora dell'automobile e anche, sia detto per inciso, il motivo per cui questa è da ritenersi preferibile alla metafora della partita. Da dove nasce invece la capacità della prima ad opporsi alla seconda, se quest'ultima era sostenuta in blocco dalla maggioranza delle forze politiche antifasciste? La sua forza non si fonda certo sulle dotte disquisizioni dei giuristi, fuori e dentro l'aula della Costituente. Il motivo va piuttosto ricercato in due caratteri propri di ogni costituzione.

Il primo consta nella sua autonoma soggettività, che è una conseguenza diretta del suo essere anzitutto norma giuridica. Ogni norma infatti, e tanto più quella costituzionale, una volta entrata in vigore, spicca il volo librandosi dalle mani dei propri autori per acquistare vita propria e svolgere il suo singolarissimo e personale percorso. Inoltre, le costituzioni democratiche hanno in particolare un peculiare e specifico destino da compiere: quello di emanciparsi dagli attori politici che hanno dato loro vita per porsi poi nella condizione di poter regolare e disciplinare il

⁽⁴⁰⁾ *Ibidem*.

⁽⁴¹⁾ Detto ciò, tuttavia, occorre anche riconoscere che Mortati, in virtù delle premesse teoriche che animavano la sua dottrina della costituzione in senso materiale, era tendenzialmente portato ad esaurire ogni dinamica non solo creativa, ma anche trasformativa della costituzione nell'azione delle forze politiche che risultano, pertanto, leggermente sovradimensionate nella sua ricostruzione. Su questo aspetto si era recentemente soffermato anche Paolo Grossi, che riteneva l'uso dell'espressione « costituzione in senso materiale » scivoloso proprio a causa del « contenuto (tutto sommato) anchilosante » che Mortati le aveva assegnato, figlio della « sua riduzione alle forze politiche dominanti » (cfr. P. GROSSI, *L'invenzione del diritto*, Bari-Roma, Laterza, 2017, p. 119).

loro stesso agire. E in fin dei conti: la lentissima attuazione che i partiti hanno dato alla Carta del 1948 cos'era se non un chiaro tentativo di impedire che essa potesse infine recidere il cordone ombelicale che la legava ai propri autori? Un tentativo di prolungare quello stato di incompiutezza durante il quale gli autori della Costituzione possono ancora pretendere di rimanere padroni della stessa. Ma le costituzioni sono altra cosa rispetto al soggetto costituente ⁽⁴²⁾ (quale esso sia) e neppure si può pretendere, come vedremo adesso, di ridurre il loro contenuto alle originarie intenzioni di quest'ultimo ⁽⁴³⁾.

Ciò accade in virtù del secondo carattere cui si faceva riferimento, che attiene al rapporto — complesso a dire il vero — che le costituzioni intrattengono con il tempo storico ⁽⁴⁴⁾; ci si riferisce in particolare, ad un peculiare destino al quale le costituzioni sono inevitabilmente portate ad andare incontro e che potremmo definire nei termini di una *naturale eterogenesi dei fini*. La nostra Carta repubblicana offre più di un esempio in merito, il più eclatante dei quali è rappresentato senza dubbio dalla giurisprudenza costituzionale e dal ruolo assunto con gli anni dalla Corte nell'ordinamento, lontano anni luce — come si è detto — dalle originarie (e poco centrate) intenzioni del costituente. L'esempio non rappresenta tuttavia un'eccezione, perché le costituzioni si muovono, non stanno mai ferme. « Al contrario di quanto non possa apparire a prima vista in considerazione del fatto che l'obiettivo primario cui esse tendono è l'autoconservazione », nota Massimo Luciani, « la prospettiva che le costituzioni abbracciano non è quella della *statica* » ⁽⁴⁵⁾. Sarebbe del resto assurdo il contrario, visto che hanno la pretesa di proiettarsi in un tempo molto lungo, tendenzialmente indefinito, tanto da indurre a ritenere che esse abbiano la pretesa di durare in eterno. Naturalmente nulla dura in eterno, ma l'espressione ci aiuta a comprendere come la dimensione tipica delle costituzioni sia dunque

⁽⁴²⁾ Peraltro, vi è anche chi, in dottrina, ha molto autorevolmente sostenuto la tesi dell'esaurimento del potere costituente, completamente assorbito dal potere di revisione costituzionale. Sul punto cfr. M. DOGLIANI, *Potere costituente e revisione costituzionale*, in « Quaderni costituzionali », XV (1995), 1, p. 7 e ss.

⁽⁴³⁾ La stessa corrente di pensiero statunitense che va sotto il nome di *originalismo* rivela, ad uno sguardo attento, la sua natura schiettamente ideologica. Si vedano sul punto le considerazioni di I. BARTRUM, *Originalist Ideology and the Rule of Law*, 2012, Scholarly Works, Paper 699 (<http://scholars.law.unlv.edu/facpub/699>).

⁽⁴⁴⁾ Una breve ma densa panoramica sul tema si può rinvenire in M. CAU, *La Costituzione nel tempo. Regimi di storicità di un progetto storico-politico*, in « Giornale di Storia costituzionale », 36 (2018), 2, p. 147 e ss.

⁽⁴⁵⁾ M. LUCIANI, *Dottrina del moto delle costituzioni e vicende della Costituzione repubblicana*, in *Dalla Costituzione "inattuata" alla Costituzione "inattuale"? Potere costituente e riforme costituzionali nell'Italia repubblicana*, a cura di G. Brunelli e G. Cazzetta, Milano, Giuffrè, 2013, p. 32. Il corsivo è nel testo.

quella « *dinamica*, nel senso che esse debbono raccogliere la sfida della storia e del cambiamento, accettando di essere in parte plasmate da quella realtà sociale che hanno inteso plasmare » (46). Questo è peraltro un carattere tipizzante l'intero universo giuridico, non solo quello costituzionale, perché il diritto, come nota Böckenförde, « sussiste per la realtà sociale e *in seguito ad essa* » (47); è cioè immerso in un continuo moto impostogli dal « suo compito di ordinamento sociale », che lo obbliga a dover « sempre, di nuovo *rispondere normativamente* a questi compiti storicamente mutevoli » (48). Il che, si badi bene, non significa affatto che le costituzioni debbano essere frequentemente mutate, cedendo così alla pressione della realtà sociale, perché di quella realtà sociale le norme — in primis quella costituzionale — sono parte integrante (49). Significa piuttosto che le norme devono essere sempre in grado, per usare le parole di Böckenförde, di *rispondere normativamente* ai mutevoli contesti storici e possono raggiungere questo scopo solo grazie ad una costante opera di attualizzazione. In altre parole, le costituzioni hanno molto meno bisogno di essere modificate di quanto non si pensi, per il semplice fatto che cambiano costantemente, e lo fanno da sole. Tanto che si potrebbe persino essere tentati di estendere al concetto di costituzione in generale la suggestiva metafora utilizzata molti anni fa da un giurista eclettico come Emilio Broglio per definire la costituzione storica del tipo britannico: « la costituzione si potrebbe paragonare a quegli alberi secolari e sempreverdi, come i cedri del Libano, i quali, perché mutano continuamente, una a una, le loro foglie, pare che non le mutino mai, e sieno sempre li stessi » (50).

In verità però le costituzioni non cambiano proprio da sole. Quel processo di continua attualizzazione che consente loro di rispondere ai mutamenti sociali deve essere avviato e poi condotto e portato a termine. Ad esso sono chiamati a contribuire una molteplicità di soggetti; e se per quanto riguarda gli assetti della forma di governo tra i principali figurano certamente le forze politiche, sul versante dell'evoluzione dei principi un ruolo assai significativo lo svolgono sia gli operatori del diritto — i pratici (giudici, avvocati) e i teorici (la dottrina) — sia gli stessi consociati. Perché le interpretazioni dei primi — soprattutto quelle giudiziali — scaturiscono direttamente da richieste di tutela o da pratiche necessità, che sono sempre e comunque sollevate

(46) *Ibidem*. Il corsivo è nel testo.

(47) E.W. BÖCKENFÖRDE, *La scuola storica e il problema della storicità del diritto* (1964), ora in Id., *Diritto e secolarizzazione. Dallo Stato moderno all'Europa unita*, a cura di G. Preterossi, Bari-Roma, Laterza, 2010, p. 21.

(48) *Ivi*, p. 22. In corsivo nel testo.

(49) LUCIANI, *Dottrina del moto*, cit., p. 34.

(50) E. BROGLIO, *Delle forme parlamentari*, Brescia, Tip. La sentinella bresciana, 1865, pp. 370-371.

dai secondi. Il che offre lo spunto per una possibile alternativa risposta alla questione posta da Romanelli circa i motivi della reticenza mostrata dalla società italiana ad accogliere le proposte di revisione costituzionale avanzate nel tempo. Potrebbe infatti ben darsi che gli elettori italiani non abbiano sinora percepito la Costituzione come un ostacolo o un problema; che non le attribuiscono insomma la responsabilità di aver « frenato lo sviluppo del paese » (p. 290). Per ricercare quello che Maurizio Fioravanti aveva definito « il sentimento popolare per la Costituzione » ⁽⁵¹⁾, in fondo, non c'è da scomodare chissà quale alto senso di patriottismo costituzionale. È più che sufficiente la sensazione di trovarsi a proprio agio nell'ordinamento retto dall'ottuagenaria Carta del 1948, per poter concludere che quell'opera di costante attualizzazione della stessa abbia dato negli anni — tutto sommato — buona prova di sé.

⁽⁵¹⁾ M. FIORAVANTI, *Il « sentimento popolare » per la Costituzione*, inserito in appendice a ID., *La Costituzione democratica. Modelli e itinerari del diritto pubblico del ventesimo secolo*, Milano, Giuffrè, 2018, p. 477 e ss.

FERDINANDO MAZZARELLA

LA « RESILIENZA » DELLA CAUSA.
BREVI CONSIDERAZIONI SULLE RAGIONI
DI UNA CATEGORIA CONTROVERSA

(A proposito di *Causa contractus. Auf der Suche nach den Bedingungen der Wirksamkeit des vertraglichen Willens*, ed. by G. Albers, F.P. Patti and D. Perrouin-Verbe, Tübingen, Mohr Siebeck, 2022 ⁽¹⁾)

1. Nella geografia del diritto contrattuale, la nozione di causa occupa una regione centrale, è il punto focale nel quale si incontrano le teorie che aspirano a definire il fondamento del vincolo obbligatorio derivante dal contratto. Come un Aleph, la causa è il punto in cui si concentrano tutti i punti, il concetto nel quale si intersecano tutti i concetti che esprimono l'esigenza di valutare le libere espressioni dell'autonomia privata sulla base di parametri obiettivamente apprezzabili. Nelle diverse tradizioni nazionali, i discorsi sulla causa si intrecciano pertanto con le logiche della buona fede e dell'equità, con le istanze di equilibrio e proporzionalità, con i principi di giustizia, eguaglianza e solidarietà, con istituti e categorie, come l'errore, la presupposizione, l'arricchimento, la risoluzione e la nullità.

Ma è soprattutto nel modo in cui si combina con l'altro elemento del contratto, quello soggettivo della volontà, che la causa assume una specifica identità, cambiando significato e valore a seconda dei contesti, storici e culturali. Nell'equilibrio tra causa e consenso si definisce la cifra di una civiltà giuridica, perché dal reciproco rapporto tra questi due elementi, dal maggior rilievo dell'uno o dell'altro, dipende la concezione del contratto, che riflette a sua volta una precisa visione antropologica (individualistica, statualistica, comunitaristica) e una diversa concezione politica (liberale, totalitaria, democratica). La storia del negozio giuridico, come scriveva Calasso, ha ad oggetto « il processo di precipitazione dei due elementi, soggettivo e oggettivo (volontà e

(1) D'ora in avanti *Causa contractus*.

causa), nel *quid* in cui essi perdono la propria natura specifica e diventano l'atto o negozio previsto dall'ordinamento » (2).

Proprio per questa sua congenita poliedricità, la causa sfugge a una definizione unitaria, appare come una nebulosa, uno strumento indefinito di controllo, che minaccia, per la sua stessa vaghezza, di intaccare l'autonomia negoziale dei privati. E proprio per i suoi intrinseci collegamenti con altri istituti, la causa è stata ritenuta superflua da una serie di movimenti anti-causalisti, che ne hanno già nell'Ottocento reclamato la soppressione o avvertito l'introduzione. « Purtroppo », scriveva nel 1947 Stolfi, nessuna disposizione chiarisce cosa sia la causa e in cosa si distingua dall'oggetto e dal motivo, tanto da insinuare nella dottrina la convinzione della « inutilità di questo enigmatico requisito, fino al punto da qualificarlo il quarto lato del triangolo » (3).

Annoverata tra gli elementi essenziali del contratto dall'art. 1108 del *Code civil*, la causa non ha trovato un suo specifico spazio (né come requisito né come definizione) nell'intelaiatura del BGB, formalmente inchiodato su una concezione volontaristica del negozio giuridico. I principi elaborati a livello comunitario, da quelli *Unidroit* del 1994 (PICC) al *Common European Sales Law* del 2011 (CESL), passando per i *Principles of European Contract Law* della Commissione Lando (PECL), hanno indirizzato in senso liberale il diritto europeo dei contratti, risolvendo nell'accordo (e nelle fasi ad esso propedeutiche) l'essenza del vincolo contrattuale (4). Da ultimo, nel 2017, il requisito della causa è stato espunto dal Codice civile francese in forza dell'ordinanza di riforma n. 2016-131, che ha ridotto a tre i requisiti per la validità del contratto: il consenso, la capacità e un contenuto lecito e determinato (5).

2. Per quale motivo, allora, continuare a indagare e coltivare una nozione controversa come la causa (6)? Perché smarrirsi dentro l'enigma, ostinarsi a sostenere la rilevanza di un istituto che sembra

(2) F. CALASSO, *Il negozio giuridico*, Milano, Giuffrè, 1967, p. 293.

(3) G. STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*, Padova, Cedam, 1947, p. 29. Il riferimento era in particolare a G. GIORGI, *Teoria delle obbligazioni nel diritto moderno italiano*, vol. III, Firenze, Cammelli, 1877, n. 446, p. 514.

(4) R. SCHULZE, F. ZOLL, *European Contract Law*, Baden-Baden-München-Oxford, Nomos-Beck-Hart, 2021³, pp. 131-133. Cfr. già l'approccio problematizzante di E. NAVARRETTA, *Le ragioni della causa e il problema dei rimedi. L'evoluzione storica e le prospettive nel diritto europeo dei contratti*, in « Rivista di diritto commerciale », 101 (2003), I, pp. 979-1002.

(5) Art. 1128 del Codice civile francese vigente.

(6) Una delle teorie « più difficili », equivocate e incomprese dell'intero *Code civil*, annotava già B. WINDSCHEID, *Zur Lehre des Code Napoleon von der Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte*, Düsseldorf, Buddeus, 1847, p. 270.

vivere una « crisi » perenne ⁽⁷⁾ e insistere nell'uso di una categoria che una dottrina autorevole considera ormai « affievolita », « svuotata » ⁽⁸⁾? Le ragioni sono illustrate da Gregor Albers nell'introduzione di un volume, intitolato *Causa contractus*, curato insieme a Francesco Paolo Patti e Dorothée Perrouin-Verbe, al termine di un triennio di conferenze trilaterali presso il Centro di ricerca di Villa Vigoni ⁽⁹⁾. Un volume enciclopedico, a testimonianza della complessità del tema, che declina la nozione di causa sia in prospettiva diacronica, dal diritto romano a un futuro indefinito, che in prospettiva sincronica, attraverso una stimolante comparazione tra i regimi (e le tradizioni) vigenti in Francia, Italia, Germania e Inghilterra ⁽¹⁰⁾. La causa — è l'idea che sta al fondo del volume — continua a dividere, a far discutere, a catturare l'attenzione dei giuristi per la sua « resilienza », che dimostra la sua interconnessione con le più rilevanti questioni del diritto dei contratti ⁽¹¹⁾. Forse non sono rubricate sotto la voce « causa », ma tutte le operazioni volte a valutare la validità di un contratto rispetto alle logiche dell'ordinamento implicano un riferimento diretto o indiretto al tema della causa.

Anche dove è stata nominalmente soppressa o idealmente respinta, la causa riaffiora sul piano filosofico in una moltitudine di teorie, che prediligono sul piano tecnico l'impiego di categorie e istituti diversi. Anche in Francia, dove il requisito della causa è stato « abbandonato », sembra chiaro trattarsi, come rileva Thomas Genicon, di un « abbandono formale », non di un « abbandono sostanziale », perché il legislatore non ha certo voluto (e forse nemmeno avrebbe potuto) rinunciare al ruolo sostanziale svolto dalla teoria della causa ⁽¹²⁾. Anche in Germania, dove l'ostracismo della dottrina l'ha relegata al di fuori dei confini codicistici, la nozione di causa è stata al centro di appassionate discussioni tra Otto e Novecento, ripresentandosi puntualmente sotto molteplici forme, presupposta o sottintesa quando si trattava di giustificare il diritto di non adempiere una prestazione, di averla indietro o di vederla modificata a

⁽⁷⁾ M. GIORGIANNI, *Causa (dir. priv.)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. VI, Milano, Giuffrè, 1960, p. 547.

⁽⁸⁾ N. LIPARI, *Le categorie del diritto civile*, Milano, Giuffrè, 2013, pp. 166-173. In senso critico F.D. BUSNELLI, *Quale futuro per le categorie del diritto civile?*, in « Rivista di diritto civile », 2015, pp. 5-6.

⁽⁹⁾ G. ALBERS, *Why Cause of Contract again, and how?*, in *Causa contractus*, pp. 1-16.

⁽¹⁰⁾ Un esperimento simile era già stato felicemente compiuto in un noto congresso internazionale tenuto tra Palermo e Trapani dal 7 al 10 giugno del 1995: *Causa e contratto nella prospettiva storico-comparatistica*, a cura di L. Vacca, Torino, Giappichelli, 1997.

⁽¹¹⁾ ALBERS, *Why Cause of Contract again*, cit., pp. 1-4.

⁽¹²⁾ T. GENICON, *L'avenir de la cause en droit français des contrats*, in *Causa contractus*, p. 717.

seguito del mutamento delle circostanze ⁽¹³⁾. La nozione di causa è stata ritenuta superflua o comunque non necessaria, ma la sua funzione riconosciuta implicitamente come indispensabile proprio da quelle teorie tedesche che tra sostituzione, accettazione e adattamento, hanno escogitato modi diversi o paralleli per raggiungere gli stessi risultati pratici ⁽¹⁴⁾: le teorie che inquadravano il tema nella disciplina dell'arricchimento, facendo leva sul principio restitutorio della *condictio causa data causa non secuta* e della *condictio ob turpem vel iniustam causam* ⁽¹⁵⁾; la teoria della presupposizione di Windscheid (« Voraussetzungslehre »), che salvaguardava chi avesse assunto un'obbligazione nel presupposto implicito che esistesse e permanesse una determinata situazione, suggerendo una lettura in chiave soggettivistica della clausola *rebus sic stantibus* ⁽¹⁶⁾; la teoria della base negoziale di Oertmann (« Geschäftsgrundlagenlehre »), che sviluppava in senso oggettivistico la teoria di Windscheid, traslando la logica della presupposizione verso il fondamento dell'intero negozio, ma conservando la prospettiva soggettivistica nel rilievo dato alla rappresentazione delle parti ⁽¹⁷⁾.

3. La teoria della causa ha trasversalmente risposto alle problematiche affrontate nell'articolata galassia delle teorie contrattuali, fornendo uno strumento concettuale unitario per vagliare la 'razionalità', diversamente intesa ed estesa a seconda del contesto, dell'atto di autonomia privata, nel condiviso presupposto che non fosse sufficiente il mero accordo, il solo consenso, il nudo patto, per costituire e mantenere un'obbligazione valida.

Già la tipicità del diritto romano, mediante l'inquadramento negli schemi previsti dall'ordinamento, implicava un 'controllo' sulle manifestazioni dell'autonomia privata. L'antico sistema contrattuale romano prevedeva che l'*obligatio ex contractu* potesse nascere soltanto dall'attuazione di una serie limitata di figure tipiche, raggruppate nelle quattro categorie gaiane dello *obligari re, verbis, litteris e consensu* (*Inst.* 3.89), identificando dunque la fonte dell'obbligazione non già nel « consensus dei contraenti, solo timidamente e limitatamente affermantesi nella categoria dei contratti consensuali », ma nel *negotium*, e segnatamente

⁽¹³⁾ Proprio al tema del mutamento delle circostanze è opportunamente dedicato il terzo dei quattro capitoli del volume *Causa contractus*, pp. 517-702.

⁽¹⁴⁾ G. ALBERS, *Die causa vom Code civil zum BGB. Zuwendungen tragen statt Verpflichtungen begründen*, in *Causa contractus*, pp. 263-321.

⁽¹⁵⁾ Ivi, pp. 273-275.

⁽¹⁶⁾ B. WINDSCHEID, *Die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung*, Düsseldorf, Buddeus, 1850, specialmente pp. 1-11. Ma già prima, estesamente, Id., *Zur Lehre des Code Napoleon*, cit., pp. 270-322.

⁽¹⁷⁾ P. OERTMANN, *Die Geschäftsgrundlage. Ein neuer Rechtsbegriff*, Leipzig-Erlangen, Deichert'sche-Scholl, 1921, pp. 25-38.

nella « obbiettività dei suoi requisiti formali o materiali » (18). Perfino nei quattro contratti consensuali (« emptio venditio », « locatio conductio », « mandatium » e « societas »), non era tanto sul consenso che il diritto romano poneva l'accento, quanto sulla bilateralità del rapporto obbligatorio, sulla sinallagmaticità, che faceva sì, causalmente appunto, che l'assunzione di un'obbligazione di una parte fosse giustificata dall'obbligazione dell'altra.

È precisamente questo elemento, la sinallagmaticità, a connotare la funzione del contratto nel diritto romano, secondo un modo di pensare destinato a condizionare la cultura giuridica occidentale. L'esistenza di una causa è in grado di giustificare la nascita di un'obbligazione anche al di fuori delle figure contrattuali tipiche, ma la causa esiste solo quando il contratto è strutturato in modo da realizzare un sinallagma, uno scambio di prestazioni. Non è il consenso, ma l'adempimento della prestazione, nei contratti innominati, a giustificare la pretesa della controprestazione (*do ut des, do ut facias*). Il sinallagma — come ricostruisce brillantemente Tommaso dalla Massara — dall'etica aristotelica giunge attraverso Labeone fino ad Aristone, che ne affina il senso facendone il perno della teoria del contratto (19). La causa, per il giurista di età traiana, consiste nella funzione del contratto, che può dirsi assoluta, nei contratti a titolo oneroso, quando lo spostamento patrimoniale avviene sulla base di una struttura sinallagmatica, a fronte cioè di uno scambio, di un reciproco vantaggio, in omaggio a un principio di giustizia commutativa. La causa si presenta dunque come la funzione, il sinallagma come la struttura (20).

Nemmeno nei contratti innominati, come argomentava già Astuti, è dunque possibile ravvisare nel consenso l'elemento centrale, perché

anzi la loro efficacia obbligatoria è riconosciuta precisamente in quanto si osserva che in queste fattispecie 'conventio non est nuda... sed habet in se negotium aliquod' (D.19.5.15). E proprio in antitesi a queste figure, la giurisprudenza enuncia il principio fondamentale per cui 'cum nulla subest

(18) G. ASTUTI, *I principi fondamentali dei contratti nella storia del diritto italiano*, in « Annali di Storia del Diritto », 1 (1957), pp. 13-41, ora in ID., *Tradizione romanistica e civiltà giuridica europea*, Napoli, E.S.I., 1984, vol. II, p. 1034.

(19) T. DALLA MASSARA, *Die causa des Vertrages im Denken des Aristo: zu den Ursprüngen einer Idee*, in *Causa contractus*, pp. 37-66. Cfr. anche ID., *Alle origini della causa del contratto. Elaborazione di un concetto nella giurisprudenza classica*, Padova, Cedam, 2004, pp. 293-326. La teoria di Aristone, che rispondeva a Celso, è riferita da Ulpiano, come risulta nel frammento D.50.16.19, del quale si riporta qui solo la prima parte: « sed et si in alium contractum res non transeat, subsit tamen causa, eleganter Aristo Celso respondit esse obligationem. Ut puta dedi tibi rem ut mihi aliam dares, dedi ut aliquid facias: hoc συνάλλαγμα esse et hinc nasci civilem obligationem ».

(20) DALLA MASSARA, *Die causa des Vertrages im Denken des Aristo*, cit., p. 57.

causa, propter conventionem... constat non posse constitui obligationem: igitur nuda pactio obligationem non parit' (D.2.14.7.4) ⁽²¹⁾.

Il *pactum* o la *conventio* sono nudi non solo perché non rivestiti da una forma, ma anche e soprattutto perché non sorretti dal necessario fondamento obiettivo di una causa. Perfino nella *stipulatio*, la cui validità derivava dalla pronuncia di *certa verba*, il debitore avrebbe potuto ottenere dal pretore, dimostrando un difetto di causa, una *exceptio* per paralizzare la domanda di adempimento o una *condictio* per avere indietro la prestazione adempiuta *sine causa* ⁽²²⁾.

4. I Glossatori avrebbero formalmente ricalcato le linee dell'impianto giustiniano, tenendo fermo il principio *ex nudo pacto obligatio non oritur*, ma avrebbero anche dato un primo fondamentale impulso all'elaborazione di una categoria generale di contratto basata sulla causa ⁽²³⁾. La teoria dei *vestimenta pactorum*, con la quale Piacentino e Azzone cercavano di allentare le maglie della tipicità romanistica, cristallizzava infatti in termini generali la necessità di ancorare le manifestazioni di volontà all'ordinamento giuridico ⁽²⁴⁾.

Il grande merito dei Glossatori fu quello di fare del *contractus*, in quanto *pactum vestitum*, una *species* del più ampio *genus* del *pactum*. Quella dei *pacta vestita*, ha scritto Birocchi, era « una creazione di notevole rilievo, destinata a inserirsi come un cuneo nella disciplina

⁽²¹⁾ ASTUTI, *I principi fondamentali dei contratti*, cit., p. 1039. Si veda anche Id., *Contratto (dir. intermedio)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. IX, Milano, Giuffrè, 1961, pp. 759-784.

⁽²²⁾ G. ALBERS, *History of a Notion*, in *Causa contractus*, p. 21. Sul punto anche E. GIANNOZZI, *Le caractère contraignant des contrats en droit romain classique*, ivi, pp. 394-399.

⁽²³⁾ Il contributo di novità dato dalla giurisprudenza medievale alla disciplina dei contratti è sottolineato da P. GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, Roma-Bari, Laterza, 1996, pp. 242-253.

⁽²⁴⁾ Il tema è affrontato nella sua interezza da M. SCHERMAIER, *Die Rolle der causa bei der Überwindung des Typenzwangs durch die mittelalterlichen Juristen*, in *Causa contractus*, pp. 97-152. Sul concetto giuridico di *pactum* e sulla teoria dei *vestimenta* nel diritto comune cfr. estesamente R. VOLANTE, *Il sistema contrattuale del diritto comune classico. Struttura dei patti e individuazione del tipo. Glossatori e Ultramontani*, Milano, Giuffrè, 2001. Si vedano inoltre H. DILCHER, *Der Typenzwang im mittelalterlichen Vertragsrecht*, in « Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte », 67 (1960), RA, pp. 270-303; J. GORDLEY, *The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine*, Oxford, Clarendon Press, 1991, pp. 30-68; A. GUZMÁN BRITO, *Causa del contrato y causa de la obligación en la dogmática de los juristas romanos, medievales y modernos y en la codificación europea y americana*, in « Revista de estudios histórico-jurídicos », 23 (2001), pp. 209-367; A. SÖLLNER, *Die causa im Konditionen- und Vertragsrecht des Mittelalters bei den Glossatoren, Kommentatoren und Kanonisten*, in « Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte », 67 (1960), RA, pp. 182-269.

delineata nel *corpus iuris* perché faceva emergere il principio che l'accordo (*pactum*), cui si aggiungesse un particolare elemento (*vestimentum*) che lo giustificasse in seno all'ordinamento, era produttivo di effetti giuridici » (25). Ogni *conventio* avrebbe potuto generare un'obbligazione valida, purché sorretta da un elemento obiettivo, un 'vestimento' aggiuntivo riconosciuto dall'ordinamento, fosse « un *nomen* speciale, come nelle quattro categorie dei contratti nominati, o una prestazione (*res*) già compiuta, o la connessione con un contratto (*cohaerentia contractui*), o ancora la speciale previsione di una legge (*pacta legitima*) o la specifica tutela pretoria (*pacta pretoria*) » (26).

Sullo sfondo della teoria, i Glossatori svilupparono una dottrina generale della causa, una dottrina di matrice etico-religiosa, retta dai principi dell'*aequitas*: al pari della *lex*, l'atto di autonomia privata si fondava su una causa, una *causa civilis*, che si presumeva conforme ai principi dell'etica civile e religiosa, ovvero, da una diversa prospettiva, alla *causa naturalis* (27). La causa si presentava come « la cerniera ove entravano in contatto il *licitum* e l'*honestum* », tendeva a convergere con la *ratio*, con l'*aequitas*, con i principi inespressi, etici e fattuali, che sottostavano all'ordine positivo della comunità civile (28). « Causa, nella sua maggiore latitudine concettuale è, pei Glossatori, la rilevanza giuridica dei fatti umani, e precisamente quell'elemento che consente a questi fatti di produrre le conseguenze che l'ordinamento giuridico prevede » (29).

5. Schiacciato dall'*auctoritas* del diritto romano, il principio consensualistico iniziava invece la sua ascesa in ordinamenti diversi, come il *ius canonicum* e il *ius mercatorum*, che attribuivano alla parola data un'efficacia vincolante, in virtù di un 'sacro' principio di affidabilità (e di *simplicitas*), radicato tanto nell'*aequitas canonica* (e per vero anche *civile*) quanto nella *fides mercatorum*. Una tendenza che emergeva dalla prassi, registrata anche dai Commentatori, che si spingevano infatti oltre gli approdi della Glossa. Da un lato, come conferma Martin Schermaier, distinguendo, grazie alla rilettura tomistica di Aristotele, la *causa impulsiva* dalla *causa finalis* e definendo quest'ultima come scopo obiettivo dell'atto, come aspettativa di ciascuna parte di ricevere

(25) I. BIROCCHI, *Saggi sulla formazione storica della categoria generale del contratto*, Cagliari, Cucc, 1988, p. 107.

(26) *Ibidem*.

(27) E. CORTESE, *La norma giuridica. Spunti teorici nel diritto comune classico*, vol. I, Milano, Giuffrè, 1962, pp. 183-296; Id., *Causa (dir. interm.)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. VI, Milano, Giuffrè, 1960, pp. 540-542.

(28) CORTESE, *La norma giuridica*, cit., p. 188. Sulla dimensione fattuale dell'*aequitas* medievale GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, cit., pp. 175-182.

(29) CALASSO, *Il negozio giuridico*, cit., p. 216.

l'adempimento dell'altra ⁽³⁰⁾. Dall'altro lato mostrando un inedito interesse per l'elemento soggettivo, valorizzando il ruolo del consenso, di per sé ritenuto non sufficiente, ma considerato un elemento essenziale del contratto (« ubi deest consensus, ibi non est stipulatio, nam ut sic dixerim Medulla cuiuslibet contractus stat in consensu ») ⁽³¹⁾.

Il punto di svolta, come ricorda Klaus Kowalski, giungeva però con la filosofia giusnaturalistica dell'età moderna, nel clima di storicizzazione del diritto romano, e di contestuale apertura verso i diritti nazionali, favorito dall'Umanesimo giuridico ⁽³²⁾. Dopo le fondamenta romane e medievali, il tornante dei secoli XVI e XVII scolpiva le linee del modello individualistico di contratto e in ultima analisi del « modello di contratto del diritto privato europeo » ⁽³³⁾. La dottrina dei *pacta* costituiva un terreno ideale sul quale sperimentare l'atteggiamento di ricostruzione critica del diritto romano, secondo quella tecnica che consisteva nell'evidenziare la distanza tra il diritto comune e il diritto vigente ⁽³⁴⁾.

Riletto dalla moderna dottrina del diritto naturale, il principio in base al quale il nudo patto generava una *naturalis obligatio* spingeva a riconoscere forza obbligatoria a qualunque promessa, indipendentemente dal tipo e dalla forma, in perfetta sintonia con i *mores* e le normative locali delle nuove realtà nazionali. Da Lessius a Molina, da Soto a Covarrubias, da Grozio a Pufendorf, gli esponenti della Seconda Scolastica spagnola e dell'*Usus modernus Pandectarum* superavano la distinzione tra patto e contratto e quella tra patto nudo e patto vestito, approdando a una categoria generale di contratto, imperniata sull'elemento volontaristico. La riflessione della dottrina si spostava sull'elemento soggettivo del negozio giuridico, sulla volontà e sui suoi requisiti, sulla disciplina dei vizi della volontà (*metus, error, dolus, fraus*) ⁽³⁵⁾.

⁽³⁰⁾ M. SCHERMAIER, *Die Rolle der causa*, cit., pp. 119-120. Sul punto GORDLEY, *The Philosophical Origins*, cit., pp. 49-68.

⁽³¹⁾ BALDUS DE UBALDIS, *Comm. D.2.14.7.4, de pactis l. iuris gentium* (ed. Venetiis, Iuntas, 1572, f. 139).

⁽³²⁾ K. KOWALSKI, *Die causa des Vertrages im Naturrecht der frühen Neuzeit*, in *Causa contractus*, pp. 153-200.

⁽³³⁾ B. SCHMIDLIN, *Der Vertrag im europäischen Zivilrecht*, Genève-Zürich-Bâle, Schulthess, 2011, pp. 66-72. Si vedano I. BIROCCHI, *Causa e definizione del contratto nella dottrina del Cinquecento*, in *Causa e contratto*, cit., pp. 189-215, e GORDLEY, *The Philosophical Origins*, cit., pp. 1-9 e 70-133.

⁽³⁴⁾ Esaustivamente I. BIROCCHI, *Causa e categoria generale del contratto. Un problema dogmatico nella cultura privatistica dell'età moderna*, I, *Il Cinquecento*, Torino, Giappichelli, 1997.

⁽³⁵⁾ Ampiamente W. DECOCK, *Theologians and Contract Law: The Moral Transformation of the Ius Commune (ca. 1500-1650)*, Leiden/Boston, Brill/Nijhoff, 2013, pp. 216-327.

Ma il nuovo approccio non escludeva la rilevanza della causa, che assumeva anzi un ruolo cruciale nella valutazione del contratto. Per essere vincolante, la volontà avrebbe infatti dovuto presentare, secondo i precetti della morale tomistico-aristotelica, virtù imprescindibili (*veritas, fides*). Una volontà esente da vizi, libera e piena, presupponeva un processo deliberativo sorretto da una causa, implicava la mancanza di errori sulla *substantia* del contratto, una consapevole considerazione da parte del promittente dello scopo per il quale assumeva l'obbligazione⁽³⁶⁾. L'esistenza della causa, intesa come scopo soggettivo del promittente, dimostrava l'integrità della volontà, che veniva difatti presunta quando la causa fosse stata espressamente menzionata nel contratto (*expressio causae*). Da giustificazione esterna, la causa diventava un indizio della virtuosità del consenso⁽³⁷⁾. Non solo. Anche la causa, aggiungeva Grozio, avrebbe dovuto essere virtuosa, giusta, non illecita (*causa vitiosa*)⁽³⁸⁾. E il contratto, specificava ulteriormente Pufendorf, assicurare obiettivamente un'utilità, un vantaggio al creditore e una sostenibilità al debitore, in un senso che sembrava vagamente avvicinare il concetto di causa a quello di funzione sociale⁽³⁹⁾.

6. L'ingresso della causa nel *Code civil* avveniva dunque nel solco tracciato dalla Seconda Scolastica. Attraverso la mediazione di Domat e Pothier, la dottrina consegnava al legislatore napoleonico un modello astratto di contratto, basato sul principio generale della vincolatività del consenso, ma articolato nei due poli della volontà e della causa, dell'autonomia e della morale. La causa identificava la ragione oggettiva che giustifica la tutela dell'ordinamento, ma al tempo stesso la giustificazione soggettiva dell'obbligo di adempiere la prestazione, che nei contratti a titolo oneroso derivava dall'aspettativa della controprestazione e nelle donazioni dallo spirito di liberalità⁽⁴⁰⁾.

Il testuale collegamento, negli articoli 1108 e 1131 del Codice, tra la causa e l'obbligazione (anziché il contratto), avrebbe ovviamente fa-

⁽³⁶⁾ Sulla stretta correlazione tra il ruolo centrale del consenso e la nozione (civile e canonica) di causa ivi, pp. 149-153.

⁽³⁷⁾ KOWALSKI, *Die causa des Vertrages im Naturrecht*, cit., pp. 156 e 174-182.

⁽³⁸⁾ H. GROTIUS, *De Jure belli ac pacis*, Marburgi Cattorum, Müllerum, 1734, lib. II, cap. XI, § IX, pp. 296-297. Cfr. KOWALSKI, *Die causa des Vertrages im Naturrecht*, cit., pp. 188-191.

⁽³⁹⁾ S. PUFENDORF, *De Jure naturae et gentium*, Francofurti ad Moenum, Knochi, 1706, lib. III, cap. V, § IX, pp. 365-366. L'espresso parallelismo tra « causa » e « soziale Funktion » in Pufendorf è suggerito in particolare da K. LUIG, *Causa und Innominatvertrag in der Vertragslehre zur Zeit des Naturrechts*, in *Causa e contratto*, cit., pp. 228-231.

⁽⁴⁰⁾ R.J. POTHIER, *Traité des obligations*, 1761, in *Œuvres de Pothier*, vol. I, Paris, Béchet Ainé, 1824, n. 42, p. 24.

vorito, conformemente allo spirito individualistico del liberalismo, una lettura di stampo soggettivistico ⁽⁴¹⁾. « La cause de l'obligation » sarebbe stata intesa dalla dottrina, impegnata nel ricamo esegetico del dato positivo, come lo scopo in vista del quale si obbligava il promittente, vale a dire « la chose que l'autre lui a donnée, ou lui donne, ou l'obligation de celle-ci de la lui donner, ou ce qu'elle a fait ou doit faire pour elle » ⁽⁴²⁾.

Solo alla fine del secolo, di fronte a una realtà sociale che metteva a nudo l'anacronismo dell'approccio individualistico, iniziava a prendere forma, specialmente nella dottrina italiana, un processo di oggettivizzazione della causa e di riscrittura del contratto in senso sociale ⁽⁴³⁾. Con Scialoja, Bonfante e Bensa, la romanistica ristrutturava il ponte tra volontà e ordinamento, elemento psicologico e ordine sociale, considerando la causa (il problema « più discusso e più indecifrabile della dottrina moderna del diritto ») non più come « movente ultimo per cui la parte agisce » (la controprestazione), ma come ragion d'essere dell'intera operazione negoziale, non disarticolata, né valutata dal punto di vista dell'utilità individuale, ma intesa in senso oggettivo, come « negozio », funzione tipica riconosciuta dalla legge ⁽⁴⁴⁾.

Per la civilistica neoterica, era ormai chiaro come il contratto svolgesse « una funzione sociale »: « quanto al suo costituirsi », esso era infatti « l'espressione della volontà individuale, perché libere le parti di formarlo o no », ma « quanto alla sua efficacia obbligatoria », esso era invece « l'espressione della necessità sociale », perché « dal momento in cui le volontà subiettive dei contraenti si fondono in una che è la volontà obbiettiva risultante dal loro concorso, esse non sono che parte integrante di un organismo, quello del contratto », i cui effetti e i cui limiti sono stabiliti dalla legge ⁽⁴⁵⁾.

⁽⁴¹⁾ A.M. GAROFALO, *Itinerari della causa dal Code civil del 1804 al Codice civile del 1942*, in *Causa contractus*, pp. 205-227.

⁽⁴²⁾ A. DURANTON, *Cours de droit français suivant le Code civil*, vol. X, Paris, Thorel-Guilbert, 1844⁴, n. 326, p. 315.

⁽⁴³⁾ Cfr. G. CHIODI, *La funzione sociale del contratto: riflessioni di uno storico del diritto*, in *La funzione sociale nel diritto privato tra XX e XXI secolo*, a cura di F. Macario e M.N. Miletti, Roma, Tre-Press, 2017, pp. 151-168, e F. MAZZARELLA, *Per una preistoria del Progetto italo-francese di Codice delle obbligazioni e dei contratti. Dalla Scuola sociale alla socializzazione del diritto privato*, in *Bürgerliches Recht im nachbürgerlichen Zeitalter — 100 Jahre Soziales Privatrecht in Deutschland, Frankreich und Italien*, herausgegeben von D. Deroussin, M. Löhnig, F. Mazzarella, S. Wagner, Band I, *Vom Liberalen zum Sozialen Privatrecht? Der französisch-italienische Obligationenrechts-Entwurf von 1927*, Frankfurt am Main, Klostermann, 2022, specialmente pp. 156-161.

⁽⁴⁴⁾ P. BONFANTE, *Il contratto e la causa del contratto*, in « Rivista di diritto commerciale », 6 (1908), I, pp. 115 e 122-125.

⁽⁴⁵⁾ E. CIMBALI, *La funzione sociale dei contratti e la causa giuridica della loro forza obbligatoria* (1884), ora in Id., *Studi di diritto civile*, Torino, Unione Tipografico-

L'oggettivizzazione della causa avrebbe ovviamente raggiunto il suo culmine con Emilio Betti, che fin dagli anni Venti, in una personale cornice anti-liberale, avrebbe chiarito la sua concezione del negozio come originaria (pregiuridica) espressione della coscienza sociale e della causa come « scopo pratico » del negozio, riconosciuto dal diritto solo se lecito e socialmente utile ⁽⁴⁶⁾. Non ogni atto dell'autonomia privata avrebbe ricevuto tutela giuridica, ma solo l'accordo sociale diretto a uno scopo degno di tutela: il negozio avente « un compito la cui rilevanza sociale, solo in quanto viene riconosciuta dall'ordine giuridico, è adatta a giustificare la tutela giuridica dell'autonomia privata, a costituire perciò la base (causa) della tutela giuridica » ⁽⁴⁷⁾. La causa diventava « la funzione economico-sociale che il diritto riconosce degna di sanzione e che sola giustifica la tutela giuridica dell'autonomia privata » ⁽⁴⁸⁾. Una concezione « oggettiva », che assegnava inoltre alla causa una valenza non più solo negativa (liceità), ma anche « positiva » ⁽⁴⁹⁾ (utilità, idoneità, meritevolezza), secondo uno schema che si presta, come ha scritto Brutti ⁽⁵⁰⁾, a derive eteronome e dirigiste, ma che può anche interpretarsi, a giudizio di Barcellona, come « una formula neutra », e funzionare in un contesto liberale o democratico, tutto dipendendo « dall'ordine al quale viene riferita » ⁽⁵¹⁾.

7. Ripercorrere in queste poche pagine i tempi e i modi della causa aveva come unico scopo quello di compattarne le manifestazioni, in modo da rintracciare un filo unitario che ne mettesse in evidenza la *ratio*. Non il suo significato, il suo valore, la sua nozione. Ma la sua

Editrice, 1900², p. 63. Assai significativo, in quel torno di anni, il contributo di G. VENEZIAN, *La causa dei contratti* (1889), in forma definitiva 1892, poi in Id., *Opere giuridiche*, vol. I, Roma, Athenaeum, 1919, pp. 345-411.

⁽⁴⁶⁾ E. BETTI, *Corso di Istituzioni di diritto romano*, vol. I, *Parte generale (escluso il processo)*, Padova, Cedam, 1928, p. 284.

⁽⁴⁷⁾ E. BETTI, *Der Typenzwang bei den römischen Rechtsgeschäften und die sogenannte Typenfreiheit des heutigen Rechts* (1944), trad. it. *La tipicità dei negozi giuridici romani e la cosiddetta atipicità del diritto odierno* (1966), ora in Id., *Diritto Metodo Ermeneutica*, Milano, Giuffrè, 1991, p. 351.

⁽⁴⁸⁾ E. BETTI, *Per la riforma del Codice civile in materia patrimoniale (fasi di elaborazione e mete da raggiungere)*, in « Rendiconti del Reale Istituto Lombardo di Scienze e Lettere », 74 (1940-41), p. 326.

⁽⁴⁹⁾ (49) Ivi, p. 327.

⁽⁵⁰⁾ M. BRUTTI, *Vittorio Scialoja, Emilio Betti. Due visioni del diritto civile*, Torino, Giappichelli, 2013, pp. 117-124. Sul punto M. MILETTI, *Diritto privato e funzione economico-sociale: radici bettiane d'una formula*, in *La funzione sociale nel diritto privato*, cit., p. 13.

⁽⁵¹⁾ M. BARCELLONA, *Della causa. Il contratto e la circolazione della ricchezza*, Padova, Cedam, 2015, p. 54.

funzione: la causa della causa. L'indagine storico-comparatistica restituisce una categoria concettuale che si presenta come il crocevia di uno sterminato numero di dottrine e interpretazioni, che sembrano tuttavia convergere sulla loro 'causa' (efficiente e finale): giustificare lo spostamento patrimoniale da un soggetto a un altro sulla base di parametri (etici, sociali, economici, culturali, religiosi, formali, fattuali) riconosciuti dall'ordine giuridico.

Se questo è vero, il futuro della causa — al quale nel volume curato da Albers, Patti e Perrouin-Verbe è opportunamente dedicato l'intero ultimo capitolo ⁽⁵²⁾ — sembra ricco più di certezze che di incertezze. Il requisito della causa può essere espunto, soppresso o respinto sul piano legislativo, ma non può essere negata, com'è stato acutamente osservato, la necessità che la circolazione della ricchezza avvenga secondo pratiche condivise, a loro volta fondate, in base ai contesti storici e culturali, su visioni individualistiche o solidaristiche, laiche o religiose, utilitaristiche o solidaristiche ⁽⁵³⁾. Che venga connotata in senso soggettivo o oggettivo, positivo o negativo, sociale o individuale, tipico o atipico, astratto o concreto ⁽⁵⁴⁾, la causa funge da punto d'intersezione tra soggetto e ordinamento, volontà e necessità, autonomia privata e legislazione statale. E serve come strumento per accertare l'esistenza e la permanenza, accanto alla volontà, di un fondamento che giustifichi il riconoscimento giuridico dell'atto privato; per verificare che l'atto di autonomia privata rispetti le regole di convivenza civile e superi il vaglio di razionalità e ragionevolezza che ciascun ordinamento declina in base a considerazioni sociali, etiche ed economiche.

⁽⁵²⁾ In sintesi G. ALBERS, F.P. PATTI, D. PERROUIN-VERBE, *The Future of causa*, in *Causa contractus*, pp. 705-713.

⁽⁵³⁾ F. PIRAINO, *Riflessioni su dogmatica e autonomia privata: il concetto di causa nel contratto*, in «Teoria e Critica della Ragione Sociale», 2015, in particolare pp. 91-100. La morte della causa sarebbe dunque più apparente che reale: U. BRECCIA, *Morte e resurrezione della causa: la tutela*, in *Il contratto e le tutele*, a cura di S. Mazzamuto, Torino, Giappichelli, 2002, pp. 241-266.

⁽⁵⁴⁾ «Causa concreta», com'è noto, è il più recente punto di approdo della civilistica italiana, che ha fatto propria, anticipando la giurisprudenza (Cass. civ., sez. III, 8 maggio 2006, n. 10490), la nozione di «funzione economico-individuale» propugnata fin dagli anni Sessanta da G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, Giuffrè, 1966. Cfr. F. BARTOLINI, *La causa del contratto dal Codice civile del 1942 ai giorni nostri*, in *Causa contractus*, in particolare pp. 253-260.

FILIPPO MURINO

IMPRESARI, EDITORI, CONCORRENZA
E DIRITTO D'AUTORE
NELLA VENEZIA DI METÀ SETTECENTO (*)
(A proposito di Anna Sansa, *Carlo Goldoni « Avocat vénitien ».*
Droit et théâtre à Venise au XVIII^e siècle, Paris,
Sorbonne Université Presses, 2023)

1. Un percorso parallelo. — 2. Gli studi di *Law and Literature* su Carlo Goldoni « avvocato veneto ». — 3. Goldoni da « avvocato veneto » alla « professione di scrittore di commedie ». — 4. Goldoni commediografo per il teatro Sant'Angelo e la compagnia Medebach: la concorrenza con il teatro San Samuele e l'abate Pietro Chiari. — 5. Due altre vicende di interesse per la storia della concorrenza e del diritto d'autore: la rottura con Medebach e con l'editore Bettinelli e il nuovo contratto con Vendramin proprietario del teatro San Luca e con l'editore fiorentino Paperini. — 5.1. La vicenda Goldoni-Medebach. — 5.2. La vicenda Goldoni-Bettinelli. — 5.3. I rapporti con Vendramin e la polemica con Carlo Gozzi. — 6. Imprese, impresari e impresarie.

1. *Un percorso parallelo.*

Ho letto migliaia di verbali nei quali uomini semplici e pieni del senso della realtà si studiavano di riferire i fatti nel modo più chiaro possibile. I marescialli dei carabinieri non facevano riflessioni né si abbandonavano a introspezioni psicologiche: riferivano puramente e semplicemente. Mi sono capitati sotto gli occhi dei piccoli capolavori di narrativa, dai quali ho imparato a raccontare vedendo nella mente i fatti come in un film e studiandomi di tradurli in parole semplici e precise ⁽¹⁾.

(*) Intendo ringraziare, per il confronto avuto, la Prof.ssa Anna Scannapieco dell'Università degli studi di Padova. Mia è la responsabilità per eventuali errori e inesattezze. Lo scritto è dedicato alla memoria di Antonio Amendola (1899-1963), cancelliere, e di Michele Murino (1889-1976), operaio conduttore di macchine a vapore che, licenziato per aver rifiutato il tesseramento al Partito Nazionale Fascista, si fece imprenditore per sostenere la sua numerosa famiglia.

(1) P. CHIARA, *Sale & Tabacchi. Appunti di varia umanità e di fortunate amenità scritti nottetempo da Piero Chiara*, nota introduttiva di F. Roncoroni, Milano, Mond-

Queste parole dello scrittore Piero Chiara (1913-1986) che, in ricordo della passata esperienza di « aiutante volontario di cancelleria » (2), alludono ad « una schiera di scrittori involontari » (3), ben potrebbero correre parallele ed esplicitare le parole di Carlo Goldoni

dori, 1989, p. 130 (traggo la citazione da P. CHIARA, *Tutti i romanzi*, a cura e con un saggio introduttivo di M. Novelli, Milano, Mondadori, 2010⁴, p. LXXI).

(2) Le vicende del concorso articolatosi negli anni 1931-1933 si leggono nella cronologia curata da NOVELLI, *Cronologia*, in CHIARA, *Tutti i romanzi*, cit., p. LVI e ss.: « il padre lo induce a iscriversi a un concorso per funzionario nell'Amministrazione della Giustizia, nel ruolo di 'aiutante volontario di cancelleria'. Per impraticarsi in materia, lavora come giovane di studio (senza stipendio) presso un avvocato e bazzica l'ufficio del pretore di Luino Piero Scaletta, che presterà alcuni tratti all'immaginario collega di Cuvio Augusto Vanghetta. Alla fine del 1931 sostiene l'esame scritto presso la Corte d'Appello di Milano, per poi riprendere una vita sfaccendata, docile ai richiami dei sensi [...] Nei mesi successivi è chiamato dal ministero di Grazia e Giustizia a Roma, dove offre un'ottima prova orale [...] apprende dal Bollettino Ufficiale del ministero che — pur essendo risultato tra i primi idonei — non è compreso tra i vincitori, superato da una pletera di aventi diritto: orfani, ex combattenti, mutilati e invalidi. [...] A ottobre il ministro di Grazia e Giustizia chiama i primi dieci idonei del concorso, tra cui Chiara, che entra nell'Amministrazione Giudiziaria come soprannumerario [...] comandato presso la Pretura di Pontebba [...] Scrive molte lettere a Nina [...], disseminandole negli atti giudiziari. Una di esse durante un processo viene brandita come prova dal Pubblico Ministero, che la scambia per una lettera dell'imputato all'amante ». Negli anni 1934-1938 « rientrato in servizio nella primavera del 1934, ottiene il trasferimento alla pretura di Varese ». Dopo una rocambolesca vicenda (su cui v. *infra* nel testo), accettato il reintegro nell'Amministrazione Giudiziaria « va in pensione nel dicembre 1957, con la qualifica di cancelliere di seconda classe. Negli archivi dell'Amministrazione Giudiziaria lascia 'almeno trentamila pagine di verbali' scritti di suo pugno » (NOVELLI, *Cronologia*, cit., p. LXXI).

(3) Anche Čechov, nel seguire come giornalista il processo per lo scandalo finanziario della banca di Skopin e del suo artefice Rykov, così commentava la deposizione di un testimone: « il mercante Ivan Afonsov non dà solo una testimonianza della rigorosa applicazione delle suddette regole, ma fornisce anche la fabula per un romanzo [...] Egli racconta che, alla morte del padre, aveva presentato al giudice di pace della sua città una formale rinuncia all'eredità, visto che il debito paterno nei confronti della banca di Skopin superava l'ammontare dell'eredità stessa. Venuti a saperlo, Rykov e il segretario Evtichiev avevano preso a minacciare Afonsov, dicendo che, se non avesse ritirato la sua rinuncia, l'avrebbero fatto sbattere in gattabuia per occultamento del patrimonio paterno. Il testimone allora aveva accettato, si era fatto carico delle cambiali del padre [...] Le vecchie cambiali erano state, secondo il regolamento, protestate e sostituite da nuove e [...] il testimone aveva sposato la figlia di Rykov » (A. ČECHOV, *Il caso Rykov (dal nostro corrispondente)*, a cura di F. Malcovati, Roma, Nottetempo, 2009, p. 34).

(1707-1793) che grande importanza attribuì all'analogia esperienza — anteriore a quella di « dottor Carlo Goldoni Avvocato Veneto » (4) — quale coadiutore del cancelliere criminale inviato dalla Repubblica di Venezia a Chioggia nel 1727 (5) (di poi promosso primo coadiutore col titolo di vicecancelliere e coadiutore pretorio a Feltre nel 1729 (6)): « un esercizio, che insegna più di ogni altro a conoscere il cuore umano, ed a scoprire la malizia e l'accortezza degli uomini. L'esame de' Testimoni, per lo più maliziosi, o interessati, e ancora più l'esame de' Rei, mette in necessità di assottigliare lo spirito per isviluppare la verità » (7); e la *procédure criminelle* « une leçon très intéressante pour la connoissance de l'homme » (8).

Il parallelismo, a distanza di due secoli, con Piero Chiara, soprannumerario nel concorso come Goldoni (9) e pure nella prima parte della vita appartenuto, come il commediografo, alla *gens de justice*, non pare

(4) È questo, come noto, il titolo con cui Goldoni continuerà a fregiarsi nei frontespizi delle commedie e nelle lettere dedicatorie nell'edizione Bettinelli e Pasquali; nell'edizione Paperini il titolo è di « avvocato veneziano »: U. SANTARELLI, *La breve vicenda pisana d'un (altrimenti) illustre « avvocato veneto »*, in *Carlo Goldoni avvocato a Pisa (1744-1748)*, a cura di G. De Fecondo, M.A. Morelli Timpanaro, Bologna, il Mulino, 2009, p. 12; G. DE FECONDO, M.A. MORELLI TIMPANARO, *Premessa*, ivi, p. 22, nota 2. Sul diritto in Carlo Goldoni, v. P. VESCOVO, *La "terza parte" in commedia. Goldoni, la procedura penale, la triangolazione mimetica*, in « Acta Histriae », 22 (2014), p. 57 e ss. Sulla formazione giuridica di Carlo Goldoni, v. A. SANSA, *Il tribunale e il teatro, in Goldoni e il teatro comico del Settecento*, a cura di P. Vescovo, Roma, Carocci, 2019, p. 177 e ss.

(5) Sul punto A. PASCOLATO, *Carlo Goldoni avvocato*, in « Nuova antologia », XLII (1883), p. 635; M. CEVOLOTTO, *Carlo Goldoni avvocato veneto*, Bologna, Cappelli, 1931, p. 27 e ss. ove riferimenti bibliografici. Successivamente, negli anni '70, v. G. COZZI, *Note su Carlo Goldoni, la società veneziana e il suo diritto*, in *Atti dell'Istituto Veneto di Scienze, Lettere ed Arti*, CXXXVII, 1978-79 (Classe di scienze morali, lettere ed arti), p. 141 e ss. (ora in Id., *La società veneta e il suo diritto. Saggi su questioni matrimoniali, giustizia penale, politica del diritto, sopravvivenza del diritto veneto nell'Ottocento*, Venezia, Marsilio, 2000, p. 3 e ss. da cui si cita).

(6) CEVOLOTTO, *Carlo Goldoni avvocato veneto*, cit., p. 34; PASCOLATO, *Carlo Goldoni avvocato*, cit., p. 635.

(7) C. GOLDONI, *L'Autore a chi legge (Tomo IX delle edizioni Pasquali)*, in Id., *Memorie italiane. Prefazioni e polemiche*, III, a cura di R. Turchi, Venezia, Marsilio, 2008, p. 158.

(8) C. GOLDONI, *Mémoires*, in *Tutte le opere di Carlo Goldoni*, a cura di G. Ortolani, Milano, Mondadori, 1954³, I, p. 88.

(9) La notizia di Goldoni *surnuméraire* si rinviene in CEVOLOTTO, *Carlo Goldoni avvocato veneto*, cit., p. 29 alludendo ai *Mémoires*, cit., I, XIX, p. 86; quanto a Chiara, v. NOVELLI, *Cronologia*, cit., p. LVII.

peregrino anche per alcune vicende che caratterizzarono l'impiego burocratico dello scrittore non meno esilaranti e rocambolesche di quelle del commediografo (della cui biografia 'giuridica' una miriade di notizie si ricava direttamente dai propri scritti — talora enfatici e fuorvianti — e dai saggi apparsi sul tema da oltre un secolo), prima fra tutte la celebre espulsione dal Collegio Ghislieri di Pavia ⁽¹⁰⁾ dovuta ad una satira (*Il Colosso*) per aver dileggiato le donne della città ⁽¹¹⁾.

Pure a Chiara si deve, invero, — oltre ad un esilarante e dotto racconto archeologico su un altro colosso, quello del « San Carlone » di Arona, forse ispirato, visto anche l'esito, alla satira goldoniana ⁽¹²⁾ — un'altra satira e in stile teatral-giudiziario di cui si hanno maggiori notizie rispetto alla, per molti versi, oscura vicenda pavese goldoniana: come si apprende dalla cronologia della biografia dello scrittore luinese « il 26 luglio 1943 può finalmente sfogare il livore accumulato contro il regime. Fatti levare dai muri del Tribunale di Varese i ritratti del duce, li raduna nella gabbia degli imputati. Poi, dinanzi a un folto pubblico, indossa la toga del Pubblico Ministero e improvvisa una farsesca requisitoria, chiusa dalla condanna dell'imputato Mussolini »; come perseguitati politici, disertori ed ebrei valuta di espatriare in Svizzera « quando scopre che il Tribunale Speciale Provinciale Fascista ha spiccato in data 21 gennaio 1944 un mandato di cattura nei suoi confronti, per i fatti di luglio. Chiara si salva rifugiandosi prima a Varese da amici, poi a Luino in casa di cittadini svizzeri. La Guardia Repubblicana perquisisce invano la sua abitazione [...] Nel frattempo il Tribunale di Varese, il 5 aprile 1944, lo condanna in contumacia a quindici anni di reclusione, all'interdizione dai pubblici uffici e al pagamento delle spese processuali » ⁽¹³⁾.

⁽¹⁰⁾ Sull'ingresso nel collegio, v. CEVOLOTTO, *Carlo Goldoni avvocato veneto*, cit., p. 20 e ss. Su Goldoni e il collegio Ghislieri A. CORBELLINI, *Carlo Goldoni nel Ghislieri di Pavia*, in « Giornale Storico della Letteratura italiana », LXII (1911), p. 2 e ss.; C. NATALI, *Carlo Goldoni a Pavia*, in « Bollettino della società pavese di Storia patria », VII (1907), p. 69 e ss. Agli altri collegi pavesi, il Borromeo e il Cairoli, hanno dedicato pagine letterarie rispettivamente proprio Piero CHIARA (*Passando per Pavia*, in ID., *Racconti*, a cura e con un saggio introduttivo di M. Novelli, Milano, Mondadori, 2007, p. 77 e ss.) e Alberto ARBASINO (*Elvio Fachinelli*, in ID., *Ritratti italiani*, Milano, Adelphi, 2015, pp. 204-205).

⁽¹¹⁾ Su tale satira, v. CEVOLOTTO, *Carlo Goldoni avvocato veneto*, cit., p. 23: in essa si descriveva una statua che veniva costruita con le parti del corpo di questa o di quella signora; PASCOLATO, *Carlo Goldoni avvocato*, cit., p. 634.

⁽¹²⁾ P. CHIARA, *Sotto la sua mano*, in ID., *Racconti*, cit., p. 449 e ss.

⁽¹³⁾ NOVELLI, *Cronologia*, cit., p. LXIII e ss. Sul complesso di avvenimenti di tale periodo e in particolare sulla partecipazione di Ariberto Mignoli (giunto in Svizzera nel settembre 1943) al Campo universitario per militari italiani costituito dalle autorità

Piero Chiara rappresenta idealmente anche il punto di congiunzione tra Carlo Goldoni e Giacomo Casanova (1725-1798) che pure apparirà nelle storie veneziane qui ricostruite e di cui lo scrittore luinese fu tra i massimi biografi ⁽¹⁴⁾.

2. *Gli studi di Law and Literature su Carlo Goldoni « avvocato veneto ».*

Se, sotto il profilo di *Law and Literature*, l'opera di Piero Chiara, « sagrestano nel tempio della giustizia » ⁽¹⁵⁾, appare ad oggi sostanzialmente inesplorata pur presentando un'importanza non trascurabile soprattutto per la storia dell'ordinamento giudiziario ⁽¹⁶⁾, il volume di Anna Sansa qui segnalato si iscrive nel filone di studi, assai risalente e recentemente rivitalizzato, su Goldoni e il diritto; filone rispetto al quale

elvetiche all'inizio del 1944 presso l'Università di Ginevra, v. R. BROGGINI, *Ariberto Mignoli e la « Giovane Italia »*. *Un foglio prossimo al Partito d'Azione di rifugiati italiani a Ginevra 1945*, con prefazione di G. La Malfa, Milano, La Biblioteca Storica Mediolanica, 2020.

⁽¹⁴⁾ Anche la vita di Piero Chiara si intreccia, durante il servizio prestato nell'amministrazione giudiziaria, con quella di Casanova: « Un sabato d'autunno Chiara viene sorpreso mentre si intrattiene piacevolmente con una postulante in ufficio, sebbene in orario di chiusura. Per attuire lo scandalo ed evitare il licenziamento decide di fingersi preda di un esaurimento nervoso: deve perciò essere ricoverato in ospedali militari, per subire le necessarie verifiche [...]. In attesa di provvedimenti passa il tempo a Trieste e Venezia, dove, alla Marciana, si imbatte per la prima volta negli scritti di Casanova [...] » (NOVELLI, *Cronologia*, cit., p. LIX). Chiara diventerà uno dei massimi biografi ed esperti di Casanova (P. CHIARA, *Il vero Casanova*, a cura di F. Roncoroni, Cava de' Tirreni, Marlin, 2008) tanto da curare per Mondadori l'edizione integrale della *Storia della mia vita* pubblicata in sette volumi nel 1965.

⁽¹⁵⁾ Senza un approfondimento storico-giuridico più generale il 'giuridico' in Piero Chiara è stato recentemente rimarcato da M. NOVELLI, *Nel golfo irrequieto. La narrativa di Piero Chiara*, Milano, Fondazione Arnoldo e Alberto Mondadori, 2020, p. 85 e ss.

⁽¹⁶⁾ Notevole è l'importanza del 'giuridico' nell'opera di Piero Chiara con spunti di interesse soprattutto per la storia dell'ordinamento giudiziario, sfondo costante in molti romanzi e racconti (da Augusto Vanghetta, pretore « mortarino » arruolato a seguito del decreto del Guardasigilli Mortara del 25 luglio 1919 ai sensi dell'art. 2 decreto Luogotenenziale, 6 luglio 1919, n. 1147 de *Il pretore di Cuvio* all'« aiutante volontario di cancelleria » protagonista di *Vedrò Singapore?*, vincitore nel 1932, per il « gruppo C », del concorso per centonove posti bandito dal Ministero di Grazia e Giustizia e destinato alla Pretura di Aidussina in Slovenia e Cividale del Friuli). Sull'arruolamento dei « mortarini » del 1919, v. A. MENICONI, *L'azione di Lodovico Mortara tra avvocatura e politica, ovvero del riformismo giudiziario di Mortara*, in « Rivista di diritto processuale », 2019, p. 1221 testo e nota 25.

forse appare eccessivo aver constatato una «*lacune dans les études goldoniennes*» (p. 13). Il volume ripercorre la formazione giuridica e l'esperienza professionale giudiziaria di Goldoni (p. 21 e ss.), i rapporti tra il diritto veneziano e il diritto romano (p. 39 e ss.)⁽¹⁷⁾, i rapporti di Venezia con l'entroterra (p. 39 e ss.) e l'esperienza di cancelliere di Goldoni sulla terraferma (p. 61 e ss.). I capitoli III, IV e V del volume rispettivamente dedicati al diritto delle successioni, al diritto di famiglia e al diritto e alla procedura penale⁽¹⁸⁾ preparano il lettore alla seconda parte del libro, più propriamente di *Law and Literature*, ove l'Autrice analizza la presenza di elementi giuridici nelle commedie goldoniane soffermandosi in particolare sulla rappresentazione del sistema giuridico singolare veneziano ne *L'Avvocato veneziano* (capitolo VI), sul diritto feudale de *Il feudatario* (capitolo VII)⁽¹⁹⁾ e, anche in chiave sociologica, sul diritto delle successioni (capitolo VIII), sul diritto di famiglia (capitolo IX)⁽²⁰⁾, ecc.

Il volume si lascia apprezzare per aver dato ordine sistematico, *ratione materiae*, ai temi giuridici goldoniani a differenza dei pioneristici studi a cavallo tra Ottocento e Novecento di Alessandro Pascolato e Mario Cevolotto (su cui *infra*) che, pur consapevoli dei frequenti e palesi influssi nelle commedie della cultura giuridica e dell'esercizio

(17) In tema già COZZI, *Note su Carlo Goldoni*, cit., pp. 13-14.

(18) Sul diritto e la procedura penale in Goldoni, v. il fondamentale M.A. CATTANEO, *Carlo Goldoni e Alessandro Manzoni. Illuminismo e diritto penale*, Milano, Giuffrè, 1991, p. 37 e ss.

(19) Viene qui ripreso il tema dello studio A. SANSA, *Passioni private e dominio di Stato. Una lettura de Il feudatario*, in «Studi goldoniani», XII (2015), 4, p. 11 e ss. su cui, per alcuni rilievi critici, v. A. SCANNAPIECO, *È di scena la filologia? Du côté de chez Goldoni (et ses acteurs, et ses environs...)*, in *Filologia, Teatro, Spettacolo. Dai Greci alla contemporaneità*, a cura di F. Coticelli, R. Puggioni, Milano, Angeli, 2017, p. 318 e ss.

(20) Per la storia del diritto italiano di famiglia, antesignano dell'applicazione dell'approccio di *Law and Literature* v. G. VISMARA, *Il diritto di famiglia in Italia dalle riforme ai codici*, Milano, Giuffrè, 1978, *passim* il quale nell'analisi dell'evoluzione dell'istituto familiare nella storia della codificazione preunitaria e unitaria si avvale ampiamente delle opere letterarie: Goldoni e Foscolo aiutano a ricostruire storicamente i matrimoni imposti dai padri; Parini la figura dei cicisbei; Mozart i matrimoni con rito massonico; ed ancora la famiglia italiana del Settecento nobile (e quella borghese che aspira ad inserirsi nella nobiltà imitandone i costumi) (Gasparo e Carlo Gozzi; Goldoni) e la sua evoluzione fino all'Ottocento (Nievo); la famiglia agricola (Ravizza e Peticari); il costume settecentesco del giovin signore (Parini) e del cavalier servente (Alfieri, Foscolo); la numerosa famiglia della Firenze granducale alla vigilia dell'Unità (Nobili), del Piemonte (D'Azeglio) e dello Stato Pontificio (Leopardi); gli autoritarismi, gli errori, gli arbitri della nobiltà decadente (D'Azeglio, De Roberto, Tomasi di Lampedusa); la considerazione dell'elemento patrimoniale nei matrimoni (Jovine); il senso religioso della casa e della famiglia (Verga, Deledda).

della professione forense, in maniera rapsodica e in superficie analizzano alcune commedie (*L'Avvocato veneziano*, con il tema della revocazione della donazione per sopravvenienza di figli; *La donna di garbo*, con il tema della promessa di matrimonio; *Le inquietudini di Zelinda*; *Il cavaliere e la dama*; *Il raggiratore*; *I malcontenti*; *Le baruffe chiozzotte*).

L'ultimo capitolo del libro (XII) intitolato « Le droit des contrats: Goldoni avocat de lui même » suddiviso nei paragrafi « Le statut social de l'homme de lettres » e « l'avocat, les impresarios et les éditeurs », si presenta particolarmente interessante per la storia del diritto d'autore ⁽²¹⁾ ed è su quest'ultimo profilo, oltre che su alcuni aspetti giuscommercialistici, che ci si soffermerà con maggior attenzione.

Come anticipato, il filone di studi su Carlo Goldoni e il diritto è alquanto risalente ed ha ricevuto recentemente nuova linfa. Tra questi studi si ricorda, in particolare e sopra tutti, la ricerca di archivio condotta da Giancarlo De Fecondo e Maria Augusta Morelli Timpiano che ha consentito, finalmente, di far luce sui fascicoli processuali e sugli atti di n. 74 controversie privatistiche patrocinate da Goldoni a

(21) Sembrano trovarsi in tali vicende le avvisaglie che l'indagine lukacsiana individuerà nella vicenda di Honoré de Balzac (riversata nelle *Illusioni perdute*) la quale « mostra come la letteratura (e con essa ogni ideologia) si riduca man mano a merce, oggetto di scambio e, illustrando l'avvenuta capitalizzazione dello spirito in tutti i campi, colloca la tragedia generale della generazione postnapoleonica in un quadro sociale disegnato con maggior profondità di quanto non avesse fatto il più grande contemporaneo di Balzac, Stendhal »: G. LUKÁCS, *Saggi sul realismo*, Torino, Einaudi, 1976, pp. 69-70. È stato chiarito che nei romanzi di Balzac « l'economia detta la sua legge nei diversi ambienti sociali, condiziona le esistenze individuali, determina i comportamenti. Questa consapevolezza nasce anche dall'esperienza personale di Balzac. Il successo l'ha imprigionato in un ruolo forzato della penna; i suoi romanzi sono merci; la sua casa è una fabbrica assediata dagli editori e dai creditori; le fughe non servono; il suo rapporto con gli altri è mediato dal denaro. Il denaro, odiato e amato, è il vero protagonista della sua vita. I suoi maldestri tentativi di 'fare affari' rivelano, oltre a una fondamentale incapacità commerciale, il desiderio di partecipare al banchetto capitalistico, soprattutto per allentare la morsa dei debiti »: L. BINNI, *Introduzione a BALZAC, Illusioni perdute*, Milano, Garzanti, 2009¹², pp. XLVII-XLVIII. Il fenomeno sembra invero protrarsi e proiettarsi fino al Novecento come dimostra la vicenda umana e professionale di Emilio Salgari (1862-1911). Per l'opinione secondo cui in Goldoni « è [...] la vicenda editoriale nel suo insieme a risentire sollecitamente di tutti i condizionamenti propri di un mercato avido e spregiudicato, dai contorni già nettamente capitalistici, rispetto a cui il nostro autore visse nei termini di un'acuta e combattiva dinamica relazionale », v. A. SCANNAPIECO, *Verso una ricognizione editoriale goldoniana. Appunti sulla « Bettinelli »*, in « Problemi di critica goldoniana », I (1994), p. 158, nota 3.

Pisa (quelle penali sono andate perdute salvo una ⁽²²⁾); atti processuali raccolti in parte in volume ⁽²³⁾ e in parte in rivista ⁽²⁴⁾. Questa ricerca, pubblicata tra il 2007 e il 2010, è giunta a distanza di oltre un secolo da quando Alessandro Pascolato — cui si deve, a quanto consta, la prima ricostruzione della carriera forense di Goldoni e delle sue tracce nella produzione teatrale — riteneva che sulla medesima « ben consultati, dovrebbero offrire maggiori notizie gli Archivi di Pisa » e considerava « desiderabile che il diligentissimo signor Von Löhner non tardi a mantenere la promessa di discorrere diffusamente del soggiorno di Goldoni in Toscana » ⁽²⁵⁾.

Il saggio di Pascolato apparve nel 1883 su la *Nuova antologia* che, anche in altre occasioni, riservò attenzione al tema del ‘giuridico’ nelle opere letterarie ⁽²⁶⁾ tanto che verrebbe quasi da pensare, con lo stesso orgoglio di Quintiliano, che *tota nostra est* quella che appare un’avan-

(22) Le ragioni si leggono in DE FECONDO, MORELLI TIMPANARO, *Premessa*, cit., p. 22, nota 3.

(23) *Ibidem*.

(24) *L’“avvocato veneto” nel foro pisano. Cause discusse da Carlo Goldoni a Pisa negli anni 1745-1747*, a cura di G. De Fecondo, M.A. Morelli Timpanaro, in « La Rassegna della letteratura italiana », 2010, p. 335 e ss. ordinate, *ratione materiae*, per corte adita: Tribunale del Commissario di Pisa (p. 335 e ss.); Tribunale dei Consoli del mare (p. 447 e ss.); Tribunale dell’Ordine di Santo Stefano (p. 491 e ss.); Tribunale ecclesiastico di Pisa (p. 511 e ss.); Magistrato dei fossi e Ufficio della gabella dei contratti (p. 565 e ss.). Sull’attività forense di Goldoni a Pisa v. pure G. DE FECONDO, *Carlo Goldoni e il processo Miniati-Brooke*; M.A. MORELLI TIMPANARO, *Goldoni e l’eredità giacente’ di Giuseppe Maria Gragnani*; EAD., *Carlo Goldoni, Michele Giannini e Antonio Vincenzo Morini con bottega di libraio a Pisa*; EAD., *Carlo Goldoni e la controversia tra due popolane su una vincita al lotto*, in « La Rassegna della letteratura italiana », 2007, 2, rispettivamente, p. 157 e ss., p. 197 e ss., p. 213 e ss., p. 220 e ss.

(25) PASCOLATO, *Carlo Goldoni avvocato*, cit., p. 641 testo e nota 4 richiamando appunto lo studio di E. VON LÖHNER, *Carlo Goldoni e le sue Memorie. Frammenti*, in « Archivio veneto », 1882, t. XXIII, parte I e t. XXIV, parte I, p. VII.

(26) L’importanza di questa Rivista per il filone di *Law and Literature* va rimarcata anche con particolare riferimento a Honoré de Balzac e al diritto commerciale avendo il César Birotteau destato l’attenzione, nel 1931, di Mariano D’AMELIO: *Il fallimento di Cesare Birotteau*, in « Nuova antologia », novembre 1931, p. 14 e ss. Per la considerazione dell’opera di Balzac come un documento di storia del diritto, v. M. SAINT-GERMES, *Balzac considéré comme historien du droit*, Besançon, Imprimerie de l’Est, 1936; A. PEYTEL, *Balzac juriste romantique*, Paris, Ponsot, 1950; D.J. KORNSTEIN, *He Know More: Balzac and the Law*, in « Pace L. Rev. », 21 (2000), 1, p. 1 e ss. Negli studi in lingua italiana su Balzac e il diritto, v. in traduzione T.E. CARBONNEAU, *Diritto e giustizia nell’opera di Honoré de Balzac*, in « Rivista del diritto commerciale », 1984, p. 373 e ss.; G. REBUFFA, *Il trionfo del codice civile nella testimonianza di Honoré de Balzac*, in « Materiali per una storia della cultura giuridica », 1992, p. 65 e ss.; C. CIANCIO, *Dalla fiducia nei mercanti alla fiducia nei*

guardia di oltreoceano e da noi importata nell'etichetta anglosassone (*Law and Literature*, appunto — con le 'convergenze' tra i due ambiti ⁽²⁷⁾ — che il volume di Anna Sansa ricostruisce nelle prime pagine): ed invero le origini europee e continentali del movimento ⁽²⁸⁾, anche in ragione dell'influenza della scienza romanistica attraverso le fonti non giuridiche ma letterarie ⁽²⁹⁾, non sembrano ad oggi essere state poste nel giusto rilievo ⁽³⁰⁾.

Nella saggistica il primo importante lavoro di ricerca su Goldoni e il diritto, del 1931, si deve a Mario Cevolotto ⁽³¹⁾ (di cui il volume qui recensito echeggia il titolo e riprende l'apparato iconografico delle incisioni e delle illustrazioni dell'edizione Pasquali delle opere goldoniane ⁽³²⁾) e al quale basti rinviare (in uno con il saggio di Pascolato) per la ricchezza di notizie biografiche (tratte dai *Mémoires* e non solo ⁽³³⁾), di riferimenti bibliografici su Carlo Goldoni avvocato ⁽³⁴⁾, compresi i

mercati. Leggi e giustizia nel César Birotteau di Balzac, in *Diritto di parola*, a cura di F. Casucci, Napoli, ESI, 2009, p. 113 e ss.; da ultimo, v. l'affresco di G. GUIZZI, *Il « caso Balzac »*. *Storie di diritto e letteratura*, Bologna, il Mulino, 2021.

⁽²⁷⁾ Si mutua qui il titolo del saggio di R. CESARANI, *Convergenze. Gli strumenti letterari e le altre discipline*, Milano-Torino, Bruno Mondadori, 2010.

⁽²⁸⁾ Quanto all'Italia, v. ad es., A. ASCOLI, C. LEVI, *Il diritto privato nel teatro contemporaneo francese ed italiano*, in « Rivista di diritto civile », 1914, p. 145 e ss. ove ampia rassegna critica di opere teatrali di interesse per il diritto (per il diritto commerciale, in particolare, il riferimento a una riduzione teatrale del Cesare Birotteau di Balzac e la commedia di Ettore DOMINICI *Una Società Anonima*, Milano, Barbini, 1874, reputata piena di inesattezze giuridiche); quanto al *Law and Literature* francese (in riferimento a Molière) e tedesco (in riferimento a Goethe), v. gli Autori citati sempre in ASCOLI, LEVI, *Il diritto privato*, cit., p. 147.

⁽²⁹⁾ Per riferimenti a studi in lingua italiana e tedesca, ad es., sulle fonti plautine del diritto romano, v. già ASCOLI, LEVI, *Il diritto privato*, cit., pp. 145-146.

⁽³⁰⁾ Per un recente quadro sul movimento e sulle sue origini, v. D. CARUSI, *Sua maestà legge? Tre secoli di potere, diritto e letteratura*, Firenze, Olschki, 2022, p. 1 e ss.

⁽³¹⁾ CEVOLOTTO, *Carlo Goldoni avvocato veneto*, cit.

⁽³²⁾ Il titolo del libro è evocativo della versione francese de *L'Avvocato veneziano* (*L'avocat vénitien*) rappresentata per la prima volta alla *Comédie-Italienne* il 16 maggio 1775: C. GOLDONI, *Scenari per la Comédie-Italienne*, a cura di A. Fabiano, Venezia, Marsilio, 2017, pp. 341 e 381. Sulle illustrazioni delle edizioni Pasquali, v. TURCHI, *Memorie italiane. Prefazioni*, cit., p. 93 e ss.

⁽³³⁾ Sul dubbio circa la veridicità ed attendibilità dei *Mémoires*, CEVOLOTTO, *Carlo Goldoni avvocato veneto*, cit., p. 54 e ss.; convinto invece che Goldoni « dice sempre la verità e non esagera i propri meriti », PASCOLATO, *Carlo Goldoni avvocato*, cit., p. 634.

⁽³⁴⁾ L'Autore invero lamenta come le biografie goldoniane fino ad allora pubblicate avessero « il torto di trascurare, come se non fosse affatto notevole, la parte

classici e insuperati studi di Biagio Brugi ⁽³⁵⁾; per l'affresco storico sul foro veneziano e sull'oralità dialettale dello *stylus curiae* e del suo processo civile ⁽³⁶⁾; per la presenza in appendice degli atti processuali di un giudizio patrocinato da Goldoni ⁽³⁷⁾ il cui manoscritto autografo, di proprietà degli avvocati Felice e Pio Tribolati di Pisa, in parte pubblicato, finì al Comune di Pisa ⁽³⁸⁾ (si tratta del caso di « Gherardo e Marc'Ansano fratelli Cini contro il fisco e querelante » imputati di favoreggiamento in diserzione). Da ultimo, è stato rimarcato come l'ordinamento giuridico veneziano fosse « singolarissimo » e tale da giustificare l'appellativo di « avvocato veneto » di Goldoni, indicativo del « possesso d'una cultura giuridica del tutto specifica, che era indispensabile tra le Lagune e nel Dogado ma sarebbe stata insignificante (anzi, dannosa) altrove » ⁽³⁹⁾.

Si devono a questi studi pionieristici condotti a cavallo di Otto e

della sua vita ch'egli consacrò all'esercizio dell'avvocatura, e che ha [...] importanza grande »: CEVOLOTTO, *Carlo Goldoni avvocato veneto*, cit., pp. 11-12, nota 1.

⁽³⁵⁾ B. BRUGI, *La laurea in legge di Carlo Goldoni e Come insegnavano gli antichi professori italiani*, in ID., *Per la storia della giurisprudenza e delle Università italiane. Saggi*, Torino, UTET, 1915, pp. 51 e ss. e 198 e ss.; ID., *Un'osservazione del Goldoni sull'insegnamento del diritto a Padova*, in « Atti e Memorie della Regia Accademia di Padova », n.s., 24, 1908, p. 70 e ss.

⁽³⁶⁾ CEVOLOTTO, *Carlo Goldoni avvocato veneto*, cit., p. 68 e ss. Sulla lingua degli avvocati veneziani nel Settecento, ampiamente, L. TOMASIN, *Il volgare e la legge. Storia linguistica del diritto veneziano (secoli XIII-XVIII)*, Padova, Esedra, 2001, p. 274 e ss.; più in generale, sulla giurisdizione e l'avvocatura veneziana, da ultimo, v. S. GASPARINI, *Conflitti e giustizia. Il patrocinio legale a Venezia*, in « Rivista di storia del diritto italiano », 2022, p. 179 e ss.

⁽³⁷⁾ CEVOLOTTO, *Carlo Goldoni avvocato veneto*, cit., p. 167 e ss.; v. pure DE FECONDO, MORELLI TIMPANARO, *Premessa*, cit., pp. 22-23, nota 3. Allo studio di Cevolotto si rinvia anche per alcune indicazioni bibliografiche del periodo di Goldoni a Pisa ed in particolare il saggio di G. ROSADI, *L'Avvocato Carlo Goldoni in Toscana*, Firenze, Civelli, 1915 (p. 100, nota 1); G. MONTORZI, *Delle pitture di Annibale Gatti nel R. Teatro nuovo di Pisa*, Pisa, F.lli Nistri, 1867 e in ID., *Scritti letterari*, Pisa, Mariotti, 1891; F. MARTINI, *Coserelle goldoniane*, in ID., *Pagine raccolte*, Firenze, Sansoni, 1920, p. 233 e ss.; A. SEGRÈ, *La vita in Pisa nel Settecento*, Grosseto, Etruria nuova, 1922, pp. 111-112, nota 2.

⁽³⁸⁾ Sulla consultazione di tale manoscritto e sulla sua pubblicazione, v. CEVOLOTTO, *Carlo Goldoni avvocato veneto*, cit., p. 112, nota 2.

⁽³⁹⁾ SANTARELLI, *La breve vicenda pisana*, cit., p. 12 e ss. ove richiami bibliografici: in particolare, « la regola vigente a Venezia fin dal XII secolo [...] assegnava, sì, come accadeva nella generalità degli ordinamenti particolari, il primo posto alla normativa statutaria della Serenissima, ma stabiliva che le (immancabili e cospicue) lacune di questa legislazione si dovessero integrare, non già applicando i principi del *ius commune*, ma facendo ricorso — nell'ordine — alla consuetudine e all'*arbitrium iudicis* ». A tal riguardo CEVOLOTTO, *Carlo Goldoni avvocato veneto*, cit., p. 44 riporta una testimonianza di Goldoni

Novecento le notizie sulla formazione e sull'esperienza giuridica di Goldoni: dopo Pavia Goldoni continuò i suoi studi a Udine presso il « celebre legista e valoroso avvocato » Movelli per poi tentare la continuazione degli studi nel breve soggiorno di Modena (dove conobbe Ludovico Antonio Muratori) ⁽⁴⁰⁾ e finalmente concluderli, dopo l'esperienza nell'ufficio di cancelleria, a Padova ⁽⁴¹⁾. Su desiderio della madre di abbandonare l'« impiego da zingani » negli uffici di cancelleria

sullo *Studium* patavino che viene qui trascritta dall'edizione originale francese dei *Mémoires*: « au Barreau de Venise, on ne suit que le code Vénitien; on ne cite jamais ni Bartole, ni Balde, ni Justinien. On ne les connoît presque pas; mais il faut les connoître a Padoue. C'est à Venise comme à Paris, les jeunes gens perdent leur tems dans une étude inutile. J'avois perdu mon tems, ainsi quel es autres, j'avois étudié le droit romain à Pavie, à Udine, à Modène; mais j'étois hors d'exercice depuis quatre ans; j'avois perdu la trace des loix impériales, et je me vis dans la nécessité de devenir encore écolier » (GOLDONI, *Mémoires*, cit., I, XXII, pp. 100-101; in tema v. pure COZZI, *Note su Carlo Goldoni*, cit., p. 13 ove riportato il pensiero di Marco Foscarini, storico della letteratura veneziana e doge tra il 1762 e il 1763); secondo CEVOLOTTO, *Carlo Goldoni avvocato veneto*, cit., p. 80, ciò non toglierebbe che, a dispetto di quanto afferma Goldoni, gli Statuti veneti del 1709 avessero « una salda, seppure non esclusiva, base romanistica (cheché sostenga il Goldoni, nella commedia *L'avvocato veneziano*, in cui dice che si basano tutti sul diritto naturale) ». Questo sembra forse spiegare le ragioni della peculiarità dello *Studium* patavino in quanto « Venezia [...] si guardò bene dall'estender d'autorità alla Terraferma il vigore del suo singolarissimo ordinamento, ma tenne piuttosto a garantire in via di principio la continuità di quelli preesistenti, nei quali era riconosciuto l'universale vigore del *jus commune* con funzione integratrice degli *jura propria* » (SANTARELLI, *La breve vicenda pisana*, cit., p. 14; in tema già COZZI, *Note su Carlo Goldoni*, cit., pp. 13-14; in riferimento alle edizioni Bettinelli, v. pure *Lettera dell'autore allo stampatore* del 1752 collegata a *L'Avvocato veneziano*, in C. GOLDONI, *Polemiche editoriali, Prefazioni e polemiche*, I, a cura di R. Turchi, Venezia, Marsilio, 2009, p. 139 e ss.; nonché, di giugno 1750, la *Lettera seconda dell'autore allo stampatore*, ivi, p. 110 in cui Goldoni ricorda che « dopo la Commedia della Donna di garbo, tre anni stetti in trattenimento con Bartolo, Baldo, il Farinaccio, il Claro ecc. senza più addimesticarmi con la Comica Musa Talia »).

⁽⁴⁰⁾ CEVOLOTTO, *Carlo Goldoni avvocato veneto*, cit., pp. 24-25.

⁽⁴¹⁾ Notizie autobiografiche sulla laurea si rinvencono in *L'Autore a chi legge* (prefazione del 1750) dell'edizione Bettinelli (in GOLDONI, *Polemiche editoriali*, cit., p. 89), in *L'Autore a chi legge (Tomo X dell'edizione Pasquali)*, in GOLDONI, *Memorie italiane. Prefazioni*, cit., p. 168 e ss. e nei *Mémoires*, cit., I, XXII-XXIII, p. 100 e ss.; in tema v. CEVOLOTTO, *Carlo Goldoni avvocato veneto*, cit., p. 41 e ss. ove riferimenti bibliografici e l'indicazione (pp. 42-43, nota 1), sulla base di una testimonianza nei *Mémoires* di Giacomo Casanova. Ricorda Casanova che « a quei tempi, gli studenti di Padova godevano grandi privilegi. Erano abusi divenuti legali col passare del tempo »: G.G. CASANOVA, *Memorie scritte da lui medesimo*, introduzione di P. Bellocchio, traduzione di G. Brunacci, Milano, Garzanti, 2015, p. 38. Per una precedente testimonianza lamentevole di Gotfredo Conratter, studente tedesco a Padova negli anni

ria della terraferma ⁽⁴²⁾ e riprendere gli studi regolari e finalmente laurearsi *in utroque iure* nell'Ateneo patavino ⁽⁴³⁾ (*nemine penitus penitusque discrepante* ⁽⁴⁴⁾), con una tesi sulla successione *ab intestato* e sulla bigamia, per poi iniziare, grazie allo zio procuratore Paolo Indric, la pratica forense presso l'avvocato Terzi (« uno dei migliori avvocati e abili consultori della Repubblica » ⁽⁴⁵⁾), conseguendo infine il titolo di avvocato il 20 maggio 1732 e insediandosi con lo studio a San Pater-

1577-1578, v. A. CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa. Le fonti e il pensiero giuridico*, 1, Milano, Giuffrè, 1982, pp. 143-144 nota 1, riprendendo i citati studi di Brugi.

⁽⁴²⁾ PASCOLATO, *Carlo Goldoni avvocato*, cit., p. 636; CEVOLOTTO, *Carlo Goldoni avvocato veneto*, cit., p. 35.

⁽⁴³⁾ Come ricordato è la data del 23 gennaio 1723 a segnare il momento in cui per tutti coloro che avessero voluto esercitar l'avvocatura a Venezia venne imposto l'onere del previo conseguimento del dottorato *in jure* allo *Studium* di Padova: SANTARELLI, *La breve vicenda pisana*, cit., p. 15 e già, per approfondimenti, COZZI, *Note su Carlo Goldoni*, cit., p. 14 e ss. che ricorda la legge del 1703 la quale « mirava ad elevare il livello degli avvocati veneziani, oltre che a ridurre il divario tra cultura giuridica della Dominante e quella della Terraferma ». Da ultimo, v. sul punto GASPARDINI, *Conflitti e giustizia*, cit., p. 208 e ss. ove indicata la data del 13 gennaio 1723. Sulla facilitazione goduta da Goldoni nel conseguire la laurea in ragione della sua doppia cittadinanza (veneziana e modenese) v. CATTANEO, *Carlo Goldoni*, cit., p. 24.

⁽⁴⁴⁾ « C'est à dire, pas une voix contre »: GOLDONI, *Mémoires*, cit., I, XXII, p. 104. Sulla fondatezza di questa notizia, riportata dallo stesso Goldoni (*L'Autore a chi legge (Tomo X dell'edizione Pasquali)*), in GOLDONI, *Memorie italiane*, cit., p. 172), v. CEVOLOTTO, *Carlo Goldoni avvocato veneto*, cit., p. 58 richiamando anche (p. 53) uno studio di Brugi sul verbale di laurea e da ultimo, R. TURCHI, *Commento*, in GOLDONI, *Memorie italiane*, cit., p. 322, nota 16. Più sobrio il ricordo di Giacomo Casanova: « trascorsi ancora un anno a Padova, dove studiai diritto, scienza nella quale conseguii il titolo di dottore a sedici anni, con la tesi in diritto civile *De testamentis* e con quella in diritto canonico *Utrum Hebraei possint construere novas synagogas* » (CASANOVA, *Memorie*, cit., pp. 37-38); invero, però, « se la laurea di dottore in legge, che sostiene di aver preso a Padova a diciotto [*sic*] anni, sia o meno autentica è il problema per il quale ancor oggi si prendono per i capelli i casanovisti più illustri » (S. ZWEIG, *Casanova*, trad. it. di E. Rocca, Roma, Castelvecchi, 2015, p. 25). Pare comunque che Casanova fu praticante in uno studio veneziano: CHIARA, *Il vero Casanova*, cit., p. 17 il quale lo descrive « trentenne, modesto leguleio e letterato di scarsa consistenza » (p. 111); inoltre, « scrive e stampa libri, fonda riviste e organizza spettacoli teatrali, ma sempre senza successo » (p. 120): « come sempre, ogni volta che una ricerca sul Casanova si approfondisce e trova l'ausilio di un documento o di una verifica diretta, risulta la sostanziale veridicità dello scrittore, troppo facilmente messa in dubbio di tempo in tempo per la naturale diffidenza degli studiosi da tavolino e regolarmente ristabilita da più diligenti e meno tendenziosi critici della sua vita e della sua opera » (p. 110).

⁽⁴⁵⁾ È la citazione riportata in CEVOLOTTO, *Carlo Goldoni avvocato veneto*, cit., p. 59.

niano ⁽⁴⁶⁾: inizia così l'esercizio della professione nel foro di Venezia in cui erano iscritti al registro circa duecentoquaranta avvocati ⁽⁴⁷⁾.

L'attenzione e la curiosità per l'esercizio goldoniano dell'avvocatura dovette essere di tale intensità in quegli anni di studio su Goldoni e il diritto che, già prima del lavoro di Cevolotto, proprio dallo « studio dell'avvocato Carlo Goldoni nel quartiere di S. Paterniano a Venezia » prende addirittura inizio la commedia teatrale storica *L'avvocato Goldoni* di Nino Berrini rappresentata per la prima volta il 21 novembre 1907 al Teatro Valle di Roma ⁽⁴⁸⁾: ispirata ai capitoli XXV e XXVI del primo libro dei *Mémoires*, la commedia mette in evidenza la tensione tra esercizio dell'avvocatura e vocazione teatrale.

3. *Goldoni da « avvocato veneto » alla « professione di scrittore di commedie ».*

Goldoni esercitò l'avvocatura a Venezia per otto mesi fino all'inizio del 1733 per poi lasciare la città e riavviarne l'esercizio, più nel penale che nel civile ⁽⁴⁹⁾ e « *hardiment* » ⁽⁵⁰⁾, a Pisa nel 1744 su suggerimento di Ranieri Bernardino Fabbri ⁽⁵¹⁾, prendendo alloggio e studio in via San Lorenzo ⁽⁵²⁾ e firmandosi « Avvocato veneto » ⁽⁵³⁾; fino all'abbandono definitivo della professione forense pur continuando ad usare orgoglio-

⁽⁴⁶⁾ Ivi, p. 60; riporta invece la data del 10 maggio 1732 PASCOLATO, *Carlo Goldoni avvocato*, cit., p. 637 citando il catalogo degli avvocati del « regio » Archivio di Stato.

⁽⁴⁷⁾ PASCOLATO, *Carlo Goldoni avvocato*, cit., p. 637; CEVOLOTTO, *Carlo Goldoni avvocato veneto*, cit., p. 64.

⁽⁴⁸⁾ L'opera, segnalatami dal Prof. Mario Stella Richter jr., che ringrazio, fu pubblicata nel 1926: N. BERRINI, *L'avvocato Goldoni. Commedia storica in tre atti*, Milano, Mondadori.

⁽⁴⁹⁾ CEVOLOTTO, *Carlo Goldoni avvocato veneto*, cit., p. 111.

⁽⁵⁰⁾ GOLDONI, *Mémoires*, cit., I, XLIX, p. 221; Pascolato riporta il contenuto dei *Mémoires* prestando fede a quanto Goldoni riferisce ossia che « trattava cause presso tutti i tribunali della città, vincendone persino tre in un mese: veniva chiamato anche a Lucca e a Firenze: piovevano insomma le liti e i clienti » (pp. 649-650) alludendo ai *Mémoires*, cit., I, L, p. 223 e ss.

⁽⁵¹⁾ CEVOLOTTO, *Carlo Goldoni avvocato veneto*, cit., p. 98 e ss. cui si rinvia per riferimenti bibliografici all'attività pisana di Carlo Goldoni. Da ultimo, per approfondimenti, v. DE FECONDO, MORELLI TIMPANARO, *Premessa*, cit., p. 24.

⁽⁵²⁾ Sulla residenza in cui Goldoni visse con la moglie nel soggiorno a Pisa, v. G.R. RICCI, *La residenza pisana di Carlo Goldoni*, in « La Rassegna della letteratura italiana », 2007, 2, p. 222 e ss.

⁽⁵³⁾ CEVOLOTTO, *Carlo Goldoni avvocato veneto*, cit., pp. 103-104 il quale ricorda come in ROSADI, *L'Avvocato Carlo Goldoni*, cit., sia riprodotta in facsimile la firma: « Ossequiosissimo Carlo Goldoni Avvocato Veneto ».

samente nelle sue pubblicazioni il titolo di « avvocato »: la decisione del 1748 di « abbandonare il Foro per seguire il teatro » (« non mai però dal cuore e dalla memoria Pisa si è staccata ») conseguì al contratto quadriennale di scrittura come poeta di compagnia che venne stipulato, con clausola di esclusiva, il 10 marzo 1749 con Gerolamo Medebach, ex saltimbanco divenuto direttore di compagnia ⁽⁵⁴⁾, il quale prese in affitto un teatro a Venezia purché Goldoni lavorasse per lui ⁽⁵⁵⁾: l'anno precedente l'attore Cesare D'Arbes, Pantalone della compagnia Medebach che recitava a Livorno, « scommise 100 ducati con il direttore della compagnia che sarebbe riuscito a strappare al Goldoni, allora a Pisa dove esercitava l'avvocatura, la promessa di scrivere una commedia per lui »; Goldoni, oltre che dallo *charme* della primattrice Teodora ⁽⁵⁶⁾, « si lasciò incantare dalla personalità del comico: questi, approfittando di questa buona disposizione, gli chiese subito un sonetto (o forse due) con cui concludere la rappresentazione dello scenario *Pantalone paroncino* che la compagnia Medebach stava presentando a Livorno, e, cosa assai più importante, lo invitò istantaneamente a scrivere una commedia nuova » ⁽⁵⁷⁾. È per D'Arbes che Goldoni scriverà *I due Pantaloni* che nella edizione definitiva mutano il titolo in *I mercatanti* ⁽⁵⁸⁾: qui la scena, aprendosi con l'« ufficio » da mercante di Pantalone, nel pieno del lavoro, con un'abbondante esi-

⁽⁵⁴⁾ G. GERON, *L'avvocato veneto Carlo Goldoni (1707-1762)*, in *Carlo Goldoni. Vita, opere, attualità*, a cura di N. Messina, Roma, Viviani Editore, 1993, p. 33. Come ci viene ricordato, il contratto è integralmente riprodotto dallo stesso Goldoni nella prefazione a *La donna vendicativa* pubblicata a settembre 1754 e scritta nell'estate dello stesso anno (I. MATTOZZI, *Carlo Goldoni e la professione di scrittore*, in « Studi e problemi di critica testuale », 4, 1972, p. 111). Sulle scritture teatrali v. la bibliografia riportata in C. GOLDONI, *La scuola di ballo*, a cura di A. Nari, Venezia, Marsilio, 2014, pp. 164-165.

⁽⁵⁵⁾ CEVOLOTTO, *Carlo Goldoni avvocato veneto*, cit., p. 126. Sulle possibili plurime ragioni che condussero Goldoni all'abbandono dell'avvocatura, v. PASCOLATO, *Carlo Goldoni avvocato*, cit., pp. 639-640.

⁽⁵⁶⁾ GERON, *L'avvocato veneto Carlo Goldoni*, cit., p. 33.

⁽⁵⁷⁾ A. ZAPPERI, *Arbes (d'Arbes, Darbes, Derbes), Cesare*, in *Dizionario Biografico degli Italiani*, volume 3 (1961), in www.treccani.it; S. FERRONE, *Le opere*, in *Carlo Goldoni. Vita, opere, attualità*, cit., p. 91. Invero, come ricordato, D'Arbes, pur essendo legato a Medebach e al Teatro Sant'Angelo, con contratto del 2 novembre 1748 rinnovato il 7 marzo 1750 aveva riconosciuto a Vendramin un diritto di prelazione, dietro il pagamento di 25 ducati annui, ad essere ingaggiato come attore per il periodo 1749-1754: « dapprima, nel caso in cui D'Arbes fosse riuscito ad ottenere 'il placito' del 'Cappo' della sua compagnia (Medebach); poi (scritture del 7 marzo 1750), se non fosse andato a buon fine il suo programmato ingaggio presso la corte di Dresda »: A. SCANNAPIECO, « *Caterina Bresciani, chi era costei?* ». *Tragicommedia in tre atti con un prologo e un epilogo*, in « *Drammaturgia* », 2014, p. 169, nota 5.

⁽⁵⁸⁾ GERON, *L'avvocato veneto Carlo Goldoni*, cit., pp. 38-39. Su tale commedia v. C. GOLDONI, *I due Pantaloni. I mercatanti*, a cura di F. Vazzoler, Venezia, Marsilio, 2001.

bizione di particolari tecnici della pratica mercantile (bilanci, debiti, crediti, conti, 'tirade de penna', lettere di cambio, ecc.), suggerisce l'ampiezza della geografia degli affari della 'ditta' (Livorno, Lione, la Germania, Londra e Costantinopoli), offrendo uno squarcio dell'attività economica fondamentale nella vita di Venezia »⁽⁵⁹⁾ (invero Goldoni contrappone un ideale di mercante inglese e olandese come superiore al personaggio di Pantalone, mercante veneziano, quasi percependo il declino della Serenissima⁽⁶⁰⁾ in favore dei mercati del nord Europa).

Sul valore di Goldoni come avvocato restano delle ombre impuntabili innanzitutto al giudizio che ne diede Giacomo Casanova: come è stato ricordato, « Casanova raccontando — vecchio — la sua visita al Voltaire, che ebbe luogo nel 1760, e affermando di avere detto bene del Goldoni, aggiung[e] però: *'Il s'intitule aussi avocat, quoiqu'il ne le soit qu'en imagination'*. Però se fosse vero che Casanova fu amico del Goldoni (*'tout Venise me connaît pour son ami'*) avrebbe saputo se non altro che il titolo di avvocato di cui si fregiava non era arbitrario: ma Casanova forse, più che amico del Goldoni era... nemico del Chiari. Goldoni dei *Mémoires* e altrove non lo nomina neanche di sfuggita »⁽⁶¹⁾; nel ricordare la polemica tra Goldoni e l'abate Pietro Chiari (1711-1785) (su cui v. *infra*), Cevolotto omette di riportare l'ulteriore

(59) F. VAZZOLER, *Introduzione a I due Pantaloni. I mercatanti*, cit., p. 9. Per notizie sulle stanze al mezzanino, solitamente impiegate a uso di ufficio commerciale o di studio professionale e in specie di studio legale, v. GASPARI, *Conflitti e giustizia*, cit., p. 196, nota 44.

(60) VAZZOLER, *Introduzione*, cit., pp. 15-16 con riferimento rispettivamente al mercante inglese de *La bancarotta* e a quello olandese de *I due Pantaloni*. Per alcune considerazioni sulla situazione di Venezia nel Settecento, v. P. BOSISIO, *Contro il Goldoni. Un capitolo inedito di Carlo Gozzi al Voltaire e undici sonetti inediti di Accademici Granelleschi*, in « *Italianistica* », 1978, p. 308.

(61) CEVOLOTTO, *Carlo Goldoni avvocato veneto*, cit., p. 134. Sull'incontro tra Casanova e Voltaire v. G. CASANOVA, *Storia della mia vita*, a cura di P. Chiara e F. Roncoroni, vol. II (1756-1763), Milano, Mondadori, 1984, XXVI, pp. 649-650. Sull'imposizione della famiglia di Casanova a studiare giurisprudenza contro la sua volontà di studiare medicina, v. riferimenti ai *Mémoires* indicati ivi, pp. 159-160 (in particolare v. ora CASANOVA, *Memorie*, cit., pp. 37-38). Chiara osserva come « Casanova si servì degli avvocati per salvarsi dai frangenti in cui le sue malefatte di tanto in tanto lo spingevano » (invero Casanova ricorda: « così, non sono diventato né avvocato né medico, e non poteva essere altrimenti. Forse per questo non ho mai voluto ricorrere agli avvocati quando ho avuto in ballo delle questioni legali, né ai medici quando sono stato malato »: CASANOVA, *Memorie*, cit., p. 38): le attività mercantili di Casanova (una lucrosa lotteria a Parigi; una fabbrica di seta stampata a Lione condotta nella forma della società di capitali poi fallita con conseguente arresto per debiti e scarcerazione dopo pochi giorni per la cauzione pagata da M.me d'Urfé; una negoziazione in Olanda di un debito della Compagnia francese delle Indie e di un prestito per conto del Regno di Francia; lettere

frase di Casanova il quale, dopo aver espresso il riferito giudizio su Goldoni avvocato e Goldoni commediografo (« *Goldoni est le Molière de l'Italie* »), chiarisce che « *Goldoni est un bon auteur de comédies, et rien de plus* »⁽⁶²⁾. In effetti che Casanova fosse nemico di Chiari più che amico di Goldoni è attestato dalla circostanza che all'epoca della polemica, l'avventuriero si trovava a Venezia e fu sostenitore di Goldoni tanto che, tra i motivi del suo arresto, fu indicato anche l'aver favorito Goldoni contro Chiari⁽⁶³⁾. Sul valore di Goldoni come avvocato di altro avviso fu Pascolato⁽⁶⁴⁾.

In realtà le ultime ricerche sembrerebbero dare in parte ragione a Casanova sia perché le controversie patrocinata avevano valore modesto⁽⁶⁵⁾ sia perché si ha l'impressione che « Goldoni badasse moltissimo a ricostruire puntigliosamente i fatti e a formulare con millimetrica

di cambio e sconti cambiari) sono state ricostruite da C. PETIT, *Historia del derecho mercantil*, Madrid, Marcial Pons, 2016, pp. 272, nota 26 e 271 e ss. a cui si rinvia anche per la pratica cambiaria ad uso dei libertini e per i rapporti teatro ed economia (p. 266 e ss.). Inoltre, nell'ultimo soggiorno veneziano (1774-82) Casanova tentò pure, senza fortuna, di farsi impresario teatrale. Per lo studio di Casanova finanziere, v. M. RUINI, *Avventure ed avventurieri della finanza, (Law e Casanova)*, Milano, Giuffrè, 1969, p. 89 e ss. ove in particolare la ricostruzione della vicenda inerente alla tintoria (p. 198 e ss.) e quella olandese (p. 165 e ss.).

⁽⁶²⁾ L'episodio è ricordato anche da CHIARA, *Il vero Casanova*, cit., p. 77 aggiungendo come Casanova giudichi Goldoni « insipido e dolciastro come la malva ».

⁽⁶³⁾ Le ragioni dell'inimicizia di Casanova con Chiari risiedono nel fatto che quest'ultimo nella *Commediante in fortuna* del 1755 ritrasse satiricamente nel Signor Vanesio il Casanova; in realtà l'inimicizia tra Pietro Chiari e Giacomo Casanova sembrerebbe risiedere anche nel fatto che il secondo, « figlio di un'attrice e di un modestissimo attore, Gaetano Casanova, attivi nel 1725, anno di sua nascita, nel teatro San Samuele a Venezia, teatro di proprietà della famiglia Grimani » in realtà « nacque figlio non già del padre legale, ma del patrizio Michele Grimani al quale toccavano di diritto le primizie di quel palcoscenico » e il pettegolezzo veneziano culminò nella commedia satirica di Pietro Chiari di cui questi « e chissà quanti altri suoi nemici, si erano fatti banditori » (CHIARA, *Il vero Casanova*, cit., pp. 15, 57 e 115; notizie sulla madre Giovanna o Zanetta Farussi, ritenuta amante dell'impresario Giuseppe Imer e apprezzata da Carlo Goldoni che per lei scrisse *La Pupilla*, ivi, pp. 57-58 e 115 ove citata a p. 101 anche *Al Sior Abate Chiari* « una notissima satira contro l'abate Pietro Chiari, riportata in più luoghi » e particolarmente in CASANOVA, *Storia della mia vita*, cit., VII, pp. 54-55). Il 1755 è anche l'anno in cui il contrasto tra « goldonisti » e « chiaristi » portò ad un nuovo intervento censorio come quando, in autunno, fu vietata la messa in scena dei *Malcontenti*, dove Goldoni ridicolizzava pesantemente l'avversario: A. STUSSI, *Carlo Goldoni e l'ambiente veneziano*, in *Storia della letteratura italiana*, diretta da E. Malato, vol. VI, *Il Settecento*, parte II, *Il secondo Settecento*, Roma, Salerno, 1998, p. 894.

⁽⁶⁴⁾ PASCOLATO, *Carlo Goldoni avvocato*, cit., p. 641 e ss.

⁽⁶⁵⁾ SANTARELLI, *La breve vicenda pisana*, cit., pp. 15-16.

esattezza domande ed eccezioni senza preoccuparsi troppo delle (pur indispensabili) diagnosi giuridiche »⁽⁶⁶⁾; ritenendo Goldoni, con appellativo coniato da Piero Calamandrei, un avvocato « fattista » si è concluso osservando che « Carlo Goldoni non era un giurista, e non poté certo diventarlo esercitando per qualche anno la professione legale a Pisa. Anzi i fascicoli delle controversie delle quali si occupò son lì a dimostrarci all'evidenza la sua *inscientia juris* »⁽⁶⁷⁾. Invero Goldoni tradisce di essere avvocato « fattista » dandone implicita spiegazione ne *L'Avvocato veneziano*, convinto com'è che quando si tratta di una questione di diritto, « *quando se tratta de un ponto de rason, bisogna sempre, per chiaro che el sia, dubitar de l'esito; bisogna preveder i obietti de l'avversario, armarse a difesa e a ofesa* »⁽⁶⁸⁾. Non solo, ma arrivando addirittura a modificare i fatti pur di risultare, sebbene in parte, vittorioso e senza lesinare condotte di slealtà processuale come dimostra lo stratagemma escogitato pur di salvare un ragazzo di famiglia nobile che aveva derubato un vicino (« *un jeune homme de famille avoit dérobé son voisin; il y avoit une porte forcée, et on alloit le condamner aux galères. Une famille respectable, un fils unique, des sœurs à marier, ne falloit il pas le sauver?* »⁽⁶⁹⁾); fa mutare la serratura del primo piano, in modo che potesse aprirsi con la chiave del secondo, e così sostenere in giudizio che il giovane aveva sbagliato di piano e, trovando esposto il denaro, s'era lasciato sedurre dall'occasione: in tal modo il ladro se la cavò con tre mesi di reclusione evitando la pena più severa che sarebbe derivata dall'effrazione⁽⁷⁰⁾.

La stessa impressione sulle qualità di « avvocatino » di Goldoni è stata riferita da altri studiosi: « nonostante Goldoni rappresenti nei *Mémoires* la sua attività forense a Pisa come fortunata, oltre che per la vasta clientela (tale da suscitargli le invidie di alcuni colleghi), anche sotto il punto di vista economico, possiamo dire che, pur confermando le cause ritrovate l'esistenza di una vasta e varia clientela, economicamente la sua situazione appare essere stata assai meno brillante di quanto appare dal suo racconto (povero Goldoni vi arrivò e poverissimo ne ripartì) »⁽⁷¹⁾. Resta il fatto che « la clientela di Carlo Goldoni appartiene a tutti i ceti sociali: troviamo nobili, mercanti, contadini,

⁽⁶⁶⁾ Ivi, pp. 16-17.

⁽⁶⁷⁾ Ivi, p. 19.

⁽⁶⁸⁾ *L'avvocato veneziano*, I.I. Su tale commedia, v. COZZI, *Note su Carlo Goldoni*, cit., p. 3 e ss.

⁽⁶⁹⁾ GOLDONI, *Mémoires*, cit., I, XLIX, p. 222.

⁽⁷⁰⁾ Episodio riportato in PASCOLATO, *Carlo Goldoni avvocato*, cit., p. 649 e in CEVOLOTTO, *Carlo Goldoni avvocato veneto*, cit., pp. 105-106.

⁽⁷¹⁾ DE FECONDO, MORELLI TIMPANARO, *Premessa*, cit., pp. 23-24. Di diverso avviso MATTOZZI, *Carlo Goldoni*, cit., p. 137 per il quale Goldoni abbandonò una professione prestigiosa e remunerativa come quella forense per intraprendere l'altra

ecclesiastici, comuni popolani » (72) e proprio tale eterogeneità sociale verrà rappresentata nelle sue commedie.

Se così stanno le cose sul valore di Goldoni avvocato, allora potrebbe essere proprio questa la vera e sola ragione (non elencata tra quelle ipotizzate da Pascolato che non poteva immaginarla convinto com'era del successo professionale ed economico di Goldoni avvocato a Pisa) che indusse il veneziano a lasciare definitivamente la toga nel 1748 ed intraprendere definitivamente la « Professione di Scrittore di Commedie » (73) dopo che, già in passato, nel 1734, aveva a Venezia firmato « un contratto con il Grimani, impresario dell'Imer, per la stagione teatrale 1734-35 » al teatro San Samuele (74). L'evento appare tutt'altro che marginale nella storia del diritto d'autore in quanto, come osservato, « il Goldoni fu il primo a sottrarsi ad un rapporto di dipendenza dalla munificenza altrui ed a scegliere la letteratura come

tanto meno apprezzata e più aleatoria di poeta di compagnia il che fu una scelta che comportò il superamento del pregiudizio radicato contro la dignità di quel mestiere e contro la convenienza che un letterato potesse scrivere per provvedere al proprio sostentamento.

(72) DE FECONDO, MORELLI TIMPANARO, *Premessa*, cit., p. 30. Quanto a Piero Chiara, lo scrittore dichiarò: « vivo volentieri tra persone d'ogni genere, ma preferisco la gente comune. Non cerco di frequentare i geni o almeno gli uomini preclari. Me la intendo con ragionieri, bottegai, barbieri e portinai, come con medici, avvocati o imprenditori. Ho sempre avuto amici tra gli artisti, ma anche tra i fannulloni di provincia e perfino tra i ladri » (traggo la citazione di D. LAJOLO, *Parole con Piero Chiara. Conversazione in una stanza chiusa*, Milano, Frassinelli, 1984, p. 73 da NOVELLI, *Cronologia*, cit., p. LXXXVII).

(73) C. GOLDONI, *Prefazione Bettinelli*, in ID., *Polemiche editoriali*, cit., p. 90; su tale professione goldoniana, v. MATTOZZI, *Carlo Goldoni*, cit., p. 95 e ss.; C. DE MICHELIS, *Carlo Goldoni e la « professione di Scrittore di Commedie »*, in ID., *Letterati e lettori nel Settecento veneziano*, Firenze, Olschki, 1979, p. 155 e ss. La seconda vita, come scrittore, di Piero Chiara inizia alla soglia dei cinquant'anni all'improvviso catapultato nella migliore società letteraria « quasi come un parente prossimo arrivato tardi al funerale e al quale viene subito fatto largo perché possa mettersi ai primi posti dietro al feretro. Nel mio caso si trattava naturalmente delle esequie del romanzo, morto o dato per morto » (NOVELLI, *Cronologia*, cit., p. LXXIV, richiamando la risposta all'inchiesta *Esiste in Italia una società letteraria?*, in « La nuova rivista europea », novembre-dicembre 1983).

(74) FERRONE, *Le opere*, cit., p. 84. Sull'esperienza al San Samuele, di proprietà della famiglia Grimani, con il capocomico Giuseppe Imer, v. A. SCANNAPIECO, *Carlo Goldoni direttore e 'salariato' dei suoi comici*, in « Studi goldoniani. Quaderni annuali di storia del teatro e della letteratura veneziana del Settecento », 2012, p. 28; G. GUCCINI, *Dall'innamorato all'autore. Strutture del teatro recitato a Venezia nel XVIII secolo*, in « Teatro e storia », 1987, pp. 269-270.

mestiere con un rigore esclusivo, esigendo di ricavare solamente dall'esercizio letterario i mezzi per una vita decorosa ed agiata » (75).

Tra le liti patrociniate da Carlo Goldoni a Pisa e pubblicate nel 2007 vi sono anche quelle commerciali instaurate innanzi ai Consoli del mare (76). In particolare, colpisce una controversia in tema di concorrenza sleale (che oggi diremmo da « violazione di norme pubblicistiche » per contrarietà al principio di correttezza professionale di cui all'art. 2598, n. 3), c.c.) di cui non si conosce l'esito essendo stata abbandonata in occasione della partenza da Pisa e dell'abbandono dell'avvocatura. Come sintetizzato, Goldoni difese Carlo Tassi « oste al Portone » nell'azione promossa contro Domenico Coli, perché questi, violando le disposizioni granducali, vendeva in una bottega vicino all'osteria, « vino in fiaschi » (77): rinviando per gli approfondimenti agli atti di causa, va segnalato come « il fascicolo si chiude bruscamente e Goldoni era in preparativi per abbandonare Pisa e la professione di avvocato lasciando alcune controversie a colleghi » (78).

La vicenda processuale appena ricordata pare preludere alle più celebri polemiche goldoniane che in realtà nascono in un *milieu* di agguerrita concorrenza commerciale nel settore teatrale (79) a Venezia, « capitale indiscussa del teatro nel Settecento » (80). È proprio il mondo degli impresari teatrali e degli editori veneziani con cui venne in contatto Goldoni che rappresenta l'ambito di maggior interesse, rispet-

(75) MATTOZZI, *Carlo Goldoni*, cit., pp. 136-137 il quale ricorda come anche Pietro Metastasio visse nella iniziale alternativa tra professione forense e vocazione letteraria, tuttavia, sfociata nella servitù cortigiana malgrado le possibilità di vita indipendente che l'eredità del Gravina e lo scrivere melodrammi di successo potevano assicurare.

(76) Sulle origini dei Consoli del mare v. G. VOLPE, *Studi sulle istituzioni comunali a Pisa (città e contado, consoli e podestà) Secc. XII-XIII*, in « Annali della R. Scuola Normale Superiore di Pisa. Filosofia e filologia », 1902, p. 296 e ss..

(77) M.A. MORELLI TIMPANARO, *Carlo Tassi, Domenico Coli*, in « La Rassegna della letteratura italiana », 2010, 2, p. 485.

(78) Ivi, p. 488.

(79) Per una espressa analisi della concorrenza sleale a tutela del produttore teatrale come imprenditore ed in particolare da appropriazione di pregi dell'impresa altrui, v. C.E. MAYR, *Il produttore teatrale*, in « Annali italiani del diritto d'autore, della cultura e dello spettacolo », 2005, I, p. 367 e ss. secondo il quale una tutela basata esclusivamente sull'art. 2598 c.c., anche qualora la si ritenga possibile, apparirebbe insoddisfacente in considerazione del fatto che, in relazione al mondo dello spettacolo, « le tematiche a carattere prettamente imprenditoriale paiono assai più sfumate che in altri settori » (p. 368).

(80) P. BOSISIO, *Goldoni e il teatro comico*, in *Storia del teatro moderno e contemporaneo*, diretta da R. Alonge e G. Davico Bonino, vol. II, Torino, Einaudi, 2000, p. 173; GUCCINI, *Dall'innamorato all'autore*, cit., pp. 262-263.

tivamente, per la storia del diritto commerciale ⁽⁸¹⁾ e del diritto della concorrenza, da un lato, e per la storia del diritto d'autore e della parodia, dall'altro. La concorrenza si fa particolarmente agguerrita tra il teatro San Samuele ove opera l'abate Pietro Chiari, messo sotto contratto dai Grimani dopo che Goldoni si legò a Medebach, e il teatro Sant'Angelo dove appunto opera Goldoni: la rivalità tra i due teatri e, in particolare, tra Chiari e Goldoni si configurò « come concorrenza di tipo eminentemente commerciale, finalizzata alla ricerca e al mantenimento del consenso, giustificata dal crescente volume d'affari collegato al teatro drammatico, tanto rinvigorito proprio dal lavoro dei due contendenti, piuttosto che da ragioni di natura squisitamente letteraria e artistica, cui, tuttavia, essi e i più qualificati fra i loro sostenitori ricorrono come onorevole copertura » ⁽⁸²⁾.

Fu a tal punto agguerrita la competizione che non mancarono atti di concorrenza sleale per denigrazione posti in essere non tanto direttamente dagli impresari quanto, indirettamente, dai loro « poeti di compagnia »: da quella più nota provocata dall'abate Pietro Chiari contro Goldoni a quella meno nota degli attacchi di Carlo Gozzi

⁽⁸¹⁾ Sulle figure professionali dell'impresa teatrale del Settecento, v. F. VAZZOLER, *Scene di teatro. La professione dell'attore nel teatro goldoniano*, in « La Rassegna della letteratura italiana », 2007, 2, p. 119 e ss.; quanto all'Ottocento e all'inizio del Novecento, L. CAVAGLIERI, *Il sistema teatrale. Storia dell'organizzazione, dell'economia e delle politiche del teatro in Italia*, Roma, Dino Audino, 2021; EAD., *Tra arte e mercato. Agenti e agenzie teatrali nel XIX secolo*, Roma, Bulzoni, 2006; EAD., *Trust teatrali e diritto d'autore (1894-1910). La tentazione del monopolio*, Corazzano, Titivillus, 2012. Sulle figure professionali dell'impresa operistica del Settecento, F. PIPERNO, *Il sistema produttivo, fino al 1780*, in *Storia dell'opera italiana*, a cura di L. Bianconi e G. Pestelli, vol. IV, *Il sistema produttivo e le sue competenze*, Torino, EDT, 1987, p. 1 e ss.; G. NICASTRO, *Cantanti, impresari e librettisti nei melodrammi goldoniani*, ivi, p. 111 e ss.; quanto all'Ottocento, J. ROSSELLI, *L'impresario d'opera. Arte e affari nel teatro musicale italiano dell'Ottocento*, Torino, EDT, 1985; ID., *Il cantante d'opera. Storia di una professione (1600-1990)*, Bologna, il Mulino, 1993; S. BAIA CURIONI, *Mercanti dell'Opera. Storie di casa Ricordi*, Milano, il Saggiatore, 2011. Sul monopolio creato a Venezia con cui le compagnie dei comici dovettero fare i conti a seguito della « privata scrittura » dell'8 ottobre 1703 — rinnovata il 1° marzo 1705 — fra le famiglie nobili Vendramin e Grimani che « sottomisero a un unico statuto organizzativo le gestioni del Teatro S. Luca (di proprietà dei Vendramin) e del Teatro S. Samuele (di proprietà dei Grimani) », una vera e propria 'intesa' antitrust, v. GUCCINI, *Dall'innamorato all'autore*, cit., p. 255 e ss. cui si rinvia anche per l'analisi di un caso simile genovese di cui dà notizia lo stesso Goldoni.

⁽⁸²⁾ BOSISIO, *Goldoni e il teatro comico*, cit., p. 177; v. pure ID., *Contro il Goldoni*, cit., p. 309, nota 2.

(1720-1806) ⁽⁸³⁾ (che insieme al fratello Gaspare e al critico Giuseppe Baretti, apparteneva all'Accademia dei Granelleschi ⁽⁸⁴⁾ e che nel 1757-1758 fu autore della satira *La tartana degli influssi per l'anno bisestile 1756* nei confronti di Carlo Goldoni e di Pietro Chiari ⁽⁸⁵⁾); polemica esitata nel 1762 nell'abbandono di Venezia da parte di entrambi, il primo per Parigi e il secondo per Brescia.

Si tratta di 'polemiche' che hanno sempre come sfondo la concorrenza tra le attività teatrali veneziane ma, da un lato, come rilevato, sarebbe sbrigativo liquidare Pietro Chiari come un « banale imitatore, un mestierante dozzinale » essendo espressione di « una consapevole poetica del rifacimento e dell'adattamento a suo modo assai moderna, soprattutto nella sua declinazione parodistica e ironica » ⁽⁸⁶⁾; dall'altro, la concorrenza sleale ancora a inizi Novecento veniva definita come « una nebulosa di consistenza dubbia, dai contorni vaghi e oscillanti » ⁽⁸⁷⁾ mentre è del 7 maggio 1908 la nota pronuncia del Tribunale di Napoli che qualificò come parodistica l'opera comica *Il figlio di Iorio* di Eduardo Scarpetta rispetto alla tragedia *La figlia di Iorio* di Gabriele D'Annunzio ⁽⁸⁸⁾.

4. *Goldoni commediografo per il teatro Sant'Angelo e la compagnia Medebach: la concorrenza con il teatro San Samuele e l'abate Pietro Chiari.*

In particolare, la controversia concorrenziale pisana sulla vendita del vino pare preparare Goldoni a una celebre polemica « o meglio sarebbe dire della concorrenza, protrattasi tra Goldoni e Chiari per oltre

⁽⁸³⁾ P. BOSISIO, *Le polemiche teatrali nelle Memorie inutili di Carlo Gozzi (stampa e manoscritti editi e inediti)*, in *Parola, musica, scena, lettura. Percorsi nel teatro di Carlo Goldoni e Carlo Gozzi*, a cura di G. Bazoli e M. Ghelfi, Venezia, Marsilio, 2009, p. 689 e ss.

⁽⁸⁴⁾ F. FIDO, *Le inquietudini di Goldoni. Saggi e letture*, Genova, Costa & Nolan, 1995, p. 129.

⁽⁸⁵⁾ Sugli aspetti della satira, sulla replica di Goldoni e sul prosieguo della polemica, v. A. BENISELLI, *Gozzi, Carlo*, in *Dizionario Biografico degli Italiani* — vol. 58 (2002), in www.treccani.it.

⁽⁸⁶⁾ BOSISIO, *Goldoni e il teatro comico*, cit., p. 177.

⁽⁸⁷⁾ P. BONFANTE, *Il diritto al nome commerciale e la concorrenza sleale*, in « Rivista del diritto commerciale », 1908, II, p. 164.

⁽⁸⁸⁾ Sulla pronuncia, v. L. MOSCATI, *Diritti d'autore. Storia e comparazione nei sistemi di civil law e di common law*, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2020, pp. 191-192 e da ultimo N. IRTI, *Elogio della parodia*, in « Arte e diritto », 2023, p. 3 e ss.

un decennio »⁽⁸⁹⁾ e che diede vita, in un momento in cui i ruoli all'interno dell'impresa di pubblici spettacoli non erano del tutto definiti e nemmeno i confini della parodia erano stati individuati⁽⁹⁰⁾, ad una ipotesi di concorrenza sleale per denigrazione oltre all'accusa di plagio. La vicenda di poco successiva all'abbandono di Pisa è così sunteggiata: all'origine, la sera di Santo Stefano del 1748,

si pone la rappresentazione della *Vedova scaltra* (1749), un testo di rilievo nella carriera dell'avvocato veneziano, rivelando come la di lui produzione drammaturgica sia ormai avviata alla consacrazione della commedia di carattere. Chiari contrattacca il successo conseguito al Sant'Angelo, mettendo in scena al San Samuele *La scuola delle vedove*, un testo non pervertoci che, per quanto differente specie negli esiti dal prototipo goldoniano, è dall'avversario (e non solo da lui) giudicato come frutto di un plagio evidente: 'Solo il dialogo era cambiato ed era pieno di invettive e insulti contro di me e i miei comici'⁽⁹¹⁾.

Piuttosto che adire l'autorità giudiziaria Goldoni ricorre ad una sorta di autotutela: nonostante fosse stato fatto tutto il possibile per dissuadere l'autore di darlo alle stampe⁽⁹²⁾, il commediografo si rivolge direttamente al pubblico con il *Prologo apologetico alla Vedova scaltra*, un *pamphlet* diffuso mediante fogli volanti con cui Goldoni accusa Chiari di « soggetto rubato, caratteri copiati, frasi da altri rivedute e corrette, periodi di vario stile intrecciati, con una inoppellatura di novità, che può realmente dirsi Mumia travestita »⁽⁹³⁾. È a tal punto scosso l'ordine pubblico che « interviene addirittura il Tribunale dell'Inquisizione che sospende entrambe le commedie, disponendo che

(89) BOSISIO, *Goldoni e il teatro comico*, cit., p. 175; V. GARAVAGLIA, *Note intorno alla contesa teatrale tra Pietro Chiari e Carlo Goldoni, con il contributo di alcune epistole di Placido Bordonì al canonico Lodovico Ricci*, in « Il castello di Elsinore », 2020, 81, p. 28.

(90) In tema, anche in prospettiva comparatistica, v. C.E. MAYR, *Critica, parodia, satira*, in « Annali italiani del diritto d'autore, della cultura e dello spettacolo », 2003, I, p. 276 e ss.

(91) BOSISIO, *Goldoni e il teatro comico*, cit., p. 175; GARAVAGLIA, *Note intorno alla contesa teatrale*, cit., richiamando i *Mémoires*, cit., II, V, p. 262; FERRONE, *Le opere*, cit., pp. 94-95.

(92) MATTOZZI, *Carlo Goldoni*, cit., pp. 104-105 il quale ricorda come « un potente protettore di Medebach, forse il Condulmer, gli consigliò di ritoccare i versi, nel timore che quella temerità rischiasse di spiacerne agli Inquisitori e causasse la rovina dello scrittore e del capocomico. Il Goldoni fu irremovibile; avvertì che se il governo avesse fatto sequestrare il manoscritto, egli sarebbe partito immediatamente per farlo imprimere fuori dalla Repubblica. Ebbe partita vinta e poté diffondere tremila copie del prologo nei caffè di Venezia ».

(93) C. GOLDONI, *Prologo apologetico*, in *Id.*, *Tutte le opere di Carlo Goldoni*, cit., II, p. 413.

d'ora innanzi tutte le 'novità' abbiano a sottostare alla censura preventiva, ovvero siano esaminate da un revisore del Magistrato contro la bestemmia »⁽⁹⁴⁾.

In realtà Chiari «fondava il suo successo sulla spregiudicata opposizione a Goldoni: aveva accolto attori in rotta con il rivale, aveva sfruttato il successo di soggetti goldoniani per farne parodie provocatorie (scrisse un *Molière marito geloso* in versi martelliani, dopo che lo stesso Goldoni aveva rappresentato, nel 1751, una commedia in martelliani dal titolo *Molière*) »⁽⁹⁵⁾: la concorrenza sleale dell'abate Chiari continuò nella forma dell'imitazione servile in quanto «aveva imitato il nostro autore nell'adattamento teatrale di romanzi francesi e inglesi (*La Pamela*) »⁽⁹⁶⁾, oltre che nell'imitazione de *La sposa persiana* (1753-54) con *La schiava cinese*⁽⁹⁷⁾: inoltre, «serenamente e senza troppi scrupoli, riprende temi e caratteri goldoniani in *La moglie saggia* (da *Il cavaliere e la dama*), in *L'erede fortunato* (da *L'erede fortunata*), in *Il buon padre di famiglia* (da *La famiglia dell'antiquario* e da *Il padre di famiglia*): la scelta frequente di non differenziare in modo sostanziale neppure i titoli fa pensare che il riferimento alle opere di Goldoni costituisca per la compagnia del San Samuele un elemento di richiamo pubblicitario, atto a scatenare, con la curiosità del pubblico, un più numeroso concorso »⁽⁹⁸⁾.

È interessante rimarcare come gli storici del teatro abbiano notato il ruolo di Niccolò Balbi (cui *La vedova scaltra* è dedicata) il quale «era entrato a far parte del Consiglio dei Quaranta proprio nel 1748, e l'appoggio fornito nell'esercizio delle sue funzioni giudiziarie dovette essere ben determinante all'atto dell'esplosione, nell'anno successivo,

⁽⁹⁴⁾ GERON, *L'avvocato veneto Carlo Goldoni*, cit., p. 34; GARAVAGLIA, *Note intorno alla contesa teatrale*, cit., p. 29. Sulla magistratura tipicamente veneziana degli Esecutori contro la bestemmia, v. COZZI, *Note su Carlo Goldoni*, cit., p. 11 e ss. il quale ricorda come il Consiglio dei Dieci conferiva a questa magistratura anche la sovrintendenza sui comici e sulle rappresentazioni teatrali con tre decreti degli Esecutori del 1703, del 1707 e del 1750; per notizie v. pure R. BERVEGLIERI, "Ingegnosi artificij". *Serenissima Repubblica di Venezia. Trecento anni di storia della scienza, della tecnica e dell'innovazione (1471-1788)*, t. I, Sommacampagna, Cierre, 2020, p. 814. Sugli Esecutori contro la bestemmia, più recentemente, v. A. SCANNAPIECO, *Censure*, in *Dictionnaire Goldoni*, sous la direction de Lucie Comparini et Andrea Fabiano, Paris, Classiques Garnier, 2019, p. 43 e ss. cui si rinvia anche per la ricostruzione della polemica tra Goldoni e Chiari; per notizie v. pure EAD., «Io non voglio scrivere per le stampe...»: *genesi e prima configurazione della prassi editoriale goldoniana*, in «Quaderni veneti», XX (1994), p. 155, nota 112.

⁽⁹⁵⁾ FERRONE, *Le opere*, cit., p. 106.

⁽⁹⁶⁾ *Ibidem*.

⁽⁹⁷⁾ *Ibidem*.

⁽⁹⁸⁾ BOSISIO, *Goldoni e il teatro comico*, cit., p. 175.

della polemica con Chiari e del conseguente intervento censorio »⁽⁹⁹⁾; tanto che vi è il sospetto che anche l'altro intervento censorio con sequestro cautelativo (con successiva reprimenda) de *La moglie saggia* rispose più a ragioni di tutela di Goldoni che subiva atti di concorrenza sleale (colpendosi quindi « soprattutto la produzione del Chiari nel suo provocatorio parodiare »⁽¹⁰⁰⁾) che al « timore di offendere la sensibilità dei residenti stranieri (la motivazione con cui erano state sospese le recite tanto della *Vedova scaltra* quanto della *Scuola delle vedove*) »⁽¹⁰¹⁾.

5. *Due altre vicende di interesse per la storia del diritto della concorrenza e del diritto d'autore: la rottura con Medebach e con l'editore Bettinelli e il nuovo contratto con Vendramin proprietario del teatro San Luca e con l'editore fiorentino Paperini.*

È in questo periodo che Goldoni è protagonista di un'altra complessa vicenda — ricostruita approfonditamente, anche nei suoi risvolti giuridici e giudiziari, da Ivo Mattozzi⁽¹⁰²⁾ e da Anna Scannapieco⁽¹⁰³⁾ — di estremo interesse per la storia del diritto d'autore e della concorrenza sleale, e cioè la rottura con l'editore Giuseppe Bettinelli di Venezia (« Libraio all'Insegna del Secolo delle Lettere in Merceria ») che fu accusato dal commediografo di avere pubblicato illecitamente alcune commedie cedute per la rappresentazione da Goldoni a Medebach e da questi trasferite a titolo oneroso al libraio dopo l'interruzione del rapporto con il Goldoni⁽¹⁰⁴⁾: le edizioni Bettinelli di Goldoni « ci illustrano con inedito dettaglio le modalità del rapporto

⁽⁹⁹⁾ SCANNAPIECO, « *Io non soglio scrivere per le stampe...* », cit., p. 181, testo e nota 171. Per notizie sul Consiglio dei Quaranta, BERVEGLIERI, « *Ingegnosi artificij* », cit., p. 814.

⁽¹⁰⁰⁾ SCANNAPIECO, « *Io non soglio scrivere per le stampe...* », cit., p. 181, testo e nota 171.

⁽¹⁰¹⁾ *Ibidem.*

⁽¹⁰²⁾ MATTOZZI, *Carlo Goldoni*, cit., p. 95 e ss.; per una sintesi, v. pure M. INFELISE, *L'editoria veneziana nel '700*, Milano, Angeli, 1989², p. 195.

⁽¹⁰³⁾ A. SCANNAPIECO, *Giuseppe Bettinelli editore di Goldoni*, in « Problemi di critica goldoniana », I (1994), p. 63 e ss.; EAD., *Verso una ricognizione*, cit.

⁽¹⁰⁴⁾ MATTOZZI, *Carlo Goldoni*, cit., p. 95 e ss.; sull'editore Bettinelli, immatricolato all'arte il 19 luglio 1731, e sull'impresa editoriale veneziana v. per tutti SCANNAPIECO, *Giuseppe Bettinelli*, cit., p. 63 e ss. anche per l'analisi di contratti di società tra « editore » e « capitalista » nei quali talora il primo è subordinato al secondo e talaltra tra i due vi è una « compagnia » in sostanziale parità (p. 66 e ss.); sulle associazioni librarie come pubbliche sottoscrizioni (p. 82; sulla sottoscrizione per l'edizione Paperini delle opere di Goldoni cui aderiscono, nel giro di un solo mese, i 1750 associati necessari anche milanesi, toscani ma molti pure veneziani, p. 91; sull'abbandono da parte di Casanova di continuare la pubblicazione della traduzione in veneziano dell'*Iliade* presso

(di cruenta conflittualità) tra autore ed editore — e in genere tra l'intellettuale Goldoni e le 'regole ciniche e bare' del mercato in cui si iscriveva, o con cui comunque doveva confrontarsi il suo operato » (105). Come è stato notato, « la polemica, che a Venezia fu composta dai Riformatori dello Studio di Padova, si sviluppò dal 1753 al 1756, a ridosso della stampa dell'*Essai sur la société des gens de lettres et des grands* (1753) di Jean-Baptiste D'Alembert, e toccò un aspetto sensibilmente avvertito dagli intellettuali francesi ed europei » (106).

Oltre al contratto tra Goldoni e Medebach, un documento pubblicato, molto importante e di grandissimo interesse, è l'*Esposito* di Stefano Sciugliaga ai Riformatori dello Studio di Padova (107) « per la ricchezza delle informazioni che contiene e la qualità delle argomentazioni giuridiche a cui fa appello circa il concetto di proprietà letteraria e la rivendicazione del diritto d'autore: cose di cui appena allora si cominciava a discutere in Francia » (108).

La vicenda (che segue a quella del drammaturgo Ben Jonson nell'Inghilterra elisabettiana che applicò « il diritto dell'autore di vendere direttamente le opere agli editori » (109) e anticipa altre più note ottocentesche riguardanti Honoré de Balzac (110) e Alessandro Man-

Modesto Fenzo, stampatore in Venezia, per la scarsità dei sottoscrittori — « trecentotrentanove, faticosamente reperiti nel giro delle sue amicizie in tutta Europa » — CHIARA, *Il vero Casanova*, cit., p. 86); sulle tappe della procedura che un editore doveva mettere in atto per poter realizzare la stampa di un libro (p. 87).

(105) SCANNAPIECO, *Giuseppe Bettinelli*, cit., p. 85. In forza di una amicizia Bettinelli aveva sollecitato Goldoni a pubblicare le commedie e il commediografo avrebbe accondisceso per la stampa di non più di quattro all'anno per non pregiudicare la compagnia di Medebach e nel 1750 si raggiunge un accordo. Nel 1753 l'intesa è rotta e il libraio continuava l'edizione per conto del Medebach, contro la volontà dell'autore tanto che Goldoni si determinava a dar corso ad un'edizione indipendente e concorrente, in società con gli editori Paperini di Firenze (MATTOZZI, *Carlo Goldoni*, cit., pp. 95-96).

(106) R. TURCHI, *L'immagine di sé. Dalla Bettinelli alla Paperini*, in GOLDONI, *Polemiche editoriali*, cit., p. 9.

(107) Il documento risulta pubblicato nell'appendice in MATTOZZI, *Carlo Goldoni*, cit., p. 145 e ss.

(108) *Ibidem*.

(109) R. CHARTIER, *L'ordine dei libri*, Milano, il Saggiatore, 1992, p. 61 citato da TURCHI, *L'immagine di sé*, cit., p. 10 cui si rinvia per l'indicazione delle 'tecniche' che autori come Giovan Battista Fagioli, Angelo Jacopo Nelli e Scipione Maffei usarono per combattere e sottrarre le loro opere alla pirateria dei tipografi. Sul fenomeno della contraffazione, v. A. JOHNS, *Pirateria. Storia della proprietà intellettuale da Gutenberg a Google*, Torino, Bollati Boringhieri, 2011.

(110) Sulla presenza nell'opera e nella biografia di Balzac di episodi inerenti alla protezione del diritto d'autore, v. G. GUIZZI, "Les souffrances de l'inventeur". *Spigolature*

zoni ⁽¹¹¹⁾) conferma quanto autorevole dottrina ha chiarito in punto di sviluppo del diritto d'autore: « cheché se ne dica nelle trattazioni meno vigili su origini e sviluppo del diritto d'autore (e cioè che esso costituirebbe l'evoluzione dei privilegi accordati agli stampatori di libri), può affermarsi che *fra privativa concessa all'autore e privativa concessa all'inventore vi sia, alle origini, differenziazione e contrapposizione sul piano socio-economico*. La storia mette in luce come *gli interessi degli autori di opere letterarie si siano affermati non già in sintonia con gli interessi dell'industria, ma in antagonismo*. Non è difficile convincersi che il prototipo della produzione industriale fu l'editoria: la stampa a caratteri mobili consente la produzione meccanizzata ed in serie del bene-libro. Agli albori della industria editoriale l'interesse economico dell'autore si realizzava grazie al prezzo che l'autore spuntava per la vendita del manoscritto allo stampatore. I proventi derivanti dallo sfruttamento dell'opera invece spettavano interamente allo stampatore. Ebbene, l'affermarsi di leggi generali di protezione degli autori (con la tecnica della attribuzione di un diritto di sfruttamento esclusivo dell'opera loro) si lascia apprezzare come misura di contenimento della subalternità socioeconomica degli autori rispetto agli stampatori, di redistribuzione dei proventi dell'opera tra autori e stampatori; *non diversamente da quanto è a dirsi con riguardo agli autori di opere teatrali rispetto agli impresari teatrali* » ⁽¹¹²⁾. Che il diritto d'autore si sia sviluppato in antagonismo con gli interessi dell'industria editoriale è

in tema di tutela brevettuale tra storia, diritto e letteratura, in « Rivista di storia del diritto italiano », 2021, spec. p. 100, nota 28; KORNSTEIN, *He Know More*, cit., p. 86 e ss.; MOSCATI, *Diritti d'autore*, cit., p. 108. Sulla storia del diritto d'autore v. già U. IZZO, *Alle origini del copyright e del diritto d'autore*, Roma, Carocci, 2010.

⁽¹¹¹⁾ Sulla celebre controversia Manzoni-Le Monnier, v. G. BERTI ARNOALDI VELLI, *Il caso Manzoni-Le Monnier*, in « Il diritto d'autore », 2 (2005), p. 193 e ss.; P. TRANIELLO, *Alle soglie del diritto d'autore: il processo Manzoni-Le Monnier*, in « Nuova informazione bibliografica », 3 (2010), p. 587 e ss.; da ultimo, anche per la raccolta dei documenti giudiziari, L. MOSCATI, *Alessandro Manzoni « avvocato ». La causa contro Le Monnier e le origini del diritto d'autore in Italia*, Bologna, il Mulino, 2017; EAD., *Diritti d'autore*, cit., p. 165 e ss.

⁽¹¹²⁾ P. SPADA, *Diritto industriale, proprietà intellettuale e concorrenza*, Torino, Giappichelli, 2005, pp. 4 e 5 (corsivi miei) richiamando M.C. DOCK, *Etudes sur le droit d'auteur*, Paris, Pichon et Durand, 1961. Quanto all'ambito musicale, oltre ai casi Verga contro Mascagni e Ricordi e altri contro Sonzogno (MOSCATI, *Diritti d'autore*, cit., p. 188 e ss.), per una più ampia disamina del diritto d'autore v. L. GUILLO, *Legal Aspects*, in *Music Publishing in Europe. 1600-1900. Concepts and Issues, Bibliography*, R. Rasch (ed.), Berlin, Berliner Wissenschafts-Verlag, 2005, p. 115 e ss.; B.M. ANTOLINI, *Introduzione a Dizionario degli editori musicali italiani, 1750-1930*, Pisa, ETS, 2000, p. 24 e ss.; nella stessa opera, nella sezione *Fonti e bibliografia* (p. 371 e ss.) sono riportate le opere di G. GELATI, *Cavalleria in tribunale*, in *Cavalleria rusticana 1890-1990: cento anni di un capolavoro*, a cura di P. e

attestato dalle vicende biografiche di alcuni autori i quali (a differenza di Goldoni che preferì trovare un editore straniero nel Granducato di Toscana) diventarono editori di se stessi: è il caso, oltre che di Casanova⁽¹¹³⁾, dello stesso Balzac⁽¹¹⁴⁾ e di Manzoni⁽¹¹⁵⁾ (tra i quali vi fu pure un incontro nel 1837⁽¹¹⁶⁾) dopo che l'autore francese aveva già pubblicato nella *Revue de Paris* nel 1834 la lunghissima lettera agli

N. Ostali, Milano, Sonzogno, 1990, p. 115 e ss.; ANONIMO, *Intorno alla garanzia della proprietà scientifico-letterario-artistica nei domini della Santa Sede. Leggi-declaratorie-sentenze*, Milano, Ricordi, s.d.; C. LO IACONO, *Manzotti & Marengo. Il diritto di due autori*, in « Nuova rivista musicale italiana », 1987, p. 421 e ss.: a questo approfondito studio si rinvia anche per ampi riferimenti a scritti giuridici sul diritto d'autore, italiani e tedeschi, tra Otto e Novecento; E. ROSMINI, *La legislazione e la giurisprudenza dei teatri*, Milano, Hoepli, 1893³; J. ROSSELLI, *Verdi e la storia della retribuzione del compositore italiano*, in « Studi verdiani », 2 (1983), p. 11 e ss. Da ultimo, v. G. CARUGNO, *A chi apparteneva il Nabucco? Note storiche sulla « proprietà dello spartito » e sulla controversia fra gli editori Lucca e Ricordi*, in *Music publishing and composers (1750-1850)*, a cura di M. Sala, Turnhout, Brepols, 2020, p. 129 e ss.

(113) CHIARA, *Il vero Casanova*, cit., pp. 15 e 21.

(114) La posizione di giustapposizione antagonistica tra autori e industria culturale ebbe esiti disastrosi per Balzac (per una ricostruzione, v. S. ZWEIF, *Balzac. Il romanzo della sua vita*, Roma, Castelvechi, 2013, p. 73 e ss.). Balzac — che come è noto usava trarre dalla realtà che conosceva la materia della narrazione — ha fatto confluire nelle *Illusioni perdute* due sue esperienze fondamentali: quella di stampatore (da lui avuta con esito rovinoso negli anni 1826-1828) nella storia di David Sèchard; quella di scrittore al servizio dell'«industria culturale» nelle vicende di Lucien a Parigi. Su tali profili inerenti a Balzac *homme d'affaires* e sull'industria editoriale nelle *Illusioni perdute*, v. PEYTEL, *Balzac juriste romantique*, cit., p. 35 e ss. e più recentemente GUIZZI, «*Les souffrances de l'inventeur*», cit., p. 89 e ss.

(115) Come ricorda G. MACCHIA, *Manzoni e la via del romanzo*, Milano, Adelphi, 1994, p. 193 « Balzac si era messo a fare l'editore in giovane età, in un periodo particolarmente critico della sua vita. Manzoni si lanciava nell'impresa quando era già famoso e alle soglie della vecchiaia, divenendo l'editore di se stesso ». Nonostante Manzoni avesse escogitato di fare uscire *I promessi sposi* a dispense e con le illustrazioni in maniera tale che il contraffattore « non poteva dar fuori quinternetti nudi d'ogni ornato, e contraffare i suoi sarebbe stata non una speculazione ma una pazzia », la cosa andò assai peggio: « il temibile figuro che credeva aver sotterrato riapparve in altri luoghi, in altre città (Napoli). Decine e decine di lettere di questo periodo, funestato da vicende familiari dolorose, non trattano che di librai, di stampatori, d'incisioni, di macchine per stampare, d'imballaggi, di depositi, d'incassi e anche di cambiali. Sembra incredibile in quale enorme imbroglio lo 'speculatorone' si era con le proprie mani cacciato » (ivi, p. 195).

(116) Si tratta dell'incontro che si ebbe a Milano, contrada del Morone, n. 1171, la sera del 1° marzo 1837 propiziato dal marchese Felice Carron de Saint-Thomas: l'incontro è ricostruito da R. DE CESARE, *Balzac e Manzoni e altri studi su Balzac e l'Italia*,

scrittori francesi da cui nascerà nel 1838 la *Société des gens de lettres* di cui stesso Balzac l'anno successivo divenne presidente ⁽¹¹⁷⁾. Quanto all'Italia nel 1844 Carlo Tenca, giovane letterato milanese, scrisse per la *Rivista europea* il saggio *Del commercio librario in Italia e dei mezzi di riordinarlo* ma la pubblicazione fu vietata dalla censura ⁽¹¹⁸⁾. Va, comunque, rimarcato come all'epoca di Goldoni proprio a Venezia la posizione dell'inventore sembrerebbe essere maggiormente tutelata ⁽¹¹⁹⁾; viceversa Goldoni si trovò di fronte Medebach, che vantava la « proprietà » delle commedie e Bettinelli che aveva il privilegio di

Milano, Vita e Pensiero, 1993, p. 189 e ss. e ripreso da MACCHIA, *Manzoni e la via del romanzo*, cit., p. 184 e ss. L'incontro è stato ricordato da M.S. SPOLIDORO, *Recensione a Laura Moscati, Alessandro Manzoni « avvocato »*, in « Rivista di studi manzoniani », 2020, p. 146 e da GUIZZI, « *Les souffrances de l'inventeur* », cit., p. 100, nota 28.

⁽¹¹⁷⁾ I materiali della vicenda sono raccolti in *Le combat du droit d'auteur. Anthologie historique, suivie d'un entretien avec Alain Berenboom*, textes réunis et présentés par Jan Baetens, Paris, Les Impressions Nouvelles, 2001, p. 75 e ss. Sulla vicenda biografica, v. ZWEIG, *Balzac*, cit., pp. 287-288. Per riferimenti, v. MOSCATI, *Diritti d'autore*, cit., p. 108.

⁽¹¹⁸⁾ C. SCARPATI, *Un saggio inedito di Carlo Tenca*, in *Studi di letteratura e di storia in memoria di Antonio Di Pietro*, Milano, Vita e Pensiero, 1977, p. 185 e ss. Il Tenca individuava una serie di misure per la regolamentazione dell'industria editoriale: « I. Che l'industria degli editori cada sotto la giurisdizione commerciale, e sia parificata ad ogni altra industria. Gli editori dovranno quindi notificarsi alla camera di commercio, e far valere i mezzi che hanno da intraprendere e di condurre a fine le pubblicazioni che vogliono dare in luce. II. che un'apposita magistratura letteraria, lo stesso ufficio di Censura, se vuolsi, non conceda agli editori nessuna pubblicazione, ove sia d'uopo una direzione letteraria qualunque, se prima non ha la guarentigia d'uno scrittore noto, che prometta di vegliare a questa pubblicazione. III. che questa magistratura non permetta annunci di lavori o esibizioni di nomi di letterati, se prima non ha la promessa speciale o la firma di tali letterati. IV. che i contratti tra gli editori e gli scrittori siano considerati come ogni altro contratto, vale a dire che la sproporzione dei guadagni in tali contratti sia punita come qualsiasi altra usura » (p. 201).

⁽¹¹⁹⁾ « Tra le priorità della Repubblica Veneta in campo amministrativo e politico vi è quella di aver emanato per prima la 'parte' del Senato del 19 marzo 1474, una legge a tutela delle invenzioni, in anticipo di un secolo e mezzo sullo *Statute of Monopolies* inglese del 1623; questo a protezione sia dell'interesse dei singoli che dello Stato, per i miglioramenti che nuovi ritrovati potevano arrecare alle varie attività, ai processi di lavorazione, alla vita economica e sociale, e allo scopo di attrarre nella Dominante 'acutissimi ingegni, apti ad excogitar et trovar ingegnosi artificij' » con la concessione, da parte del Senato Terra tra il 1474 e il 1788, di ben 2130 brevetti e la presenza di molti « artigiani immigranti »: BERVEGLIERI, « *Ingegnosi artificij* », cit., pp. 7 e 147. Per l'indicazione nei libretti italiani fino alla metà del Settecento dell'« inventore e direttore dei balli » senza specificazione del ruolo dei ballerini, v. A. NARI, *Commento a GOLDONI, La scuola di ballo*, cit., p. 167.

pubblicarle e la situazione dello scrittore fu aggravata dalla circostanza che i due s'intendessero tra loro, tanto più che il libraio aveva bisogno di denaro e l'impresario ed i padroni del S. Angelo potevano prestarliene ⁽¹²⁰⁾.

5.1. *La vicenda Goldoni-Medebach.*

Rispetto al trionfo che le commedie di Goldoni conseguono a Venezia

lo sforzo intellettuale e lo 'stress' sono stati tali che Carlo ne esce pressoché distrutto, con l'amarezza ulteriore di non aver rimediato dal Medebach un solo ducato in più oltre i quattrocento concordati per otto commedie e due atti unici all'anno: malgrado che in una sola stagione gli abbia fornito il doppio delle 'pièces' contrattuali, deve accontentarsi di 'molti elogi, molti complimenti, ma non del più piccolo riconoscimento'. Come non bastasse, Goldoni sostiene che il capocomico si oppone alla pubblicazione delle sue opere, affermando di aver acquistato, in forza del patto quadriennale, anche quei diritti d'autore, come oggi si direbbe, che a metà Settecento erano ben lontani dall'essere codificati. In realtà la posizione del Medebach non è così rigida — o comunque ben presto si ammorbidisce — consentendo al commediografo di pubblicare un volume all'anno convinto, con tale permesso, di strappargli, come minimo, un altro impegno quadriennale ⁽¹²¹⁾.

È proprio su questo punto del rinnovo del contratto che divampa il conflitto tra Goldoni e Medebach. Prestando fede alla documentazione pubblicata, nessun *nomen iuris* recano sia il contratto intercorso tra Goldoni e Medebach ⁽¹²²⁾ sebbene in esso « *si obbliga il Signor Dottore Carlo Goldoni essere impiegato in qualità di Poeta nella compagnia del Signor Girolamo Medebach* »; sia il contratto intercorso tra Goldoni e Bettinelli: per quest'ultimo la questione è se si tratti di una

⁽¹²⁰⁾ MATTOZZI, *Carlo Goldoni*, cit., p. 135.

⁽¹²¹⁾ GERON, *L'avvocato veneto Carlo Goldoni*, cit., pp. 36-37. Per un approfondimento di tali profili v. MATTOZZI, *Carlo Goldoni*, cit., p. 127 e ss. il quale non ritenendo attendibile la spiegazione dei fatti data da Goldoni sostiene che il contrasto nacque dal fatto che l'impresario aveva fatto valere l'esigenza che la pubblicazione non mettesse a disposizione delle compagnie concorrenti, a buon mercato, quei copioni nuovi che egli pagava in ducati sonanti, e perciò aveva voluto che le commedie edite ogni anno non fossero più di quattro; Goldoni aveva sentito come una vessazione quella intromissione e non avrebbe voluto tenerne conto e di fronte alla resistenza di Goldoni l'impresario tentò di impedire l'intrapresa dell'autore minacciando di agire in giudizio, il che indusse Goldoni ad accettare l'autorizzazione di Medebach a pubblicare un solo volume all'anno: MATTOZZI, *Carlo Goldoni*, cit., pp. 128-129.

⁽¹²²⁾ Come anticipato, il testo si rinviene nella prefazione a *La donna vendicativa* del 1754.

‘società’⁽¹²³⁾ o se si tratti di un contratto di ‘vendita’ della proprietà letteraria⁽¹²⁴⁾. Pur non essendo ancora giunti alla tipizzazione legale e/o sociale odierna né del contratto di lavoro subordinato né del contratto di edizione⁽¹²⁵⁾ nella vicenda in discorso, oltre a profili inerenti al diritto d’autore, affiorano su un piano sostanziale ed economico quegli stessi conflitti tra contrapposti interessi delle parti sottesi alle odierne fattispecie della concorrenza sleale per storno di dipendenti (rientrante nella ipotesi di cui all’art. 2598, n. 3, c.c.) e del patto di non concorrenza stipulato per il periodo successivo alla cessazione del rapporto di lavoro subordinato con cui il lavoratore si obbliga a non svolgere, dopo la cessazione del rapporto, attività in concorrenza con l’ex datore di lavoro

(123) Dall’*Esposito* di Stefano Sciugliaga citato emerge come tra l’autore Goldoni e l’editore Bettinelli fosse stato stipulato un contratto di « società », in forma verbale, « che comportò per i primi due volumi una ripartizione del costo di produzione e degli utili realizzati; non venne meno, per il terzo volume, il finanziamento dell’autore, ma assunse una forma per così dire indiretta: per agevolare infatti l’attività commerciale dell’editore, molto basata sulla pratica delle permutate librerie, Goldoni cedette a Bettinelli la gestione (e l’utile) di tutte le copie stampate in cambio di una somma fissa, definita in base agli introiti precedentemente realizzati e consistente in ‘ducati duecento in denaro, e ducati cinquanta in tante copie’ [...] Per i primi due volumi e sostanzialmente anche per il terzo, il finanziamento dell’impresa era sostenuto anche da Goldoni » (SCANNAPIECO, *Verso una ricognizione*, cit., p. 165); « bisogna tuttavia considerare che l’autore — in maniera decisamente truffaldina, considerato il vigente stato di società — era escluso da quegli ulteriori vantaggi economici che sarebbero potuti derivare (come ampiamente derivarono) da eventuali ristampe » (ivi, p. 167).

(124) Come riferisce MATTOZZI, *Carlo Goldoni*, cit., p. 117 nelle difese di Bettinelli si parla di « preciso contratto ».

(125) Ma v. i due contratti notarili collegati di edizione e di mutuo del 15 settembre 1567 e del 7 febbraio 1568 stipulati a Firenze tra Benvenuto Cellini e i tipografi fiorentini Marco Peri e Valente Panizzi per la stampa dei suoi *Trattati* sull’oreficeria e sulla scultura in cambio dei quali fa loro un prestito senza interesse di 30 fiorini d’oro e che pure ebbero strascichi giudiziari: i documenti furono pubblicati da P. CALAMANDREI, *Un contratto di edizione di Benvenuto Cellini*, in *Studi di diritto commerciale in onore di Cesare Vivante*, Roma, Società editrice del Foro italiano, 1931, p. 225 e ss. e « mostrano il contratto di edizione, poi salito a tanta importanza nel diritto moderno, quale si presentava ai suoi primi albori, a distanza di meno di un secolo dalla invenzione della stampa ». È lo stesso Calamandrei a ritenere che, nonostante la presenza del nome *locatio* che farebbe pensare alla *locatio operis*, la frase « *dat et concedit ad imprimendum* » farebbe intendere che la stampa del volume non era soltanto un servizio fatto dai tipografi all’autore, ma altresì la « concessione » di una utilità fatta dall’autore agli editori, la trasmissione ad essi di una « facoltà di pubblicazione ch’essi potevano d’ora innanzi esercitare e sfruttare a proprio vantaggio » (ivi, pp. 236-237).

(art. 2125 c.c.)⁽¹²⁶⁾; al di là della qualificazione giuridica del rapporto tra Goldoni e Medebach, nonostante la clausola di esclusiva convenuta (« *Quarto, che non possa detto Signor Goldoni per detto tempo scrivere per alcun Teatro Comico di Venezia* »; « *Quinto, che possa però scrivere per un Teatro di musica, sia seria, o sia buffa* »), nessun patto di non concorrenza venne convenuto tra le parti per il periodo successivo alla scadenza del contratto quadriennale stipulato nel 1749, nonostante nella scrittura fosse stata prevista la clausola di esclusiva in favore di Medebach.

Invero, è dopo una vacanza che, di « ritorno a Venezia 'alla novena del Natale del 1751' (che in realtà è il 1752) che nei *Mémoires* sostiene di aver affrontato il Medebach per avvisarlo che non facesse più conto su di lui al termine dell'impegno quadriennale »⁽¹²⁷⁾ fissato nell'ultimo giorno di Carnevale dell'anno 1753, avendo preso contatti con il patrizio Antonio Vendramin proprietario-impresario, assieme al fratello Francesco, del teatro veneziano San Luca⁽¹²⁸⁾ — il più grande e il più importante nel territorio della Serenissima e dell'intera penisola⁽¹²⁹⁾ — a cui Goldoni si legherà dopo la parentesi con Medebach, pur avendolo già contattato in pendenza del contratto precedente⁽¹³⁰⁾ (è probabile che da parte dei Vendramin vi fosse stato un atto di storno⁽¹³¹⁾ non avente tuttavia quei caratteri di illiceità che il *common law* qualifica come *tort of inducing breach of contract* sulla scorta del *leading case* — risalente esattamente a un secolo successivo alla vicenda goldoniana — *Lumley v. Gye* del 1853 che vede protagonista proprio un impresario che sottrae a un impresario concorrente una cantante d'opera a lui vincolata contrattualmente⁽¹³²⁾): la scelta risponde soprattutto alle « ben più vantaggiose clausole del contratto decennale

⁽¹²⁶⁾ È l'orgogliosa coscienza del valore sia artistico che economico della propria attività a spingere Goldoni a rompere con Medebach prima e Vendramin poi: MATTOZZI, *Carlo Goldoni*, cit., p. 141.

⁽¹²⁷⁾ GERON, *L'avvocato veneto Carlo Goldoni*, cit., p. 39 che corregge la datazione *more veneto*.

⁽¹²⁸⁾ Sull'impresa Vendramin, P. MAIONE, *Introduzione a L'impresario delle Smirne*, Venezia, Marsilio, 2018, p. 36 e ss. e per la bibliografia pp. 62-63, nota 69.

⁽¹²⁹⁾ BOSISIO, *Goldoni e il teatro comico*, cit., p. 161.

⁽¹³⁰⁾ GERON, *L'avvocato veneto Carlo Goldoni*, cit., p. 39. Le trattative con Vendramin ebbero una lunga durata: MATTOZZI, *Carlo Goldoni*, cit., p. 132.

⁽¹³¹⁾ Sulle migliori condizioni economiche offerte a Goldoni, v. MATTOZZI, *Carlo Goldoni*, cit., p. 131 e ss.

⁽¹³²⁾ Come è noto, è proprio l'inadempimento di un contratto tra un impresario d'opera (Lumley, « *lessee and manager of the Queen's Theatre, for performing operas for gain to him* ») e una cantante (Wagner) a seguito della pressione su quest'ultima dell'impresario concorrente Gye che è all'origine del *tort of interference* come fattispecie concorrenziale di storno: *Lumley v. Gye* (1853), 2 Ellis & Blackburn 216; sulla

con il San Luca che gli riconoscono un emolumento maggiore (seicento ducati all'anno, anziché quattrocento), accoppiato ad un meno assorbente impegno produttivo (otto commedie all'anno, anziché dieci) » (133).

Per vendicarsi dell'abbandono del poeta di compagnia (134), Medebach lo surroga con il suo più esecrato rivale, l'abate Chiari (135): dopo una lunga collaborazione e quindi il distacco dalla compagnia Medebach, « il commediografo si vide preferire dal capocomico che per undici anni aveva percorso accanto a lui l'ardua strada della riforma, il teatro di Pietro Chiari con una totale sconfessione di un'esperienza che avrebbe dovuto essere ormai considerata irrinunciabile » (136). La scelta di Chiari non fu casuale in quanto l'abate godeva di « notevole repu-

fattispecie, v. F.E. ZICCARDI, *L'induzione all'inadempimento*, Milano, Giuffrè, 1979, p. 3 e ss.; più ampiamente, G. PONZANELLI, *Il « tort of interference » nei rapporti contrattuali: le esperienze nordamericana e italiana a confronto*, in « Quadrimestre », 1989, p. 69 e ss. Per la previsione contenuta nel contratto di concessione del teatro San Luca dei Vendramin alla compagnia di Antonio Sacco del 28 agosto 1769 della « protezione, e assistenza dell'Eccma: Casa Vendramin Padrona nelle occasioni, che alcuni Personaggi componenti la Comica Compagnia del Sacco, o fossero con malizia sedotti d'altra Compagnia, o volessero unirsi ad altre Compagnie per far dispetto alla sua », v. GUCCINI, *Dall'innamorato all'autore*, cit., p. 268.

(133) GERON, *L'avvocato veneto Carlo Goldoni*, cit., p. 40. Si legge nei *Mémoires*, cit., II, XVII, p. 317 in ordine alle commedie: « *m'étoient payées sur-le-champ, et avant la lecture; mes émoluments étoient presque doublés: j'avois liberté entiere de faire imprimer mes Ouvrages, et point d'obligation de suivre la Troupe en Terre-Ferme: ma condition étoit devenue beaucoup plus lucrative, et infiniment plus honorable* » (per l'inversione con la previsione del pagamento solo a seguito del *placet* della censura, v. l'ultimo contratto con il San Luca del 2 marzo 1762 in SCANNAPIECO, *Carlo Goldoni direttore*, cit., pp. 31-32). Sul primo contratto sottoscritto con Antonio Vendramin il 15 febbraio 1752 v. ivi, pp. 30-31, con particolare riferimento anche all'attribuzione di funzioni « protoregistiche » e di « direzione artistica » (sul punto v. pure A. SCANNAPIECO, « *...e per dir la verità sinora la mia compagnia trionfa* ». *Sulle tracce dei comici goldoniani (Teatro di San Luca 1753-1762)*, in *Studi di storia dello spettacolo. Omaggio a Siro Ferrone*, a cura di S. Mazzoni, Milano, Le Lettere, 2011, pp. 298-299).

(134) Su tale abbandono e sulla sua ricostruzione, anche prescindendo dai *Mémoires* dove esso è raccontato solo in considerazione dell'avarizia dell'impresario, v. MATTOZZI, *Carlo Goldoni*, cit., pp. 107-108 sulla scorta dell'opuscolo anonimo *Risposta data alla lettera dell'avvocato Carlo Goldoni dall'amico suo di Venezia* scoperto da C. MUSATTI, *Un opuscolo rarissimo diretto a Goldoni*, in « Bollettino del bibliofilo italiano », gennaio 1908.

(135) GERON, *L'avvocato veneto Carlo Goldoni*, cit., p. 40; MATTOZZI, *Carlo Goldoni*, cit., p. 133.

(136) S. ROMAGNOLI, *La buona compagnia. Studi sulla letteratura italiana del Settecento*, Milano, Angeli, 1983, p. 144.

tazione in Venezia, ma soprattutto è rivale diretto e scomodo di Goldoni, del cui tradimento il capocomico finisce per vendicarsi, affidando proprio all'abate la correzione delle commedie goldoniane ch'egli continua imperterrito a pubblicare presso Bettinelli, nonostante la causa intentatagli dall'autore » (137). Come anticipato, Medebach corse, infatti, ai ripari anche

lucrando sui trentadue copioni ancora inediti rimasti nelle sue mani dopo la cessazione del rapporto con Goldoni e già destinati a entrare nell'edizione Bettinelli di cui il commediografo aveva pubblicato i primi tre tomi. Cedendo allo stampatore i diritti di tali testi, di cui effettivamente Medebach era proprietario avendo pagato a suo tempo l'autore affinché li componesse per le scene, il capocomico realizza un guadagno assai elevato (addirittura superiore all'esborso a suo tempo effettuato per avere i semplici copioni da rappresentare): ma scatena in Goldoni uno dei pochi episodi nei quali egli mostri apertamente di avere perso le staffe. Citati in tribunale Medebach e Bettinelli (che, peraltro, avevano legalmente ragione), Goldoni invia dalla Toscana a un amico una lunga lettera [*Lettera dell'avvocato Carlo Goldoni ad un suo amico in Venezia-Firenze, 1753*] di querimonie, stillante ira e veleno (138).

Si tratta di una lettera di fine aprile 1753 (successiva alla scadenza del contratto quadriennale stipulato con Medebach il 10 marzo 1749) con cui Goldoni annuncia l'edizione fiorentina e sconfessa quella veneziana fingendo, appunto, di scrivere a un amico e avviando una astiosa polemica contro Medebach e Bettinelli (139); nella lettera Goldoni scrive di essersi determinato alla nuova edizione dopo aver letto a Bologna e Firenze il manifesto con cui Medebach informava che l'edizione Bettinelli sarebbe stata completata per suo conto; invece di motivare le ragioni per le quale aveva rinunciato ad una iniziativa giudiziaria, Goldoni rincarava la dose sull'avidità del Medebach e sulla venalità di Bettinelli (140); la lettera esprime risentimento contro il Medebach che lo aveva scalzato nella cura e negli utili dell'edizione

(137) BOSISIO, *Goldoni e il teatro comico*, cit., p. 176.

(138) Ivi, p. 162. Sulla lettera di Goldoni v. SCANNAPIECO, *Giuseppe Bettinelli*, cit., pp. 90-91, testo e nota 111. A questa lettera segue l'anonimo opuscolo citato *supra* a nota 134 che « uscì presumibilmente dalla cerchia degli amici dell'impresario, forse dalle mani dell'abate Chiari »: MATTOZZI, *Carlo Goldoni*, cit., p. 108. In punto, v. SCANNAPIECO, « *Io non soglio scrivere per le stampe...* », cit., p. 157, nota 116. Come è stato ricostruito, Medebach inoltra a Bettinelli i testi di 32 commedie, che, unite alle 12 già stampate, avrebbero comportato la pubblicazione, in 11 volumi, di 44 testi (SCANNAPIECO, *Verso una ricognizione*, cit., p. 176).

(139) MATTOZZI, *Carlo Goldoni*, cit., p. 95.

(140) Ivi, p. 96.

veneziana e contro il Bettinelli che con un voltafaccia, aveva assecondato l'impresario ⁽¹⁴¹⁾.

Il conflitto nasce, insomma, intorno alla 'proprietà' delle commedie commissionate da Medebach; sul presupposto che la 'proprietà' fosse di Medebach, questi stipula con Bettinelli il contratto per l'edizione consentendo al libraio di continuare la pubblicazione ⁽¹⁴²⁾.

A seguito dei dissensi con Medebach che gli contendeva i diritti d'autore con il pretesto di avere « comprato » le sue commedie e con il libraio Bettinelli che aveva la facoltà di pubblicarle ⁽¹⁴³⁾, Goldoni abbandona quindi nel 1753 l'editore Bettinelli scegliendo l'editore Paperini di Firenze con una edizione comprendente non solo le commedie rappresentate al Sant'Angelo, ma anche quelle rappresentate al San Samuele con Medebach e

che in realtà ha l'unico torto di ricordargli di essere obbligato a farsi dare le commedie da stampare non già dall'autore, ma dal Medebach che, in forza del contratto, ne conserva 'i diritti'. A quest'altra sgradita nuova, Goldoni reagisce d'impulso, ancora una volta in barba al convenzionale ritratto dell'uomo flemmatico e pacioso, precipitandosi a Firenze per concordare, a tamburo battente, con il Paperini un'edizione di cinquanta commedie in dieci tomi, con una tiratura di 1750 esemplari a volume. E pazienza se la vendita sarà vietata nel territorio della Repubblica veneta, a tutela della esclusiva vantata dal Bettinelli, tanto c'è il modo di contrabbandare agevolmente i libri proibiti al di qua del Po ⁽¹⁴⁴⁾.

All'inizio del 1753 Medebach, probabilmente quando già era sicuro che Goldoni non avrebbe rinnovato il contratto che sarebbe di lì a poco scaduto, presta ad interesse la somma di 3.000 ducati a Bettinelli per la pubblicazione delle 32 commedie goldoniane di « sua » pro-

⁽¹⁴¹⁾ Ivi, p. 97.

⁽¹⁴²⁾ Possono qui ripetersi le parole di CALAMANDREI, *Un contratto di edizione*, cit., p. 237 sebbene espresse per un contesto ordinamentale e per un'epoca anteriori: « non facendosi ancora distinzione tra il diritto di proprietà sul manoscritto ed il diritto di autore sull'opera dell'ingegno, di cui il manoscritto costituisce il mezzo materiale, il contratto di edizione, invece di operare direttamente ed esplicitamente la trasmissione del diritto di pubblicazione, si limitava ad operare la trasmissione di un diritto *reale* sul manoscritto, del quale la facoltà di pubblicazione era un'implicita conseguenza ».

⁽¹⁴³⁾ Come osservato, invero, secondo un antico uso, Medebach si considerava il proprietario delle commedie goldoniane, poiché per esse aveva sborsato un compenso in moneta e nel contratto il commediografo si era impegnato a comporre le medesime: « per questo, allorché l'accordo fu messo in discussione, il capocomico si sentì autorizzato a proseguire la stampa senza il consenso dell'autore, sebbene facesse presente al tipografo che lui con la pubblicazione sacrificava 'il capitale' di cui era entrato in possesso con il contratto »: TURCHI, *L'immagine di sé*, cit., p. 10.

⁽¹⁴⁴⁾ GERON, *L'avvocato veneto Carlo Goldoni*, cit., pp. 40-41.

prietà ⁽¹⁴⁵⁾. Da un lato, l'impresario aveva potuto far valere la propria azione legale rivendicando la proprietà delle sole commedie che Goldoni aveva composte per lui nel quadriennio definito dal contratto del '49, l'unico documento dotato di coerenza giuridica di cui Medebach aveva potuto avvalersi per la sua rivendicazione di proprietà ⁽¹⁴⁶⁾; dall'altro, Medebach si era opposto al proseguimento dell'edizione da parte di Goldoni e Bettinelli e aveva avviato un giudizio contro Goldoni in ragione del pregiudizio subito dalla sua compagnia causato dalla diffusione dei copioni ma secondo Goldoni dietro l'iniziativa vi era la cupidigia del Medebach ⁽¹⁴⁷⁾.

Alla fine del 1753 apparve l'opuscolo anonimo in risposta alla lettera goldoniana fintamente indirizzata a un amico veneziano ⁽¹⁴⁸⁾; l'anonimo autore ribatteva alle accuse che il Goldoni aveva mosso a carico del Medebach e del Bettinelli e

sulla base della distinzione tra uso e proprietà, riconosceva che il Goldoni continuava ad essere il legittimo proprietario delle commedie ma al contempo sosteneva che il diritto esclusivo di rappresentarle era stato ceduto all'impresario, sicché non era più lecito all'autore di renderne partecipi le altre compagnie neanche per mezzo della stampa. La pubblicazione poteva avvenire solo previo l'accordo fra autore ed impresario, come era accaduto in occasione dell'uscita del primo tomo Bettinelli, quando il Medebach aveva dato il consenso all'edizione, limitandone la validità al tempo in cui fosse continuata la collaborazione del Goldoni con la sua compagnia. Con ostentata equanimità l'anonimo aggiungeva che neppure l'impresario poteva pubblicare le commedie senza il benessere dell'autore; ma in conclusione addossava al Goldoni la responsabilità di avere per primo usurpato il diritto di stampa ⁽¹⁴⁹⁾.

Se, da un lato, « il commediografo aveva asserito di aver intrapreso l'edizione fiorentina, per reazione all'iniziativa sleale del Medebach e del Bettinelli », dall'altro, « il difensore dell'impresario rovesciava tale relazione di causa e di effetto e sosteneva che il Medebach si era accordato col libraio, poiché il Goldoni aveva minacciato di fare altrove un'edizione diversa, prendendo pure le misure per attuare la minaccia [...] Dunque l'impulsività del Goldoni aveva legittimato l'azione dell'impresario e dell'editore » ⁽¹⁵⁰⁾.

⁽¹⁴⁵⁾ SCANNAPIECO, *Giuseppe Bettinelli*, cit., pp. 89-90, nota 108.

⁽¹⁴⁶⁾ SCANNAPIECO, *Verso una ricognizione*, cit., p. 176.

⁽¹⁴⁷⁾ MATTOZZI, *Carlo Goldoni*, cit., p. 96.

⁽¹⁴⁸⁾ V. *supra* nota 134.

⁽¹⁴⁹⁾ MATTOZZI, *Carlo Goldoni*, cit., p. 103.

⁽¹⁵⁰⁾ Ivi, pp. 103-104. Per Mattozzi « le circostanze valorizzate dall'anonimo sembrano trovare conferma nei *Mémoires* goldoniani. In essi c'è l'ammissione che per l'edizione Bettinelli era stato necessario ottenere il consenso del capocomico e che la

Gli attriti con Medebach vennero ad un certo punto a comporsi nonostante sulle ragioni di tale composizione della lite non vi siano notizie chiare ma pare certo che alla riconciliazione Goldoni fu indotto dalla pressione delle pubbliche autorità veneziane « annoiate dalle risse letterarie, che avevano pronta e vivace eco nella curiosa, colta e ciarlieria società veneziana del Settecento » (151).

5.2. *La vicenda Goldoni-Bettinelli.*

Viceversa a dirsi per la vertenza tra il libraio e il commediografo che « restò aperta e si aggravò dopo quella riconciliazione » (152).

Bettinelli, attraverso una supplica non datata, riesce a ricevere la tutela invocata a protezione del privilegio sulla propria edizione, ottenendo dai Riformatori dello Studio di Padova

il divieto di importazione del primo tomo Paperini, di imminente pubblicazione (l'intimazione è inoltrata in terraferma il 24 maggio, gli avvisi di esecuzione dell'ordine si collocano tra il 30 maggio e il 4 giugno). La richiesta dell'editore veneziano era legittimata dal fatto che in data 18 maggio aveva ottenuto un privilegio ventennale per l'esclusività della propria edizione goldoniana (153).

Il 28 luglio 1753 furono sequestrate n. 24 copie del primo tomo dell'edizione fiorentina nella Dogana di Terra e il 5 settembre 1753 venivano sequestrate n. 36 commedie goldoniane stampate a Bologna « giusta l'edizione di Venezia » (154).

Poiché però nel frattempo le sottoscrizioni dell'edizione Paperini — che venivano presentate sul mercato con le correzioni e i miglioramenti di prima mano dell'autore Goldoni (155) — ebbero successo anche a Venezia, Bettinelli, nonostante la tutela ottenuta a protezione

partenza per Firenze aveva avuto per scopo la ricerca di un accordo con un editore toscano, dopo il rifiuto dei manoscritti da parte del Bettinelli ».

(151) MATTOZZI, *Carlo Goldoni*, cit., pp. 112-113.

(152) *Ivi*, p. 113.

(153) SCANNAPIECO, *Giuseppe Bettinelli*, cit., p. 88; già MATTOZZI, *Carlo Goldoni*, cit., pp. 113-114.

(154) MATTOZZI, *Carlo Goldoni*, cit., pp. 113-114 il quale tuttavia rispetto alla diversa destinazione delle copie sequestrate provenienti da Firenze e da Bologna si chiede se vi fossero stati favoritismi, da parte dei Riformatori avvicendatisi tra il primo e il secondo sequestro, verso i librai Baglioni a cui le copie provenienti da Firenze erano destinate o verso lo stesso Goldoni.

(155) Frequente era la prassi degli autori di apportare correzioni al testo nelle nuove edizioni e nel Manifesto delle edizioni Pasquali Goldoni promette che quella pubblicata sarà la definitiva: SCANNAPIECO, *Verso una ricognizione*, cit., pp. 186-187; l'Autrice osserva come il caso delle edizioni Pasquali si discosta da altri casi editoriali in

del proprio privilegio, si determinò ad appropriarsi della nuova edizione avversaria ⁽¹⁵⁶⁾ non solo presentandola di maggior convenienza economica ed estetica, ma addirittura proponendosi di « levare alcuni errori corsi nell'edizione Fiorentina, senza colpa del degno suo Autore in cose più gravi occupato [...] Cercando di emendare gli errori corsi nella Fiorentina, ho fatto il possibile, perché non ne scorrano de' notabili nella mia » ⁽¹⁵⁷⁾; finanche aggiungendo il nome del correttore così violando un divieto prescritto per i correttori dall'Arte dei librai e degli stampatori sul presupposto che « costoro non amavano comparir mercenari » ⁽¹⁵⁸⁾.

Di fronte a tali iniziative Goldoni oltre a coprire di ridicolo e di disprezzo l'edizione concorrente, al fine di evitarne il commercio « il 18 settembre 1753 presentava al Granduca di Toscana una supplica per un privilegio decennale di vendita delle sue commedie nello stato toscano e l'ottenne il 27 di quel mese » ⁽¹⁵⁹⁾: il privilegio era diretto soprattutto a ottenere la chiusura del mercato librario toscano all'edizione veneziana « poiché per una convenzione con il Goldoni e il Paperini, l'editore Gavelli di Pesaro poteva vendere regolarmente nel Grandu-

cui stampatori più che autori « contrabbandavano per novità opere già edite e sostanzialmente identiche attraverso il ricorso a superficiali 'aggiunte' e 'revisioni' » e al riguardo riporta il testo di una supplica ai Riformatori dello Studio di Padova, rinvenuta nell'Archivio di Stato di Venezia, di interesse giuridico in quanto gli editori Leonardo e Gianmaria Bassaglia osservano: « Hanno sempre avuto gli Autori diritto di metter mano sull'Opere loro, di accrescere, e migliorarle, e dar loro non pur nuova forma, ma titolo, ordine e connessione diversa per modo di fernele apparir in pubblico tutt'altra cosa da quel che erano prima; e non furono mai tacciati d'offendere i privilegi altrui se in seguito alle precedenti edizioni studiarono di dar a Luce queste loro fatiche. Avvegnaché dal Goldoni si producessero le sue commedie già stampate, perché appunto ei le dava considerabilmente cambiate [...] non si ricusò punto di accordare all'Edizione che era nuova il consueto Privilegio ». La supplica indica come precedente proprio il caso di Goldoni che alla fine di aprile 1753 annunciava al pubblico la sua edizione fiorentina e sconfessava quella veneziana: MATTOZZI, *Carlo Goldoni*, cit., p. 95.

⁽¹⁵⁶⁾ Bettinelli a tutela dell'esclusività del privilegio chiedeva permessi e privilegi di ristampa anche per i tomi dell'edizione Paperini, man mano che si pubblicavano: MATTOZZI, *Carlo Goldoni*, cit., p. 114.

⁽¹⁵⁷⁾ SCANNAPIECO, *Giuseppe Bettinelli*, cit., pp. 91 e 93 cui si rinvia per l'analisi degli altri accorgimenti concorrenziali usati da Bettinelli.

⁽¹⁵⁸⁾ Ivi, p. 93, testo e nota 123, richiamando INFELISE, *L'editoria veneziana nel '700*, cit., pp. 47 e 188. Per ulteriori approfondimenti della strategia commerciale editoriale di Bettinelli, v. SCANNAPIECO, *Verso una ricognizione*, cit., p. 175.

⁽¹⁵⁹⁾ MATTOZZI, *Carlo Goldoni*, cit., pp. 115-116. Il privilegio granducale è citato negli atti della lite Manzoni-Lemonnier: R. Gatti, G. Rinaldi, in L. MOSCATI, *Alessandro Manzoni*, cit., p. 294.

cato la sua edizione esemplata sulla fiorentina »⁽¹⁶⁰⁾. Dopo che Goldoni « riusciva a diffondere furtivamente in territorio veneziano cinquecento copie della sua edizione, grazie alla complicità del libraio Giovan Battista Pasquali e di alcuni patrizi »⁽¹⁶¹⁾ Bettinelli si affiancava a Medebach con una propria azione in giudizio. Dopo essersi visto convenuto da Medebach, all'inizio dell'autunno del 1753 Goldoni fu convenuto in giudizio innanzi ai Riformatori anche da Bettinelli a tutela del privilegio e per il risarcimento dei danni dovuti alla ristampa goldoniana e alle offese contenute nel manifesto: i Riformatori chiesero alle parti la nomina di due soggetti per l'esperimento del tentativo di conciliazione (Bettinelli nominò Angelo Pisanelli, editore di Chiari; il 22 agosto 1755 Goldoni nominò Sciugliaga dopo che era stato d'ufficio nominato Giambattista Pasquali, anch'egli editore e amico di Goldoni)⁽¹⁶²⁾.

Dei sette documenti processuali presenti presso l'Archivio di Stato di Venezia, tra cui la transazione, ed analizzati per la ricostruzione della controversia⁽¹⁶³⁾, va segnalato il già ricordato *Esposito* di Stefano Sciugliaga, l'unico ad essere stato pubblicato⁽¹⁶⁴⁾: Sciugliaga, molto amico di Goldoni, « è il rappresentante delegato dal Goldoni nella vertenza con il Bettinelli, ed il dalmata si prodigherà in una generosa ed appassionata difesa dei diritti d'autore, con argomentazioni opposte a quelle avanzate dall'anonimo »⁽¹⁶⁵⁾; egli subentra al Pasquali il quale, in particolare sulla questione del diritto di Goldoni a ristampare le prime dodici commedie si era espresso in favore di Goldoni sia per le otto commedie dei primi due tomi (in considerazione delle scritture contabili prodotte da Bettinelli in quanto la registrazione delle « partite di dare e avere, spese ed utili divisi a metà » dimostravano con certezza che l'autore aveva conservato la proprietà delle opere); sia per le commedie del terzo tomo (in quanto nemmeno per queste poteva parlarsi di vendita della proprietà letteraria)⁽¹⁶⁶⁾.

Fallito il tentativo di conciliazione per il tramite del Pasquali e nel mentre Goldoni si era riappacificato con Medebach probabilmente pattuendo con questi di non continuare a consegnare a Bettinelli i

⁽¹⁶⁰⁾ Ivi, p. 116.

⁽¹⁶¹⁾ *Ibidem*.

⁽¹⁶²⁾ Ivi, p. 116 e ss.

⁽¹⁶³⁾ Ivi, p. 116.

⁽¹⁶⁴⁾ Dalle notizie biografiche riportate ivi, p. 145 si apprende che il ragusano Stefano Sciugliaga (1719-1790) fu, tra l'altro, mercante e console ragusano a Cipro, direttore della stamperia Baglioni a Venezia, segretario del governo austriaco per la censura dei libri a Milano.

⁽¹⁶⁵⁾ Ivi, p. 109.

⁽¹⁶⁶⁾ Ivi, p. 118 e ss.

manoscritti per l'edizione spuria ⁽¹⁶⁷⁾, l'editore non potendo ormai impedire l'ingresso nella Repubblica di Venezia dell'edizione fiorentina, di Pesaro e di Bologna insisteva per la condanna urgente di Goldoni anche per scongiurare il pregiudizio, imminente e irreparabile, della sua rovina ⁽¹⁶⁸⁾.

Gli storici hanno contrapposto l'*Esposto* di Sciugliaga « ampia e calorosa perorazione in difesa del diritto naturale d'autore » all'esposizione di Urbano Caltran (autore di libretti d'opera subentrato a Pisanelli) « arida, fredda e recisa » ⁽¹⁶⁹⁾.

Tutto ruotava intorno al valore da attribuire a una dichiarazione. Lo Sciugliaga che, in quanto letterato era più sensibile del Pasquali alle ragioni dell'autore ⁽¹⁷⁰⁾, difese la posizione di Goldoni rimarcando come la dichiarazione con cui l'autore aveva lasciato il libraio libero di vendere le sue commedie in cambio di una somma fissa — oltre ad essere priva dell'indicazione del luogo e della data e della sottoscrizione — derivava dal semplice intento di esimersi dal fastidioso obbligo di dover seguire i conti per la divisione delle spese e degli utili; si trattava quindi di una società stipulata verbalmente come risultava dalle scritture contabili di Bettinelli del 3 novembre 1750 e del 17 febbraio 1752; viceversa il Caltran sosteneva che la dichiarazione avesse gli effetti di una alienazione della proprietà letteraria.

A sostegno delle ragioni di Goldoni, Sciugliaga sostenne che la rottura del contratto con il Bettinelli fosse dipesa dalla stipulazione, da parte del Bettinelli, del contratto con Medebach per il completamento dell'edizione: dietro tale accordo non vi era soltanto Medebach in quanto il contratto risultava essere stato stipulato anche per conto dei « compatroni del Teatro S. Angelo e di altro rispettabile personaggio »: erano tali patrizi che Goldoni temeva più dell'impresario e del libraio ⁽¹⁷¹⁾.

Secondo Sciugliaga il primo a venir meno ai patti (società) era stato il libraio e la lite avviata dal Medebach contro Goldoni si poneva in un rapporto di pregiudizialità-dipendenza rispetto al riconoscimento del diritto di Bettinelli a stampare le commedie controverse: avendo stampato le commedie senza attendere l'esito della lite a monte, Bettinelli si era reso inadempiente al contratto stipulato con Goldoni e pertanto lo scrittore aveva acquistato il diritto di ristampare le sue opere e di rendere noto al pubblico che quelle edite a Venezia non erano rivedute con l'accuratezza

⁽¹⁶⁷⁾ Ivi, p. 121.

⁽¹⁶⁸⁾ Ivi, p. 121 ove anche l'indicazione di dediche goldoniane accattivanti verso Marco Foscarini, uno dei Riformatori, al fine di guadagnarsene i favori.

⁽¹⁶⁹⁾ Ivi, p. 122.

⁽¹⁷⁰⁾ Ivi, p. 123.

⁽¹⁷¹⁾ Ivi, p. 124.

da lui desiderata ⁽¹⁷²⁾. Le proposte conciliative di Sciugliaga (tra cui quella di rigettare la domanda: « *per quelle ragioni che possono essere considerate di fatto e di diritto mercantile, tengo che per alcun verso il Goldoni non sia al Bettinelli di alcuna cosa responsabile* ») furono respinte da Caltran e dopo altri sei mesi e la nomina dei due nuovi arbitri (Giovan Francesco Pivati, soprintendente alle stampe e Giovan Antonio Pinelli, priore dell'Università dei librai e stampatori) si addivenne finalmente all'accordo del 18 marzo 1756 sfavorevole a Goldoni: « egli si impegnava a far stampare e a consegnare gratis al libraio, entro tre mesi, mille copie di un volume contenente quattro delle cinque commedie che dovevano formare il decimo tomo Paperini, cioè *La pupilla, Il prodigo, L'uomo di mondo, La bancarotta* ossia *Il fallimento*, nella forma di quelle pubblicate da Bettinelli e col nome e l'insegna di lui. Avrebbe inoltre fatto dichiarazioni riparatrici delle offese recate all'edizione veneziana » ⁽¹⁷³⁾.

Come è stato osservato,

Goldoni, sia pure *pro domo sua*, distingue in modo netto i copioni predisposti, spesso frettolosamente e in corso di prove, per la sola rappresentazione, dai testi riveduti e corretti a volte anche profondamente, tenendo in conto 'l'effetto che sulla scena [...] fanno, [...] le critiche e le censure', per destinarli alle stampe. E per tale via rivendica al drammaturgo il diritto di proprietà letteraria, compiendo un determinante passo in avanti sulla strada del riconoscimento di una piena dignità alla professione ch'egli aveva resuscitato e che allora, come ancora avverrà in seguito, veniva considerata povera ancella rispetto alla letteratura 'maggiore'. La risposta più efficace del commediografo alla offensiva e scorretta iniziativa di Medebach non si trova nella citata lettera, né nella lite giudiziaria, bensì nell'edizione Paperini, tempestivamente pubblicata in Firenze, nella quale i copioni trivialmente stampati da Bettinelli — che non si era peritato di utilizzare 'accurati correttori' al fine di rivedere i testi e di colmare le lacune corrispondenti alle parti originariamente lasciate all'improvvisazione degli attori — ritornano rinnovati e ridefiniti dal profondo lavoro di revisione strutturale e formale attuato dall'autore, per rimanere a disposizione dei posteri ⁽¹⁷⁴⁾.

5.3. *I rapporti con Vendramin e la polemica con Carlo Gozzi.*

I Vendramin cumulavano su di sé la posizione di proprietari del teatro e impresari ⁽¹⁷⁵⁾ (ciò accadde fino al 28 agosto 1769 quando la gestione del teatro fu affidata all'impresario Antonio Sacco con una

⁽¹⁷²⁾ *Ibidem*.

⁽¹⁷³⁾ Ivi, p. 125.

⁽¹⁷⁴⁾ BOSISIO, *Goldoni e il teatro comico*, cit., pp. 162-163; in tema v. pure A. SCANNAPIECO, *Livres*, in *Dictionnaire Goldoni*, cit., p. 127.

⁽¹⁷⁵⁾ GUCCINI, *Dall'innamorato all'autore*, cit., p. 258 il quale osserva come si tratti di un modello inusuale rispetto a quello che, a seguito dell'incremento delle esigenze rispetto agli spettacoli e della concorrenza, vedeva sempre più la scelta dei

sorta di associazione in partecipazione dei Vendramin ⁽¹⁷⁶⁾) con una « singolare » ⁽¹⁷⁷⁾ costituzione della compagnia ⁽¹⁷⁸⁾: poiché

nobili di attribuire la gestione a un impresario diminuendo i loro profitti ma anche i loro rischi (richiamando N. MANGINI, *Per una storia dei teatri veneziani. Problemi e prospettive*, in « Archivio veneto », 1973, p. 212). La peculiarità è data dal fatto che nell'organizzazione instaurata dai Vendramin « la proprietà assumeva i comici, sceglieva le piazze di terraferma e svolgeva inoltre funzioni analoghe a quelle del potere giudiziario, e cioè dirimeva le liti fra gli attori e si riservava il diritto di punirli retrocedendoli di ruolo, licenziandoli, oppure — nel caso fosse stato un comico a rompere per primo il contratto che lo legava al S. Luca — ostacolandone il più possibile l'assunzione presso altre compagnie » (GUCCINI, *Dall'innamorato all'autore*, cit., p. 268).

⁽¹⁷⁶⁾ GUCCINI, *Dall'innamorato all'autore*, cit., p. 288.

⁽¹⁷⁷⁾ BOSISIO, *Goldoni e il teatro comico*, cit., p. 163.

⁽¹⁷⁸⁾ La prima attestazione scritta di un contratto di compagnia teatrale si deve all'atto rogato innanzi al notaio Vincenzo Fortunati di Padova il 25 febbraio 1545 con cui ser Maffio degli Zanini da Padova ed altri veneti costituiscono una « fraternal compagnia qual habbia a durar fino al primo giorno di quadregesima proxima haverà a venir de lo anno 1546 » (per questo e altri atti v. M. APOLLONIO, *Per una storia dei comici dell'Arte*, in « Rivista d'Italia », 1927, 3, p. 440 e ss.). Come gli storici del teatro hanno appurato « la compagnia è la principale struttura costitutiva e distintiva della Commedia dell'Arte [...] Grazie a nuove e più stabili 'compagnie' organizzarono il mestiere e la loro vita secondo regole davanti a un notaio. Fu questo il segno di una coscienza avvertita, il cui primo documento conosciuto risulta firmato, com'è noto, a Padova. Vi si stabilisce [...] una gerarchia con un 'capo' a cui si deve 'prestar et dar obediencia di far tutto quel che lui comanderà', una mutua assistenza e un mutuo soccorso in caso di malattia, una cassa comune, ma anche una perdita di tutti i diritti — con l'aggiunta di pene pecuniarie — per chi abbandona la compagnia; si stabilisce anche che il ricavato delle eventuali multe venga suddiviso tra i comici, le autorità locali e le società di assistenza ai poveri. Il calendario prevede una prima interruzione delle recite a giugno e una ripresa a settembre. Un cavallo è acquistato con i denari societari (il contratto prevede espressamente che le commedie saranno recitate 'di loco in loco'), il gioco delle carte è permesso ma senza poste in denaro (per evitare di scatenare rivalità sanguinose) » (S. FERRONE, *La Commedia dell'Arte. Attrici e attori italiani in Europa (XVI-XVIII secolo)*, Torino, Einaudi, 2014, p. 25); secondo questo studioso « è probabile che quel testo certifichi in ritardo — come spesso accade — una consuetudine da tempo accesa. Il modello 'associativo', esemplato sul sistema di 'compagnonnage' dei Mestieri e delle Arti, era da secoli un dato strutturale della società romanza e le consorzierie artigiane trasmisero a quelle teatrali molte regole di funzionamento. La stessa definizione Arte è la degradazione di un vocabolo riconducibile alla tradizione delle corporazioni medievali »: ivi, p. 25 e ss.). Considerando un documento del 1580 si ricava che « a un attore ('procuratore') era assegnato l'incarico di gestire i contratti con i teatri così come ogni vertenza legale che fosse insorta fra gli attori o nei confronti delle autorità cittadine o statali; [...] la direzione della compagnia era regolata dal voto di tutti gli attori che ne facevano parte;

i Vendramin, incassando direttamente gli introiti, distribuiscono, oltre a una retribuzione fissa agli esattori, provvisoriamente ai primi attori in proporzione agli utili realizzati, Goldoni si trova per la prima volta a dover combattere con questi ultimi per mantenere un adeguato livello qualitativo negli allestimenti: al fine di risparmiare sulle spese per innalzare la quota dei guadagni, infatti, i primi attori premono per ridurre i costi determinati da scenografie, arredi e prove, in contrasto con lo sforzo progressivamente imposto dal drammaturgo alle compagnie con cui aveva fin lì lavorato al fine di conseguire risultati ognora più apprezzabili sul piano della qualità artistica e della verosimiglianza ⁽¹⁷⁹⁾.

Successivamente Francesco Vendramin gli migliora il contratto « assegnandogli cento ducati per ciascuna delle sei concordate commedie all'anno, ossia retribuendolo esattamente il doppio di quanto gli aveva concesso nel pregresso triennio » ⁽¹⁸⁰⁾. Vendramin si mostrerà particolarmente tollerante verso Goldoni se, come viene riferito, il cardinale Carlo Rezzonico, nipote del veneziano Papa Clemente XIII, sollecita Goldoni a compiere un viaggio a Roma contando di avere da lui alcune commedie per il Teatro Tordinona, di proprietà della Camera Pontificia: Vendramin è comprensibilmente riluttante a separarsi da un poeta di compagnia cui è delegata altresì la funzione di 'metteur en scène' ma infine « l'insinuante Carlo ottiene il sospirato permesso dal nobilhomme e il 23 novembre 1758 arriva a Roma » ⁽¹⁸¹⁾ anche se, a causa del persistente bando delle attrici in tutte le terre soggette al potere temporale dei papi « l'imbarazzato Carlo è costretto a misurarsi con compagnie teatrali formate da soli uomini » ⁽¹⁸²⁾, « nel frattempo gli era giunta una lettera di richiamo da parte di Sua Eccellenza Vendramin, sollecitandogli il più rapido rientro al San Luca, dove, in assenza del poeta di compagnia, le

[...] un trattamento di favore per l'attore più importante e per la moglie era previsto nella distribuzione dei compensi (agli stessi, secondo un calcolo proporzionale, toccavano anche le maggiori spese di produzione) [...]. Il contratto conferma il carattere solidale di queste formazioni già registrato nel documento del 1545, con ammende e punizioni per chi abbandonasse la compagnia senza motivo, e con l'elenco delle 'giuste cause' di defezione. Variazioni alle competenze — comprese quelle del direttore artistico — dovevano essere approvate dall'assemblea dei compagni » (ivi, p. 27 e ss.).

⁽¹⁷⁹⁾ BOSISIO, *Goldoni e il teatro comico*, cit., p. 163. Il meccanismo è stato illustrato nel dettaglio da chi ha individuato nella divisione dell'organico del San Luca coloro « che cavano parte prima » e « quelli, che cavano solo esattori », assimilabili ai *sociétaires* e ai *pensionnaires* della *Comédie Française*: SCANNAPIECO, *Carlo Goldoni direttore*, cit., p. 34.

⁽¹⁸⁰⁾ GERON, *L'avvocato veneto Carlo Goldoni*, cit., p. 45. Su tale secondo contratto del 14 ottobre 1756, migliorativo dal punto di vista economico, che mantiene il potere di « direzione artistica » e che sgrava Goldoni da alcuni obblighi previsti nel primo contratto, v. SCANNAPIECO, *Carlo Goldoni direttore*, cit., p. 31.

⁽¹⁸¹⁾ GERON, *L'avvocato veneto Carlo Goldoni*, cit., p. 46.

⁽¹⁸²⁾ Ivi, p. 47.

cose andavano piuttosto male » (183). Goldoni ritardò il rientro e « la prolungata assenza del 'poeta di compagnia' comportò inconvenienti non piccoli per mancanza di quella supervisione 'registica' che era alla base di molti successi del prolifico commediografo » (184).

In questo periodo si fa più accesa la « polemica con Carlo Gozzi che non gliene risparmiava una, lo accusa press'a poco di sovversione, additando come corruttrici del costume talune commedie che oggi, all'opposto, giudicheremmo edificanti » (185); « la polemica teatrale, condotta da Gozzi attraverso scritti soprattutto satirici e burleschi, presumibilmente negli anni 1747-1760, allorché egli decise di scendere nel campo degli avversari sfidandoli sulle scene con la prima delle sue *Fiabe* » (186). Ancora una volta ci troviamo di fronte ad atti di presunta concorrenza sleale e significativa è la circostanza che a proposito della battaglia intrapresa da Gozzi contro la produzione teatrale di Goldoni e Chiari, in sede di ricerche filologiche, è stato chiarito che « la stampa dilata il testo presente nel manoscritto mediante l'interpolazione di passi nei quali l'autore difende il proprio valore di letterato su cui si fonderebbe la competizione che maliziosamente egli afferma di avere condotto con lealtà e misura nei confronti dei due poeti rivali e, in particolare, di Goldoni » (187). Chiari fu costretto a rientrare nella città natale anche per il clima a lui fortemente ostile venutosi a creare sulla laguna forse pure a causa dell'attività denigratoria e della concorrenza teatrale poste in atto da Carlo Gozzi e dalla di lui cerchia di amici (188): viene ricordato come i giorni che vanno dal 19 al 21 gennaio del 1761 « furono i tre giorni più caldi dell'intera contesa fra il Gozzi, il Goldoni e il Chiari, protrattasi — com'è noto — per parecchi anni »; « *I morosi in baruffa* va in scena lunedì 19 gennaio; il giorno successivo intervengono l'ordine di autorità di sospendere le repliche e il sequestro del copione; mercoledì 21 gennaio, nonostante lo stato di allerta degli organi di controllo, il Sacchi presenta anonima nella sala del S. Samuele la fiaba *L'amore delle tre melarance*. La città è in tumulto » (189). « Pur essendo il pericolo di un grave intervento repressivo e punitivo da parte

(183) Ivi, p. 48. Per approfondimenti, SCANNAPIECO, *Carlo Goldoni direttore*, cit., p. 34 e ss. e EAD., «...e per dir la verità sinora la mia compagnia trionfa », cit., p. 293, nota 4.

(184) GERON, *L'avvocato veneto Carlo Goldoni*, cit., p. 48. Su tale « supervisione registica », v. SCANNAPIECO, *Carlo Goldoni direttore*, cit., p. 31 e ss.

(185) GERON, *L'avvocato veneto Carlo Goldoni*, cit., p. 49.

(186) BOSISIO, *Le polemiche teatrali*, cit., p. 690.

(187) Ivi, p. 692.

(188) P. BOSISIO, *Un difensore di Goldoni e Chiari: Placido Bordoni nelle sue inedite lettere al canonico Lodovico Ricci*, in *Ricerche di lingua e letteratura italiana*, Milano, Istituto Editoriale Cisalpino, 1989, p. 72.

(189) Ivi, p. 86; *I morosi in baruffa* è una commedia di Chiari in reazione alle ingiurie dei Granelleschi.

dello stato incombente su tutti i contendenti, è evidente il fatto che il maggior rischio si addensi sulla fazione riformatrice e, in particolare, sul Goldoni e sul Chiari, ormai pressoché sconfitti dagli avversari sul piano della popolarità e tacciabili di attività sovversive o almeno impolitiche» (190); secondo alcuni studiosi Carlo Gozzi sarebbe stato in quel momento «l'idolo del pubblico veneziano» (191).

Intanto, Goldoni, giunto all'apice del suo successo (192), ottiene l'affermazione internazionale con l'invito ad aggregarsi a «les Italiens» della Comédie Italienne (193): «l'allarmato Francesco Vendramin corse subito ai ripari, scrivendo all'ambasciata veneziana a Parigi perché ostacolasse in tutti i modi il trasferimento sulle rive della Senna del suo indispensabile poeta di compagnia. Ma Carlo aveva dalla sua protettori non meno autorevoli, talché riuscì nel giro di alcuni mesi a trovare via libera per il 'viaggio a Parigi' che peraltro mai avrebbe immaginato senza ritorno» (194): qui «non fu invitato a dirigere la Comédie Italienne — come da più parti si scrive — ma soltanto a vivificarne l'ormai usurato repertorio, la consulenza retribuita con seimila lire francesi all'anno, somma non disprezzabile sebbene largamente inferiore a quella di un buon attore che poteva addirittura aspirare al doppio» (195). È a Parigi, dove ormai si è trasferito e dove morirà nel 1793, che ritroviamo Carlo Goldoni sostenere la petizione del 1792 successiva alla legge rivoluzionaria del 1791 sulle opere drammatiche e reclamare, insieme ad altri insigni letterati, davanti all'Assemblea Costituente, giustizia in nome di tutta la letteratura drammatica (196).

(190) Ivi, p. 87.

(191) BOSISIO, *Le polemiche teatrali*, cit., p. 704.

(192) Sugli incassi realizzati dal Teatro San Luca in pendenza del contratto con Carlo Goldoni, A. SCANNAPIECO, «...gli erari vastissimi del Goldoniano repertorio». *Per una storia della fortuna goldoniana tra Sette e Ottocento*, in «Problemi di critica goldoniana», VI (1999), pp. 143 e ss., 179.

(193) Sulle trattative condotte con gli impresari di teatri stranieri ad insaputa di Vendramin, v. MATTOZZI, *Carlo Goldoni*, cit., p. 140.

(194) GERON, *L'avvocato veneto Carlo Goldoni*, cit., p. 52. Sulla pendenza del secondo contratto con Vendramin anche dopo la partenza per Parigi, v. SCANNAPIECO, *Carlo Goldoni direttore*, cit., pp. 31-32 cui si rinvia anche per l'analisi del terzo e ultimo contratto con il San Luca del 2 marzo 1762 (p. 35, nota 5).

(195) GERON, *L'avvocato veneto Carlo Goldoni*, cit., p. 52. Sull'importanza dell'ingaggio francese di e per Goldoni, v. G. PADOAN, *L'eredità di Molière*, in «Quaderni veneti», XX (1994), p. 57 e ss.; P. VESCOVO, *La Riforma della tradizione*, in *Carlo Goldoni 1793-1993*, Atti del Convegno del Bicentenario, a cura di C. Alberti, G. Pizzamiglio, Venezia, Regione del Veneto, 1995, p. 137 e ss.

(196) MOSCATI, *Diritti d'autore*, cit., pp. 76-77. Come nota CATTANEO, *Carlo Goldoni*, cit., p. 69 nota 23, Goldoni non muore come «avvocato veneziano» avendo il

6. *Imprese, impresari e impresarie.*

Solo un riferimento vi è nelle conclusioni del libro (p. 339 e ss.) al diritto commerciale la cui analisi resta appena accennata (pp. 343-344) pur avendo l'Autrice in altre occasioni approfondito il tema, soprattutto in riferimento al diritto dell'insolvenza de *Il mercante fallito* (poi *La bancarotta*) del 1740-41 anteriore quindi all'esperienza forense a Pisa ⁽¹⁹⁷⁾:

se nel complesso sono i temi di diritto civile a prevalere in una società mercantile per eccellenza come quella veneziana non potevano mancare soggetti legati al diritto commerciale, come, per esempio, il fallimento, al centro della *Bancarotta*: pièce in cui la competenza dell'avvocato si fa sentire inequivocabilmente nel personaggio del Dottore, il quale fa prova di abilità nel consigliare al mercante fallito un espediente lecito per uscire dal difficile frangente in cui versa. Una volta sottratto il personaggio al cliché della maschera, le battute del professionista del diritto offrono, dettagliati con raro realismo, i passaggi della procedura concorsuale, cui viene ancora oggi sottoposto il patrimonio nelle varie fasi del fallimento. Nell'illustrare al cliente la sua strategia, il legale fa riferimento esplicito a nozioni di diritto processuale civile, che non rientrano nella conoscenza dell'uomo comune e che riflettono, quindi, da un lato l'esperienza diretta dell'autore, dall'altro la presenza del diritto stesso nella finzione. Per tacere dell'allusione evidente a una fattispecie precisa di reato operata dal titolo, che denuncia perciò la compresenza in questa pièce di diritto civile e penale ⁽¹⁹⁸⁾.

La studiosa individua come commedie di interesse per il diritto commerciale anche *Il prodigo*, *L'impostore* e *I malcontenti* « nei quali gli istituti evocati — sequestro, cambiale e altre misure di garanzia — sono trattati con una precisione terminologica tale che non può non indurre il lettore a interrogarsi sulla funzione che l'autore ha voluto assegnare al diritto nella creazione artistica » ⁽¹⁹⁹⁾. L'Autrice segnala anche *La scuola di ballo* ove « l'episodio del faccendiere Ridolfo che irretisce l'impre-

decreto 16-24 agosto 1790 abolito l'ordine degli avvocati e sostituito il termine *avocat* con *homme de loi*.

⁽¹⁹⁷⁾ A. SANSÀ, « Un zorno bisognerà pagar ». *La bancarotta o sia il mercante fallito*, in « Studi goldoniani », XIII (2016), p. 11 e ss. Per una analisi approfondita v. pure U. APICE, *Vita da fallito. Riflessioni tra letteratura e diritto*, in *Scritti in onore di Giovanni Lo Cascio*, a cura di A. Caiafa, Roma, Nuova Editrice Universitaria, 2020, p. 17 e ss. Come ricorda CEVOLOTTO, *Carlo Goldoni avvocato veneto*, cit., p. 152 nella Prefazione al tomo XVI dell'edizione Pasquali, Goldoni dice di avere scritto dopo che la carica di Console della Repubblica Genovese, lo « mise a portata di conoscere più Mercatanti, e di vedere i fallimenti che accadevano in varie piazze ».

⁽¹⁹⁸⁾ SANSÀ, *Il tribunale e il teatro*, cit., p. 193.

⁽¹⁹⁹⁾ Ivi, p. 194. Per un approfondimento de *La bancarotta*, v. G. CABRAS, *Il diritto fallimentare nel teatro di Carlo Goldoni*, in www.dircomm.it; G. FAUCEGLIA, *Carlo Goldoni e il diritto fallimentare*, relazione tenuta al seminario *Letteratura e diritto*

sario Don Fabrizio, che ha di sé una discreta opinione — ‘L’impresario so far passabilmente’ — in accordo con il maestro di ballo, per rifilargli, con un emolumento esorbitante, una danzatrice di poco talento come prima ballerina per la sua compagnia »⁽²⁰⁰⁾.

A queste commedie andrebbe aggiunta *L’impresario delle Smirne* che si inquadra in un ampio ventaglio di opere anche non goldoniane sulla figura dell’impresario teatrale e operistico dove spesso aleggia lo spettro del fallimento (che vede « mangiar impresa, e impresario »⁽²⁰¹⁾), di grande interesse per il *Law and Literature* di diritto commerciale⁽²⁰²⁾ anche in considerazione dell’importanza economica che almeno nell’Ottocento, il fenomeno aveva, « un’industria per molti lati assai più vicina alla Hollywood degli anni 1930 o all’odierna televisione che non all’opera da museo dei nostri teatri lirici, l’opera che contava era quella attuale, e poi quella della stagione seguente: quella cioè che, con un briciolo di fortuna, avrebbe destato ‘furore, fanatismo, entusiasmo’ e fatto fioccare i quattrini al botteghino »⁽²⁰³⁾. La rilevanza economica del fenomeno è attestata anche dalla circostanza che espres-

commerciale. Dalla fiducia nei mercanti alla sfiducia nel mercato, Università degli Studi di Salerno 13 maggio 2011, inedita; da ultimo, SANSÀ, « *Un zorno bisognerà pagar* », cit., p. 11 e ss. e APICE, *Vita da fallito*, cit., p. 17 e ss.

⁽²⁰⁰⁾ MAIONE, *Introduzione*, cit., p. 24. Come osservato, qui « l’ambientazione appare assai lontana dalle aule di tribunale e dalle contese legali. Nella lista dei personaggi figura, tuttavia, un notaio, chiamato appunto in causa per formalizzare una laboriosa contrattazione per l’ingaggio di una danzatrice. Questione inaspettatamente densa di implicazioni nell’ambito del diritto contrattuale: una componente come il consenso, elemento costitutivo dell’accordo in ambito legale, è scelto dall’autore per mettere in scena la questione attuale del controverso statuto del *maitre de ballet* in quegli anni » (SANSÀ, *Il tribunale e il teatro*, cit., p. 194).

⁽²⁰¹⁾ *L’impresario delle Smirne*, prosa, III.II.8. V. pure, in relazione a *I due Pantaloni — I mercatanti*, VAZZOLER, *Introduzione*, cit., p. 9 anche per riferimenti bibliografici ai « più antichi ascendenti nei Pantaloni corrotti che rischiano il fallimento economico per la loro condotta scapestrata ed imprudente, presenti in quella drammaturgia di fine Seicento e primo Settecento » (p. 13 e per riferimenti bibliografici, p. 34, nota 4).

⁽²⁰²⁾ Al riguardo si rinvia a MAIONE, *Introduzione*, cit., p. 9 e ss. spec. pp. 15-16 con l’ampia bibliografia citata a pp. 55-56, nota 7, nonché con particolare riferimento al fenomeno degli stessi impresari già falliti alla guida di nuove imprese, F. COTTICELLI, P. MAIONE, « *Onesto divertimento, ed allegria de’ popoli* ». *Materiali per una storia dello spettacolo a Napoli nel primo Settecento*, Milano, Ricordi, 1996, *passim*. Per riferimenti bibliografici sulla figura dell’impresario v. pure NARI, *Commento*, cit., pp. 166-167.

⁽²⁰³⁾ ROSSELLI, *L’impresario d’opera*, cit., p. 14. Viceversa a dirsi per il teatro comico in quanto « gli spettacoli dei comici non solo presentavano prezzi più bassi di quelli del teatro d’opera, ma non potevano nemmeno contare come questi ultimi su sovvenzionamenti forniti o da governi o da associazioni di privati. Il lusso del melodramma si convertiva in consenso sociale e in varie forme di assistenza economica; al basso costo del teatro recitato corrispon-

samente l'art. 632 del *Code de commerce* del 1807 reputa « *actes de commerce* » « *toute entreprise [...] de spectacles publics* »⁽²⁰⁴⁾ (*in terminis*, quanto alle codificazioni italiane postunitarie, l'art. 1, co. 2, n. 3) del Codice di commercio del Regno d'Italia del 1865 prevede e l'art. 3, n. 6) del Codice di commercio del Regno d'Italia del 1882 « reputa » come « atto di commercio » « le imprese [...] di spettacoli pubblici »; imprese la cui scomparsa nell'elencazione di cui all'art. 2195 c.c. è, tra l'altro, all'origine del problema della c.d. impresa civile). E così

tra articoli di contratti e regolamenti governativi, cavilli di scritture e decreti legislativi, modalità di montaggio e smontaggio dello spettacolo e partecipazione 'corale' di tutti gli attori implicati nell'impresa, strategie di scrittura e esigenze del mercato, strumenti 'creativi' spesso sfuggenti ed esposizioni dei 'cantieri', il sipario offre informazioni mediamente rintracciabili nelle carte archivistiche recanti documentazione notarili, governative, giuridiche, economiche⁽²⁰⁵⁾.

L'opera è rivelatrice del mondo dell'impresa teatrale e « i meccanismi palesi su cui si reggono le imprese sono racchiusi in quei contratti ufficiali rintracciabili tra i rogiti notarili o nelle carte teatrali superstiti e parlano di una serie di patti che vedono il coinvolgimento di una o più persone nell'organigramma dell'ente. Eppure tali materiali espliciti occultano, talvolta, coinvolgimenti molto più intricati che vedono in trincea nobili, artisti, mercanti, aprendo scenari decisamente più sofisticati e intricati »⁽²⁰⁶⁾. Sembra qui residuare il pregiudizio sociale medievale alle origini della commenda per cui « la mercatura era e doveva restare 'cosa' di mercanti; per un appartenente alla nobiltà o al clero era disdicevole impegnarsi in prima persona nei commerci »⁽²⁰⁷⁾. In realtà fin dall'inizio del Settecento anche nobili ormai diventavano impresari come dimostra

devano invece più sicuri guadagni da parte degli imprenditori e una assai scarsa circolazione di denaro »: GUCCINI, *Dall'innamorato all'autore*, cit., p. 252. Resta il fatto che « la passione per gli spettacoli musicali e drammatici, così diffusa nella società settecentesca, aveva fatto del teatro un'impresa economica lucrosa, capace di attirare notevoli investimenti: nessuna meraviglia che un autore potesse farsi avanti e chiedere di partecipare in qualche modo alla spartizione degli utili insieme con i proprietari di sale e di palchi, con gli impresari e con gli attori »: MATTOZZI, *Carlo Goldoni*, cit., p. 137.

⁽²⁰⁴⁾ Sulla *Entreprise* e gli atti di commercio nel *Code de commerce*, v. P. SPADA, *Boutiquiers e Padri Costituenti*, in *Negozianti e imprenditori. 200 anni dal Code de commerce*, Milano, Mondadori, 2008, p. 119 e ss.; L. MOSCATI, *Dopo e al di là del Code de commerce: l'apporto di Jean-Marie Pardessus*, ivi, p. 47 e ss.; R. TETI, *Un diritto per gli imprenditori*, Roma, Donzelli, 2008, p. 5 e ss.

⁽²⁰⁵⁾ MAIONE, *Introduzione*, cit., p. 18.

⁽²⁰⁶⁾ Ivi, p. 25.

⁽²⁰⁷⁾ P. SPADA, *Diritto commerciale, I, Parte generale. Storia, Lessico e Istituti*, Padova, CEDAM, 2009, p. 6.

la vicenda di Antonio e Francesco Vendramin ⁽²⁰⁸⁾ (e proprio con la famiglia Vendramin terminerà alla fine del secolo ⁽²⁰⁹⁾). Come ricorda un autorevole storico del teatro, l'esaltazione goldoniana della figura virtuosa del mercante, espressiva di una sua visione filo-mercantile, è presente anche ne *Il cavaliere e la dama* (atto secondo, scena undicesima) dove il mercante Anselmo si difende contro il nobile:

Un vil mercante, un uomo plebeo? [...] La mercatura è una professione industriosa, che è sempre stata ed è anco al dì d'oggi esercitata da cavalieri di rango molto più di lei. La mercatura è utile al mondo, necessaria al commercio delle nazioni, e a chi l'esercita onoratamente, come fo io, non si dice uomo plebeo; ma più plebeo è quegli che per avere ereditato un titolo e poche terre, consuma i giorni nell'ozio e crede che gli sia lecito di calpestare tutti e di viver di prepotenza ⁽²¹⁰⁾.

Evidente è l'alta opinione di Goldoni sul mondo mercantile talora afflitto dalla « mala condotta di coloro che si abbandonano alle dissolutezze, e vi perdono dietro le facoltà ed il credito; e le male arti degl'impostori, che fanno gravissimo torto al ceto rispettabile de'

⁽²⁰⁸⁾ Sul fenomeno che vedeva un membro delle classi agiate ancora in possesso di terreni e fortuna farsi impresario, v. ROSSELLI, *L'impresario d'opera*, cit., p. 18. Sui Farnese come « principi impresari » v. A. SCANNAPIECO, « *La nostra compagnia sarà la più eccellente d'Italia* ». *Un documento inedito sullo stato dell'arte attorica nell'Italia di fine Settecento*, in « *Drammaturgia* », 2017, p. 158.

⁽²⁰⁹⁾ GUCCINI, *Dall'innamorato all'autore*, cit., p. 291 e ss. per il quale « i Vendramin si trovarono nella condizione di trasformarsi a misura dei loro nuovi interlocutori in imprenditori tout court, vale a dire in professionisti pubblicamente connotati dalle attività svolte e non dal grado sociale, o di regredire allo status di proprietari distaccati dal processo produttivo della propria azienda » (pp. 292-293).

⁽²¹⁰⁾ FERRONE, *Le opere*, cit., pp. 104-105 ove riportato anche *Il cavaliere di buon gusto* (1750-51) che cerca di dimostrare quanto sia onorevole anche per un nobile occuparsi del commercio. Descritta è anche da un lato l'arroganza dei patrizi verso il mercante (il Pantalone de *La famiglia dell'antiquario* e *Mirandolina* de *La locandiera*) e l'ambizione della moglie di un mercante arricchito a imitare i nobili e i loro difetti (*Il cavaliere di buon gusto*). Nel melodramma *La contessina*, la protagonista riceve il suo spasimante Lindoro, un figlio di mercante che si finge marchese per burlare la vanità della fanciulla e del suo borioso padre (il passo si rinviene nell'antologia goldoniana C. GOLDONI, *Memorie. Lettere. Teatro*, Introduzione, scelta e commento di C. Boldreghini, Firenze, La Nuova Italia, 1964, p. 88). Sull'evoluzione di tale concezione che contrappone l'onesto mercante al parassita aristocratico, v. VAZZOLER, *Introduzione*, cit., pp. 13-14 in riferimento alla commedia *I due Pantaloni-I mercatanti*.

Mercadanti, che sono il profitto ed il decoro delle nazioni» (211). È ancora lo storico del teatro ad osservare che, con *Il prodigo* e *La bancarotta*, Goldoni precisa e completa la trilogia dedicata al ceto mercantile iniziata con *L'uomo di mondo*, «il continuatore del Pantalone della Commedia dell'Arte [...]»; la sua professione è di mercante e come mercante egli ha coscienza di sé e dei suoi rapporti col mondo» (212): «dal mercante, dalla sua condotta sociale ed economica, ricava una nuova moralità (schiettezza, prudenza, credito, reputazione), ma nello stesso tempo attraverso di esso analizza più generali meccanismi del vivere in società» (213) (sulla figura della «mercantessa» v. *Le femmine puntigliose*, *La Pamela*, *La donna volubile* del 1750-1752 (214)).

(211) *L'Autore a chi legge*, *La bancarotta*. Sulla storia della bancarotta come reato v. E. FUGAZZA, *Un reato in cerca di definizione. La bancarotta del commerciante dall'Ordonnance du commerce alla legge fallimentare del 1942*, Torino, Giappichelli, 2021.

(212) FERRONE, *Le opere*, cit., pp. 87-88.

(213) Ivi, pp. 88 e 93-94 sulla figura del mercante in altre commedie.

(214) Ivi, p. 97. Un fenomeno interessante per la storia del diritto è quello delle comiche impresarie annoverate come «direttrici» in luogo di «capocomiche»: v. per tutti A. SCANNAPIECO, *I 'numeri' delle comiche italiane del Settecento. Primi appunti*, in «Drammaturgia», 2015, p. 126 e ss. anche per riferimenti al fenomeno nel Seicento e per riferimenti di interesse giuridico; a tale riguardo va ricordato come ancora il *Code de commerce* del 1807, paradigmatico per le codificazioni italiane preunitarie e unitarie, prevedeva all'art. 1, co. 4 che «la femme ne peut être marchande publique sans le consentement de son mari». I corrispondenti artt. 13, 14 e 15 del Codice di commercio del Regno d'Italia del 1882 subirono, come noto, l'abrogazione e la sostituzione dall'art. 2 L. 17 luglio 1919, n. 1176 (c.d. legge Mortara).

FRANCESCO SALERNO

RIFLESSIONI SULL'OPERA DI RICCARDO LUZZATTO

(A proposito di R. Luzzatto, *Il diritto internazionale nella realtà dei fenomeni giuridici. Scritti scelti a cura degli allievi*, due tomi, Torino, 2023 ^(*))

1. Premessa. — 2. Le componenti della sua formazione culturale. — 3. La rivisitazione « plurale » dell'ordinamento giuridico. — 4. Concetti e principi necessari per dare ordine e coerenza all'ordinamento giuridico. — 5. Fondamento costituzionale dell'apertura al diritto estraneo. — 6. Tecniche di coordinamento inter-ordinamentale. — 7. Natura integrativa e pervasiva del diritto estraneo. — 8. L'arbitrato come « social institution » espressiva di una più vasta comunità di valori.

1. *Premessa.*

È stata recentemente pubblicata una raccolta in due tomi degli scritti di Riccardo Luzzatto (*Il diritto internazionale nella realtà dei fenomeni giuridici*, di seguito *Scritti scelti*), che comprende molte sue pubblicazioni apparse tra il 1961 e il 2021, suddivise in più sezioni (« Diritto internazionale pubblico », « Diritto internazionale privato », « Diritto processuale civile internazionale », « Arbitrato », « Diritto dell'Unione Europea », « Il diritto internazionale e la scuola di Milano »). Non si tratta di una *Opera omnia*, mancando le due monografie del 1965 (*Stati giuridici e diritti assoluti nel diritto internazionale privato*) e del 1972 (*Stati stranieri e giurisdizione nazionale*), entrambe determinanti per la carriera accademica di Luzzatto, nonché qualche altro scritto minore. L'occasione è stata comunque propizia per una considerazione complessiva dell'opera scientifica dello Studioso milanese scomparso due anni fa, espressione — come pochi altri — di una fase di transizione culturale della dottrina internazionalista italiana intorno alla seconda metà del secolo scorso ⁽¹⁾ perché ne riprende alcune

(*) Una sintesi di questo testo è stata dall'autore esposta alla presentazione dei volumi, avvenuta il 1° marzo 2024 presso l'Università di Milano.

(1) Un altro autore che presenta in parte analoghe caratteristiche a quelle di Luzzatto, anche se più anziano di lui, è Francesco Capotorti. Si rinvia in proposito a F.

indicazioni coniugandole con una serie di elementi innovativi che meglio spiegano le prospettive attuali della disciplina.

2. *Le componenti della sua formazione culturale.*

Al riguardo è quanto mai utile riassumere alcuni dati, quali emergono anche dai suoi scritti, che hanno condizionato la formazione culturale di Luzzatto contribuendo a darne una configurazione lineare e continua.

Una prima, fondamentale componente è costituita dal pensiero del suo Maestro, Piero Ziccardi, che già si poteva considerare un giurista di « collegamento fra la grande tradizione positivista della dottrina internazionalistica italiana [...] ed i moderni sviluppi più attenti al dato fenomenico » (2). A Ziccardi si deve infatti la proposizione di un assetto del fenomeno giuridico incentrato sull'esistenza di una « comunità universale del genere umano » (3), che fungeva da presupposto di fatto e da fondamento concettuale di ogni singolo ordinamento particolare (4). Il modello ziccardiano assumeva che gli Stati fossero destinatari non creatori di questo « diritto comune della società universale » (5). Ciò aveva senza dubbio interessanti profili teorici in quanto rappresentava una rivisitazione del monismo kelseniano ed era dunque in palese contrapposizione con la concezione hegeliana secondo cui la storia umana finisce nella dimensione degli Stati (6). Ma la costruzione di Ziccardi sarà un vero e proprio paradigma per Luzzatto perché gli consentirà sia di collegare al diritto delle genti l'origine di istituti concettualmente universali (7), sia di spiegare la crescente sensibilità del

SALERNO, *Il contributo degli studiosi italiani ai corsi de L'Aja di diritto internazionale privato*, di prossima pubblicazione in « Rivista di diritto internazionale privato e processuale », 2024, 1, p. 5 e ss.

(2) R. LUZZATTO, *Gli internazionalisti* (2006), in *Scritti scelti*, p. 1468.

(3) P. ZICCARDI, *Ordinamento giuridico (Diritto internazionale)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXX, 1980, p. 801; vedi anche R. LUZZATTO, *Stati stranieri e giurisdizione nazionale*, Milano, 1972, p. 1 e ss.; ID., *Il diritto internazionale generale e le sue fonti* (2021), in *Scritti scelti*, p. 108.

(4) ZICCARDI, *Ordinamento giuridico*, cit., p. 836; R. LUZZATTO, S.M. CARBONE, *Il contratto internazionale* (1994), in *Scritti scelti*, p. 355.

(5) LUZZATTO, CARBONE, *Il contratto internazionale*, cit., p. 361.

(6) N. BOBBIO, *Lezioni sulla guerra e sulla pace*, Roma-Bari, 2024, p. 87; sulla considerazione che gli Stati siano solo una delle componenti della società universale: ZICCARDI, *Ordinamento giuridico*, cit., p. 834 e ss.; LUZZATTO, *Gli internazionalisti*, cit., p. 1469.

(7) R. LUZZATTO, *Proprietà intellettuale e diritto internazionale* (2004), in *Scritti scelti*, p. 572. L'idea di Luzzatto è che lo sviluppo di una coscienza giuridica universale a fianco a quella degli ordinamenti statali rende talora un istituto giuridico « dotato di

diritto internazionale verso la dimensione interindividuale abbandonando così la rigida contrapposizione di contenuti con il diritto interno fissata dalla dottrina dualista tradizionale e marcando — al contrario — gli elementi di continuità tra i due sistemi ⁽⁸⁾.

L'afferenza alla scuola di Piero Ziccardi implicava già una scelta netta nell'ambito delle correnti scientifiche che hanno animato l'ambiente internazionalista italiano, che agli inizi degli anni Sessanta del secolo scorso viveva soprattutto della contrapposizione tra positivismo kelseniano, istituzionalismo romaniano ed un emergente neogiusnaturalismo storicistico. Frequenti erano certamente i tentativi di sincretismo che intorno a questi tre 'poli' si avvicendavano e di cui lo stesso Ziccardi ne aveva offerto una versione così come era avvenuto in passato ad opera di Perassi ⁽⁹⁾ e successivamente ad opera di Ago e Quadri ⁽¹⁰⁾. Luzzatto è ben consapevole di questo movimento culturale. La sua collocazione, da cui emerge la seconda componente della sua formazione culturale, rifugge decisamente da qualunque accostamento alle dottrine 'pure' kelseniane, compresi i vari corollari che una parte della dottrina italiana ne faceva derivare. Così è ferma la sua critica alla concezione normativistica espressa prima da Morelli e poi da Gaja a proposito del valore da riconoscere alla sentenza straniera nell'ordinamento italiano, una volta deliberata o attuata in base al c.d. richiamo

una propria realtà che preesiste logicamente » al dato normativo statale (Id., *Questioni sulla rilevanza dell'arbitrato estero* (1963), in *Scritti scelti*, p. 854) e come tale diventa un fattore obiettivo di dialogo tra ordinamenti (L. FUMAGALLI, Z. CRESPI REGHIZZI, *Presentazione*, in *Scritti scelti*, p. XI).

⁽⁸⁾ LUZZATTO, *Stati stranieri...*, cit., pp. 8, 11 e s., 40; Id., *Sul ruolo delle Corti europee e dei giudici nazionali nella tutela dei diritti fondamentali* (2014), in *Scritti scelti*, p. 1440; Id., *I Principi UNIDROIT e l'arbitrato commerciale internazionale* (1997), ivi, p. 544; vedi anche più ampiamente *infra*, par. 7. Il richiamo agli elementi di continuità si contrappone alla concezione radicalmente dualista già espressa da Anzilotti e proseguita fino a Gaetano Arangio-Ruiz (cfr. F. SALERNO, *La rivisitazione della concezione dualista alla luce della diversità tra diritto internazionale e dimensione interindividuale del diritto*, in Gaetano Arangio-Ruiz. *La lezione di una vita. Cos'è e com'è il diritto internazionale*, Roma, 2023, p. 29 e ss.); tale approccio ovviamente si accentua rispetto al diritto dell'UE ed al suo impatto sugli ordinamenti nazionali: R. LUZZATTO, *Note minime in tema di spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia* (2018), in *Scritti scelti*, p. 1458 e s.

⁽⁹⁾ Cfr. F. SALERNO, *Perassi Tomaso*, in *Dizionario biografico dei giuristi italiani (XII-XX secolo)*, vol. II, Bologna, 2013, p. 1356, ove si rileva il sincretismo tra le tesi di Kelsen e quelle di Santi Romano.

⁽¹⁰⁾ In entrambi questi autori si avverte, in vario modo, l'influenza del pensiero romaniano: F. SALERNO, *L'influenza di Santi Romano sulla dottrina e la prassi italiana di diritto internazionale*, in « Rivista di diritto internazionale », 2018, p. 261, note 19 e 21.

internazionalprivatistico su cui si tornerà in seguito ⁽¹¹⁾. Questi autori asserivano che la sentenza straniera veniva riprodotta in Italia assumendo il valore di fatto di produzione giuridica o di norma concreta ⁽¹²⁾. Ebbene, secondo Luzzatto tale esito, conseguente ad una rigorosa logica normativista di stampo dualista a difesa del monopolio statale del diritto, stravolgeva il valore del giudicato straniero che nel suo ordinamento di origine aveva natura solo dichiarativa e attuativa del diritto ⁽¹³⁾.

Una terza componente fondamentale del profilo culturale di Luzzatto è la sua sensibilità storicistica. Ciò gli permette di muoversi agevolmente nell'offrire una dimensione storica dell'esperienza giuridica che ne sconfessava una pretesa neutralità di valori. Egli preferiva piuttosto filtrare il dato positivo alla luce della sua evoluzione nel tempo, tanto da sottolineare ora la sua « sostanziale stabilità » ⁽¹⁴⁾ ora la sua relatività alla luce di mutati bisogni giuridico-sociali ⁽¹⁵⁾, fino a configurare anche alcuni 'ricorsi' storici quali erano emersi con la legge di riforma del 1995 del 'sistema' italiano di diritto internazionale privato ⁽¹⁶⁾.

Ma la sensibilità storicistica di Luzzatto ha importanza anche sotto il profilo del metodo giuridico poiché egli era ben consapevole che prima di interpretare i fatti occorre anzitutto essere sicuri che i fatti esistono ⁽¹⁷⁾. L'adesione al dato reale comporta, secondo l'insegnamento di Ago, che la norma giuridica va considerata come espressione

⁽¹¹⁾ *Infra*, par. 6.

⁽¹²⁾ Cfr. R. QUADRI, *Sentenza straniera e sentenza di delibazione* (1937), poi in ID., *Studi critici di diritto internazionale. Diritto internazionale privato*, vol. I, 1, Milano, 1958, p. 144 e s.; G. MORELLI, *Diritto processuale civile internazionale*, Padova, 1954², p. 299; G. GAJA, *Sentenza straniera non delibata e diritto internazionale privato*, in « Rivista di diritto internazionale », 1964, p. 409 e ss., spec. p. 416 e s.

⁽¹³⁾ R. LUZZATTO, *In tema di inderogabilità ed esclusività della giurisdizione italiana* (1962), in *Scritti scelti*, p. 634.

⁽¹⁴⁾ R. LUZZATTO, C. AZZOLINI, *Società (Nazionalità e legge regolatrice)* (1997), in *Scritti scelti*, p. 506.

⁽¹⁵⁾ R. LUZZATTO, *Stati giuridici e diritti assoluti nel diritto internazionale privato*, Milano, 1965, pp. 40 e s., 71 e s.; ID., *Le norme di diritto internazionale privato* (1993), in *Scritti scelti*, pp. 319 e s., 325 e s.

⁽¹⁶⁾ *Infra*, par. 6 e nota 103, a proposito del recupero di una dimensione universalistica della giurisdizione ad opera della legge n. 218/1995.

⁽¹⁷⁾ Sul valore della documentazione nella soluzione di problemi storici, cfr. A. MOMIGLIANO, *Philology and History*, in ID., *Decimo contributo alla storia degli studi classici e del mondo antico*, a cura di R. Di Donato, Roma, 2012, p. 291 e ss.; vedi anche S. SETTIS, « Senza documenti non c'è storia », in « Il sole 24 Ore », 25 febbraio 2024, p. VII.

di socialità⁽¹⁸⁾. In particolare, sono fatti storici qualificati che determinano la formazione della consuetudine internazionale di portata generale, al punto da divenire un valore ordinamentale al quale si piega — a suo avviso — anche la figura dell'obiettore permanente (o « persistente »)⁽¹⁹⁾. Sembra dunque che la 'forza' di questi fatti storici, sempre più spesso favoriti dal fenomeno dell'organizzazione internazionale⁽²⁰⁾, è tale da avere una valenza eteronoma verso singoli Stati⁽²¹⁾. Ma da tali fatti storici non si può e non si deve prescindere, dando così leva al « progressivo allontanamento del pensiero giuridico da prospettive esclusivamente dommatiche »⁽²²⁾.

La norma scritta soggiace a questa verifica poiché la sua effettività dipende dall'adesione al dato reale. Ciò investe in particolare il processo di codificazione del diritto internazionale non scritto, che viene da Luzzatto valutato con le sue lenti di effettività 'qualificata'. In forza di tale parametro egli apprezza il meritato successo della Convenzione di New York sull'arbitrato del 1958 e della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati del 1969⁽²³⁾. Nel contempo, Luzzatto non evita di segnalare, come vedremo meglio in seguito, quelle che, a suo parere, appaiono le criticità presenti nella Convenzione di New York del 2004

(18) R. LUZZATTO, *Ago, Roberto*, in *Dizionario biografico dei giuristi italiani (XII-XX secolo)*, vol. 1, Bologna, 2013, p. 13.

(19) LUZZATTO, *Il diritto internazionale generale*, cit., p. 124.

(20) Ivi, p. 123.

(21) Questa posizione, come è noto, è sicuramente riscontrabile per le norme consuetudinarie di natura imperativa ma non per quelle consuetudinarie derogabili da trattati, come pure attestano sia la Corte internazionale di giustizia (sent. 18 dicembre 1951, *Fisberies Case (United Kingdom v. Norway)*, in <http://www.icj-cij.org>, p. 13) che la Commissione del diritto internazionale (*Draft conclusions on identification of customary international law*, 2018, Conclusion 15, in « *International Law Commission Yearbook* », 2018, II, II, p. 89 e ss.).

(22) R. LUZZATTO, *Introduzione* a D. ANZILOTTI, *Corsi di diritto internazionale privato e processuale*, a cura di F. Salerno, Padova, 1996, p. 498; per ulteriori richiami ai dati dell'esperienza e della pratica sociale nel diritto internazionale privato vedi anche: R. LUZZATTO, *Problemi internazionalprivatistici del diritto d'autore* (1989), in *Scritti scelti*, p. 249; ID., *In tema di inderogabilità*, cit., p. 615; ID., *I Principi UNIDROIT*, cit., p. 548.

(23) L'esistenza della regola consuetudinaria resta comunque un dato reale al quale finisce con l'allinearsi la norma scritta. È questa la conclusione cui Luzzatto giunge a proposito dell'allora art. 50 (ora 41) della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, riguardante la formula 'speciale' dell'equa soddisfazione, che, sempre a giudizio di Luzzatto, viene utilizzato dall'omologa Corte in base alla disciplina generale sulla riparazione dell'illecito (ID., *La Corte europea dei diritti dell'uomo e la riparazione delle violazioni della Convenzione* (1975), in *Scritti scelti*, pp. 62 e 74), senza quindi riconoscere ad esso alcuna valenza innovativa (anche se poi ammette che la Corte ne fa un uso in parte diverso: ivi, p. 74).

sulle immunità dalla giurisdizione degli Stati esteri. Allo scrutinio 'realistico' di Luzzatto non sfugge neppure la legge italiana di riforma del diritto internazionale privato del 1995, rispetto alla quale, come si vedrà più avanti, egli esprimerà critiche talora radicali, perché, nonostante le modifiche apportate all'originario disegno di legge anche grazie al suo contributo, restavano alcune norme prive di un obiettivo aggancio con l'esperienza giuridica reale ⁽²⁴⁾.

3. *La rivisitazione « plurale » dell'ordinamento giuridico.*

Ricalcando le orme di Ziccardi, Luzzatto accentua quindi l'importanza dei dati empirici discostandosi nettamente dalla concezione puramente statalista dell'ordinamento giuridico ⁽²⁵⁾. L'originalità del suo contributo sta proprio nello sviluppo di quell'indicazione ziccardiana per impegnarsi in una rivisitazione della dimensione ordinamentale idonea a comprenderne una connotazione 'plurale'. A spingerlo in questa direzione è, ancora una volta, l'obiettivo considerazione del fenomeno giuridico nella realtà contemporanea caratterizzato sia da un assetto multilivello delle fonti (in specie, nel campo dei diritti umani e del diritto internazionale privato ⁽²⁶⁾), sia dal ruolo crescente di entità diverse dagli Stati quali organizzazioni internazionali e qualificati attori privati come la figura dell'arbitro nelle controversie commerciali internazionali di diritto privato.

In questa prospettiva lo Stato ridisegna il proprio ruolo di ente 'sovrano'. Esso è « ben lungi dal rinunciare alle proprie prerogative

⁽²⁴⁾ Del ruolo propositivo di Luzzatto è stata data testimonianza da Alberto Santa Maria nell'evento inizialmente menzionato di presentazione dei suoi *Scritti scelti*. Nonostante ciò, permasero alcune criticità della legge n. 218/1995 su cui si soffermarono le analisi di Luzzatto: *infra*, nota 99, a proposito dell'art. 54, e par. 6 con riferimento all'art. 65.

⁽²⁵⁾ ZICCARDI, *Ordinamento giuridico*, cit., p. 772 e s.

⁽²⁶⁾ Nel diritto internazionale privato l'intreccio tra le varie fonti — di derivazione sia statale che non statale — era emblematico soprattutto rispetto alla vendita internazionale: R. LUZZATTO, *Vendita in generale (diritto internazionale privato)* (1993), in *Scritti scelti*, p. 330 e s. Con riferimento al diritto internazionale privato europeo, il cui sviluppo è stato piuttosto consistente, Luzzatto riteneva che questa normativa non costituisse un « vero e proprio sistema [...] contrapposto — o sovrapposto — a quelli appartenenti ai vari Stati membri » (Id., *Riflessioni sulla c.d. comunitarizzazione del diritto internazionale privato* (2009), in *Scritti scelti*, p. 606); perciò le sue norme non avevano annullato la pluralità espressa dalle regole comuni in materia espresse dai singoli ordinamenti giuridici nazionali (ivi, p. 601).

sovrane » (27), ma non può ‘monopolizzare’ il diritto (28). Piuttosto, tenendo proprio conto della realtà complessa e plurale del mondo contemporaneo, può e deve stabilire le coordinate unitarie di fondo entro cui operano fonti ed attori ad esso estranei, dando a quest’ultimi un adeguato grado di certezza del diritto.

Lo Stato dispone del proprio ordinamento (29) nello stabilirne formule di ‘aperture’ che restano pur sempre temporanee, nella misura in cui permane la sovranità iniziale che lo aveva consentito e che può quindi anche determinare la revoca di quelle aperture. Ciò vale anzitutto per l’apertura in senso ‘verticale’, a favore, cioè, di organizzazioni internazionali articolata differentemente in considerazione della diversa estensione e profondità delle competenze a loro attribuite. Una posizione di primo piano è giustamente assegnata all’attuale Unione Europea, cui si riconoscono tratti ordinamentali autonomi che mancherebbero al ‘sistema’ della Convenzione europea dei diritti dell’uomo (come, del resto, ha poi asserito anche la Corte costituzionale) (30) e che sono idonei a determinare, come vedremo più avanti, un arretramento delle funzioni sovrane dello Stato membro benché non fino al punto da poter equiparare l’attuale processo integrazionistico dell’Unione a quello di un ordinamento federale, tanto da considerare pur sempre reversibile quanto realizzato finora (31).

L’attenzione di Luzzatto è tuttavia volta principalmente alle aperture che lo Stato esprime in senso ‘orizzontale’. Ne costituiscono manifestazione emblematica le norme e le tecniche di diritto internazionale privato, intendendo con tale espressione anche i profili di diritto processuale civile internazionale e lo stesso arbitrato commerciale internazionale (o « arbitrato internazionale di diritto privato », secondo

(27) R. LUZZATTO, *Illecito internazionale e arbitrato internazionale di diritto privato* (1987), in *Scritti scelti*, pp. 1151 e 1155; LUZZATTO, CARBONE, *Il contratto internazionale*, cit., p. 444.

(28) L’azione dello Stato « non può essere vista come assunzione di disciplina giuridica, capace di cancellare il rilievo di ogni altro fattore presente nella realtà » (LUZZATTO, CARBONE, *Il contratto internazionale*, cit., p. 361); vedi anche LUZZATTO, *Stati giuridici*, cit., p. 91, nota 51; ID., *Il diritto internazionale generale*, cit., p. 110; R. LUZZATTO, A. MIGLIAZZA, *Le convenzioni internazionali in materia di arbitrato e il diritto italiano* (1973), in *Scritti scelti*, p. 1013.

(29) LUZZATTO, CARBONE, *Il contratto internazionale*, cit., p. 478.

(30) LUZZATTO, *Sul ruolo delle Corti europee*, cit., p. 1444. Vedi in modo corrispondente Corte costituzionale, sent. 24 ottobre 2007, par. 6.1 (le decisioni della Corte costituzionale sono reperibili nel sito <https://www.cortecostituzionale.it>).

(31) R. LUZZATTO, *Illegittimità costituzionale o illegittimità comunitaria di leggi interne?* (1978), in *Scritti scelti*, pp. 1280 e 1284; ID., *Il principio del mutuo riconoscimento degli enti creditizi nel mercato interno della CEE* (1989), ivi, p. 1401; ID., *Il caso Costa / Enel cinquant’anni dopo* (2015), ivi, p. 1453.

l'espressione che Luzzatto sembra preferire ⁽³²⁾). In questo caso, tuttavia, l'apertura non significa 'sganciamento' totale dalla cornice ordinamentale che contiene tale apertura. Pur in presenza di una poderosa dimensione internazionale dei soggetti economici privati, « gli Stati, nell'attuale realtà giuridica e politica, appaiono pur sempre dotati del potere di determinare il diritto applicabile al rapporto contrattuale e quindi anche di imporre l'applicazione in via esclusiva, ove lo vogliano, del diritto da essi direttamente posto » ⁽³³⁾. Così è lo Stato che, con proprie leggi o attraverso convenzioni internazionali, determina « le migliori condizioni possibili al fine di consentire alle parti dei relativi rapporti contrattuali un efficace esercizio del principio di autoregolamentazione e del libero operare delle forze economiche » ⁽³⁴⁾, impone il rispetto delle esigenze pubblicistiche generali ⁽³⁵⁾ (anche quando entra « in contatto con i contraenti stranieri » ⁽³⁶⁾) ed impedisce che « le imprese [...] possano essere in grado, attraverso il solo esercizio dell'autonomia privata [...], di modellare in modo significativo gli stessi assetti macroeconomici della comunità internazionale » ⁽³⁷⁾.

Così bene si spiega la distanza di Luzzatto dalle posizioni più radicali che giungono a valorizzare l'autonomia negoziale al punto da configurare, specie in presenza della c.d. *optio iuris*, un 'contratto senza legge' o a stabilire la totale autonomia dell'arbitrato commerciale internazionale da qualunque ordinamento statale per agganciarlo ad un sistema autonomo incentrato sulla *lex mercatoria* ⁽³⁸⁾. Quest'ultima ipotesi è per Luzzatto « assolutamente artificiosa » ⁽³⁹⁾ tanto più per il ruolo cruciale che lo Stato svolge nell'assicurare l'effettività della funzione arbitrale nello spazio ⁽⁴⁰⁾. In entrambi i casi è in giuoco la stessa effettività del diritto privato di modo che egli è portato alla massima valorizzazione di questi strumenti negoziali senza farsi condizionare, in specie per la scelta (anche

⁽³²⁾ R. LUZZATTO, *Accordi internazionali e diritto interno in materia di arbitrato: la convenzione di Ginevra del 1961* (1971), in *Scritti scelti*, p. 973; ID., *Illecito internazionale*, cit., p. 1159.

⁽³³⁾ LUZZATTO, CARBONE, *Il contratto internazionale*, cit., p. 430.

⁽³⁴⁾ Ivi, p. 411.

⁽³⁵⁾ Ivi, p. 417.

⁽³⁶⁾ Ivi, p. 445.

⁽³⁷⁾ Ivi, p. 412.

⁽³⁸⁾ R. LUZZATTO, *Arbitrati di organismi stranieri permanenti e ordinamento italiano* (1967), in *Scritti scelti*, p. 919; ID., *International Commercial Arbitration and the Municipal Law of States* (1977), ivi, p. 1072; R. LUZZATTO, S.M. CARBONE, *Obbligazione. VI Diritto internazionale privato e processuale: obbligazioni da contratto* (1990), ivi, p. 287; LUZZATTO, *I Principi UNIDROIT*, cit., p. 547.

⁽³⁹⁾ LUZZATTO, *Illecito internazionale*, cit., p. 1152.

⁽⁴⁰⁾ LUZZATTO, *International Commercial Arbitration and the Municipal Law of States*, cit., p. 1063.

implicita ma non ipotetica) della legge ⁽⁴¹⁾, dalla « presenza di un legame obbiettivo fra sistema richiamato e situazione controversa » ⁽⁴²⁾. Nel contempo, occorre, però, preservare la cornice ordinamentale che legittima lo stesso fenomeno (« nessun fenomeno contrattuale può esistere senza trovare il proprio fondamento in un sistema giuridico [...] dal quale la volontà delle parti possa trarre la idoneità a produrre effetti giuridici vincolanti » ⁽⁴³⁾), tanto da calarvi anche le condizioni di validità della volontà negoziale ⁽⁴⁴⁾ attenuando in questo modo 'il soggettivismo' insito nel funzionamento della *optio iuris* ⁽⁴⁵⁾.

Si giunge pertanto alla seconda, esclusiva essa sì, funzione dello Stato nell'ordinamento 'plurale': quella, cioè, di garantire il diritto estraneo perché senza di essa viene meno la stessa certezza del diritto prefigurata attraverso le formule di apertura prima considerate ⁽⁴⁶⁾. La centralità dell'elemento statocentrico nello spazio pubblico emerge emblematicamente dal ruolo del giudice comune dell'ordinamento statale, considerato « il giudice naturale dei diritti fondamentali » ⁽⁴⁷⁾ visti in una coordinata e continua prospettiva multilivello ⁽⁴⁸⁾ che include tanto fonti sovranazionali ⁽⁴⁹⁾ che le manifestazioni dell'autonomia negoziale ⁽⁵⁰⁾.

4. *Concetti e principi necessari per dare coerenza all'ordinamento giuridico.*

Un così elevato grado di complessità del fenomeno giuridico innalza l'importanza come anche la difficoltà di una sintesi unitaria e coerente dell'ordinamento giuridico. Luzzatto non rinuncia neppure in

⁽⁴¹⁾ LUZZATTO, CARBONE, *Obbligazione*, cit., pp. 274 e s., 292; LUZZATTO, *Vendita in generale*, cit., p. 351; LUZZATTO, CARBONE, *Il contratto internazionale*, cit., p. 405.

⁽⁴²⁾ LUZZATTO, MIGLIAZZA, *Le convenzioni internazionali in materia di arbitrato*, cit., p. 1018; vedi anche LUZZATTO, CARBONE, *Obbligazione*, cit., p. 274.

⁽⁴³⁾ LUZZATTO, *Illecito internazionale*, cit., p. 1150; v. anche LUZZATTO, CARBONE, *Il contratto internazionale*, cit., p. 363.

⁽⁴⁴⁾ In tal senso, del resto, l'art. 10, par. 1, del regolamento 593/2008 (« Roma I ») sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali.

⁽⁴⁵⁾ LUZZATTO, CARBONE, *Obbligazione*, cit., p. 270.

⁽⁴⁶⁾ In tal senso, diffusamente, G. BARILE, *Costituzione e rinvio mobile a diritto straniero, diritto canonico, diritto comunitario, diritto internazionale*, Padova, 1987.

⁽⁴⁷⁾ LUZZATTO, *Sul ruolo delle Corti europee*, cit., p. 1442.

⁽⁴⁸⁾ Ivi, p. 1441.

⁽⁴⁹⁾ R. LUZZATTO, *Note sul diritto dei singoli ad una tutela giurisdizionale piena ed effettiva contro le violazioni del diritto comunitario* (1999), in *Scritti scelti*, p. 1410.

⁽⁵⁰⁾ R. LUZZATTO, *L'arbitrato internazionale e i lodi stranieri nella nuova disciplina legislativa italiana* (1987), in *Scritti scelti*, p. 1219.

questo caso agli insegnamenti del suo Maestro, tanto da mutuarne la ricerca di concetti e principi idonei (ancorché non testualmente enunciati) ad ordinare ed a dare coerenza al fenomeno ordinamentale ⁽⁵¹⁾. Al tempo stesso, il ‘sistema’ così delineato offre a Luzzatto l’opportunità di ricavarne « generali principi interpretativi » ⁽⁵²⁾ che non solo condizionano il significato di singole norme ma le integrano. Ne è ad esempio un risultato la ricerca di una ‘unica verità’ rispetto alla regolamentazione internazionalprivatistica del fenomeno contrattuale sotto il duplice profilo sia della legge applicabile che del titolo speciale di giurisdizione ad esso afferente ⁽⁵³⁾.

L’unità di approccio metodologico di Luzzatto spiega la sua assoluta linearità e consequenzialità negli argomenti utilizzati e nelle conclusioni cui perviene.

Punto unitario di partenza è sempre la centralità dello Stato.

Il diritto internazionale generale « è [...] costituito dalle regole che tutelano il potere di ogni Stato nei confronti di tutti gli altri, e ne determinano i limiti per quanto riguarda la sua esplicazione nelle varie cerchie spaziali e in relazione alle varie categorie di soggetti » ⁽⁵⁴⁾. Luzzatto constata tuttavia che « l’esplicazione della sovranità importa [...] la possibilità di interferenza nelle rispettive sfere di potere » ⁽⁵⁵⁾, tanto più plausibile in una fase di espansione delle funzioni statali ⁽⁵⁶⁾.

⁽⁵¹⁾ ZICCARDI, *Ordinamento giuridico*, cit., p. 767. I concetti giuridici, secondo l’insegnamento di Ziccardi, sono indispensabili per « ordinare ed inquadrare la realtà sociale » (LUZZATTO, *Gli internazionalisti*, cit., p. 1468; Id., *Ricordo di Piero Ziccardi* (2015), in *Scritti scelti*, p. 1471); per un esplicito richiamo alla ‘nettezza’ dei concetti giuridici, cfr. R. LUZZATTO, *Accordi internazionali e diritto interno in materia di arbitrato: la convenzione di Ginevra del 1961*, cit., p. 973. I principi danno coerenza al sistema giuridico ma non sono sufficienti ad assicurare la certezza del diritto: « nessuna norma giuridica può essere considerata in sé autosufficiente, senza valutarla alla luce delle innumerevoli connessioni che essa non può non avere con altre proposizioni normative nell’ambito dello stesso sistema »: Id., *La diretta applicabilità nel diritto comunitario* (1980), in *Scritti scelti*, p. 1301; vedi anche Id., *Anstalt-Impresa fiduciaria* (1981), ivi, p. 156.

⁽⁵²⁾ R. LUZZATTO, *Persona giuridica (diritto internazionale privato)* (1983), in *Scritti scelti*, p. 178.

⁽⁵³⁾ R. LUZZATTO, *Il luogo di esecuzione dell’obbligazione contrattuale come criterio di competenza giurisdizionale* (1966), in *Scritti scelti*, p. 721. Per analoghe ragioni Luzzatto propende per una lettura conflittuale unitaria del *locus destinatae solutionis* ancorata alla prestazione caratteristica del contratto: ivi, pp. 722 e ss., 730 e s.

⁽⁵⁴⁾ LUZZATTO, *Il diritto internazionale generale*, cit., p. 140.

⁽⁵⁵⁾ R. LUZZATTO, *Responsabilità e colpa in diritto internazionale* (1968), in *Scritti scelti*, p. 49. Luzzatto esclude « al momento attuale » la strada dell’abuso di diritto come regola generale (ivi, p. 42).

⁽⁵⁶⁾ LUZZATTO, *Stati stranieri...*, cit., p. 10.

La possibile contrapposizione di poteri sovrani si riduce e si compone in due distinte direzioni tra esse complementari, vale a dire, per un verso, preservare l'essenzialità del Pubblico potere e, per un altro, dare al medesimo una certa flessibilità ⁽⁵⁷⁾.

Sulle orme dell'insegnamento ziccardiano, il percorso richiede una « rigorosa selezione di quanto, nella vita internazionale, può essere considerato come valore strettamente giuridico » ⁽⁵⁸⁾. Questa cautela metodologica si manifesta in più direzioni ⁽⁵⁹⁾ ma è soprattutto esplicita nella delimitazione della sfera di giurisdizione internazionalmente garantita, che è riferita — e dunque circoscritta — al 'nucleo essenziale' di interessi statali ⁽⁶⁰⁾, con effetti 'legittimi' anche verso terzi ⁽⁶¹⁾.

L'approccio selettivo si delinea già a partire dalla voce 'Fiumi internazionali', escludendo che in base al diritto internazionale generale sussistesse la libertà di navigazione per Stati non rivieraschi ⁽⁶²⁾. L'atteggiamento si esplicita benissimo infine nella sua monografia del 1972, là dove Luzzatto dedica molte pagine alla ricostruzione della prassi in materia di immunità degli Stati esteri dalla giurisdizione civile, giungendo alla conclusione che si può storicamente asserire l'esistenza non tanto di un 'principio' generale sulla immunità assoluta o ristretta degli Stati quanto invece di singole regole di diritto internazionale generale che, in base a considerazioni autonome, preservano l'immunità dello Stato estero rispetto a specifiche fattispecie ⁽⁶³⁾. È sulla base di ciò che Luzzatto critica la codificazione operata dalla Convenzione di New York del 2004 ⁽⁶⁴⁾, orientata invece a seguire il paradigma del principio dell'immunità ristretta per quanto vi siano in questo testo più disposizioni da cui emerge un chiaro profilo analitico affine a quello apprezzato da Luzzatto anche se ben più articolato di quanto egli stesso avesse prefigurato ⁽⁶⁵⁾.

Lo sforzo di 'asciugare' all'essenziale il dato normativo si accompagna alla ricerca di determinare la qualità specifica delle singole

⁽⁵⁷⁾ Ivi, p. 269 e s.

⁽⁵⁸⁾ LUZZATTO, *Ricordo di Piero Ziccardi*, cit., p. 1471.

⁽⁵⁹⁾ La si riscontra anche a proposito del valore da assegnare alla funzione consultiva della Corte internazionale di giustizia, cui non si riconosce rilevanza autonoma, poiché si tratterebbe di un'attività imputabile solo all'organizzazione in quanto tale (R. LUZZATTO, *La competenza consultiva della Corte internazionale di giustizia nella soluzione delle controversie internazionali* (1975), in *Scritti scelti*, pp. 84 e ss., 90).

⁽⁶⁰⁾ LUZZATTO, *Stati stranieri...*, cit., p. 139.

⁽⁶¹⁾ Ivi, pp. 13 e 20.

⁽⁶²⁾ R. LUZZATTO, *Fiumi internazionali* (1961), in *Scritti scelti*, p. 8 e s.

⁽⁶³⁾ LUZZATTO, *Stati stranieri...*, cit., pp. 159, 171 e s.

⁽⁶⁴⁾ R. LUZZATTO, *La giurisdizione sugli Stati stranieri tra Convenzione di New York, norme internazionali generali e diritto interno* (2007), in *Scritti scelti*, p. 99.

⁽⁶⁵⁾ Cfr. in particolare gli articoli 10-17 della Convenzione.

norme. La sua attenzione è rivolta non tanto alle norme imperative di diritto internazionale quanto invece a stabilire le condizioni di legittimità sull'uso di poteri normativi dello Stato che possano avere effetti extra-territoriali. La soluzione che egli appresta al problema presenta interessanti profili di attualità in considerazione dei sempre più frequenti conflitti tra giurisdizioni a seguito di sanzioni adottate con efficacia extra-territoriale e conseguente reazione alle stesse tramite la c.d. 'legislazione di blocco' ⁽⁶⁶⁾. Luzzatto ritiene possibile e legittima questa proiezione spaziale ma non in base alla concezione che asseriva il carattere concettualmente ed astrattamente illimitato dell'ordinamento giuridico statale ⁽⁶⁷⁾. Piuttosto egli la giustifica in ragione dell'esigenza dello Stato di proteggere interessi essenziali e fondamentali dell'ordinamento giuridico, anche non localizzati su base territoriale ⁽⁶⁸⁾ (dal momento che, a suo giudizio, « il principio di stretta territorialità non costituisce il contenuto di alcuna norma internazionale generale » ⁽⁶⁹⁾), ma pur sempre sorretti da qualificati legami ordinali in termini tanto di intensità che di tipologia di interessi perseguiti ⁽⁷⁰⁾.

La giustificazione internazionalistica sulla 'qualità' della normazione statale si ritrova a proposito della sua proiezione ordinatoria nel campo del diritto internazionale privato. Lo studio monografico di Luzzatto sui diritti assoluti, comprensivi sia degli status personali che dei diritti reali, si fonda sul convincimento che la legge regolatrice dei medesimi sia per forza di cose riconducibile allo Stato che è nella posizione migliore per disciplinare la fattispecie, di modo che non si dovrebbe impedire l'esportazione del suo 'prodotto' (o 'risultato') secondo la nota tecnica del riconoscimento che esaminerò nel paragrafo seguente.

Forte della sua esperienza professionale nel campo dell'arbitrato, Luzzatto aveva peraltro ben compreso che l'ordinamento statale deve apprestare i mezzi per assicurare la difesa di suoi interessi essenziali soprattutto nel campo del diritto internazionale privato, a partire dalle

⁽⁶⁶⁾ Vedi in particolare il regolamento 2271/96 del Consiglio del 22 novembre 1996, come modificato dal regolamento delegato della Commissione 2018/1100; più in generale, per la dottrina italiana, cfr. di recente S.M. CARBONE, *Contratti internazionali e sanzioni: la disciplina applicabile ai loro effetti*, in *Il diritto internazionale per la pace e nella guerra. Sviluppi recenti e prospettive future*. Liber Amicorum in onore di Edoardo Greppi, a cura di O. Porchia e M. Vellano, Torino, 2023, p. 175 e ss.

⁽⁶⁷⁾ Cfr. G. MORELLI, *Il diritto processuale civile internazionale*, Padova, 1938, p. 83; il volume è stato ristampato nel 2021, con introduzione di A. Leandro.

⁽⁶⁸⁾ LUZZATTO, *Stati stranieri...*, cit., pp. 28, 36 e ss.

⁽⁶⁹⁾ Ivi, p. 78.

⁽⁷⁰⁾ Ivi, pp. 61 e ss., 138.

c.d. 'norme di applicazione necessaria' (71). Da qui l'inclinazione anche ad utilizzare con una certa flessibilità i titoli di giurisdizione onde garantire condizioni effettive di accesso alla giustizia che altrimenti rischierebbero di essere insoddisfatte. Tale approccio si spinge ad apprezzare l'utilità della formula del *forum necessitatis*, già sperimentata in alcuni regolamenti di settore del diritto internazionale privato uniforme dell'Unione Europea e che era previsto nell'originaria proposta di rifusione del regolamento 1215/2012 (72).

Ma, come si è accennato, la preoccupazione maggiore di Luzzatto stava nella considerazione dovuta alle norme di applicazione necessaria, per essere queste l'espressione più schietta, anche quando non testualmente espressa, della volontà normatrice dello Stato a difesa dell'ordinamento. Luzzatto sembra accogliere una valutazione molto ampia di questa categoria normativa includendovi, sulla scia di Malintoppi, le norme di diritto internazionale materiale uniforme (73) e comunque insistendo sovente sulla possibile equivalenza tra norme di applicazione necessaria e (limite dell') ordine pubblico. Per quanto quest'ultimo approccio sia relativamente diffuso (74), è da ritenere che Luzzatto vi giungesse sulla base della sua esperienza arbitrale, dovendo tener presenti le barriere eventualmente frapponibili dall'ordinamento giuridico statale in cui il lodo sia destinato a circolare, barriere di natura diversa ma comunque tutte idonee a precluderne la circolazione. Tuttavia, lo stesso Luzzatto finiva col prendere atto che nella categoria delle norme di applicazione necessaria confluivano situazioni piuttosto eterogenee (oltre alla normativa materiale uniforme, le determinazioni vincolanti di organizzazioni internazionali quali quelle espresse dal Consiglio di sicurezza, le norme imperative di Stati terzi nonché le classiche norme di applicazione necessaria del foro), al punto da evidenziare i rischi che la categoria medesima divenisse una semplice « locuzione di stile » (75). La preoccupazione è certamente fondata se si tiene presente che, pur potendosi assistere ad una relativa coincidenza di valori tra norme di applicazione necessaria e (limite dell') ordine pubblico, non si possono ridurre le prime ad una mera specificazione

(71) R. LUZZATTO, *Trade in Art and Conflict of Laws: The Position in Italy* (1986), in *Scritti scelti*, p. 213.

(72) R. LUZZATTO, *On the proposed application of jurisdictional criteria of Brussels I Regulation to non-domiciled defendants* (2012), in *Scritti scelti*, p. 849. Circa l'utilità di riprendere la formula del *forum necessitatis* nel diritto comune cfr. O. LOPES PEGNA, *Accesso alla giustizia e giurisdizione nel contenzioso transfrontaliero*, Bari, 2022, p. 117 e ss.

(73) A. MALINTOPPI, *Diritto uniforme e diritto internazionale privato in tema di trasporto*, Milano, 1955, p. 74 e ss. e specialmente p. 81 e s. e nota 98; Id., *Les rapports entre droit uniforme et droit international privé*, in « *Recueil des Cours* », 116 (1965), p. 60 e s.

(74) Cfr. CARBONE, *Contratti internazionali e sanzioni*, cit., p. 179.

(75) LUZZATTO, *Le norme di diritto internazionale privato*, cit., p. 326.

del secondo ⁽⁷⁶⁾ e soprattutto resta tra loro una fondamentale differenza concettuale: le prime preclusive ‘a monte’ del funzionamento ordinario delle norme di conflitto, il secondo idoneo ad interdire singole manifestazioni concrete del meccanismo di richiamo al diritto estraneo ma non a paralizzarne del tutto il funzionamento ⁽⁷⁷⁾.

5. *Fondamento costituzionale dell'apertura al diritto estraneo.*

La pluralità degli ordinamenti giuridici era per Luzzatto un dato obbiettivo cui il sistema giuridico dello Stato del foro non si poteva sottrarre, anche perché partecipe di quel diritto comune delle genti nel quale, come inizialmente osservato, si radicava ogni altro sistema giuridico a partire dallo stesso diritto internazionale e quindi, a seguire, il diritto dell'UE e il diritto di Stati esteri. L'ancoraggio alla cornice universalistica non sfuggiva tuttavia all'ispirazione originaria di Santi Romano, secondo cui gli ordinamenti giuridici si presuppongono reciprocamente: questi devono trarre da ciò le conseguenze dettate dalla necessità di una ‘coesistenza’ delle relative determinazioni. L'ordinamento giuridico statale è per Luzzatto quasi obbligato a prendere atto della stessa esistenza del diritto estraneo, contraendo la propria indipendenza piena e completa.

Luzzatto traeva conferma di ciò dalle prescrizioni costituzionali a garanzia del diritto internazionale e di ordinamenti ‘particolari’ del medesimo, vale a dire l'art. 10, 1° comma, e l'art. 11 (scarse attenzioni vennero dedicate al ‘novellato’ art. 117, 1° comma, Cost.), quasi che tali disposizioni avessero una funzione meramente ricognitiva di un dato comunque implicito nel sistema. L'orientamento non era del tutto sganciato dal dato storico: la dottrina positivista più radicale (Morelli) aveva in effetti asserito negli anni Trenta che il criterio di adattamento automatico fosse già enunciato in una norma ‘tacita’ ⁽⁷⁸⁾. Tuttavia, mentre questa dottrina era spinta dal dogma del monopolio statale del diritto, Luzzatto vi perviene in forza del dato strutturale inizialmente richiamato, vale a dire l'afferenza degli ordinamenti giuridici particolari alla ziccardiana ‘società universale del genere umano’. In questa diversa cornice, la garanzia costituzionale del diritto internazionale esplicita la funzione che lo Stato svolge nella prospettiva di una società aperta assicurando l'effettività del diritto estraneo richiamato tanto da stabilire

⁽⁷⁶⁾ Così invece lo stesso LUZZATTO, *Persona giuridica*, cit., p. 198.

⁽⁷⁷⁾ È per questa ragione che, come riconoscono LUZZATTO, CARBONE, *Obbligazione*, cit., p. 307, il limite dell'ordine pubblico opera anche nel senso di bloccare l'ingresso di norme imperative straniere nel foro.

⁽⁷⁸⁾ G. MORELLI, *L'adattamento del diritto interno al diritto internazionale in alcune recenti costituzioni*, in « Rivista di diritto internazionale », 1933, p. 3 e ss.

una diversa gradazione della garanzia in esame nella gerarchia delle fonti interne. Difatti le tre norme che in proposito pone la Costituzione (novellata) con riferimento al rispetto del diritto internazionale e dei suoi obblighi evidenziano trattamenti costituzionalmente differenziati in relazione alla natura e al contenuto di questi obblighi ⁽⁷⁹⁾.

Inoltre, Luzzatto valorizza le stesse norme costituzionali come una manifestazione di apertura e di garanzia verso l'ordinamento giuridico internazionale nel suo complesso. Ne evince l'esistenza di un principio di rilevanza costituzionale che, inquadrando « la sovranità dello Stato nell'ambito della Comunità internazionale, [...] ne fa un valore destinato a coesistere con l'eguale prerogativa spettante a tutti gli altri Stati appartenenti a quella Comunità », delineando « una posizione destinata ad autolimitarsi in relazione ad altri soggetti della Comunità » ⁽⁸⁰⁾. Corrispettivamente, sussiste un interesse comune e reciproco degli Stati al riconoscimento dei rispettivi valori ⁽⁸¹⁾, che beneficia di piena copertura costituzionale. Questo qualificato riconoscimento 'ordinamentale' dell'altrui sovranità statale comprende le norme di diritto internazionale privato, anche a giustificazione delle erosioni che esse comportano rispetto all'esercizio di funzioni sovrane dello Stato, siano esse legislative o giurisdizionali ⁽⁸²⁾.

6. *Tecniche di coordinamento inter-ordinamentale.*

Il principio costituzionale di coordinamento inter-ordinamentale facilita ed anzi arricchisce le formule tecniche attraverso cui avviene la circolazione di valori estranei, tanto da riconoscere l'operare simultaneo di più approcci. Nel pensiero di Luzzatto le tecniche stabilite dal diritto obbiettivo coesistono con quelle che possono essere utilizzate direttamente dai privati.

⁽⁷⁹⁾ È noto che, in base anche agli sviluppi della giurisprudenza costituzionale, il diritto internazionale (o da esso derivato) richiamato dagli articoli 10, 1° comma, e 11 Cost. assume un rango costituzionale mentre gli obblighi internazionali e dell'UE cui si riferisce l'art. 117, 1° comma, Cost. hanno il valore di 'norme interposte' che soggiacciono alla Costituzione pur fungendo da parametro di legittimità costituzionale delle leggi (ordinarie) dello Stato e delle Regioni.

⁽⁸⁰⁾ R. LUZZATTO, *Il diritto europeo e la Costituzione italiana dopo la riforma dell'art. 117* (2008), in *Scritti scelti*, p. 1423 e s.

⁽⁸¹⁾ LUZZATTO, *Stati stranieri...*, cit., p. 272.

⁽⁸²⁾ Poco considerato da Luzzatto è l'impatto di questa copertura costituzionale sul versante delle funzioni amministrative in materia di diritto internazionale privato quale potrebbe discendere dall'eventuale circolazione di atti stranieri di stato civile, per quanto i relativi effetti siano compresi tra quelli che discendono dalla tecnica di riconoscimento della situazione giuridica (*infra*).

Il coordinamento inter-ordinamentale guidato dal diritto obiettivo è incentrato sulla tecnica del riconoscimento e si articola secondo due varianti tra loro complementari.

La prima variante, che più sta a cuore a Luzzatto evidenziare proprio per l'automatismo che la caratterizza, è focalizzata sulla considerazione altrettanto obiettiva di una situazione (anche di tenore pubblicistico ma dagli effetti privatistici ⁽⁸³⁾) che sia già giuridicamente regolata in un sistema giuridico estraneo in quanto da questo creata ed al quale l'ordinamento del foro ha attribuito una specifica competenza in tal senso. Luzzatto forgia tale tecnica del riconoscimento di situazioni giuridiche includendo nel richiamo al diritto straniero per mezzo delle norme di diritto internazionale privato del foro anche la concreta regolamentazione giuridica eventualmente sopravvenuta in quell'ordinamento. Indubbiamente tale tecnica consente di meglio « assicurare l'uniformità e la continuità della vita giuridica interindividuale » ⁽⁸⁴⁾ e dunque la certezza del diritto nello spazio ⁽⁸⁵⁾. Essa si distingue dall'altra, più nota, incentrata sul riconoscimento dell'atto in sé poiché l'oggetto della prima attiene al *risultato* dell'atto ⁽⁸⁶⁾. La rilevanza 'extra-sistemica' della situazione giuridicamente regolata certamente allarga « gli spazi riservati alla valutazione giuridica rimessa all'ordinamento straniero » ⁽⁸⁷⁾, ma dipende esclusivamente dalla sua obiettiva valenza regolatoria immediatamente applicabile nel foro richiesto senza doverla 'riprodurre' in un atto del foro ⁽⁸⁸⁾. Forgiata rispetto al diritto richiamato dalle norme del foro sulla legge applicabile, Luzzatto estese successivamente tale tecnica ad altri rami quali il diritto dell'UE ⁽⁸⁹⁾ (in particolare quando entra in gioco il meccanismo del mutuo riconosci-

⁽⁸³⁾ R. LUZZATTO, *Proprietà in generale (diritto internazionale privato)* (1988), in *Scritti scelti*, p. 226.

⁽⁸⁴⁾ LUZZATTO, *Il principio del mutuo riconoscimento*, cit., p. 1400; vedi anche ID., *Persona giuridica*, cit., p. 184 e s.; ID., *Persona fisica (diritto internazionale privato)* (1983), p. 200.

⁽⁸⁵⁾ LUZZATTO, CARBONE, *Il contratto internazionale*, cit., p. 425.

⁽⁸⁶⁾ LUZZATTO, *Persona giuridica*, cit., p. 186.

⁽⁸⁷⁾ *Ibidem*. Ciò peraltro non implica che si possa prescindere dall'atto, dal momento che questo concorre « nell'ambito dell'ordinamento giuridico straniero alla creazione di quella situazione giuridica di diritto privato » (LUZZATTO, *Stati giuridici*, cit., p. 165).

⁽⁸⁸⁾ « Quando un ordinamento riconosce uno stato, od un diritto assoluto, creato in capo ad un soggetto dalle norme appartenenti ad un altro ordinamento, esso non conferisce rilevanza giuridica ad una situazione diversa da quella che essa stessa conosce, ma si limita a considerare esistente la situazione creata in base alle norme straniere » (LUZZATTO, *Stati giuridici*, cit., p. 149).

⁽⁸⁹⁾ LUZZATTO, *La diretta applicabilità nel diritto comunitario*, cit., p. 1297.

mento ⁽⁹⁰⁾) e la Convenzione europea dei diritti dell'uomo in specie per ciò che concerne il valore da riconoscere alla decisione della Corte europea dei diritti dell'uomo in tema di 'equa soddisfazione' in base all'attuale art. 41 della CEDU (allora art. 50) ⁽⁹¹⁾.

Tuttavia, la tecnica descritta non era di applicazione generalizzata. Lo stesso Luzzatto ne delimita la portata nel campo 'pilota' del diritto internazionale privato circoscrivendola a quelle fattispecie per le quali era difficilmente controvertibile la competenza materiale dell'ordinamento straniero richiamato in ragione della *lex rei sitae* per i diritti reali (da lui considerata di portata quasi universale ⁽⁹²⁾), della legge personale in tema di status (cittadinanza o residenza, ma la prima sarebbe oggi meno incontroversa) e dell'ordinamento di origine nella costituzione di una persona giuridica straniera ⁽⁹³⁾. Ricalcando l'opinione di altra dottrina che l'aveva preceduto (l'originaria posizione di Anzilotti, Barile) ⁽⁹⁴⁾, Luzzatto coniuga in questi casi il carattere « in certo modo sovraordinato » e latamente « internazionalistico » delle norme sulla legge applicabile ⁽⁹⁵⁾ con la particolare pertinenza dell'ordinamento così designato a definire il 'regime' normativo della fattispecie opponibile *erga omnes*. Ove manchino tali condizioni la tecnica in esame non può valere. Così Luzzatto la esclude fermamente per i diritti su beni immateriali, che sono « di stretta territorialità » ⁽⁹⁶⁾ e dunque assolutamente inadatti ad essere regolati secondo il modello internazionalprivatistico delle « norme bilaterali perfette » ⁽⁹⁷⁾. Una diversa assunzione gli sembrava non corrispondere ai « dati immediatamente ricavabili dell'esperienza giuridica concreta » ⁽⁹⁸⁾, in quanto il giudice in

⁽⁹⁰⁾ LUZZATTO, *Il principio del mutuo riconoscimento*, cit., p. 1397 e ss.

⁽⁹¹⁾ LUZZATTO, *La Corte europea dei diritti dell'uomo*, cit., p. 75.

⁽⁹²⁾ LUZZATTO, *Proprietà in generale*, cit., p. 218.

⁽⁹³⁾ LUZZATTO, *Persona giuridica*, cit., p. 178 e ss., 184; Id., *Anstalt*, cit., p. 154.

⁽⁹⁴⁾ ANZILOTTI, *Corsi di diritto internazionale privato e processuale*, cit., p. 8; Anzilotti modifica successivamente questa sua posizione (ivi, p. 391), accostandosi alla dottrina dommatica (*infra*, nota 110); G. BARILE, *Diritto internazionale privato*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XII, Milano, 1964, spec. p. 1053.

⁽⁹⁵⁾ LUZZATTO, *Le norme di diritto internazionale privato*, cit., pp. 318 e 320; Luzzatto riconosce l'ascendenza anzilottiana di questa classificazione: Id., *Introduzione*, cit., p. 497.

⁽⁹⁶⁾ LUZZATTO, *Proprietà in generale*, cit., p. 243; Id., *Proprietà intellettuale e diritto internazionale*, cit., p. 572.

⁽⁹⁷⁾ LUZZATTO, *Le norme di diritto internazionale privato*, cit., p. 326.

⁽⁹⁸⁾ LUZZATTO, *Problemi internazionalprivatistici del diritto d'autore*, cit., p. 248.

questi casi « *non ha mai* la possibilità di applicare [...] una legge diversa da quella del proprio Stato »⁽⁹⁹⁾.

Per il riconoscimento della situazione giuridica così congegnato non occorre alcuna forma di 'ricezione' nel foro, poiché esso era incluso nell'indicazione dell'ordinamento competente ad opera della norma di conflitto. La formulazione di questa tecnica automatica aveva particolare rilevanza nella vigenza della disciplina codicistica del 1942, fortemente soggiogata alla logica dualista che ingabbiava la rilevanza dell'atto pubblico straniero, in specie quello giudiziario, nella procedura di previa delibazione nel foro. Pure altri autori si erano già mossi in questa prospettiva⁽¹⁰⁰⁾, ma Luzzatto puntualizza più di tutti l'automatismo di questa tecnica che abbattava drasticamente qualunque esigenza 'riproduzionistica' nell'ordinamento del foro rispetto alla situazione regolata dal diritto straniero. La tecnica del richiamo 'internazionalprivatistico' è stata in qualche modo valorizzata dal legislatore riformatore del 1995 attraverso gli articoli 65 e 66 della legge n. 218/1995, incentrati per l'appunto sul riconoscimento automatico di un provvedimento straniero riaccordato alla c.d. competenza materiale dell'ordinamento straniero da cui proviene. Ma Luzzatto non era soddisfatto di questa enunciazione legislativa vuoi per la mancata considerazione nell'art. 65 della concreta regolamentazione dei diritti reali nell'ordinamento straniero (il cui 'riconoscimento' automatico continuerebbe comunque ad operare secondo il meccanismo internazionalprivatistico implicito nel sistema⁽¹⁰¹⁾), vuoi per l'attenzione che sempre l'art. 65 dedicava alla genesi processuale dell'atto (il rispetto dei « diritti essenziali di difesa »), rivelandosi così in definitiva un 'ibrido' rispetto alla tecnica 'pura' di riconoscimento della situazione giuridica.

Con l'entrata in vigore della Convenzione di Bruxelles si manifesta l'interesse di Luzzatto verso il nuovo meccanismo di riconoscimento automatico di decisioni giudiziarie straniere, che verrà poi mutuato dall'art. 64 della legge di riforma del diritto internazionale privato del 1995. La sua attenzione verso questa disciplina innovativa era soprat-

⁽⁹⁹⁾ Ivi, p. 248 (corsivo nel testo originale). Ne conseguì una severa critica all'art. 54 della legge n. 281/1995 per la sua struttura bilaterale nella determinazione della legge applicabile ai beni immateriali, tanto da considerarlo una « lettera morta »: R. LUZZATTO, *Commento agli articoli 51-55 (l. 31 maggio 1995 n. 218)*, in *Scritti scelti*, p. 488.

⁽¹⁰⁰⁾ Vedine una sintetica proposizione in GAJA, *Sentenza straniera non delibata e diritto internazionale privato*, cit., p. 411 e ss.; è noto che una teoria generale in proposito è avanzata soprattutto da P. PICONE, *Ordinamento competente e diritto internazionale privato*, Padova, 1986.

⁽¹⁰¹⁾ R. LUZZATTO, *Il riconoscimento di sentenze e provvedimenti stranieri nella riforma del diritto internazionale privato italiano* (1997), in *Scritti scelti*, p. 843; vedi già prima Id., *Sulla riforma del sistema italiano di diritto processuale civile internazionale* (1990), ivi, p. 774.

tutto rivolta a comprendere le ragioni che lo giustificavano e che a suo avviso risiedevano nel superamento della « totale frattura » tra il processo straniero e quello nazionale che caratterizzava la previgente disciplina comune ⁽¹⁰²⁾, dando finalmente rilevanza ai casi di litispendenza e connessione estera così recuperando — anche per effetto del diritto internazionale privato uniforme europeo — la dimensione « dell'antico ordine universale delle giurisdizioni » ⁽¹⁰³⁾ già presente nella prima codificazione unitaria del 1865.

Ciò produceva due conseguenze nel riformato sistema italiano di diritto internazionale privato. In primo luogo, la valenza endoprocesuale della decisione straniera faceva sì che il suo riconoscimento (automatico) quale 'atto' potesse coesistere con la tecnica di riconoscimento della situazione giuridica risultante da quell'atto, assestando così il carattere complementare e non esclusivo dell'art. 65 della legge n. 218/1995 rispetto al suo art. 64 ⁽¹⁰⁴⁾. In secondo luogo, il riconoscimento automatico della decisione straniera *ex art. 64* restava sempre agganciato alla deroga che aveva investito la causa italiana prevenuta, di modo che trovava conferma la tesi della 'circolarità' tra deroga alla competenza del foro e pronuncia estera riconosciuta che Luzzatto aveva in passato contestato ⁽¹⁰⁵⁾. Ciò, peraltro, non si sarebbe dovuto tradurre — a suo avviso — in una drastica rinuncia dell'ordinamento del foro ad

⁽¹⁰²⁾ LUZZATTO, *Sulla riforma del sistema italiano di diritto processuale civile internazionale*, cit., pp. 765 e 774; vedi già prima: ID., *In tema di inderogabilità*, cit., p. 625.

⁽¹⁰³⁾ LUZZATTO, *Sulla riforma del sistema italiano di diritto processuale civile internazionale*, cit., p. 764; ID., *Il riconoscimento di sentenze e provvedimenti stranieri*, cit., p. 834. Luzzatto peraltro riconosce che alcune tracce di quell'ordine erano sopravvissute nell'impostazione statalista e accentuatamente dualista che caratterizzava la normativa sul riconoscimento di sentenze straniere nel codice di rito del 1942 quali: *a*) il diritto di agire per chiedere la delibazione della sentenza straniera (LUZZATTO, *Sulla riforma del sistema italiano di diritto processuale civile internazionale*, cit., p. 765); *b*) la circolazione automatica di provvedimenti stranieri in materia di diritti assoluti sulla base del richiamo internazionalprivatistico (*supra*), *c*) la delibazione incidentale (ID., *Il riconoscimento di sentenze e provvedimenti stranieri*, cit., p. 831).

⁽¹⁰⁴⁾ In tal senso si è orientata la giurisprudenza più autorevole; vedi in proposito: Cass.: sent. 8 aprile 2011, n. 8038 (in « Rivista di diritto internazionale privato e processuale », 2012, p. 173 e ss.); sent. 7 agosto 2020, n. 16804 (ivi, 2021, p. 107 e ss., par 2.3); in senso contrario si era inizialmente espresso App. Milano, 27 marzo 1998, n. 894 (ivi, 1999, p. 963 e s.).

⁽¹⁰⁵⁾ Alla luce della previgente disciplina comune, Luzzatto aveva espresso dubbi sulla tesi della circolarità propugnata prima da G. MORELLI (*Legge regolatrice della clausola compromissoria per arbitrato estero* (1943), successivamente riprodotta in ID., *Studi di diritto processuale civile internazionale*, Milano, 1961, p. 149 e ss.; ID., *Diritto processuale civile internazionale*, cit., p. 182 e s.) e poi da G. GAJA (*La deroga alla giurisdizione italiana*, Milano, 1971, p. 60 e ss., spec. p. 69), per i quali, sulla base della

operare il riesame del merito della sentenza straniera (come invece si evinceva dalla sopravvenuta abrogazione dell'art. 798 cod. proc. civ.), almeno nella prospettiva di contrastare palesi casi di frode alla legge ⁽¹⁰⁶⁾.

Infine, resta da considerare il ruolo che Luzzatto riconosce ai soggetti privati di azionare essi stessi determinate tecniche di coordinamento inter-ordinamentale. Gli strumenti sono ovviamente quelli consentiti dall'ordinamento giuridico, vale a dire la scelta della legge applicabile e la proroga (anche tacita) del foro competente ⁽¹⁰⁷⁾ o la deroga a favore di arbitro. L'una e l'altra soluzione, che sovente si esprimono in parallelo nella stessa fattispecie, denotano la capacità dei privati di orientare il percorso attraverso cui si definisce meglio la certezza del diritto nello spazio. La sua determinazione ad opera delle parti interessate è senz'altro una forma 'mediata' di « attuazione 'oggettiva' dell'ordinamento [...] nella prospettiva del coordinamento » fra le varie giurisdizioni tra esse concettualmente equivalenti ⁽¹⁰⁸⁾, ma — per quanto si tratti di un obiettivo pubblicistico — è consentito ai privati svolgerlo perché li si giudica meglio idonei a realizzarlo in determinate circostanze.

L'attenzione di Luzzatto è rivolta principalmente alla materia dei rapporti contrattuali per essere questa l'espressione di una operazione

disciplina codicistica all'epoca vigente, l'effetto preclusivo dell'accordo di deroga all'esercizio della giurisdizione italiana sarebbe stato plausibile solo ove la medesima lite fosse stata decisa nel procedimento straniero, di modo che, per la correlazione tra i due effetti, la deroga alla giurisdizione italiana sarebbe stata condizionata all'effetto positivo finale dell'accordo delle parti di proroga a favore dell'ordinamento straniero designato, vale a dire la possibilità per il foro derogato di delibare la decisione emessa. Per Luzzatto la correlazione tra i due effetti faceva dipendere l'efficacia della deroga da una valutazione prognostica « del tutto impossibile da accertare » (ID., *In tema di inderogabilità*, cit., p. 636). Tuttavia, l'obiezione non viene da Luzzatto riproposta in relazione all'art. 7, 1° comma, della legge n. 218/1995 sulla riforma del diritto internazionale privato italiano, che ha regolato la litispendenza stabilendo la sospensione della causa italiana prevenuta proprio a seguito dell'esito positivo della prognosi di riconoscibilità della decisione che sarebbe potuta sortire dal processo straniero preveniente.

⁽¹⁰⁶⁾ LUZZATTO, *Sulla riforma del sistema italiano di diritto processuale civile internazionale*, cit., p. 776; ID., *Il riconoscimento di sentenze e provvedimenti stranieri*, cit., p. 838. Luzzatto comunque escludeva che si potesse configurare la frode alla legge nei casi in cui l'elemento di collegamento, a fondamento della competenza internazionale del giudice straniero, fosse stato « artatamente posto in essere dalle parti » (ID., *I presupposti della competenza internazionale del giudice straniero e i limiti del loro esame nel giudizio di delibazione* (1964), in *Scritti scelti*, p. 655, nota 20).

⁽¹⁰⁷⁾ LUZZATTO, *In tema di inderogabilità*, cit., p. 616.

⁽¹⁰⁸⁾ LUZZATTO, *Commento agli articoli 3-12 (l. 31 maggio 1995 n. 218)* (1995), in *Scritti scelti*, p. 814.

economica che le medesime parti di un contratto hanno posto in essere congegnando una reciproca e legittima aspettativa sull'assetto regolatorio e relative garanzie. In questa prospettiva particolarmente funzionale alle esigenze di certezza di diritto dei privati Luzzatto spiega anche il fenomeno del *dépeçage*, trattandosi di una frammentazione della legge applicabile allo schema contrattuale voluta dalle parti per preservare loro specifici vantaggi ⁽¹⁰⁹⁾. Ma non è fuori dall'interesse dell'ordinamento l'acquisizione per via negoziale di un determinato percorso regolatorio con il supporto di specifiche formule tese ad affrontare la crisi di cooperazione tra i privati. Piuttosto il sistema giuridico 'oggettivo' preferisce avvalersi dello strumento dell'autonomia negoziale che, se concretamente esercitata, consente di raggiungere il risultato di una regolamentazione uniforme della fattispecie in termini meno controversi anche per lo stesso ordinamento.

7. *Natura integrativa e pervasiva del diritto estraneo.*

L'assetto 'plurale' dell'ordinamento giuridico si rifletteva quindi nel campo del diritto internazionale privato, superando lo schema della dottrina positivista tradizionale che asserviva questa normativa ad una concezione dell'ordinamento statale tendenzialmente chiusa e completa ⁽¹¹⁰⁾. Le criticità di tale assunto sono ben presenti a Luzzatto che, assumendo il nuovo assetto multilivello dell'ordinamento giuridico, dirige la sua attenzione ad analizzare le interazioni tra i vari 'impulsi' regolatori anche nella prospettiva di evidenziarne la continuità rispetto alla cornice unitaria della comunità universale del genere umano.

Premessa fondamentale di tale ricostruzione è l'esigenza di sottrarre il diritto estraneo in tutte le sue espressioni — diritto internazionale, diritto dell'Unione Europea, diritto straniero e, più in generale, il diritto comune delle genti — ad un inquadramento formale nell'ordina-

⁽¹⁰⁹⁾ LUZZATTO, CARBONE, *Il contratto internazionale*, cit., p. 375. Luzzatto è incline a sottolineare « l'unità dello statuto contrattuale » (LUZZATTO, CARBONE, *Obbligazione*, cit., p. 299; vedi anche ivi, p. 281), anche se prende atto della possibile interferenza conseguente a norme di applicazione territoriale a tutela di interessi generali (*Il contratto internazionale*, cit., p. 369 e s.). Così critica la tesi che prefigura l'adattamento di singole norme materiali in materia societaria in ragione degli inconvenienti che ne discenderebbero con la frammentazione della disciplina applicabile (LUZZATTO, AZZOLINI, *Società*, cit., p. 525, nota 43).

⁽¹¹⁰⁾ ZICCARDI, *Ordinamento giuridico*, cit., p. 770. La massima concettualizzazione di questa dottrina si deve principalmente a T. PERASSI, *Teoria dommatica delle fonti di norme giuridiche in diritto internazionale*, in « Rivista di diritto internazionale », 1917, p. 195 e ss., e R. AGO, *Teoria del diritto internazionale privato*, Padova, 1934, ristampato nel 2019 (Napoli), con introduzione di P. Franzina, spec. p. 88.

mento del foro ⁽¹¹¹⁾. Per quanto Luzzatto impieghi un linguaggio dualista (ricorrente è il suo riferirsi alla espressione « norme di adattamento » con riguardo all'esecuzione di convenzioni internazionali nell'ordinamento interno ⁽¹¹²⁾), il diritto estraneo non è oggetto di riproduzione o trasformazione ad opera dell'ordinamento richiamante ⁽¹¹³⁾. In altri termini, riprendendo gli insegnamenti di Ziccardi ma anche quelli di Giuseppe Barile ⁽¹¹⁴⁾, il diritto estraneo continua ad avere una propria autonomia ontologica corrispondente al suo significato nell'ordinamento di origine anche per effetto di sue possibili evoluzioni in quell'ordinamento ⁽¹¹⁵⁾. Egli, perciò, evoca la dottrina dualista di separazione tra ordinamenti piuttosto in chiave strumentale, per preservare l'autonomia del diritto estraneo da forzature interpretative unilateraliste del foro che pregiudicano la circolazione di valori giuridici stranieri.

Questa condizione di originarietà e di autonomia del diritto estraneo rifuggiva dagli schemi classici della dottrina dualista (che l'avrebbe semmai ricomposta secondo la nota formula del rinvio ricettizio), in quanto Luzzatto sottolinea la continuità regolatoria sottesa al richiamo al diritto straniero. La tecnica del riconoscimento della situazione giuridica — centrale, come si è visto, nella sua visione interordinamentale — era la manifestazione più esplicita della continuità dell'esperienza giuridica nello spazio, perché operava in modo trasversale tra i vari ordinamenti senza alcun bisogno di subire soluzioni di continuità attraverso l'artificio dell'inquadramento formale. Ma il fenomeno si ripresentava anche su altri versanti. Lo studio monografico sulla diretta applicabilità del diritto dell'UE si coniugava con gli effetti diretti che egli attagliava alla Convenzione di New York del 1958 sull'arbitrato essendo quest'ultima idonea ad operare con immediatezza rispetto alle manifestazioni di autonomia negoziale dei privati ⁽¹¹⁶⁾.

L'indipendenza del diritto estraneo dall'ordinamento richiamante non si traduceva tuttavia in una gabbia normativa assolutamente distinta dal diritto comune ivi operante, confinata ad essere considerata — come aveva costantemente asserito la dottrina dualista classica — una norma speciale proprio per preservare l'integrità sistemica dell'or-

⁽¹¹¹⁾ LUZZATTO, *Gli internazionalisti*, cit., p. 1469; ID., *Ricordo di Piero Ziccardi*, cit., p. 1473.

⁽¹¹²⁾ LUZZATTO, *Questioni sulla rilevanza dell'arbitrato estero*, cit., pp. 855 e 897; ID., *Una questione sempre aperta: la forma della clausola compromissoria per arbitrato estero* (1977), in *Scritti scelti*, p. 1120.

⁽¹¹³⁾ LUZZATTO, *Stati giuridici*, cit., p. 91; ID., *Stati stranieri...*, cit., p. 4.

⁽¹¹⁴⁾ Vedi BARILE, *Diritto internazionale privato*, cit., spec. p. 1060 e ss.

⁽¹¹⁵⁾ LUZZATTO, CARBONE, *Obbligazione*, cit., p. 279.

⁽¹¹⁶⁾ LUZZATTO, *Una questione sempre aperta: la forma della clausola compromissoria per arbitrato estero*, cit., p. 1124.

dinamento del foro ⁽¹¹⁷⁾. La separatezza normativa viene tendenzialmente rimossa ⁽¹¹⁸⁾, consentendo al diritto estraneo di contaminare l'ordinamento che lo 'ospita' così facilitando l'avvicinamento tra sistemi giuridici differenti e la loro graduale, 'spontanea' armonizzazione.

Per Luzzatto questo più ampio flusso di continuità opera anzitutto nella cornice di quel diritto comune delle genti che permea di sé i singoli ordinamenti nazionali, al punto da condizionare in senso universalistico, come nel caso delle qualificazioni, il significato di taluni istituti giuridici o espressioni tecnico-giuridiche ⁽¹¹⁹⁾. La tendenza descritta è particolarmente avvertita a proposito delle convenzioni di diritto internazionale privato uniforme ⁽¹²⁰⁾, tanto più in relazione alla poderosa attività ermeneutica della Corte di giustizia, la cui giurisprudenza 'creativa' è stata di norma accettata dagli Stati ⁽¹²¹⁾.

Ma l'attenzione di Luzzatto verso il dato strettamente positivo lo spinge ad analizzare più da vicino l'impatto del diritto estraneo sugli ordinamenti nazionali che lo richiamano puntualmente. Nell'esperienza giuridica contemporanea il fenomeno si articola in almeno tre distinti profili, di cui l'obbligo dell'interpretazione conforme del diritto interno agli obblighi internazionale è solo il primo ed anche quello più scontato, in specie per le esigenze di armonizzazione poste dalle convenzioni di diritto internazionale privato uniforme ⁽¹²²⁾.

Più interessanti sono le riflessioni che Luzzatto indirizza sul fenomeno di ibridazione che la circolazione del diritto estraneo può determinare rispetto all'ordinamento che lo richiama. L'evento si manifesta in modo bidirezionale: sia dal basso verso l'alto, sia dall'alto verso il basso.

⁽¹¹⁷⁾ Cfr. AGO, *Teoria del diritto internazionale privato*, cit., spec. p. 27 e ss.

⁽¹¹⁸⁾ LUZZATTO, *Questioni sulla rilevanza dell'arbitrato estero*, cit., p. 887. Ma, prima della riforma del 1995, Luzzatto si era riferito all'attuazione della Convenzione di Roma del 1980 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali come normativa autonoma e 'speciale' rispetto al diritto interno: ID., *L'interpretazione della Convenzione e il problema della competenza della Corte di Giustizia delle Comunità* (1983), in *Scritti scelti*, p. 166.

⁽¹¹⁹⁾ Sulla questione delle qualificazioni: R. LUZZATTO, *Sull'efficacia in Italia di un provvedimento del Tribunale arbitrale presso la Borsa merci di Vienna* (1965), in *Scritti scelti*, p. 910; ID., *Arbitrati di organismi stranieri permanenti*, cit., p. 923 e s.; ID., *Persona giuridica*, cit., pp. 176 e s., 189; ID., *Proprietà in generale*, cit., p. 221; LUZZATTO, AZZOLINI, *Società*, cit., p. 518.

⁽¹²⁰⁾ LUZZATTO, *Questioni sulla rilevanza dell'arbitrato estero*, cit., p. 899; vedi anche ID., *Sull'efficacia in Italia di un provvedimento del Tribunale arbitrale...*, cit., p. 905; ID., *Una questione sempre aperta*, cit., p. 1122.

⁽¹²¹⁾ LUZZATTO, *Illegittimità costituzionale o illegittimità comunitaria di leggi interne?*, cit., pp. 1280 e 1283.

⁽¹²²⁾ V. anche ZICCARDI, *Ordinamento giuridico*, cit., p. 835.

Nella prima ipotesi viene in evidenza il richiamo ai principi generali di diritto riconosciuti dalle nazioni civili evocati dall'art. 38, par. 1, lett. c), dello Statuto della Corte internazionale di giustizia e di cui Luzzatto sottolinea opportunamente la funzione integrativa rispetto al complesso di fonti endogene di diritto internazionale⁽¹²³⁾.

Ma ancora più marcato è l'impatto del diritto internazionale ed europeo sul diritto interno, giungendo ad asserire l'esistenza di un vero e proprio « scambio di valori » favorito dall'assetto multilivello della disciplina⁽¹²⁴⁾. Questa osmosi, che trova particolare esplicitazione nei principi Unidroit sui contratti commerciali internazionali⁽¹²⁵⁾, ha avuto piena conferma nella giurisprudenza costituzionale, la quale sottolinea l'effetto virtuoso dei trattati internazionali (in specie quelli 'generali') a tutela dei diritti dell'uomo di favorire l'integrazione verso l'alto dei valori costituzionali⁽¹²⁶⁾.

8. *L'arbitrato come « social institution » espressiva di una più vasta comunità di valori.*

L'esistenza di un *humus* giuridico condiviso ha verosimilmente segnato l'attività professionale di Luzzatto nel campo dell'arbitrato commerciale internazionale, rafforzandone i convincimenti sull'esistenza di una comunità universale di valori che coesiste con il tradizionale assetto statocentrico, al quale riconosce « ancora un grande rilievo »⁽¹²⁷⁾. Ma Luzzatto non si limita a riproporre l'originario schema ziccardiano, poiché vede nella funzione arbitrale il referente quasi naturale di questa più vasta comunità valoriale tanto da attribuirle la qualifica di riconosciuta « social institution »⁽¹²⁸⁾, ovviamente nei limiti in cui i singoli ordinamenti statali ne consentano l'operatività.

⁽¹²³⁾ LUZZATTO, *Stati stranieri...*, cit., p. 85; Id., *Il diritto internazionale generale*, cit., p. 136 e s.

⁽¹²⁴⁾ LUZZATTO, *Stati giuridici*, cit., p. 151; Id., *Il diritto internazionale generale*, cit., p. 109.

⁽¹²⁵⁾ LUZZATTO, *I Principi UNIDROIT*, cit., p. 548.

⁽¹²⁶⁾ Secondo la Corte costituzionale, « al di là della coincidenza nei cataloghi di tali diritti, le diverse formule che le esprimono si integrano, completandosi reciprocamente nella interpretazione » (Corte cost., sent. 22 ottobre 1999, n. 388, par. 2.1), di modo che le prescrizioni di origine pattizia (o sovranazionale) vengono utilizzate in una interpretazione evolutiva della Costituzione se più analitiche e favorevoli di essa (Corte cost., sentenze: 26 giugno 1969, n. 104, par. 5; 24 luglio 1996, n. 303, par. 2; 8 aprile 2021, n. 120, par. 3).

⁽¹²⁷⁾ LUZZATTO, MIGLIAZZA, *Le convenzioni internazionali in materia di arbitrato*, cit., p. 1013; vedi anche LUZZATTO, *Il diritto internazionale generale*, cit., p. 109.

⁽¹²⁸⁾ LUZZATTO, *International Commercial Arbitration and the Municipal Law of States*, cit., p. 1024.

Il linguaggio romaniano non si traduce tuttavia in un dato 'ordinamentale' come invece richiederebbe la teoria istituzionistica. Luzzatto, lo si è inizialmente osservato ⁽¹²⁹⁾, non condivide la posizione di quanti propugnano l'idea che l'arbitrato commerciale internazionale operi come « legal institution » dotata di piena autonomia ordinatoria nella cornice della c.d. *lex mercatoria* ⁽¹³⁰⁾. Tuttavia, egli sottolinea pure che l'arbitrato per sua natura « tende a sottrarsi alla disciplina propria degli [ordinamenti giuridici statali], per collocarsi su un piano universale » ⁽¹³¹⁾. La capacità di sintesi dell'arbitro è « in grado di escludere qualsiasi contraddizione fra valutazioni appartenenti ad ordinamenti diversi — internazionale ed interno —, superando la separazione dualistica eventualmente fra di essi esistente dal punto di vista del diritto statale » ⁽¹³²⁾. In quanto espressione « di una comunità diversa, e più ampia » ⁽¹³³⁾, l'arbitro non può essere inquadrato formalmente in (né riferito totalmente ad) un determinato ordinamento statale ⁽¹³⁴⁾, ma allo stesso tempo da questo dipende la sua effettività quale costituita dalla decisione statale che omologa il lodo ad una sentenza giudiziale ⁽¹³⁵⁾. Anzi, in quanto ad essa equivalente, il lodo deliberato è una manifestazione di sovranità dello Stato « ma nei suoi caratteri tipici ed essenziali » ⁽¹³⁶⁾.

È dunque in ragione di una puntuale determinazione statale che l'effetto della funzione dell'arbitro — il lodo deliberato con la certezza del diritto che ne consegue — acquista rilevanza ordinamentale, facendo sì che l'espressione (auto)regolamentata della comunità più vasta di afferenza circoli nello spazio 'transnazionale' anche grazie ai vincoli che discendono dalle 'grandi' convenzioni internazionali in materia, vale a dire la Convenzione di New York del 1958, la Convenzione europea di Ginevra del 1961 e la Convenzione di Washington del 1965, anche se soprattutto la prima ha rafforzato in modo notevole il « movimento

⁽¹²⁹⁾ *Supra*, par. 3.

⁽¹³⁰⁾ Ivi, pp. 1026 e s., 1049.

⁽¹³¹⁾ LUZZATTO, *Questioni sulla rilevanza dell'arbitrato estero*, cit., p. 853.

⁽¹³²⁾ LUZZATTO, *Illecito internazionale*, cit., p. 1160.

⁽¹³³⁾ LUZZATTO, *I Principi UNIDROIT*, cit., p. 545.

⁽¹³⁴⁾ LUZZATTO, *L'arbitrato internazionale e i lodi stranieri*, cit., p. 1217; LUZZATTO, CARBONE, *Il contratto internazionale*, cit., p. 360; R. LUZZATTO, *A proposito del momento attuale dell'arbitrato commerciale internazionale* (2012), in *Scritti scelti*, p. 1253.

⁽¹³⁵⁾ LUZZATTO, *Questioni sulla rilevanza dell'arbitrato estero*, cit., p. 878 e s.; ID., *Accordi internazionali e diritto interno in materia di arbitrato: la convenzione di New York del 1958* (1968), in *Scritti scelti*, p. 938; ID., *International Commercial Arbitration and the Municipal Law of States*, cit., p. 1028; vedi tuttavia ID., *Il luogo di pronuncia del lodo arbitrale secondo la Convenzione di Ginevra del 1961 e l'art. 824 cod. proc. civ.* (1978), in *Scritti scelti*, p. 1135.

⁽¹³⁶⁾ LUZZATTO, *Illecito internazionale*, cit., p. 1160.

internazionale per l'arbitrato»⁽¹³⁷⁾. Il cerchio, in definitiva, si chiude ancora una volta sulla base del condizionante ruolo dello Stato nel determinare le aperture verso una modalità di certezza del diritto che non è conseguente al suo monopolio giurisdizionale ma che lo stesso Stato abilita come espressione equivalente dello stesso.

Ben consapevole, quindi, che la sovranità statale non sia tramontata ma si sia piuttosto ri-qualificata, Luzzatto chiarisce anche il perimetro entro cui la funzione arbitrare di accertamento del diritto riesce a conciliare le aspettative di certezza del privato con il perdurante condizionamento dello Stato a rendere quella funzione concretamente fruibile. Luzzatto sottolinea a più riprese che la determinazione arbitrare può non essere conforme a specifiche norme statali, ma non può, pena la sua stessa effettività, contrastare esigenze qualificate e irrinunciabili dello Stato quali espresse in puntuali norme di applicazione necessaria o in principi di ordine pubblico⁽¹³⁸⁾, tanto che l'arbitro deve considerarli d'ufficio⁽¹³⁹⁾.

Nel 'prisma' della funzione arbitrare il pluralismo ordinamentale implica quindi un chiaro approccio funzionale al sistema delle fonti statali, rendendolo più flessibile — a dispetto della loro specifica qualifica formale — rispetto alle esigenze della più vasta comunità di valori, ma preservando il nocciolo duro della sovranità statale.

Ovviamente quanto maggiore è il rilievo, anche statistico, del fenomeno arbitrare tanto maggiore è la possibilità che le determinazioni conseguenti all'attività di questo atipico 'organo di funzioni' (nel senso perassiano del termine)⁽¹⁴⁰⁾ possano avere un impatto virtuoso sia rafforzando l'effettività della più vasta comunità di valori cui tale funzione direttamente afferisce, sia 'veicolando' questi valori giuridici estranei nell'ordinamento del foro purché compatibili con il limite dell'ordine pubblico. Contestualmente, il sincretismo così espresso dalla sentenza arbitrare circola nello spazio e diventa — a sua volta — un ulteriore fattore di 'ibridazione' degli ordinamenti giuridici.

(137) LUZZATTO, *Questioni sulla rilevanza dell'arbitrato estero*, cit., p. 894.

(138) LUZZATTO, CARBONE, *Obbligazione*, cit., pp. 289 e 292; LUZZATTO, CARBONE, *Il contratto internazionale*, cit., p. 461.

(139) LUZZATTO, CARBONE, *Il contratto internazionale*, cit., p. 462.

(140) T. PERASSI, *Lezioni di diritto internazionale*, I, Padova, 1961, p. 170 e ss.

Bibliografia degli scritti di Paolo Grossi

BIBLIOGRAFIA DEGLI SCRITTI DI PAOLO GROSSI

A CURA DI MARCO P. GERI

Nota del curatore

La prima occasione nella quale ho tentato di comporre l'elenco di tutti gli scritti di Paolo Grossi risale al 2006. Allora lo feci, su invito degli amici pisani ed in particolare di Eugenio Ripepe, con l'intento di corredare un librettino destinato a raccogliere, come primo volume di una collana di *Incontri* pisani, la documentazione dell'incontro di Paolo Grossi con gli allievi del locale Dottorato in Diritto privato e della Scuola di dottorato in giustizia costituzionale e diritti fondamentali (8 giugno 2006). Il volumetto uscì, poi, nel 2007 e il lettore lo trova indicato a quell'anno nella rassegna bibliografica che segue ⁽¹⁾. Un anno dopo, in procinto di pubblicare le lezioni tenute presso l'Istituto di scienze umane di Firenze, nell'ambito delle « Lezioni di Palazzo Strozzi », Paolo Grossi mi chiese di aggiornare l'elenco dei suoi scritti ⁽²⁾. Identica richiesta mi venne rivolta ad inizio 2017 in vista della pubblicazione de *L'invenzione del diritto* ⁽³⁾. In tutte e tre le occasioni, sgombrando il campo da meriti che non ho, il lavoro è stato considerevolmente agevolato dall'aiuto dell'autore delle pubblicazioni. Anzi, ammetto di averlo sottoposto nel 2017 a una sorta di serrato interrogatorio, condotto nella comodità della casa cittadina, che fece emergere scritti non di

(1) Si veda il n. 235 della presente rassegna.

(2) Aggiornamento quanto mai necessario perché, mi limito a segnalare, nel frattempo era uscita la versione italiana de *L'Europa del diritto* [n. 236]. Il volume al quale mi riferisco, finito di stampare per la precisione nell'aprile 2008, i più l'avranno intuito, è P. GROSSI, *Uno storico del diritto alla ricerca di sé stesso*, Bologna, il Mulino, 2008. La rassegna si trova alle pp. 123-172.

(3) P. GROSSI, *L'invenzione del diritto*, Roma-Bari, 2017 (ottobre 2017) [n. 369]. La rassegna bibliografica sta alle pp. 133-210.

primo piano e, tuttavia, a pieno titolo appartenenti al percorso di ricerca e di intervento culturale di Paolo Grossi ⁽⁴⁾. Oggi ammetto volentieri di aver chiesto il medesimo aiuto agli allievi e agli amici di Paolo Grossi, in particolare a Irene Stolzi e a Giovanni Cazzetta. Anche questa volta sono emersi scritti conservati in estratto (la sana abitudine del cartaceo mi è venuta in soccorso!) che pochi conoscono e, in tutta onestà, si è rinsaldata la mia convinzione (che prego il lettore di non considerare una scusa non richiesta) che ‘tutto’ non si troverà verosimilmente mai. Lo dico perché devo il suggerimento più importante di questa rassegna al professor Piero Fiorelli, che mi ha segnalato un vero e proprio « pezzo mancante dei primi anni »: la recensione curata da Grossi della *Storia della lingua italiana* di Bruno Migliorini ⁽⁵⁾.

La rassegna che segue contiene solo i contributi di Paolo Grossi pubblicati su carta (fatta eccezione per le più recenti riviste *online* e per pochissimi altri casi che mi sono parsi di spicco). Ho scelto, infatti, di non indicare la disponibilità di materiale in rete ⁽⁶⁾, né le conferenze e gli interventi successivamente non pubblicati in cartaceo. In maniera identica, pur nella convinzione che l’itinerario di un autore sia anche segnato dalle discussioni e dai dibattiti scientifici che le sue opere hanno provocato, la presente rassegna

(4) Credo renda bene l’idea un brano della Lettera al presidente della Comunità della Regola di Spinale e Manez (« Notiziario delle Regole. Periodico informativo della Comunità della Regole di Spinale e Manez », n. 19, a. XIII, 2010, p. 1) in occasione dei seicento anni della Comunità delle Regole: « ...Voi siete storia, ma non reliquie storiche; siete, al contrario, storia vivente, dove passato, presente e futuro costituiscono una ininterrotta linea, dove la tradizione diventa nutrimento per gli uomini di oggi e di domani » [n. 280].

(5) Si veda il n. 10 della presente rassegna.

(6) Sono in rete, ad esempio, gli interventi di Paolo Grossi ad eventi trasmessi da *Radioradicale*: <https://www.radioradicale.it/soggetti/74057/paolo-grossi> e alcuni contributi che Paolo Grossi destinò, senza pubblicazione cartacea alla piattaforma « demanio civico »: es. *La proprietà e le proprietà. Problemi storico-giuridici*. Lezione del corso di dottorato di ricerca in Diritto Agrario e ambientale nazionale e comunitario presso l’Università di Macerata e in occasione della giornata di studio in memoria di Guido Cervati (Macerata 20 dicembre 2005). In rete è disponibile, ovviamente, l’intera produzione di Paolo Grossi comparsa nei *Quaderni fiorentini* (https://www.quadernifiorentini.eu/quaderni/indice.htm#paolo_grossi) e nella *Biblioteca per la storia del pensiero giuridico moderno* (https://www.quadernifiorentini.eu/biblioteca/indice.htm#paolo_grossi).

non contiene l'indicazione delle riflessioni 'su' Grossi, a meno che lo stesso non vi abbia partecipato con un contributo o un intervento di replica. Il lettore sa bene che le occasioni di questo tipo avrebbero finito per rappresentare uno spazio (che muove da quella che quasi certamente è la prima recensione di uno scritto di Grossi e che riguarda il volume sulle « Abbazie » (7) e termina, ovviamente, con le molteplici letture di questi ultimi due anni) sufficientemente ampio da competere con quello degli scritti 'di' Paolo Grossi.

Gli scritti, come nelle tre precedenti occasioni, sono elencati in ordine cronologico, dalla prima recensione su *Iustitia*, all'ultimo viaggio nel « paese dei palloncini di gomma » (8), che, quanto a stesura, torna a ritroso ancor prima della laurea in giurisprudenza e salda, per esplicita ammissione e precisazione di Paolo Grossi, lungo una peculiare linea ispiratrice tutto il suo percorso umano e scientifico (9).

Gli articoli in rivista sono inseriti nell'anno di riferimento della rivista (10), mentre per gli atti, pur annotando la data del convegno, se mancante nel titolo, lo scritto si trova censito all'anno di pubblicazione del volume di atti.

Le varie edizioni e i vari luoghi di pubblicazione sono indicati

(7) In « Archivio Storico Italiano », disp. 1, 1960, anno CXVIII, n. 425, pp. 131-133, a firma Anscario Mundò (O.S.B.). Per i più interessati segnalo anche, di pochi mesi dopo, la recensione del volume sulle obbligazioni pecuniarie [8-9], curata da E. Nasalli Rocca (« Jus. Rivista di scienze giuridiche », n. s., XII, 1961, pp. 568-569).

(8) [425].

(9) P. GROSSI, *Il paese dei palloncini di gomma e altre fiabe*, Firenze, Giunti, 2022, p. 7: « La stesura di queste fiabe risale agli anni 1948-1950, quando io frequentavo come studente il Liceo-Ginnasio 'Dante' di Firenze... ».

(10) Per l'indicazione delle riviste, ho usato le seguenti abbreviazioni: *Iustitia*. Organo dell'Unione giuristi cattolici italiani = *Iustitia*; Rivista di diritto agrario = RDA; Annali di storia del diritto. Rassegna internazionale = ASD; Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno = QF; Rivista di diritto civile = RDC; Jus. Rivista di scienze giuridiche = JUS; Labeo. Rassegna di diritto romano = Labeo; Annali della Facoltà di giurisprudenza (o della facoltà giuridica a seconda della serie) della Università di Macerata = Annali Macerata; Archivio Scialoja Bolla. Annali di studi sulla proprietà collettiva = Archivio Scialoja Bolla; Nuova Antologia. Giornale di scienze lettere e arti = Nuovo antologia; Rivista internazionale di filosofia del diritto = RIFD; Studia et documenta historiae et iuris = SDHI; Rivista trimestrale di diritto pubblico = Riv. trim. dir. pubbl.; Giustizia civile. Rivista bimestrale di giurisprudenza e dottrina = Giust. Civ.; Rassegna Forense = « Rassegna forense. Rivista trimestrale del Consiglio Nazionale Forense »; DLRI = Giornale di diritto del lavoro e delle relazioni sindacali.

di seguito al titolo ⁽¹¹⁾ e nei volumi nei quali Paolo Grossi ha raccolto i suoi scritti sono indicati i riferimenti della pubblicazione di origine con anno e numero di pubblicazione in modo da creare un agevole riferimento incrociato. Oltre al titolo dello scritto, ho specificato il titolo dell'opere o dell'evento nel caso delle *Segnalazioni* di Paolo Grossi inserite nei *Quaderni fiorentini*. Identica cosa ho fatto per quanto riguarda dibattiti e discussioni su volumi e singoli giuristi. In nota agli scritti, a volte il lettore troverà alcune precisazioni di pugno dello stesso Grossi ⁽¹²⁾ che mi son parse utili a chi vorrà usare la bibliografia. Infine, per gli scritti più ampi e per quelli che lo stesso Grossi aveva organizzati in paragrafi ho riportato in nota il relativo indice, o la struttura dello stesso se l'autore l'aveva proposta.

Bibliografia degli scritti di Paolo Grossi: anni 1956-2022

1956

[1] *Recensione* a A. Piola, *Dalla conciliazione alla Costituzione*, Torino, 1956, « *Iustitia* », IX (1956), pp. 372-377.

[2] *Il giudice italiano e l'attività meramente religiosa dei ministri del culto cattolico (considerazioni in merito alla sentenza del Tribunale di Bologna del 22 aprile 1955)*, « *Iustitia* », IX (1956), pp. 411-415.

1957

[3] *Le abbazie benedettine nell'Alto Medioevo italiano: struttura giuridica, amministrazione e giurisdizione* [Pubblicazioni della Università degli studi di Firenze. Facoltà di Giurisprudenza, n. s., 1], Firenze, Le Monnier.

1958

[4] *Unanimitas: alle origini del concetto di persona giuridica nel*

⁽¹¹⁾ Preciso che in presenza di titoli tendenzialmente identici, ma con testi differenti o per relazioni e interventi tenuti in occasioni diverse ho in linea generale mantenuto separati i lavori in differenti schede.

⁽¹²⁾ Sono sempre tratti dallo scritto a cui fanno riferimento, per cui nella nota sono omessi i riferimenti bibliografici.

diritto canonico, « ASD », II (1958), pp. 229-331 ⁽¹³⁾; *Scritti canonistici* [2013, 309].

[5] *Recensione* a C.E. BALOSSINI, *Consuetudini, usi, pratiche, regole del costume*, Milano, 1958, « RDA », XXXVII (1958), pp. 430-432.

[6] *Recensione* a C.E. BALOSSINI, *Gli usi locativi urbani in Italia*, Milano, 1958, « RDA », XXXVII (1958), pp. 596-597.

1959

[7] *Il diritto agrario come fenomeno storico nell'opera di Roger Grand*, « RDA », XXXVIII (1959), pp. 459-468.

[8] *Ricerche sulle obbligazioni pecuniarie nel diritto comune* ⁽¹⁴⁾, Milano, Giuffrè.

1960

[9] *Ricerche sulle obbligazioni pecuniarie nel diritto comune* [Pubblicazioni del Circolo toscano di Diritto romano e Storia del diritto, 2], Milano, Giuffrè.

[10] *Recensione* a B. Migliorini, *Storia della lingua italiana*, Firenze, 1960, « Studi senesi », LXXII (III serie, IX), fasc. 2, 1960, pp. 302-307.

1961

[11] *Recensione* a M. Delle Piane, *Vecchio e nuovo nelle idee politiche di Pietro Dubois*, Firenze, 1959, « Studi senesi », LXXIII (III serie, X), fasc. 1, 1961, pp. 338-342.

1962

[12] *Locatio ad longum tempus. Locazione e rapporti reali di godimento nella problematica del diritto comune* [Pubblicazioni della

⁽¹³⁾ Relazione al *Circolo toscano di Diritto Romano e Storia del Diritto* (22 febbraio 1958). Rispetto alla relazione, il testo pubblicato è stato «notevolmente ampliato» e corredato di note.

⁽¹⁴⁾ Edizione provvisoria. Contiene solo i capitoli I e II della prima parte « sotto veste mutata ».

Facoltà di Giurisprudenza dell'università di Macerata, 1], Napoli, Morano ⁽¹⁵⁾.

[13] *Bibliografia di diritto agrario intermedio*, I, *Gli studi* (a cura di P. Fiorelli, M. Bandini, P. Grossi ⁽¹⁶⁾).

1963

[14] *Locatio ad longum tempus. Locazione e rapporti reali di godimento nella problematica del diritto comune* [Pubblicazioni della Facoltà di Giurisprudenza dell'università di Macerata, 1], Napoli, Morano ⁽¹⁷⁾.

[15] *Per la storia della legislazione sabauda in Sardegna: il censore dell'agricoltura*, « RDA », XLI (1963), pp. 64-120; « Annali Macerata », XXVI (1963), pp. 169-240 ⁽¹⁸⁾.

1964

[16] *Divisione (diritto intermedio)*, *Enciclopedia del diritto*, XIII (1964), pp. 415-419.

⁽¹⁵⁾ Edizione provvisoria: *Bibliografia nazionale italiana*, V, Firenze, 1966, a. 1962, n. 5735, p. 281.

⁽¹⁶⁾ Per il riparto del lavoro tra i curatori, si veda p. 6 della *Prefazione* del volume.

⁽¹⁷⁾ Ristampa, con premessa dell'autore (pp. IX-XII): Napoli, ESI, 2014 (Ristampe della Scuola di specializzazione in diritto civile dell'Università di Camerino a cura di P. Perlingieri, 63).

⁽¹⁸⁾ I (1. Considerazioni preliminari; 2. Cenni bibliografici; 3. Finalità, limiti e impostazioni del lavoro); II (1. Considerazioni generali sul cosiddetto « riformismo » sabaudo in Sardegna di Vittorio Amedeo II e Carlo Felice; 2. Sull'atteggiamento generale della legislazione sabauda per l'isola: Cenni preliminari; 3. Legislazione sabauda e ordinamento consuetudinario sardo: posizione di un problema; 4. Motivi storico diplomatici di un atteggiamento legislativo e di governo; 5. Aspetti essenziali dell'atteggiamento sabaudo in Sardegna: il problema delle fonti del diritto; 6. Aspetti essenziali dell'atteggiamento sabaudo in Sardegna: il problema delle fonti del diritto: il problema dell'assetto fondiario; 7. Considerazioni conclusive); III (1. Sulle origini dell'istituto censorio e sulla sua posizione nel quadro generale della politica sarda dei Savoia nel Settecento; 2. Su alcuni caratteri particolari dell'istituto; 3. Le finalità della magistratura censoria in ordine all'assetto fondiario dell'isola: cenni sulla crisi agraria sarda del Settecento; 4. Le finalità della magistratura censoria in ordine all'assetto fondiario dell'isola: le specifiche funzioni; 5. Il censore e il problema delle piantagioni; 6. Cenni sull'opera del censore nella amministrazione dei Monti frumentari).

[17] *Domicilio (diritto intermedio)*, *Enciclopedia del diritto*, XIII (1964), pp. 838-842.

1966

[18] *Le situazioni reali nell'esperienza giuridica medievale. Corso di storia del diritto* (A.A. 1965/66), Macerata, ORUM (19).

[19] *Somme penitenziali, diritto canonico, diritto comune*, « Annali Macerata », n. s., I (1966), pp. 94-134; *Scritti canonistici* [2013, 309] e, in traduzione portoghese di Arno Dal Ri jr. (*Sumas penitenciais, direito canônico, direito comum*), « Revista da Faculdade de Direito » (Belo Horizonte), 73, 2018, pp. 771-823.

[20] *Premessa* a « Annali Macerata », n. s., I (1966), pp. 5-6.

[21] *Problematica strutturale dei contratti agrari nell'esperienza giuridica dell'Alto Medioevo italiano*, in *Agricoltura e mondo rurale in Occidente nell'Alto Medioevo* (20). Atti della XIII settimana di studio del Centro Italiano di Studi sull'Alto Medioevo italiano, 22-28 aprile 1965, Spoleto, Panetto e Petrelli, pp. 487-529; « RDC », XII (1966), pp. 277-303.

1967

[22] *Naturalismo e formalismo nella sistematica medievale delle situazioni reali*, « Jus », XVIII (1967), pp. 255-285 (21); *Il dominio e le cose* [1992, 112].

1968

[23] *Le situazioni reali nell'esperienza giuridica medievale. Corso di storia del diritto*, Padova, Cedam.

(19) « Queste dispense costituiscono la prima parte di un corso tutt'ora in formazione ».

(20) 1. Premesse generali: i contratti agrari come dato paradigmatico dell'esperienza giuridica altomedievale; 2. I contratti agrari nell'assetto fondiario dell'Alto Medioevo; 3. Problematica strutturale dei contratti agrari altomedievali: il generale carattere migliorativo; 4. Lunga durata e efficacia reale dei rapporti; 5. Il problema della efficacia reale del livello e della precaria; 6. Una struttura contrattuale emblematica: la *parzionaria*.

(21) Prolusione al corso di *Diritto Comune* tenuta presso l'Università di Firenze (4 aprile 1967).

[24] *Sintesi dell'intervento* al Convegno straordinario della società italiana di Storia del Diritto (Firenze, 28 febbraio-1 marzo 1970), « ASD », XII-XIII (1968-69), p. 408.

1970

[25] *Una interpretazione storica del diritto privato moderno* (22), « Labeo », 16 (1970), fasc. 3, pp. 382-384.

1971

[26] *Ricordo di Francesco Bernardino Cicala (1877-1970)*, « RDA », L (1971), pp. 161-163.

1972

[27] *Pagina introduttiva*, « QF », I (1972), pp. 1-4; *Trent'anni di pagine introduttive* [2009, 261].

[28] "Usus facti". *La nozione di proprietà nella inaugurazione dell'età nuova* (23), « QF », I (1972), pp. 287-355; *Una economia politica nel Medioevo*, a cura di O. Capitani, Bologna, Patron, 1987, pp. 1-58; *Il dominio e le cose* [1992, 112].

[29] *Il momento storico-giuridico nella elaborazione dottrinale dell'autonomia del diritto agrario*, « RDA », LI, 1972, pp. 35-44.

1973

[30] *Pagina introduttiva*, « QF », II (1973), pp. 1-4; *Trent'anni di pagine introduttive* [2009, 261].

[31] *Premessa* (p. III), *Introduzione* (pp. 1-3) e cura degli atti del volume *La seconda scolastica nella formazione del diritto privato moderno*. Incontro di studio, Firenze 16-19 ottobre 1972, pp. 1-3, Milano, Giuffrè [Per la storia del pensiero giuridico moderno, 1].

(22) Su F. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, Göttingen, 1967.

(23) 1. Proprietà e povertà: una disputa inaugurale dell'età nuova; 2. Consapevolezza giuridica del discorso dei teologi sulla povertà; 3. Una testimonianza paradigmatica: la decretale *Exiit qui seminat* tra istanze medievali e consapevolenze nuove; 4. *Facultas dominandi*: la fondazione teologica e psicologica della sociologia francescana.

[32] *La proprietà nel sistema privatistico della seconda scolastica* (24), in *La seconda scolastica nella formazione del diritto privato moderno*. Incontro di studio, Firenze 16-19 ottobre 1972, Milano, Giuffrè [Per la storia del pensiero giuridico moderno, 1], pp. 117-222; *Il dominio e le cose* [1992, 112].

1975

[33] *Pagina introduttiva (Il "Socialismo giuridico" ipotesi e letture)*, « QF », III/IV (1974/75), pp. 1-4; *Trent'anni di pagine introduttive* [2009, 261].

[34] *Segnalazioni*, « QF », III/IV (1974/75), pp. 869-870.

[R. Feenstra, *Repertorium Bibliographicum Institutorum et sodalitarum Iuris historiae*, Leiden, 1969; R. Feenstra, *Repertorium Bibliographicum [...], Supplementum* (1969-1974), Leiden, 1975; *Storia del pensiero economico. Bollettino di informazione*, nn. 1-4/1973-1974; *Zeitschrift für historische Forschung*, B. I, 1974].

1977

[35] *Pagina introduttiva (Itinerari moderni della proprietà)*, « QF », V/VI (1976/77), pp. 1-4; *Trent'anni di pagine introduttive* [2009, 261].

(24) 1. Il discorso sulla proprietà e il suo impianto giuridico. I teologi e la tradizione giuridica; 2. Fondazioni culturali del discorso sulla proprietà: l'eredità volontaristica; 3. Soggetto e beni nella strutturazione del sistema privatistico; 4. Fondazioni antropologiche della proprietà: la continuità logica tra il « me » e il « mio »; 5. Visione ontologica del « *dominium* »: il problema dell'isolamento concettuale del « mio »; 6. La proprietà come posizione di libertà del soggetto e i suoi caratteri tipizzanti: la *ratio independentiae* e la *ratio superioritatis*; 7. Ancora sui caratteri tipizzanti: la proprietà nell'area del *libitum* e del *commodum*. 8. *Ad omnem usum*: il contenuto del *dominium* e la nozione di *usus*; 9. Titolarità ed esercizio nell'analisi del diritto soggettivo di proprietà; 10. Esercizio della proprietà e intervento del potere costituito; 11. Esercizio della proprietà e divisione della proprietà: il problema del dominio utile; 12. La definizione della proprietà: la prima definizione post-umanistica e il contributo del volontarismo teologico; 13. La definizione della proprietà: il realismo gesuitico e l'aggancio alla tradizione giuridica; 14. *Dominium in genere e divisio rerum*; 15. A mo' di conclusione.

[36] *Tradizioni e modelli nella sistemazione post-unitaria della proprietà* (25), « QF », V/VI (1976/77), pp. 201-338; *Il dominio e le cose* [1992, 112].

[37] *“Un altro modo di possedere”. L'emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica postunitaria*, Milano, Giuffrè [Per la storia del pensiero giuridico moderno, 5] (26).

Il volume è stato nuovamente edito in anastatica nel 2017 [357] e ha avuto le seguenti traduzioni *An alternative to Private Property. Collective Property in the Juridical Consciousness of the Nineteenth Century*, Chicago-London, The University Press of Chicago, 1981 (trad.: L.G. Cochran) e *Historia del derecho de propiedad. La irrupción del colectivismo en la conciencia europea*, Barcelona, Ariel, 1986 (27) (trad.: J. Bignozzi).

(25) *Introduzione*: La proprietà ottocentesca e il suo modello; I. *Presenze condizionanti* (1. L'eredità medievale. La persistenza del modello di diritto comune; 2. Ambivalenze nelle sistemazioni normative dei codici; 3. La riflessione esegetica, la sua retrodatazione culturale, le sue ambiguità; 4. Il messaggio romagnosiano; 5. L'analisi di Rosmini in tema di proprietà); II. *L'analisi della proprietà nella paleociviltà post-unitaria* (1. I paleociviltà italiani: personaggi tra due culture; 2. La « filosofia » della proprietà e sue certezze; 3. La proprietà-archetipo e sue molteplici derivazioni; 4. La relativizzazione della proprietà-archetipo: assolutezza e limitabilità; 5. La relativizzazione della proprietà-archetipo: assolutezza e divisibilità: la « proprietà perfetta » come diritto complesso; 6. Proprietà e diritto reale. La nozione di frazione della proprietà. La nozione di proprietà « imperfetta »; 7. La detipizzazione del *mio* giuridico; III. *Nuovi itinerari di ricerca* (1. Incrinature, incertezza, disarmonie; 2. Le fondazioni culturali del rinnovamento; 3. Emersione di una analisi nuova; 4. Filomusi Guelfi, ovvero la curiosità intellettuale della comparazione).

(26) Una parte del volume, corrispondente alla *Introduzione* (pp. 5-39), col titolo di *Proprietà individuale e proprietà collettiva nella cultura giuridica dell'Ottocento*, è stata pubblicata nei *Materiali per un corso di Istituzioni di diritto romano* (A.A. 1977/78) a cura di A.G. Cassandro, Roma, Bari, Laterza, 1978, pp. 151-200. Estratti dello scritto (pp. 201-207, 275-282 e 334-338) sono stati pubblicati anche nell'antologia *Proprietà privata e regolazione pubblica. Materiali per una analisi in prospettiva storica*, a cura di G. Alpa *et alii*, in « Ambiente e diritto » (www.ambienteediritto.it/dottrina) e anche in *Poteri dei privati e statuto della proprietà* a cura di G. Alpa *et alii*, II, Padova, Cedam, 1980.

(27) L'edizione contiene la traduzione del testo solo fino a p. 187 e una presentazione di B. Clavero.

[38] *Nascita del diritto agrario come scienza*, « RDA », LVI (1977), pp. 464-471 ⁽²⁸⁾.

1978

[39] *Pagina introduttiva (Emilio Betti e la scienza giuridica del Novecento)*, « QF », VII (1978), pp. 1-4; *Trent'anni di pagine introduttive* [2009, 261].

[40] *Omaggio a Edoardo Ruffini (discorrendo d'una singolare esperienza di studio e di due libri singolari)*, « QF », VII (1978), pp. 575-582; *Nobiltà del diritto*, I [2008, 245].

[41] *Segnalazioni*, « QF », VII (1978), pp. 521-523.

[Due nuovi periodici storico-giuridici nell'area ispana/ispano-americana ⁽²⁹⁾; Momenti del pensiero giuridico moderno ⁽³⁰⁾; Il sangue e la terra ⁽³¹⁾].

[42] *Contributo alla tavola rotonda sul volume Un altro modo di possedere*, in « Nuovo diritto agrario. Rivista di economia, politica e diritto dell'agricoltura e dell'alimentazione », V (1978), pp. 463-465; 469-471.

[43] *Storia del diritto italiano*, in *Guida alla Facoltà di Giurisprudenza*, a cura di S. Cassese, Bologna, il Mulino, pp. 60-65 ⁽³²⁾.

⁽²⁸⁾ Contributo alle Prime giornate italo-brasiliane di Diritto Agrario (Porto Alegre, 1976).

⁽²⁹⁾ *Revista de Historia del Derecho* e *Revista de estudios histórico-jurídicos*.

⁽³⁰⁾ Due volumi della collana omonima curata da P. Rescigno: G. Aurelio, *Delle viziose maniere del difendere le cause nel foro*, 1744 (a cura di R. Feola) e A. Cicu, *Il diritto di famiglia. Teoria generale*, 1914 (a cura di M. Sesta).

⁽³¹⁾ Trattasi dei primi due volumi di una trilogia curata da M. Guidetti e P.H. Stahl sulle « Comunità di villaggio e comunità familiari nell'Europa dell'800 » (Milano, Jaca Book, 1977) e della traduzione dei resoconti di viaggio in Russia (« per studiarvi quel pianeta Russia, che risaltava per la sua singolarità anche e soprattutto sul piano della organizzazione agraria ») di A. von Haxthausen (*Viaggio nell'interno della Russia 1843-1844*, Milano, Jaca Book, 1977).

⁽³²⁾ La guida ha avuto una nuova edizione nel 1981 (testo e pagine identici) e una ristampa con aggiornamenti fino al 1994, nella quale il contributo di Grossi è alle pp. 66-71.

1979

[44] *Pagina introduttiva*, « QF », VIII (1979), pp. 1-2; *Trent'anni di pagine introduttive* [2009, 261].

[45] *Segnalazioni*, « QF », VIII (1979), pp. 417-418.

[*Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte*].

1980

[46] *Pagina introduttiva*, « QF », IX (1980), pp. 1-2 (Su Federico Carlo di Savigny); *Trent'anni di pagine introduttive* [2009, 261].

[47] *Introduzione* a Lavori del Seminario internazionale su Federico Carlo di Savigny, Firenze, 27-28 ottobre 1980, « QF », IX (1980), pp. 15-18.

[48] *Pagina introduttiva* a F. WIEACKER, *Storia del diritto privato moderno con particolare riguardo alla Germania* (trad. U. Santarelli e S.A. Fusco), Milano, Giuffrè [Per la storia del pensiero giuridico moderno, 6/7].

[49] *L'inaugurazione della proprietà moderna*, Napoli, Guida ⁽³³⁾.

1981

[50] *Pagina introduttiva*, « QF », X (1981), pp. 1-5; *Trent'anni di pagine introduttive* [2009, 261].

[51] *Segnalazioni*, « QF », X (1981), pp. 417-419.

[*Itinera juris. L'itinerario storico giuridico di A. Beck* ⁽³⁴⁾; "*Savigny y la ciencia del derecho*" ⁽³⁵⁾].

⁽³³⁾ Lezione (pp. 15-54) tenuta presso l'Istituto Universitario Sor Orsola Benincasa di Napoli, corredata da una *Nota documentaria e bibliografica* (pp. 55-60) e dalla *Presentazione* di A. Villani (pp. 7-14).

⁽³⁴⁾ A proposito di A. BECK, *Itinera juris. Arbeiten zum römischen Recht uns seinem Fortleben*, a cura di P. Caroni, J. Hofstetter, Berna, Verlag Stämpfli, 1980.

⁽³⁵⁾ La segnalazione riguarda il numero monografico della *Revista de Ciencias sociales* del 1979.

[52] *Il significato storico della proprietà moderna*, Firenze, Tipografia Giuntina ⁽³⁶⁾.

[53] *Prefazione (Il valore del diritto inglese come dato di comparazione)* a G. CRISCUOLI, *Introduzione allo studio del diritto inglese: le fonti*, Milano, 1981, pp. XLIII-XLVI.

1982

[54] *Resistenze di modelli culturali nella dottrina giuridica ottocentesca: la nozione di usufrutto nelle riflessioni civilistiche francese e italiana*, « Annali Macerata », n.s., IV (ma V: 1972-1982), vol. XXXIII (ma XXXIV dalla fondazione), t. III, pp. 1569-1602 ⁽³⁷⁾.

1983

[55] *Pagina introduttiva (Itinerari moderni della persona giuridica)*, « QF », XI/XII (1982/83), pp. 1-8; *Trent'anni di pagine introduttive* [2009, 261].

[56] *Sulla storia del pensiero giuridico (a proposito di N.J. Espinosa Gomes da Silva, História do Pensamento jurídico* ⁽³⁸⁾), « QF », XI/XII (1982/83), pp. 1146-1150.

[57] *Segnalazioni*, in « QF », XI/XII (1982/83), pp. 1181-1183.

⁽³⁶⁾ Prolusione per l'inaugurazione dell'A.A. 1981/82 dell'Università di Firenze (14 dicembre 1981).

⁽³⁷⁾ Dello scritto è stata curata una tradizione « con opportune variazioni »: *Widerstandsfähigkeit kultureller Modelle in der Rechtslehre des 19. Jahrhunderts. Der Begriff der Nutznießung in der französischen und italienischen Zivilistik*, in « Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte », 1-2 (1980), pp. 1-20. Struttura: 1. Resistenze di risalenti modelli culturali: l'usufrutto nella nicchia della proprietà; 2. Proprietà e usufrutto nella riflessione esegetica francese; 3. Proprietà e usufrutto nella paleo-civilistica italiana; 4. In particolare, di una significante reliquia: l'usufrutto casuale; 5. In particolare, della disputa sulla ipotecabilità dell'usufrutto casuale.

⁽³⁸⁾ *História do Pensamento jurídico. Lições proferidas non ano do 1981, Universidade católica portuguesa*, 1982.

[P. Liver, “Rechtsgeschichtliche Aufsätze” (39); *Cinquanta anni di esperienza giuridica in Italia* (40)].

[58] *Novità e tradizione nel diritto sacro (dall'uno all'altro codice di diritto canonico)* (41), « Foro it. », CVII, vol. CVI (1983), p. V, coll. 172-179; *Scritti canonistici* [2013, 309].

1984

[59] *Pagina introduttiva*, « QF », XIII (1984), pp. VII-VIII; *Trent'anni di pagine introduttive* [2009, 261].

[60] “*Istituzioni di diritto privato*” e “*tradizione romanistica*” (*lettera aperta agli organizzatori di un recente convegno civilistico*), « QF », XIII (1984), pp. 651-656; *L'insegnamento del diritto privato*. Atti del convegno di Roma, 12-13 novembre 1983, Milano, Giuffrè, 1987, pp. 15-21.

[61] *Segnalazioni*, « QF », XIII (1984), pp. 763-767.

[Per Norberto Bobbio (42); *Le categorie della cultura medievale* (43); *La nuova edizione di un fortunato “Curso de historia del derecho español”* (44)].

[62] *Premessa* (pp. V-VI), *Lettera invitatoria spedita ai giuristi italiani nel giugno 1982* (pp. 3-5); *Chiarimenti preliminari* (pp. 13-19), in *La “cultura” delle riviste giuridiche italiane*. Atti del primo

(39) P. LIVER, *Rechtsgeschichtliche Aufsätze, neue Folge*, a cura di P. Caroni, Cuhur, Calven, 1983.

(40) *Cinquanta anni di esperienza giuridica in Italia*. Atti del convegno tenutosi a Messina e Taormina, 3-8 novembre 1981, Milano, Giuffrè, 1982.

(41) Conferenza tenuta presso lo Studio teologico fiorentino (26 maggio 1983).

(42) A proposito di P. BORSSELLINO, *Norberto Bobbio e la teoria generale del diritto: bibliografia ragionata (1934-1982)*, Milano, Giuffrè, 1983; A. ZACCARIA, *Norberto Bobbio per una filosofia militante*, Napoli, ESI, 1981 e *La teoria generale del diritto. Problemi e tendenze attuali. Studi dedicati a Norberto Bobbio* a cura di U. Scarpelli, Milano, 1983.

(43) Relativamente a A.J. GUREVIC, *Le categorie della cultura medievale*, Torino, Einaudi, 1983.

(44) Concernente J.M. PÉREZ-PRENDES Y MUÑOZ DE ARRACO, *Curso de historia del derecho español*, vol. I, Parte general, Madrid, 1983.

incontro di studio di Firenze, 15-16 aprile 1983, a cura di P. Grossi, Milano, Giuffrè [Per la storia del pensiero giuridico moderno, 13].

1985

[63] *Premessa*, « QF », XIV (1985), p. 1; *Trent'anni di pagine introduttive* [2009, 261].

[64] "*Gradus in dominio*". *Zasius e la teorica del dominio diviso* ⁽⁴⁵⁾, in « QF », XIV (1985), pp. 373-400; *Satura Roberto Feenstra LXV annum aetatis complenti ab alumnis collegis amicis oblata*, a cura di J.A. Ankum *et alii*, Friburgo, Éditions Universitaires, 1985, pp. 505-522 ⁽⁴⁶⁾; *Il dominio e le cose* [1992, 112].

[65] *Un paradiso per Pothier (Robert Joseph Pothier e la proprietà "moderna")* ⁽⁴⁷⁾, « QF », XIV (1985), pp. 401-456; *Il dominio e le cose* [1992, 112].

[66] *Storia della canonistica moderna e storia della codificazione canonica*, « QF », XIV (1985), pp. 587-599; *Scritti canonistici* [2013, 309].

[67] *Segnalazioni*, « QF », XIV (1985), pp. 635-637.

[Un messaggio per la cultura giuridica europea ⁽⁴⁸⁾].

[68] *Attività del Centro di studi per la storia del pensiero giuridico moderno nell'anno accademico 1984*, in « QF », XIV (1985), pp. 641-642.

⁽⁴⁵⁾ 1. Tipicità storica dell'approccio di Zasius al problema della proprietà; 2. La definizione Zasiana di *dominium*; 3. Zasius e la teoria del dominio diviso; 4. Usufrutto e dominio utile; 5. Il *dominium utile* come *dominium*; 6. *Unum dominium* e *duplex dominium* nella visione compositiva di Zasius; 7. Complessità e aporie del messaggio zasiano.

⁽⁴⁶⁾ « Con veste meno ampia e con ridotto corredo di note » rispetto allo scritto nei *Quaderni fiorentini*.

⁽⁴⁷⁾ 1. Inezie metodiche; 2. Pretese « virtù » per un immeritato paradiso; 3. Robert Joseph Pothier nella nicchia dell'antico regime; 4. « *Domaine de propriété* » e dominio diviso; 5. La struttura della proprietà: un diritto astratto?; 6. La sistemazione di Pothier: una teoria generale della proprietà?; 7. Pothier e il « moderno » della proprietà.

⁽⁴⁸⁾ Circa D.R. KELLEY, *History, Law, and human Sciences. Medieval and Renaissance Perspectives*, London, 1984.

1986

[69] *Pagina introduttiva*, « QF », XV (1986), pp. 1-3; *Trent'anni di pagine introduttive* [2009, 261].

[70] *La fantasia nel diritto* (a proposito di V. PANUCCIO, *La fantasia nel diritto*, Milano, 1984), « QF », XV (1986), pp. 589-592; *Paolo Grossi/Alpa* [2011, 281].

[71] *Sulla "natura" del contratto (qualche nota sul "mestiere" di storico del diritto, a proposito di un recente "corso" di lezioni)* ⁽⁴⁹⁾, « QF », XV (1986), pp. 593-619.

[72] *Attività del Centro di studi per la storia del pensiero giuridico moderno nell'anno accademico 1985*, « QF », XV (1986), pp. 687-688.

[73] *Segnalazioni*, « QF », XV (1986), pp. 501-503.

[Presenza di Calamandrei ⁽⁵⁰⁾].

[74] *Premessa* (pp. 7-8); *Storia sociale e dimensione giuridica* (pp. 5-19), in *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 P. Grossi, Milano, Giuffrè [Per la storia del pensiero giuridico moderno, 22] e, in traduzione portoghese (*História social e dimensão jurídica*), « Meritum. Revista de direito de Universidade FUMEC », vol. 4, n. 2 (2009), pp. 5-26 e in *O Direito entro poder e ordenamento* [2010, 276].

[75] *Stile fiorentino. Gli studi giuridici nella Firenze italiana (1859-1950)* ⁽⁵¹⁾, Milano, Giuffrè [Per la storia del pensiero giuridico moderno, 23].

⁽⁴⁹⁾ A proposito di U. SANTARELLI, *La categoria dei contratti irregolari: lezioni di storia del diritto*, Torino, Giappichelli, 1984. In anastatica anche in *Materiali per la preparazione dell'esame di diritto comune* (Università di Pisa, A.A. 2000-2001), scritti di U. Santarelli, A. Landi, P. Grossi, Pisa, Seu, 2001, pp. 43-69.

⁽⁵⁰⁾ In merito alla pubblicazione delle opere di Calamandrei ed in particolare a P. Calamandrei, *Opere giuridiche*, vol. X, a cura di M. Cappelletti, Napoli, Morano, 1985.

⁽⁵¹⁾ Le pagine relative a Bolla (*Gian Gastone Bolla e l'"autonomia del Diritto Agrario"*, pp. 216-221), col titolo *G. Bolla e la cultura giuridica del Novecento*, sono anche

[76] *Relazione di sintesi*, in *Metodi e contenuti del diritto agrario moderno*. Atti del convegno di studi, Pisa, 7-8 giugno 1985, Milano, Giuffrè, pp. 427-438; « RDA », LXV (1986), pp. 427-438.

1987

[77] *Pagina introduttiva (Riviste giuridiche italiane: 1865-1945)*, « QF », XVI (1987), pp. 1-5; *Trent'anni di pagine introduttive* [2009, 261].

1988

[78] *Pagina introduttiva*, « QF », XVII (1988), pp. 3-7; *Trent'anni di pagine introduttive* [2009, 261].

[79] *Pensiero giuridico (appunti per una voce "enciclopedica")*, « QF », XVII (1988), pp. 263-269; *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, a cura di A.-J. Arnaud et alii, Parigi, Librairie générale de droit et de jurisprudence e Bruxelles, Story-Scientia, 1988, pp. 285-287 [trad. it. A.-J. Arnaud e N. Arnaud-Duc] ⁽⁵²⁾; *História da propriedade e outros Ensaio* [2006, 223].

[80] *La proprietà e le proprietà nell'officina dello storico* ⁽⁵³⁾, « QF », XVII (1988), pp. 359-422; *La proprietà e le proprietà. Convegno di*

pubblicate in « RDA », LXVI (1987), pp. 307-312. Una versione ridotta (cfr. p. XI del volume) e col diverso titolo di *Gli studi giuridici nell'Ateneo rinnovato (1859-1950): prime linee di un profilo storico*, in *Storia dell'Ateneo fiorentino. Contributi di studio*, I, Firenze, Parretti, 1986, pp. 375-522. Alcune parti del volume, relative a Enrico Finzi, Giorgio La Pira e Gian Gastone Bolla, sono state, poi, inserite in *Nobiltà del diritto*, I [2008, 245].

⁽⁵²⁾ Dell'opera sono state, poi, curate una seconda edizione (Parigi, LGDJ, 1993, pp. 426-228 per lo scritto di Paolo Grossi) e una versione della stessa « entièrement refondue, corrigée et augmentée », ma identica per lo scritto di Grossi (Parigi, LGDJ, 2018).

⁽⁵³⁾ 1. La proprietà e le proprietà: un ripensamento teorico e il suo significato per lo storico del diritto; 2. La proprietà e le proprietà: la cultura dell'appartenenza e i condizionamenti monoculturali per lo storico del diritto; 3. La proprietà e le proprietà: condizionamenti di archetipi culturali. L'appropriazione individuale e il suo modello napoleonico-pandettistico; 4. La proprietà e le proprietà fra isolamenti tecnico-giuridici e soffocamenti economicistici; 5. Storia della proprietà e storia agraria; 6. La storia delle proprietà e il suo recupero giuridico. Storia delle proprietà e fonti catastali; 7. Un sentiero da percorrere: la proprietà come mentalità giuridica; 8. La storia delle proprietà

studi di Pontignano, 30 settembre-3 ottobre 1985, a cura di E. Cortese, Milano Giuffrè, 1988, pp. 205-272; *Lecture di diritto civile* raccolte di G. Alpa, P. Zatti, Padova, Cedam, 1999, pp. 379-392 (limitatamente ai nn. 12-16).

Lo scritto ha avuto una nuova edizione Promossa dal *Centro di ricerca sulle Istituzioni Europee* dell'Università degli studi « Suor Orsola Benincasa », Napoli, Editoriale scientifica, 2006 [Centro di ricerca sulle istituzioni europee dell'Università degli studi « Suor Orsola Benincasa ». Pensiero politico e giuridico, *Magistralia*, n. s., 1, collana diretta da F.M. De Sanctis ⁽⁵⁴⁾] e le seguenti traduzioni: *Das Eigentum und die Eigentümer in der Werkstatt des Rechtshistorikers*, in « Rättshistoriska Studier », 15 (Rechtgeschichte und theoretische Dimension, Forschungsbeiträge eines Rechtshistorischen Seminars in Stockholm im November 1986), pp. 26-78, *La propiedad y las propiedades: un análisis histórico*, in P. Grossi, *La propiedad y las propiedades en el gabinete del historiador* (trad. e « prólogo para civilistas » di Angel M. López y López), Madrid, Civitas, 1992 [Cuadernos Civitas] ⁽⁵⁵⁾; *A propriedade e as propriedades na oficina do historiador*, in *História da propriedade e outros ensaios* [2006, 223].

[81] *Epicedio per l'assolutismo giuridico (dietro gli "Atti" di un convegno milanese e alla ricerca di segni)*, « QF », XVII (1988), pp. 518-533 ⁽⁵⁶⁾; *Assolutismo giuridico e diritto privato* [1998, 147]; *Paolo Grossi/Alpa* [2011, 281].

all'insegna della discontinuità: « medievale » e « moderno » come universi distinti; 9. Officina medievale; 10. Il dominio utile: una mentalità profonda; 11. Dominio utile, proprietà e « iura in re aliena » entro il sistema del diritto comune; 12. L'inaugurazione di una proprietà « moderna »; 13. Per una definizione del « moderno » nella proprietà: semplicità e astrattezza; 14. Alla ricerca del « moderno » nella proprietà. Qualche considerazione sul quadrivio cinquecentesco. Un cenno necessario: Pothier nel bozzolo di un luogo comune; 15. Alla ricerca del « moderno » nella proprietà. Il *code Napoléon*: un palinsesto giuridico; 16. Alla ricerca del « moderno » nella proprietà. Il nuovo modello tecnico della Pandettistica.

⁽⁵⁴⁾ Con l'aggiunta di *Ven'anni dopo* (pp. 11-20) e alcune note di aggiornamento bibliografico.

⁽⁵⁵⁾ Una recente ristampa a Madrid, Thomson Reuters Aranzadi, 2016.

⁽⁵⁶⁾ Lezione tenuta il 5 maggio 1988 presso la Facoltà Giuridica dell'Università di Ferrara. Lo scritto si articola in: 1. Sulla insegna di un incontro milanese e sui segni che ne emergono; 2. L'incontro milanese fra i presagii di alcuni anni fertili; 3. Interpretazione ed esegesi.

[82] *Storia di esperienze giuridiche e tradizione romanistica. A proposito della rinnovata e definitiva Introduzione allo studio del diritto romano di R. Orestano* (Bologna, 1987), « QF », XVII (1988), pp. 533-550; *Nobiltà del diritto*, I [2008, 245].

[83] *Ricordo di Giovanni Tarello*, in « QF », XVII (1988), pp. 621-623.

[84] *Segnalazioni*, « QF », XVII (1988), pp. 481-483.

[Di un intelligente operaio e dell'opera sua ⁽⁵⁷⁾; La formazione del diritto civile ⁽⁵⁸⁾].

[85] *Proprietà (diritto intermedio)*, *Enciclopedia del diritto*, XXXVII (1988), pp. 226-254.

[86] *“La scienza del diritto privato”. Una rivista progetto nella Firenze di fine secolo: 1893-1896*, Milano, Giuffrè [Per la storia del pensiero giuridico moderno, 27].

[87] *Premessa* (pp. V-VI); *Intervento* (pp. 56-57), in *La storiografia giuridica scandinava*. Atti dell'incontro di studio, Firenze, 22-23 maggio 1987, a cura di P. Grossi, Milano, Giuffrè [Per la storia del pensiero giuridico moderno, 28].

[88] *Prefazione* a (p. 1), in *La culture des revues juridiques françaises*, a cura di A.-J. Arnaud, Milano, Giuffrè [Per la storia del pensiero giuridico moderno, 29].

[89] *Lamentazione sui raggruppamenti concorsuali*, in « Società e storia », n. 39 (1988), pp. 181-192.

1989

[90] *Pagina introduttiva* (Riccardo Orestano, Mario Nigro, Michel Villey), « QF », XVIII (1989), pp. 3-7; *Trent'anni di pagine introduttive* [2009, 261].

⁽⁵⁷⁾ A riguardo di A.-J. Arnaud, della *Revue internationale de théorie du droit et de sociologie juridique* e del *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*.

⁽⁵⁸⁾ Circa A. WATSON, *La formazione del diritto civile* (trad. N. Sarti, revisione di P. Chiassoni, Bologna, il Mulino 1986).

[91] *La cultura giuridica di Giovanni Zucconi* ⁽⁵⁹⁾, « QF », XVIII (1989), pp. 171-196; *Usi civici e proprietà collettive nel centenario della legge 24 giugno 1888*. Atti del convegno in onore di G. Zucconi (1845-1894), Camerino, 16-17 giugno 1988, a cura di P.L. Falaschi, Camerino, CIASUS, 1991, pp. 101-122; *Il dominio e le cose* [1992, 112]; *Nobiltà del diritto*, I [2008, 245].

[92] *“Il coraggio della moderazione” (specularità dell’itinerario riflessivo di Vittorio Polacco)* ⁽⁶⁰⁾, « QF », XVIII (1989), pp. 197-254; *Scritti in onore di Angelo Falzea*, Milano, Giuffrè, 1991, II, pp. 407-468; *Assolutismo giuridico e diritto privato* [1998, 148]; *Nobiltà del diritto*, I [2008, 245].

[93] *“Dominia” e “Servitutes” (invenzioni sistematiche del diritto comune in tema di servitù)*, « QF », XVIII (1989), pp. 331-394 ⁽⁶¹⁾; *Die Bedeutung der Wörter-Studien zur europäischen Rechtsgeschichte. Festschrift für Sten Gagnér zum 70. Geburtstag*, a cura di M. Stolleis et alii, Monaco, Beck, 1991, pp. 65-92 ⁽⁶²⁾; *Il domino e le cose* [1992, 112].

[94] *Segnalazioni*, « QF », XVIII (1989), pp. 575-579.

⁽⁵⁹⁾ 1. Avvio alla comprensione di un personaggio singolare; 2. Giovanni Zucconi nella nicchia della provincia camerte; 3. Il laboratorio sperimentale della montagna camerte: le rilevazioni per la « Inchiesta agraria »; 4. Il laboratorio sperimentale della montagna camerte: l’esperienza forense; 5. Il « Parere legale sui diritti di uso civico dei popolani di Fiuminata sui beni ex-camerale » e le sue fondazioni culturali; 6. 30 marzo 1886: la relazione parlamentare sul disegno di legge Grimaldi; 7. Sulla singolarità del messaggio culturale di Giovanni Zucconi e sulle sue matrici; 8. Proprietà collettiva e cooperazione: le venature operative del messaggio culturale di Zucconi; 9. Zucconi e l’Università di Camerino negli anni Ottanta.

⁽⁶⁰⁾ 1. I motivi di una rilettura di Vittorio Polacco; 2. Alcune costanti della riflessione polacchiana; 3. Le prelezioni degli anni Ottanta: linee di un « Corso di istituzioni di diritto civile »; 4. Le prelezioni degli anni Ottanta: « la funzione sociale della legislazione civile »; 5. Lungo l’itinerario polacchiano: tra Otto e Novecento; 6. Le « cabale del mondo legale »; 7. « Di alcune deviazioni dal diritto comune »; 8. Anno 1918: « La scuola di diritto civile nel momento presente ».

⁽⁶¹⁾ 1. Definizione del tema; 2. Intuizioni, incertezza, aporie nel setaccio della glossa accursiana; 3. Percezioni ultramontane; 4. Un chiarimento di Dino dal Mugello; 5. Bartolo e il disegno del sistema: « dominia » e « servitutes » come « opposità »; 6. La complessa riflessione baldesca; 7. Sistemazioni e approfondimenti nell’itinerario dottrinale del Quattrocento: a) *Dominium, dominium rei, dominium iuris*; b) Il problema dell’usufrutto come *pars domini*; c) *Servitus e dominium*; d) *Servitus e dominium utile*.

⁽⁶²⁾ Limitatamente ai numeri 2, 3, 5 dello scritto.

[Códigos y Constituciones ⁽⁶³⁾; *L'Indice penale* vent'anni di vita ⁽⁶⁴⁾; *Una ristampa benvenuta* ⁽⁶⁵⁾; *La lotta per la scienza del diritto* ⁽⁶⁶⁾].

[95] *Interpretazione ed esegesi (anno 1890 — Polacco versus Simoncelli)*, « RDC », XXXV (1989), pp. 197-224; *Studi in memoria di Giovanni Tarello*, Milano, Giuffrè, 1990, I, *Saggi storici*, pp. 283-311; *Assolutismo giudico e diritto privato* [1998, 148].

[96] *Prefazione a T. RAMM, Per una storia della Costituzione del lavoro tedesca*, a cura di L. Gaeta e G. Vardaro, Milano, Giuffrè [Per la storia del pensiero giuridico moderno, 31].

1990

[97] *Pagina introduttiva*, « QF », XIX (1990), pp. 1-2; *Trent'anni di pagine introduttive* [2009, 261].

[98] *Ideologia e tecnica di una definizione giuridica. La definizione obertina di feudo dai glossatori a Cujas* ⁽⁶⁷⁾, « QF », XIX (1990), pp. 179-208; *Il dominio e le cose* [1992, 112] e, in traduzione portoghese di M. Carvalho de Souza (*Ideologia e Técnica em uma Definição Jurídica (a Definição Obertina de Feudo dos Glosadores a Cujas)*), in « Sequência. Estudos jurídicos e políticos » ⁽⁶⁸⁾, 39, 2018, n. 79, pp. 220-256.

[99] *La categoria del dominio utile e gli "homines novi" del quadrivio cinquecentesco*, « QF », XIX (1990), pp. 209-242; *Il dominio e le cose* [1992, 112].

⁽⁶³⁾ Circa F. TOMÁS Y VALIENTE, *Códigos y Constituciones: 1808-1978*, Madrid, 1989. Altri scritti su Tomás y Valiente alle schede 128 e 325.

⁽⁶⁴⁾ A proposito di *L'Indice penale. Tavole ventennali (1967-1986)* a cura di M. Sonetti, C. Pricolo, P. Veneziani, Padova, Cedam, 1988.

⁽⁶⁵⁾ In merito a B. CLAVERO, *Mayorazgo, Propiedad feudal en Castilla, 1369-1836*, Madrid, 1989.

⁽⁶⁶⁾ Ristampa della traduzione di H.U. KANTOROWICZ, *Der Kampf um die Rechtswissenschaft (La lotta per la scienza del diritto)*, Bologna, 1988.

⁽⁶⁷⁾ Limitatamente alla prima parte, riguardante il diritto comune classico, anche in *Società, istituzioni, spiritualità. Studi in onore di Cinzio Violante*, Spoleto, 1994, vol. I, pp. 451-458.

⁽⁶⁸⁾ Rivista del *Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina* (Florianópolis, Brasil).

[100] *Assolutismo giuridico e proprietà collettive*, « QF », XIX (1990), pp. 505-555; « RDA », LXX (1991), pp. 247-301 ⁽⁶⁹⁾; *Il dominio e le cose* [1992, 112].

[101] *Segnalazioni*, in « QF », XIX (1990), pp. 616-617.

[Per il centenario del *Código civil* del 1889 ⁽⁷⁰⁾].

[102] *A proposito di...*, in « QF », XIX (1990), pp. 699-706.

[Sui "classici" del diritto, per la ristampa degli *Appunti sul diritto giudiziario di Walter Bigiavi* ⁽⁷¹⁾].

[103] *Pagina introduttiva* (pp. 1-5), *Il pensiero giuridico di Costantino Mortati*, a cura di M. Galizia e P. Grossi, Milano, Giuffrè [Per la storia del pensiero giuridico moderno, 33].

[104] *Premessa, Parole di saluto* (pp. 5-7); *Intervento in sede di discussione sulla relazione Clavero* (p. 995), in *Hispania. Entre derechos propios y derechos nacionales*. Atti dell'incontro di studio Firenze/Lucca 25-27 maggio 1989, a cura di B. Clavero, P. Grossi, F. Tomás y Valiente, Milano, Giuffrè [Per la storia del pensiero giuridico moderno, 34/35].

⁽⁶⁹⁾ L'autore dichiara che la versione della rivista di *Diritto Agrario* consiste nella stesura definitiva di un intervento effettuato in occasione della tavola rotonda organizzata a Roma il 16 Marzo 1990 dalla Luiss su *Proprietà comunitarie e usi civici: vicende e prospettive tra continuità e trasformazione*. Questo intervento è presente (col titolo di *Il problema storico-giuridico della proprietà collettiva in Italia*), in forma più articolata e complessa, quale relazione introduttiva in *Demani civici e risorse ambientali. Atti del Convegno internazionale di Viareggio*, 5-7 aprile 1991 a cura di F. Carletti, Napoli, Jovene, 1993, pp. 3-28 e, come « contenuto programmatico », quale introduzione al Seminario di studi dal titolo *Per una proprietà collettiva moderna* tenutosi a Cortina d'Ampezzo il 21 giugno 1991 [pp. 97-137: 1992, 113]. L'intervento al convegno di Viareggio è stato pubblicato anche in « Bosco e ambiente. Periodico dei consorzi forestali », 2 (1992), pp. 4-14.

⁽⁷⁰⁾ Relativa a *El Código civil, Debates parlamentarios* (1885-1889). *Estudio preliminar* de J.L. de los Mozos (cura dell'edizione: R. Herrero Gutiérrez y M. Angeles Vallejo Ubeda, Madrid, Senado, 1989).

⁽⁷¹⁾ *Appunti sul diritto giudiziario* (con prefazione di Marino Bon), Padova, 1989.

[105] *Danksagung*, in *Verleihung des Doktor honoris causa an Paolo Grossi durch die juristische Fakultät der Johann Wolfgang-Goethe-Universität Frankfurt am Main*, « Ius commune », XVII (1990), pp. 37-39.

1991

[106] *Pagina introduttiva (ripensare Gény)*, « QF », XX (1991), pp. 1-51; « RDC », XXXVIII (1992), pp. 303-341; *Assolutismo giuridico e diritto privato* [1998, 148], *Nobiltà del diritto*, I [2008, 245]; *Trent'anni di pagine introduttive* [2009, 261]; *De la codificación a la globalización del derecho* [2010, 277].

[107] *Absolutismo jurídico y derecho privado en el siglo XIX* ⁽⁷²⁾, Bellaterra (Barcellona), Universidad Autónoma, 1991, pp. 9-26; « RSDI », LXIV (1991), pp. 5-17 (col titolo di *Assolutismo giuridico e diritto privato nel secolo XIX*); *Assolutismo giuridico e diritto privato* [1998, 148].

Lo scritto è stato tradotto in inglese [*Legal Absolutism and private law in the XIX century*], in *Italian studies in law: a review of legal problems edited by Italian association of comparative Law, a cura di A. Pizzorusso*, II (1994), pp. 3-15 ⁽⁷³⁾ e in tedesco [*Juristischer Absolutismus und Privatrecht im 19. Jahrhundert*, in *Tübingen Universitätsreden neue folge*, Band 5, *Reihe der Juristischen Fakultät*, B. 3, Tübingen, 1992, pp. 9-303 e « Rättshistoriska Studier », Band XIX (Juristische Theoriebildung und rechtliche Einheit. Beiträge zu einem rechtshistorischen Seminar in Stockholm im September 1992), 1993, pp. 37-48 ⁽⁷⁴⁾].

[108] *Omaggio a Angelo Falzea*, in « RDC », XXXVII (1991), pp. 315-335; *Giornate in onore di Angelo Falzea*. Atti del convegno del 15-16 febbraio, Milano, Giuffrè, 1993, pp. 149-183; *Nobiltà del diritto*, I [2008, 245].

⁽⁷²⁾ Lezione dottorale per il conferimento del dottorato honoris causa presso la Facoltà giuridica di Barcellona il 17 gennaio 1991. L'opuscolo contiene anche C. PETIT, *Pauli Grossi Laudatio*: pp. 7-8.

⁽⁷³⁾ « Con succinto apparato di note ».

⁽⁷⁴⁾ Collana dell'*Institutet för Rättshistorisk Forskning — Oil Foundation Grundat av Gustav och Carin Olin*.

[109] *Gli “occhiali” del giurista (Discussione su “La formazione del giurista nell’Europa unificata”)*, « Panorami. Riflessioni, discussioni, proposte sul diritto e l’amministrazione », 3 (1991), pp. 241-247.

1992

[110] *Pagina introduttiva*, « QF », XXI (1992), pp. 1-3; *Trent’anni di pagine introduttive* [2009, 261].

[111] *Segnalazioni*, « QF », XIX (1990), p. 601.

[I classici della CEDAM (75)].

[112] *Il dominio e le cose. Percezioni medievali e moderne dei diritti reali* (76), Milano, Giuffrè [Per la storia del pensiero giuridico moderno, 41].

Contiene: *Note introduttive (quasi un rendiconto)*, pp. 1-19; *Naturalismo e formalismo nella sistematica medievale delle situazioni reali*, pp. 21-55 [1967, 22]; *“Dominia” e “servitutes” (Invenzioni sistematiche del diritto comune in tema di servitù)*, pp. 57-122 [1989, 93]; *“Usus facti”. La nozione di proprietà nella inaugurazione dell’età nuova*, pp. 123-189 [1972, 28]; *“Gradus in dominio”. Zasius e la teorica del dominio diviso*, pp. 191-215 [1985, 64]; *Ideologia e tecnica di una definizione giuridica (La definizione obertina di feudo dai glossatori a Cujas)*, pp. 217-246 [1990, 98]; *La categoria del dominio utile e gli “homines novi” del quadrivio cinquecentesco*, pp. 247-280 [1990, 99]; *La proprietà nel sistema privatistico della seconda scolastica*, pp. 281-383 [1973, 32]; *Un paradiso per Pothier (R.J. Pothier e la proprietà “moderna”)*, pp. 385-437 [1985, 65]; *Tradizioni e modelli*

(75) Collana di ristampe anastatiche di volumi CEDAM diretta da Alberto Tabucchi. Al momento della segnalazione erano edite: F. CARNELUTTI, *Lezioni di diritto processuale civile* (1986; ed. originale: 1923-26), Id., *Metodologia del diritto* (1990; ed. originale: 1939); E. GUICCIARDI, *Il demanio* (1989; ed. originale: 1934); F. CAMMEO, *Lezioni di procedura civile* (1992; ed. originale: 1910); Id., *Corso di diritto amministrativo* (1992; ed. originale: 1914).

(76) Una edizione/estratto predisposta ad uso degli studenti (Milano, Giuffrè, 2000) contiene i soli saggi *Ideologia e tecnica in una definizione giuridica (la definizione obertina di feudo dai glossatori a Cujas)* e *La categoria del dominio utile e gli “homines novi” del quadrivio cinquecentesco*.

nella sistemazione post-unitaria della proprietà, pp. 439-569 [1976/77, 36]; *Resistenze di modelli culturali nella dottrina giuridica ottocentesca: la nozione di usufrutto nelle riflessioni civilistiche francese e italiana*, pp. 571-660 [1981/82, 54]; *La proprietà e le proprietà nell'officina dello storico*, pp. 603-665 [1988, 80]; *La cultura giuridica di Giovanni Zucconi*, pp. 667-694 [1989, 91]; *Assolutismo giuridico e proprietà collettive*, pp. 695-748 [1990, 100].

[113] *Relazione introduttiva, Comunioni familiari montane. Atti del seminario di studio "Per una proprietà collettiva moderna". Testi legislativi, sentenze, studi*, a cura di E. Romagnoli, et alii, Brescia, 1992, vol. I, pp. 14-19 (77).

[114] *Introduzione alla II parte (Le istituzioni politiche)*, in *Multi-formità ed unità della politica*. Atti del convegno per il settantesimo compleanno di G. Miglio (24-26 ottobre 1988), a cura di L. Ornaghi e A. Vitale, Milano, Giuffrè, pp. 127-131.

1993

[115] *Pagine introduttiva (Per Federico Cammeo)*, « QF », XXII (1993), pp. 1-3; *Trent'anni di pagine introduttive* [2009, 261].

[116] *Segnalazioni*, « QF », XXII (1993), pp. 641-642.

[La "fortuna di Chiovenda" (78); *Per il ventesimo volume di Ius commune*].

[117] *Assolutismo giuridico e diritto privato. Lungo l'itinerario scientifico di Raymond Saleilles*, « RDC », XXXIX (1993), pp. 345-398; *Le ragioni del diritto. Scritti in onore di Luigi Mengoni*, Milano, Giuffrè, 1995, I, pp. 193-261; *Assolutismo giuridico e diritto privato*

(77) Negli atti [100, 1990] anche una versione di *Assolutismo giuridico e proprietà collettive* (pp. 93-137).

(78) Concernente alcuni volumi di Franco Cipriani [*Storie di processualisti e di oligarchi. La procedura civile nel Regno d'Italia (1966-1936)*, Milano, Giuffrè, 1991; *Il Codice di procedura civile tra gerarchi e processualisti. Riflessioni e documenti nel cinquantenario dell'entrata in vigore*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 1992] e in particolare su G. Chiovenda, *Scritti ossolani* (con introduzione di F. Cipriani), Anzola d'Ossola, Fondazione Monti, 1992.

[1998, 148]; *Nobiltà del diritto*, I [2008, 245] e, in traduzione spagnola (*Absolutismo jurídico y derecho privado. A lo largo del itinerario científico de Raymond Saleilles*), in *De la codificación a la globalización del derecho* [2010, 277].

[118] *Premessa* (pp. VII-VIII); *Parole introduttive* (pp. 5-13), in *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 P. Grossi, Milano, Giuffrè [Per la storia del pensiero giuridico moderno, 42].

1994

[119] *Pagina introduttiva*, « QF », XXIII (1994), pp. 1-6; *Trent'anni di pagine introduttive* [2009, 261].

[120] *Segnalazioni*, « QF », XXIII (1994), pp. 482-483.

[A Buenos Aires un seminario sulle "Riviste giuridiche"].

[121] *Premessa* (pp. V-VI), in *Periodici giuridici italiani (1850-1900). Repertorio*, Milano, Giuffrè [Per la storia del pensiero giuridico moderno, 43].

[122] *En busca del orden jurídico medieval* ⁽⁷⁹⁾, in *De la Ilustración al liberalismo. Symposium en honor al profesor Paolo Grossi*, Madrid-Miraflores, 11-14 gennaio 1994, Madrid, 1995, pp. 43-65; *Discurso de investidura* (14 gennaio) de doctor "honoris causa" Paolo Grossi Universidad autónoma de Madrid, Madrid, Universidad autónoma servicios de publicaciones, 1994, pp. 23-45 ⁽⁸⁰⁾; « RSDI », LXVII (1994), pp. 5-26 (*Alla ricerca dell'ordine giuridico medievale*); *Studi*

⁽⁷⁹⁾ 1. Storicità del diritto medievale. Il diritto medievale come esperienza giuridica; 2. Tipicità del diritto medievale: fattualità, fatti normativi, fatti normativi fondamentali; 3. Tipicità del diritto medievale: imperfezione del singolo e perfezione della comunità; 4. Il diritto medievale come ordine giuridico: la consuetudine come costituzione; 5. Il diritto medievale come ordine giuridico: alle radici d'una civiltà storica; 6. L'ordine giuridico medievale come esperienza giuridica unitaria.

⁽⁸⁰⁾ Assieme alla *Laudatio del padrino del doctorado* F. Tomás y Valiente (pp. 7-20).

in onore di Enrico Bassanelli, a cura di E. Casadei e G. Sgarbanti, Milano, Giuffrè, 1995, pp. 835-857.

1995

[123] *Pagina introduttiva*, « QF », XXIV (1995), pp. 1-8; *Trent'anni di pagine introduttive* [2009, 261].

[124] *Assolutismo giuridico e diritto penale* (a proposito di recenti appuntamenti carrariani e della ristampa della *Parte generale del Programma del corso di diritto criminale* di Francesco Carrara ⁽⁸¹⁾), « QF », XXIV (1995), pp. 469-475.

[125] *Omaggio ad un classico della didattica giuridica universitaria (a proposito della trentesima sesta edizione delle "Istituzioni di diritto civile" di Alberto Trabucchi*, « QF », XXIV (1995), pp. 477-483 ⁽⁸²⁾).

[126] *L'itinerario scientifico di Enrico Bassanelli*, in « RDA », LXXIV (1995), pp. 371-384, « Riv. trim. dir. e proc. », L (1996), pp. 309-323 ⁽⁸³⁾; *Gli attuali confini del diritto agrario*. Atti del convegno « Enrico Bassanelli », Firenze, 28-30 aprile 1994, a cura di E. Casadei, A. Germano, E. Rook Basile, Milano, Giuffrè, 1996, pp. 335-354 ⁽⁸⁴⁾; *Nobiltà del diritto*, I [2008, 245].

[127] *Un grande giurista del nostro tempo: Franz Wieacker (1908-1994)*, « RDC », XLI (1995), fasc. 4, parte I, pp. 487-504; *Nobiltà del diritto*, I [2008, 245].

[128] *L'ordine giuridico medievale* ⁽⁸⁵⁾, Roma-Bari, Laterza.

⁽⁸¹⁾ Bologna, Il mulino, 1993.

⁽⁸²⁾ A. TABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile* (36° edizione aggiornata con le riforme e la giurisprudenza), Padova, Cedam, 1995.

⁽⁸³⁾ Intervento commemorativo nel primo anniversario della morte di Bassanelli (30 marzo 1995).

⁽⁸⁴⁾ Rispetto alla relazione congressuale sono eliminate « ripetizioni, imprecisioni, incomperezze tipiche del linguaggio parlato » e sono state aggiunte l'« intitolazione e [...] poche note essenziali ».

⁽⁸⁵⁾ Giovanni Cazzetta (*L'attrazione del reale. Storicità del diritto nel pensiero di Paolo Grossi*, in « Rivista di diritto agrario », CI, 3/2022, p. 28, nt. 6) segnala l'esistenza di un dattiloscritto delle *Lezioni di storia del diritto dell'anno accademico 1977-1978: « Strumenti interpretativi della esperienza giuridica medievale. Esempio non venale*

Il volume ha avuto una nuova edizione nel 2006 [con l'aggiunta di *Dieci anni dopo* di Ovidio Capitani (p. VII-VIII) e Paolo Grossi (pp. VIII-X)] e le seguenti traduzioni: *El Orden jurídico medieval* (trad. F. Tomás y Valiente e C. Alvarez), Madrid, Marcial Pons, 1996 e *A ordem jurídica medieval* (trad. D. Rossato Agostinetti e *revisão técnica* di R.M. Fonseca), São Paulo, Editora WMF Martins Fontes, 2014 ⁽⁸⁶⁾).

1996

[129] *Pagina introduttiva* (con una lettera aperta al Ministro Berlinguer sull'autonomia universitaria), « QF », XXV (1996), pp. 2-8; *Trent'anni di pagine introduttive* [2009, 261].

[130] *Un diritto senza stato (la nozione di autonomia come fondamento della costituzione giuridica medievale)* ⁽⁸⁷⁾, « QF », XXV (1996), pp. 267-284; *Assolutismo giuridico e diritto privato* [1998, 148]; *Paolo Grossi/Alpa* [2011, 281].

Lo scritto è stato tradotto in tedesco [*Ein Recht ohne Staat: der Autonomiebegriff als Grundlage der Mittelalterlichen Rechtsverfassung*, in *Staat, Politik, Verwaltung in Europa. Gedächtnisschrift für Roman Schnur*, a cura di R. Morsey et alii, Berlino, Duncker & Humblot, 1997, pp. 19-29], in spagnolo [*Un derecho sin Estado. La noción de autonomía como fundamento de la constitución jurídica medieval*, in « Anuario Mexicano de historia del derecho », 9 (1997), pp. 167-178; *Derecho, sociedad, Estado* (2004, 198)] e in portoghese da F. Pante Leme de Campos [*Um Direito sem Estado: a noção de autonomia como fundamento da constituição jurídica medieval*], in « Revista jurídica de Presidência (Centro de Estudos Jurídicos da Presidência) », vol. 21, n. 123, 2019, 2, pp. 20-41].

riservato esclusivamente agli studenti iscritti al corso », qualificandolo come una « sorta di primo canovaccio ciclostilato di quello che poi sarà, nel 1995, *L'ordine giuridico medievale* ».

⁽⁸⁶⁾ Contiene *Introdução do autor à edição brasileira* (pp. XI-XIII) e *Dez anos depois* di O. Capitani e P. Grossi (pp. XIX-XXIII).

⁽⁸⁷⁾ 1. La costituzione giuridica medievale e gli « occhiali » dell'odierno storico del diritto; 2. Storicità intensa di « Stato » e « sovranità » quali schemi ordinamenti dell'universo giuridico moderno; 3. Società, diritto, potere politico: tipicità dell'universo giuridico medievale; 4. La nozione di autonomia quale appropriato schema ordinante per la comprensione della costituzione giuridica medievale.

[131] *Alla ricerca di frammenti di verità (omaggio a Francisco Tomás y Valiente)*, « QF », XXV (1996), pp. 771-799 e quale introduzione a B. Clavero, *Tomás y Valiente: una biografía intelectual*, Milano, Giuffrè, 1996 [Per la storia del pensiero giuridico moderno, 47], pp. VII-XXXVI; *Nobiltà del diritto*, I [2008, 245].

[132] *Scienza giuridica e legislazione nella esperienza attuale del diritto* ⁽⁸⁸⁾, « RSDI », LXIX (1996), pp. 5-16; « RDC », XLII (1997), n. 2, parte I, pp. 175-184; « Notiziario dell'Università degli studi di Firenze », XIX, nn. 7-8 (1996), pp. 35-46; « Il pensiero politico », 30 (1997), pp. 71-79; *Assolutismo giuridico e diritto privato* [1998, 148] e in traduzione spagnola di A. Rosetti (*Ciencia jurídica y legislación en la experiencia actual del derecho*), in « Cuadernos de historia. Academia nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba », 7 (1997), pp. 249-262.

[133] *Modelli storici e progetti attuali nella formazione di un futuro diritto europeo*, in (versione originale) *Norm und Tradition. Welche Geschichtlichkeit für die Rechtsgeschichte?* Atti del convegno tenutosi al Monte Verità dal 24 al 27 aprile 1996, a cura di P. Caroni e G. Dilcher, Colonia, Weimar, Vienna, Bohlaus, 1998, pp. 145-151; *Materiali e commenti sul nuovo diritto dei contratti*, Padova, Cedam, 1999, pp. 819-826; « RDC », XLII (1996), pp. 281-286.

Lo scritto è stato poi tradotto in inglese [*Historical models and present plans in the formation of a future European law*, in *Towards a new European ius commune. Essays on European, Italian and Israeli Law in occasion of 50 years of the E.U. And of the State of Israel*, a cura di A. Gambaro, A.M. Rabello, Gerusalemme, SACHE Institute, 1999, pp. 1-8] e spagnolo da A. Kissles Fernandez [*Modelos históricos y proyectos actuales en la formación de un futuro derecho europeo*], in « Anuario de historia del derecho español », LXVII (1997), I, pp. 63-69 (Homenaje a F. Tomás y Valiente); « Boletín mexicano de Derecho Comparado », 89 (1997), pp. 539-546; *Derecho, sociedad, Estado* [2004, 198] e in *Paolo Grossi: profesor honorario del Depar-*

(88) Prolusione letta il 14 dicembre 1996 a Firenze per l'inaugurazione dell'anno accademico 1996/97. Si articolare in: 1. L'esilio della scienza giuridica moderna; La statualità del diritto moderno e i suoi molteplici costi; 3. Extrastatualità del diritto privato, scienza giuridica e fondazione di un diritto comune europeo.

tamento Académico de Derecho, « Cuadernos del Archivo de la Universidad », 13 (1999), pp. 28-36 ⁽⁸⁹⁾].

[134] *Absolutismo jurídico y derecho privado en el siglo XIX*, « Derecho & sociedad » (rivista della Pontificia Universidad Católica del Perù), 11 (1996), pp. 94-99.

[135] *Il punto e la linea (l'impatto degli studi storici nella formazione del giurista)*, in *L'insegnamento del diritto oggi*. Atti del convegno organizzato dalla Facoltà di giurisprudenza dell'Università di Genova (4-6 maggio 1995), a cura di G. Rebuffa e G. Visintini, Milano, Giuffrè, 1996, pp. 255-265; *Società, diritto, Stato* [2006, 229]; *Paolo Grossi/Alpa* [2011, 281].

Lo scritto è stato tradotto in spagnolo [*Derecho, sociedad, Estado* [2004, 198] e in portoghese [*O Ponto e a linha. História do direito e direito positivo na formação do jurista do nosso tempo* (trad.: M. Sol Glik, in « Sequência. Estudos Jurídicos e políticos » (Rivista della Università Federale di Santa Caterina, Florianópolis), 26, n. 51 (2005), pp. 31-45 e in *O direito entre poder e ordenamento* [2010, 276].

1997

[136] *Pagina introduttiva* (ossia delle miserie del legislatore italiano), « QF », XXVI (1997), pp. 1-6; *Trent'anni di pagine introduttive* [2009, 261]; *Società, diritto, Stato* [2006, 229].

[137] *Il disagio di un "legislatore" (Filippo Vassalli e le aporie dell'assolutismo giuridico)*, « QF », XXVI (1997), pp. 377-405; *Absolutismo giuridico e diritto privato* [1998, 148]; *Nobiltà del diritto*, I [2008, 245] e, in traduzione spagnola (*La incomodidad de un "legislador". Filippo Vassalli y las aporías del absolutismo jurídico*), in *De la codificación a la globalización del derecho* [2010, 277].

[138] *Segnalazioni*, « QF », XXVI (1997), pp. 477-483 e, limitatamente alla seconda segnalazione, in *Scritti canonistici* [2013, 309].

⁽⁸⁹⁾ Contiene, oltre agli atti ufficiali del conferimento di lauree, anche R. Ortiz Caballero, *Propiedad y propiedades en Paolo Grossi* (pp. 9-16), *Laudatio Paolo Grossi* di F. de Trazegnies Granda (pp. 17-24); *Paolo Grossi investigador cabal* di S. Lerner Febres, pp. 25-27.

[Una "*Histoire du droit privé français depuis 1804*" ⁽⁹⁰⁾; "*Grandezza e miseria del diritto della Chiesa*" ⁽⁹¹⁾].

[139] *Prefazione* (pp. V-VII); *Parole di saluto* (pp. 5-8), in *Giuristi e legislatori. Pensiero giuridico e innovazione legislativa nel processo di produzione del diritto*. Atti dell'incontro di studio di Firenze, 26-28 settembre 1996, a cura di P. Grossi, Milano, Giuffrè [Per la storia del pensiero giuridico moderno, 50].

[140] *Las revistas jurídicas: un vacío historiográfico que es necesario colmar* (pp. 21-27); *Intervento al dibattito relativo ad una sezione dell'incontro* (p. 370); *Palabras finales* (pp. 387-389), in *Las revistas jurídicas en la cultura contemporánea. Seminario sobre "Las revistas Jurídicas españolas y argentinas (1850-1950)*, Buenos Aires, 7-8 settembre 1994, a cura di V. Tau Anzoátegui, Buenos Aires, Ciudad Argentina.

[141] *Le aporie dell'assolutismo giuridico (ripensare oggi la lezione di Tullio Ascarelli)*, « *Diritto privato* », III (1997), pp. 485-550; *Studi in onore di Pietro Rescigno*, I, Milano, Giuffrè, 1998, pp. 471-528; *Assolutismo giuridico e diritto privato* [1998, 148]; *Nobiltà del diritto*, I [2008, 245] e, in traduzione spagnola (*Las aporías del absolutismo jurídico (repensar, hoy, la lección metodológica de Tullio Ascarelli)*, in *De la codificación a la globalización del derecho* [2010, 277].

[142] *Le due fonti del diritto: l'io e lo stato*, « *Tracce. Rivista internazionale di Comunione e Liberazione* », 9 (1997), pp. 18-21.

[143] *Storia del diritto e diritto positivo nella formazione del giurista di oggi*, « *RSDI* », LXX (1997), pp. 5-16 ⁽⁹²⁾ e, in traduzione spagnola (*El punto y la línea: historia del derecho y derecho positivo en la formación del jurista de nuestro tiempo*), *Acto solemne de investidura como doctor honoris causa de [...] Paolo Grossi*, a cura di B. Clavero, Sevilla, Universidad de Sevilla, 1998, pp. 19-30; « *Revista*

⁽⁹⁰⁾ Relativamente a J.-L. HALPÉRIN, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, Parigi, PUF, 1996.

⁽⁹¹⁾ A proposito di G. DOSSETTI, *Grandezza e miseria del diritto della Chiesa* a cura di F. Margiotta Broglio, Bologna, il Mulino, 1996.

⁽⁹²⁾ Lezione magistrale per il conferimento della laurea *honoris causa* da parte dell'Università di Siviglia (26 maggio 1998).

del Instituto de la Judicatura Federal », 6 (2000), pp. 149-164; *Sociedad, derecho, Estado* [2004, 198].

1998

[144] *Pagina introduttiva* (a sessant'anni dalle leggi razziali italiane del 1938), « QF », XXVII (1998), pp. 1-9; *Trent'anni di pagine introduttive* [2009, 261]; *Società, diritto, Stato* [2006, 229].

[145] *Modernità politica e ordine giuridico (nel ricordo di Anna Maria Battista)* ⁽⁹³⁾, « QF », XXVII (1998), pp. 13-39; *Assolutismo giuridico e diritto privato* [1998, 148].

[146] *Itinerari dell'assolutismo giuridico. Saldezze e incrinature nelle "parti generali" di Chironi, Coviello e Ferrara*, « QF », XXVII (1998), pp. 169-227; *Assolutismo giuridico e diritto privato* [1998, 148] ⁽⁹⁴⁾.

[147] *Aequitas canonica*, « QF », XXVII (1998), pp. 379-396 ⁽⁹⁵⁾; *Scritti canonistici* [2013, 309].

[148] *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Milano, Giuffrè [Per la storia del pensiero giuridico moderno, 52].

Contiene: *Ancora sull'assolutismo giuridico (ossia della ricchezza e delle libertà dello storico del diritto)*, pp. 1-11 [inedito ⁽⁹⁶⁾]; *Epicedio*

⁽⁹³⁾ Relazione introduttiva ai lavori del Convegno di studio su « Anna Maria Battista e la modernità politica » tenuta a Napoli presso l'Istituto universitario Suor Orsola Benincasa (20 febbraio 1998).

⁽⁹⁴⁾ 1. Il laboratorio civilistico italiano di fine Ottocento; 2. Fondazioni giusnaturalistiche, formalismo e statalismo: l'antinomia del diritto civile italiano moderno; 3. La civilistica italiana e la redazione di una « parte generale » del diritto civile; 4. Anno 1900: il « Trattato di diritto civile italiano » di Lando Landucci; 5. Anno 1904. Il « Trattato » di Gian Pietro Chironi: lo specchio di un personaggio ambiguo; 6. I lavori preparatori del « Manuale » di Nicola Coviello: la formazione culturale del giovane civilista; 7. Anno 1910: la « parte generale » del « Manuale » covielliano; 8. Lungo l'itinerario scientifico di Francesco Ferrara; 9. Anno 1921: le « dottrine generali » del « Trattato » ferrariano.

⁽⁹⁵⁾ Relazione letta in occasione del *dies annualis* del Tribunale Ecclesiastico Regionale Etrusco (7 maggio 1998).

⁽⁹⁶⁾ Traccia sintetica delle lezioni all'Università Cattolica di Milano e ai *Departamentos de derecho civil* della prima e seconda Università di Siviglia. Lo scritto è stato, poi, pubblicato anche in *Studi in onore di Giorgio Berti*, Napoli, Jovene, 2005, II, pp.

per l'assolutismo giuridico (dietro gli atti di un convegno milanese e alla ricerca di segni), pp. 13-31 [1988, 81]; *Interpretazione ed esegesi (anno 1890, Polacco vs. Simoncelli)*, pp. 33-68 [1989, 95]; "Il coraggio della moderazione". *Specularità dell'itinerario riflessivo di Vittorio Polacco*, pp. 69-126 [1989, 92]; *Assolutismo giuridico e diritto privato nel secolo XIX*, pp. 127-141 [1991, 107]; *Ripensare Gény*, pp. 143-192 [1991, 106]; *Assolutismo giuridico e diritto privato. Lungo l'itinerario scientifico di Raymonde de Saleilles*, pp. 193-261 [1993, 117]; *Scienza giuridica e legislazione nell'esperienza attuale del diritto*, pp. 263-274 [1996, 132]; *Un diritto senza Stato (la nozione di autonomia come fondamento della costituzione giuridica medievale)*, pp. 275-292 [1996, 130]; *Il disagio di un "legislatore". Filippo Vassalli e le aporie dell'assolutismo giuridico*, pp. 293-321 [1997, 137]; *Le aporie dell'assolutismo giuridico (ripensare, oggi, la lezione metodologica di Tullio Ascarelli)*, pp. 324-382 [1997, 141]; *Itinerari dell'assolutismo giuridico. Saldezze e incrinature delle "parti generali" di Chironi, Coviello e Ferrara*, pp. 383-441 [1998, 146]; *Modernità politica e ordine giuridico (nel ricordo di Anna Maria Battista)*, pp. 443-469 [1998, 145].

[149] *Intervento* ⁽⁹⁷⁾, in *Mario Nigro giurista*, Milano, Giuffrè, pp. 3-13; *Nobiltà del diritto*, I [2008, 245].

[150] *Pagina prefazionale*, in *Costantino Mortati, La costituzione in senso morale*. Ristampa inalterata con premessa di G. Zagrebelsky, Milano, Giuffrè [Per la storia del pensiero giuridico moderno, 49].

[151] *I domini collettivi come realtà complessa nei rapporti con il diritto statale, I demani civici e le proprietà collettive: un diverso modo di possedere, un diverso modo di gestire*. Atti della II riunione scientifica del Centro studi e documentazione sui demani civici e le proprietà collettive, Trento, 7-8 novembre, a cura di P. Nervi, Padova, Cedam ⁽⁹⁸⁾, pp. 13-30; « RDA », LV (1997), fasc. 3, pp.

1255-1268, *Società, diritto, Stato* [2006, 229], *Derecho, Sociedad, Estado* [2004, 198] e in traduzione portoghese in *Revista Direito GV* (Fundação Getúlio Vargas São Paulo), 2 (2005), pp. 19-30 e in *História da propriedade e outros ensaios* [2006, 223].

⁽⁹⁷⁾ In occasione della presentazione degli *Scritti giuridici* di Mario Nigro (Roma, 5 novembre 1996).

⁽⁹⁸⁾ Nel volume di Grossi anche un intervento al dibattito del 7 novembre 1996 (pp. 214-216).

261-277; *Lezioni sulla proprietà collettiva*, a cura di F. Marinelli, Pisa, Pacini, 2020 [Assesti fondiari collettivi, collana diretta da F. Marinelli e F. Politi, 4], pp. 245-261.

[152] *Prefazione*, in *La storia moderna del diritto italiano*, a cura di P. Grossi e Y. Murakami (trad. in giapponese a cura di K. Ohara, T. Matuura, y. Muratami), Tokio, 1998, pp. 3-6.

1999

[153] *Pagina introduttiva (continuità e trasformazione: la scienza giuridica italiana tra fascismo e Repubblica)*, « QF », XXVIII (1999), pp. 1-5; *Trent'anni di pagine introduttive* [2009, 261].

[154] *Itinerari dell'impresa*, « QF », XXVIII (1999), pp. 999-1038.

[155] *Segnalazioni [Juristische Zeitschriften⁽⁹⁹⁾; Le « Istituzioni di diritto privato » di Guido Alpa⁽¹⁰⁰⁾]*, « QF », XXVIII (1999), pp. 1109-1111.

[156] *C'era una volta l'Università in Italia*, « QF », XXVIII (1999), pp. 1141-1145.

[157] *“Modernismo jurídico” en el novecientos italiano*, « Revista del magister en derecho civil », 2-3 (1998-1999), pp. 13-20.

2000

[158] *Pagina introduttiva (ancora sulle fonti del diritto)*, « QF », XXIX (2000), pp. 1-10; *Società, diritto, Stato* [2006, 229]; *Trent'anni di pagine introduttive* [2009, 261].

[159] *Oltre le mitologie giuridiche della modernità*, in « QF », XXIX (2000), pp. 217-239⁽¹⁰¹⁾; *Mitologie giuridiche della modernità* [2001, 171]; *Paolo Grossi/Alpa* [2011, 281].

⁽⁹⁹⁾ Circa *Juristische Zeitschriften. Die neuen Medien des 18.-20. Jahrhundert*, Francoforte sul Meno, Klostermann, 1999.

⁽¹⁰⁰⁾ Torino, Utet, 1997, II edizione.

⁽¹⁰¹⁾ Prolusione tenuta in occasione della consegna del premio internazionale Duca di Amalfi (1 settembre 2000). Indice: 1. Mitologia giuridica come strategie vincente della modernità; 2. Progetto moderno del diritto e complessità dell'universo giuridico; 3. Riduzioni moderna: una visione potestativa del diritto; 4. Verso il recupero della

[160] *Globalizzazione e pluralismo giuridico* (a proposito di M.R. Ferrarese, *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, Bologna, 2000), « QF », XXIX (2000), pp. 551-558.

[161] *Scienza giuridica italiana: un profilo storico (1860-1950)*, Milano, Giuffrè (102).

[162] *Saluto* (pp. 22-24); *Interventi al dibattito* (pp. 75-77 e 186-187); *Considerazioni conclusive* (pp. 193-204), in *Stile fiorentino: veinticinco años de los Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*. Acta del coloquio celebrado en la Universidad Autónoma de Madrid (21-22 maggio 1998), a cura di M.C. Álvarez e P. Fernández Albaladejo, Madrid, Ediciones Unam.

[163] *Recensione* a B. Tierney, *The idea of natural Rights. Studies on Natural Rights, Natural law, and Church Law (1150-1625)*, Emory University studies on law and religion, Atlanta, Scholar Press, 1997, « Zeitschrift der Savigny Stiftung für Rechtsgeschichte — Kanonistische Abteilung », LXXXVI (2000), pp. 554-557; *Scritti canonistici* [2013, 309]; *Paolo Grossi/Alpa* [2011, 281].

[164] *La storia del diritto nella formazione del giurista di oggi*, in *Per una riflessione sulla didattica del diritto con particolare riferimento al diritto pubblico*, a cura di V. Cerulli Irelli e O. Roselli, Milano, Angeli, pp. 32-42.

2001

[165] *Pagina introduttiva: storia e cronistoria dei Quaderni fiorentini*, « QF », XXX (2001), pp. 1-12.

complessità: la scoperta del diritto come ordinamento; 5. Verso nuove fondazioni della positività del diritto; 6. Interpretazione-applicazione e nuovi confini della positività del diritto; 7. Verso il declino della mitologia giuridica post-illuminista.

(102) Il volume « trae origine da un appuntamento d'incontro con i dottorandi dello Istituto Universitario Europeo di Fiesole organizzato nel Maggio 1996 dai colleghi ed amici Silvana Sciarra e Giuliano Amato » (*Prefazione*, p. XV). Il progetto originario di versione inglese di queste lezioni non è mai andato in porto: cfr. P. Grossi, *Uno storico alla ricerca di sé stesso*, p. 111. Limitatamente al paragrafo *Fioritura canonistica* (cap. VI, n. 9) il testo è stato riedito in *Scritti canonistici* [2013, 309].

[166] *Il diritto tra norma e applicazione. Il ruolo del giurista nella attuale società italiana* ⁽¹⁰³⁾, « QF », XXX (2001), pp. 493-507; « Diritto & formazione. Rivista per la formazione e l'aggiornamento nelle professioni giuridiche », 2 (2002), fasc. 8-9, pp. 1293-1300; « Rassegna Forense », 25 (2002), fasc. 3, p. I, pp. 501-515; *Società, diritto, Stato* [2006, 229].

[167] *Segnalazioni*, « QF », XXX (2001), pp. 662-664.

[Un libro nuovo anzi novissimo: "La proprietà" di Ugo Mattei ⁽¹⁰⁴⁾].

[168] *Giustizia e diritto tra Medioevo ed età moderna*, « Filosofia politica », 1 (2001), pp. 51-56.

[169] *Giustizia come legge o legge come giustizia? Il valore giustizia nella civiltà giuridica occidentale* ⁽¹⁰⁵⁾, in *Interrogativi sul diritto "giusto"*, a cura E. Rippepe, Pisa, Ediplus, 2001 [Conversazioni in Sapienza, 1], pp. 69-80 ⁽¹⁰⁶⁾; *Mitologie giuridiche della modernità* [2001, 171] ⁽¹⁰⁷⁾.

[170] *Intervento sul tema È conoscibile il diritto del lavoro?* (Atti del convegno su « Riordinare il caos: conoscibilità delle norme e ruolo della dottrina per discutere il *Codice dei lavori* », a cura di M. Pedrazzoli), « Lavoro e diritto », XV (4/2001), pp. 549-553 ⁽¹⁰⁸⁾.

⁽¹⁰³⁾ Prolusione tenuta a Firenze in occasione della inaugurazione dei corsi della Scuola di specializzazione per le professioni legali (26 febbraio 2002) e, « con alcune modifiche », ripetuta per la inaugurazione della medesima scuola presso l'Università del Molise (21 marzo 2002).

⁽¹⁰⁴⁾ A riguardo di U. MATTEI, *I diritti reali*, 1, *La proprietà*, Torino, Utet, 2001.

⁽¹⁰⁵⁾ Lezione tenuta a Pisa nell'ambito del seminario coordinato da Eugenio Rippepe sul tema « Interrogativi sul diritto giusto » (23 novembre 1998). Lo scritto si articola in: 1. Diritto e legge tra medievale e moderno; 2. L'ordine giuridico nella visione medievale; 3. I segni del « moderno »: statualità del diritto e trasfigurazione della legge; 4. Un itinerario « moderno »: dal diritto alla legge.

⁽¹⁰⁶⁾ Come avverte l'autore un testo provvisorio era già stato messo a disposizione degli studenti, edito dal Servizio Editoriale Universitario dell'Università di Pisa, nel 2000.

⁽¹⁰⁷⁾ L'autore avverte che l'edizione pisana, rispetto a quella nel volume *Mitologie* deve considerarsi « provvisoria ».

⁽¹⁰⁸⁾ M. PEDRAZZOLI, *Codice dei lavori: ordinamento sistematico e combinazione trasparente delle norme*, II ed., Milano, Giuffrè, 2001.

[171] *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, Giuffrè.

Contiene (nella prima edizione 2001): Prefazione; *Un libro e la sua indole, il suo messaggio. Qualche nota introduttiva*, pp. 1-11; *Giustizia come legge o legge come giustizia? Annotazioni di uno storico del diritto*, pp. 13-39 [2001, 169]; *Oltre le mitologie giuridiche della modernità*, pp. 41-82 [2000, 159]; *Codici: qualche considerazione fra un millennio e l'altro*, pp. 83-124 [2002, 176] ⁽¹⁰⁹⁾. Nella seconda edizione (2005), accresciuta di una nuova prefazione (pp. IX-X), e del saggio *Le molte vite del giacobinismo giuridico, ovvero: la "Carta di Nizza", il progetto di "Costituzione europea" e le insoddisfazioni di uno strico del diritto*, pp. 127-163 (2003, 191). Nella terza edizione (2007), infine, oltre ad una nuova prefazione (p. XIII), compare il saggio *Il costituzionalismo moderno fra mito e storia*, pp. 167-234 (2006, 231) ⁽¹¹⁰⁾.

[172] *Considerazioni conclusive. Il periodo medievale e moderno, in Diritto generale e diritti particolari nell'esperienza storica*. Atti del Congresso internazionale della Società italiana di storia del diritto, Torino, 19-21 novembre 1998, Torino, Giappichelli, pp. 479-495.

[173] *Una lettura degli "Scritti" di Paolo Frezza* ⁽¹¹¹⁾, «SDHI», LXVII (2001), pp. IX-XX e *Nobiltà del diritto*, I [2008, 245].

[174] *Una risposta* (all'interno del seminario *A proposito del libro di Paolo Grossi Scienza giuridica italiana*), «DLRI», 92, XXII, 2001, pp. 557-561.

⁽¹⁰⁹⁾ Con aggiunta, rispetto agli atti del convegno, di «note esplicative e integrative».

⁽¹¹⁰⁾ Il volume, nella versione della prima edizione, è stato tradotto in spagnolo da M. Martínez Neira (*Mitologías jurídicas de la modernidad*, Madrid, Trotta, 2003) e in portoghese (*Mitologias jurídicas da modernidade*, Florianópolis, Fundação Boiteux) da Arno Dal Ri jr., prima nel 2004 (con i saggi della prima edizione), poi nel 2007 (con i saggi della terza edizione).

⁽¹¹¹⁾ Discorso tenuto nell'Aula Paolo VI della Pontificia Università Lateranense il 23 gennaio 2001.

2002

[175] *Unità giuridica europea: un medioevo prossimo futuro?*, « QF », XXXI (2002: *L'ordine giuridico europeo, radici e prospettive*), pp. 39-57; « Studi Medievali », serie III, anno XLVI (2003), pp. 1117-1134; *Società, diritto, Stato* [2006, 229].

[176] *Codici: qualche conclusione tra un millennio e l'altro* ⁽¹¹²⁾, *Codici. Una riflessione di fine millennio*. Atti dell'incontro di studio, Firenze 26-28 ottobre 2000, a cura di P. Cappellini e B. Sordi, pp. 579-599, Milano, Giuffrè [Per la storia del pensiero giuridico moderno, 61] e (in « versione rivisitata ») in *Mitologie giuridiche della modernità* [2001, 171].

[177] *Nota introduttiva* (pp. V-VI), a P. Costa, *Iurisdictio. semantica del potere politico nella pubblicistica medievale (1100-1433)*. Ristampa, Milano, Giuffrè [Per la storia del pensiero giuridico moderno, 62].

[178] *Globalizzazione, diritto, scienze giuridica* ⁽¹¹³⁾, « Foro it. », anno CXXVII, vol. CXXV 82002), parte V, col. 151-163; « Accademia nazionale dei Lincei. Classe di scienze morali, storiche, filologiche. Rendiconti », s. IX, vol. XIII, anno CCCIC (2002), 3, pp. 491-567, *Società, diritto, Stato* [2006, 229]; *Paolo Grossi/Alpa* [2011, 281].

Lo scritto è stato tradotto in spagnolo [*Derecho, sociedad, Estado* [2004, 198] e col titolo *Globalización, derecho, ciencia jurídica* (trad.

⁽¹¹²⁾ 1. Il Codice e il suo significato nella modernità giuridica; 2. Il Codice e i suoi caratteri storicamente tipizzanti; 3. Il Codice oggi: qualche considerazione dello storico del diritto.

⁽¹¹³⁾ Testo della conferenza tenuta di fronte alle classi riunite della Accademia dei Lincei (7 marzo 2002). Lo scritto è articolato in: 1. Qualche dilucidazione preliminare; 2. Un omaggio all'intestataro della conferenza linea: Piero Calamandrei; 3. Il significato storico della attuale globalizzazione; 4. Il diritto moderno e i suoi contrassegni storici: Stato, legge, territorio; 5. Incidenze della globalizzazione nell'universo giuridico: la prassi economica vuole produrre e produce diritto; 6. Il diritto della globalizzazione: informale, fattuale, plastico; 7. Il diritto della globalizzazione rifugge dalla testualità; 8. Globalizzazione, complessità giuridica, pluralismo giuridico; 9. Globalizzazione e penetrazione tra *common law* e *civil law*; 10. La globalizzazione giuridica: una occasione, un rischio.

L.H. Leysser Luggi), in « Revista del magister en derecho civil. Pontificia Universidad Católica del Perú », voll. 4-5 (2000/2001), pp. 13-33] e portoghese (*Globalização, direito e ciência jurídica*). Lo scritto compare in *O direito entre poder e ordenamento* [2010, 276] e in « Espaço jurídico », v. 10, n. 1 (2009), pp. 153-175.

[179] *La cultura del civilista italiano: un profilo storico* ⁽¹¹⁴⁾, Milano, Giuffrè; *Scienza e insegnamento del dritto civile in Italia. Atti del convegno di studio in onore del professor Angelo Falzea* (Messina, 4-7 giugno 2002), a cura di V. Scalisi, Milano, Giuffrè, 2004, pp. 1149-1228.

[180] *Proprietà e contratto*, in *Lo stato moderno in Europa. Istituzioni e diritto*, a cura di M. Fioravanti, Roma-Bari, Laterza, pp. 128-138 e, in traduzione spagnola di M. Martínez Neira, in *El estado moderno en Europa: instituciones y derecho*, Madrid, Trotta, 2004, pp. 127-136.

[181] *Potere e diritto nel Medioevo (Sapienza e diritto)*, in *Per me reges regnant: la regalità sacra nell'Europa medievale*, a cura di F. Cardini e M. Saltarelli, Rimini, Il cerchio, 2002, pp. 210-216 e 216-223 (interventi e risposte di Grossi agli interventi).

[182] *L'ultima carta dei diritti*, in *Carta europea e diritti dei privati*, a cura di G. Vettori, Padova, Cedam, 2002, pp. 247-253; *Diritti, nuove tecnologie, trasformazioni sociali. Scritti in memoria di Paolo Barile*, Padova, Cedam, 2003, pp. 469-476 ⁽¹¹⁵⁾.

⁽¹¹⁴⁾ 1. Il vizio giusnaturalistico della civilistica italiana; 2. Radici giusnaturalistiche, codificazione, esercizi esegetici; 3. Radici giusnaturalistiche e pandettismo civilistico; 4. Civilisti neoterici di fine Ottocento; 5. Rifondazioni culturali in Giacomo Venezian; 6. Il complesso paesaggio giuridico del primo Novecento; 7. Persistenze puristiche della civilistica italiana: le « Dottrine generali del diritto civile » di Francesco Santoro Passarelli; 8. Presenza vigili: Enrico Finzi; 9. Presenza vigili: il respiro aperto di Filippo Vassalli; 10. Presenza vigili: le certezze speculative di Emilio Betti; 11. Presenza vigili: Salvatore Pugliatti, un civilista inquieto, *a*) tra segni di inquietudine, *b*) nella piena dell'inquietudine, *c*) un approdo dell'inquietudine; 12. I civilisti nella crisi del secondo dopoguerra; 13. I germi sparsi degli anni Cinquanta; 14. Fertili anni Sessanta.

⁽¹¹⁵⁾ Ha come paragrafi (suddivisione non presente nel volume a cura di G. Vettori): 1. Lo storico del diritto e la « Carta di Nizza »; 2. Su qualche problema

Lo scritto è stato tradotto in spagnolo [col titolo *Carta de los Derechos fundaméntale de la Unión europea*, in «Gaceta de la Comisión nacional de los Derechos Humanos», 150 (2003), pp. 185-189 ⁽¹¹⁶⁾ e, col titolo *La última carta de los derechos*, in *Derecho, sociedad, Estado* (2004, 198)].

[183] *Il problema storico-giuridico delle proprietà collettive in Italia*, in *Analisi degli aspetti economico-estimativi e giuridici delle terre soggette al diritto di godimento collettivo*. Atti del XXXI incontro di studio del Centro studi di estimo e economia territoriale (Sassari, 14-15 settembre 2001), a cura di P. Gajo e F. Nuvoli, Sassari, Stampacolor, 2002, pp. 13-21.

2003

[184] *La formazione del giurista e l'esigenza di un odierno ripensamento epistemologico*, « QF », XXXII (2003), pp. 25-53; *La riforma degli studi giuridici*. Atti del convegno di Firenze, 28 febbraio 2003, a cura di V. Cerulli Irelli e O. Roselli, Napoli, ESI, 2005, pp. 31-55; *Società, diritto, Stato* [2006, 229].

Lo scritto è stato tradotto in spagnolo in *Derecho, sociedad, Estado* [2004, 198] e *História da propriedade e outros ensaios* [2006, 223] e pubblicato in traduzione portoghese di R.M. Fonseca (*A formação do jurista e a exigência de um hodierno "repensamento" epistemológico*), in «Revista de Faculdade de direito de UFPR (Universidade Federal de Paraná)», 40 (2004), pp. 5-25.

[185] *Diritto canonico e cultura giuridica* ⁽¹¹⁷⁾, « QF », XXXIII (2003), pp. 373-390; *Itinerario culturali del diritto canonico nel Novecento*. Atti dei Seminari di Diritto canonico presso la Facoltà di Giurisprudenza di Urbino, a cura di C. Fantappiè, Torino, Giappi-

suscitato dalla «carta»; 3. Caratteri e limiti della attuale dichiarazione dei diritti; 4. «Carta di Nizza» e identità europea.

⁽¹¹⁶⁾ Come *conferencia magistral* pronunciata in Messico nell'Auditorio del *Centro Nacional de Derechos Humanos* il 23 gennaio 2003.

⁽¹¹⁷⁾ Lezione tenuta presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Urbino (3 maggio 2001).

chelli, 2003, pp. 13-31; *Società, diritto, Stato* [2006, 229] e *Scritti canonistici* [2013, 309].

[186] *Ricordo di Adriano Cavanna*, « QF », XXXIII (2003), pp. 777-789 ⁽¹¹⁸⁾; « Jus », LII (2005), 1-2, pp. 13-24; *Nobiltà del diritto*, I [2008, 245].

[187] *Quale spazio, oggi, per lo storico del diritto?*, *Amicitiae pignus. Studi in memoria di Adriano Cavanna*, a cura di A. Padoa Schioppa et alii, Milano, Giuffrè, 2003, II, pp. 1165-1179; *Società, diritto, Stato* [2006, 229].

[188] *Prima lezione di diritto*, Roma-Bari, Laterza.

Lo scritto è stato tradotto in spagnolo da C. Alvarez (*La primera lección de derecho* (trad. C. Alvarez), Madrid, Barcelona, Marcial Pons, 2006), in portoghese da R.M. Fonseca (*Primeira lição sobre direito*, Rio de Janeiro, Forense, 2006), in francese da A. Bucelli, N. Maroger (*Première leçon de droit*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 2016 ⁽¹¹⁹⁾) e in albanese da Kl. Kojashi, E. Peoa (*Leksioni i parë i së drejtës*, Scutari, 2015).

[189] *Dalla società di società alla insularità dello stato tra Medioevo e età moderna* ⁽¹²⁰⁾, Napoli, Editoriale scientifica [Istituto Universitario Suor Orsola Benincasa. Lezioni Magistrali. Collana diretta da F. De Sanctis e F. Fichera]; *Società, diritto, Stato* [2006, 229]; *Paolo Grossi/Alpa* [2011, 281].

⁽¹¹⁸⁾ Intervento tenuto l'Università Cattolica Sacro Cuore di Milano durante la cerimonia di presentazione degli studi in ricordo di Adriano Cavanna (27 aprile 2004).

⁽¹¹⁹⁾ Contiene: *Préface à l'édition en langue française* (p. VII) e *Avant-Propos à l'édition française* del traduttore (pp. IX-XIII).

⁽¹²⁰⁾ 1. Universo medievale e universo moderno: il giurista alla ricerca di una discontinuità; 2. Alle radici della discontinuità: l'incompiutezza del potere politico medievale; 3. La ragnatela medievale: un universo di reti; 4. L'universo medievale come ordine giuridico; 5. L'ordine giuridico medievale quale tessuto di autonomie; 6. Gerarchia, stati, funzioni nel tessuto dell'ordine; 7. Esordio del moderno: frantumazione del tessuto ordinativo ed emersione dell'individuale; 8. Profilo del moderno: individualizzazione come liberazione; 9. Insularità del soggetto; 10. Insularità dello Stato; 11. Dallo *ius commune* a proiezione universale alla legge a proiezione statale.

Lo scritto è stato tradotto in spagnolo in *Derecho, sociedad, Estado* [2004, 198] e in portoghese in *O direito entre poder e ordenamento* [2010, 276] e « Sequência: estudos jurídico e político », vol. 28, n. 55 (2007), pp. 9-28 (trad. Arno del Ri jr.).

[190] *Carnalità dello spazio giuridico*, in *L'uomo e spazio nell'Alto Medioevo*. Atti delle Settimane di studio del Centro italiano sull'Alto Medioevo, Spoleto, 4-5 aprile 2002, Spoleto, CISAM, L, t. I, pp. 537-550.

[191] *Le molte vite del giacobinismo giuridico (ovvero: la "carta di Nizza", il progetto di "Costituzione europea" e le insoddisfazioni di uno storico del diritto)* ⁽¹²¹⁾, « RSDI », LXXVI (2003), pp. 31-50; « Jus », L (2003), pp. 405-422; *Mitologie giuridiche della modernità*, II ed. (2005) e III ed. (2007) [2002, 171] e, in traduzione spagnola, in *Derecho, sociedad, Estado* [2004, 198].

[192] *Salvatore Pugliatti giurista inquieto* ⁽¹²²⁾, « RDC », XLIX (2003), parte I, pp. 597-615; *Nobiltà del diritto*, I [2008, 245].

[193] *Aspetti giuridici della globalizzazione economica*, « I georgofili, atti della Accademia dei Georgofili », serie VII, vol. L (2003), pp. 35-46 ⁽¹²³⁾; *L'accademia dei Georgofili all'avvio del terzo millennio*, a cura di M. Naldini, Edizioni Polistampa, 2011, pp. 257-267; *Società, diritto, Stato* [2006, 229] e, in traduzione spagnola, in *Aspectos*

⁽¹²¹⁾ Relazione tenuta a Rimini al *Meeting per l'amicizia tra i popoli* nell'ambito dell'incontro avente ad oggetto: *Se ti distrai, l'Europa è giacobina* (agosto 2003). Struttura: 1. Il ruolo critico dello storico del diritto nel suo colloquio con il cultore del diritto vigente; 2. Un rischio della modernità: assolutizzazioni e modernizzazioni; 3. Una precisazione indispensabile: significati e messaggio del giacobinismo giuridico; 4. La riduzione « giacobina » della complessità sociale; 5. La « Carta » di Nizza come l'ultima carta dei diritti; 6. E l'illusione di una riduzione del diritto in testi cartacei; 7. E il suo marcato individualismo: l'individuo come indubbio protagonista; 8. E individuo insulare; 9. L'insufficiente disegno della dimensione collettiva del soggetto nel tessuto della « Carta »: un segno di continuità post-illuministica; 10. E l'esigenza di un recupero: contro la monopolizzazione stata; la società intermedia come situazione autenticamente politica; 11. L'insufficiente disegno della dimensione sociale del soggetto.

⁽¹²²⁾ Relazione all'Incontro di studio organizzato a Messina durante le manifestazioni per il primo centenario dalla nascita di Pugliatti (27-28 giugno 2003).

⁽¹²³⁾ Prolusione inaugurale pronunciata in occasione dell'inizio del 250° anno accademico.

jurídicos de la globalización económica, in *De la codificación a la globalización del derecho* [2010, 277].

[194] *Il terreno dell'esperienza*, in *La lingua, la legge, la professione forense*, a cura di A. Mariani Marini, Milano, Giuffrè, 2003, pp. 135-136.

2004

[195] *“Auctoritas” universale e pluralità di “potestas” nel mondo medievale* ⁽¹²⁴⁾, in *Mediterraneo, Mezzogiorno, Europa. Studi in onore di Cosimo Damiano Fonseca*, a cura di F. Andenna e H. Houben, Bari, Adda, I, pp. 561-572 ⁽¹²⁵⁾.

[196] *Crisi della legge e processi di globalizzazione*, Napoli, Jovene [Quaderni del dottorato di ricerca in diritto e economia, 1, Prolusioni], pp. 1-36 ⁽¹²⁶⁾.

[197] *Prólogo a L.H. Leysser Luggi, El sentido de la codificación civil: estudios sobre la circulación de los modelos jurídicos y su influencia en el código peruano*, Lima, Palestra, pp. 11-13.

⁽¹²⁴⁾ 1. Un giurista e il suo peculiare angolo d'osservazione. 2. Un tentativo di pulizia concettuale e terminologica: la inutilizzabilità del concetto/termine « Stato ». 3. L'universo politico-giuridico medievale nella ragnatela dell'ordine: un universo di autonomie. 4. Il Principe quale lettore dell'ordine: il suo potere come « iurisdiction ». 5. Complessità dell'universo politico-giuridico medievale: una comunità di comunità. 6. Una cautela metodologica a mo' di conclusione: evitiamo genericismi ed equivoci.

⁽¹²⁵⁾ Relazione integrata con i risultati della discussione intervenuta nell'Ottobre 2001 presso la Scuola Superiore di studi storici della Repubblica di San Marino in seno a *Il piccolo Stato. Politica, storia, diplomazia*. Atti del convegno 11-13 ottobre 2001 tenutosi a San Marino, a cura di L. Barletta, F. Cardini, G. Galasso, Bologna, AIEP, 2003, pp. 79-89.

⁽¹²⁶⁾ 1. Le ragioni di una presenza dello storico del diritto in seno a questo dottorato: un messaggio di Cesare Vivante; 2. Lo storico del diritto quale coscienza critica del cultore d'un diritto positivo; 3. Una riflessione storicistica su taluni « miti » della nostra modernità; 4. Sul riduzionismo giuridico moderno; 5. Alcuni recuperi urgenti: complessità e corallità del diritto; 6. E fattualità del diritto; 7. Crisi dello Stato, crisi della legge. Di alcune forze sollecitanti: a) la rapidità dell'odierno mutamento sociale, economico, politico, tecnico; b) La progressiva osmosi tra pianeta di *common law* e di *civil law*; 8. In particolare, della supplenza della prassi economica nella produzione del diritto; 9. Per una diagnosi realistica della crisi e per l'impegno del giurista di oggi nella edificazione giuridica dell'oggi e del domani.

[198] *Derecho, sociedad, Estado: una recuperación para el derecho* (edizione curata da J. del Arenal Fenocho, trad.: J.R. Narváez Hernández), México, Escuela libre de derecho, Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo.

Contiene ⁽¹²⁷⁾ (di Paolo Grossi):

Un derecho sin Estado. La noción de autonomía como fundamento de la constitución jurídica medieval, pp. 15-33 [1996, 130]; *De la sociedad de sociedades a la insularidad del Estado. Entre edad media y edad moderna*, pp. 35-60 [2003, 189]; *Algo más sobre el Absolutismo jurídico (o sea: De la riqueza y de la libertad del historiador del derecho)*, pp. 61-75 [1998, 148]; *El punto y la línea (historia del derecho y derecho positivo en la formación del jurista de nuestro tiempo)*, pp. 77-97 [1996, 131]; *Modelos históricos y proyectos actuales en la formación de un futuro derecho europeo*, pp. 99-110 [1996, 133]; *La última carta de los derechos*, pp. 111-121 [2002, 182]; *Las diversas vidas del jacobinismo jurídico (o bien: la Carta de Niza, el proyecto de "constitución europea", y las insatisfacciones de un historiador del derecho)*, pp. 123-152 [2003, 191]; *Globalización, derecho, ciencia jurídica*, pp. 153-181 [2002, 178]; *La formación del jurista y la exigencia de una reflexión epistemológica innovadora*, pp. 183-224 [2003, 184]; *Entrevista con Paolo*, pp. 225-238; *Imágenes de Paolo Grossi*.

[199] *El absolutismo jurídico; La Globalización jurídica; La codificación a 200 años del Código Napoleónico* ⁽¹²⁸⁾.

[200] *Ovidio Capitani e la dimensione giuridica* ⁽¹²⁹⁾, «RSDI», LXXVII (2004), pp. 269-280; *Nobiltà del diritto*, I [2008, 245].

⁽¹²⁷⁾ Oltre a *Introducción* (J. Hernández Díaz, IX-X), *Presentación* (J.L. Sobranes, pp. XI-XX), *Prefacio* (R.D. Fernández Sotelo, pp. XXI-XXIII), *Paolo Grossi en México* (J.R. Narváez Hernández, pp. 1-10), *Bienvenida* (J. del Arenal Fenocho, pp. 11-14).

⁽¹²⁸⁾ Ciclo di conferenze dedicate a *Derecho e Historia, perspectivas del Tercer Milenio*, 16-18 febbraio 2004, organizzate dal *Supremo Tribunal de Justicia* dello stato del Michoacán, dalla *Universidad de San Nicolás de Hidalgo* e dal *Congreso del Estado del Michoacán* (www.tribunalmmm.mx/conferencias/grossi-1 [-2; -3]).

⁽¹²⁹⁾ Relazione tenuta a Bologna alla *Giornata di studio per un maestro: Ovidio Capitani* (29 marzo 2004).

[201] *Un messaggio conclusivo* ⁽¹³⁰⁾, in *La costituzione europea tra stati nazionali e globalizzazione*. Convegno di studi Roma, 19-29 giugno 2003, a cura di L. Lanfranchi, Roma, Istituto della Enciclopedia italiana, pp. 157-167.

[202] *Nessun neo-medievismo, ma anzi modernità giuridica* (in merito a V. Ferrone, *Chiesa Cattolica e modernità. La scoperta dei diritti dell'uomo dopo l'esperienza dei totalitarismi*), in *Chiesa cattolica e modernità*. Atti del convegno della Fondazione Michele Pellegrino (6 febbraio 2004), a cura di F. Bolgiani *et alii*, Bologna, il Mulino, 2004, pp. 161-168.

[203] *Replica*, nel dibattito su « *come si può insegnare il diritto?* ». A Partire da P. Grossi, *Prima lezione di diritto*, Padova, 25 novembre 2004 (con contributi di G. Zaccaria, B. Pastore, P. Zatti), « *Ars interpretandi. Annuario di ermeneutica giuridica* », 9 (2004), pp. 393-399.

2005

[204] *Ricordo di Mario Sbriccoli*, « *QF* », 33/34 (2004-2005), pp. 1391-1399; *Nobiltà del diritto*, I [2008, 245].

[205] *Il diritto tra potere e ordinamento*, Napoli, Editoriale scientifica [Collana « *Lezioni magistrali* » diretta da F. De Sanctis e F. Fichera, 2]; *Società, diritto, Stato* [2006, 229] e, in traduzione portoghese, in *O Direito entre poder e ordenamento*, [2010, 276].

[206] *Legge e diritto. Una tradizione dell'Occidente*, in *Inchiesta sulla legge nell'Occidente giuridico*, a cura di U. Vincenti, Torino, Giappichelli, 2004 [Law and argumentation. Laboratorio di metodologia giuridica, collana diretta da U. Vincenti, 1] pp. 17-19 ⁽¹³¹⁾.

⁽¹³⁰⁾ 1. Per l'individuazione di un messaggio nelle trame dell'incontro; 2. Sulle diverse valutazioni del progetto costituzionale; 3. Sulle difficili relazioni tra mestieranti politici e giuristi; 4. Sull'impegno costruttivo dei giuristi e sul ruolo costruttivo della Corte di Giustizia nella formazione di un diritto comunitario; 5. Sulla insoddisfazione per il progetto e sulla supplenza dei giuristi per la edificazione di un diritto transnazionale.

⁽¹³¹⁾ Atti del convegno omonimo tenutosi a Firenze, Villa Ruspoli, il 2 dicembre 2003.

[207] *Gli assetti collettivi nella riflessione di Guido Cervati* ⁽¹³²⁾, « Archivio Scialoja Bolla », 1 (2005), pp. 1-12; *Nobiltà del diritto*, I [2008, 245]; *Guido Cervati. Scritti sugli usi civici, a cura di F. Marinelli e F. Politi*, L'Aquila, L'una, 2013, pp. 15-24.

[208] *Un personaggio, una terra: gli spaziosi confini di Cesare Ruperto* (Arte e prudenza del giudicare. Dialogo a più voci su un recente libro di C. Ruperto ⁽¹³³⁾), « RIFD », serie V, LXXXII (2005), pp. 331-341; *Nobiltà del diritto*, I [2008, 245].

[209] *Cronaca di un lontano incontro maceratese*, in *Il diritto privato nella società moderna*. Seminario in onore di Stefano Rodotà, a cura di G. Alpa, V. Roppo, Napoli, Jovene, 2005, pp. 33-38; *Nobiltà del diritto*, II [2014, 324].

[210] *Aspetti storico-giuridici degli usi civici*, « I Georgofili. Quaderni », II (2005), pp. 21-35 ⁽¹³⁴⁾.

[211] *Valore e limiti della codificazione del diritto (con qualche annotazione sulla scelta codicistica del legislatore canonico)*, « Jus », LII (2005), pp. 345-359; *L'eredità giuridica di San Pio X*, a cura di A. Cattaneo, Venezia, Marcianum Press, 2006, pp. 141-154 ⁽¹³⁵⁾; *Scritti canonistici* [2013, 309].

[212] *La legge come proiezione di voglie?* Intervista di Stefano Zurlo a Paolo Grossi, « Tracce. Rivista internazionale di Comunione e Liberazione », 6 (2005), pp. 22-23.

⁽¹³²⁾ Testo della relazione introduttiva al Convegno *Gli usi civici: ragioni e prospettive* promosso dal Centro studi sulle Proprietà Collettive "Guido Cervati" (21 ottobre 2004).

⁽¹³³⁾ Intervento presentato il giorno 9 ottobre 2004 presso l'Istituto Sturzo di Roma. Il volume è C. RUPERTO, *Una terra nel cuore. Luoghi persone e idee care ad un Presidente della Corte costituzionale*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2004.

⁽¹³⁴⁾ Contributo alla giornata di studio tenutasi presso l'Accademia dei Georgofili il 30 giugno 2005 dal titolo « Gli usi civici oggi ».

⁽¹³⁵⁾ Relazione introduttiva al convegno di studi sull'eredità giuridica di Pio X tenutosi a Venezia il 19 maggio 2005, presso l'Istituto di Diritto Canonico San Pio X dello *Studium Generale Marcianum*.

[213] *Il sistema giuridico medievale e la civiltà comunale* ⁽¹³⁶⁾, « RSDI », LXXVIII (2005), pp. 31-52; *La civiltà comunale italiana nella storiografia internazionale*. Atti del convegno internazionale di studi (Pistoia, 9-10 aprile 2005), a cura di A. Zorzi, Firenze, Firenze University Press, 2008, pp. 1-18 e, in traduzione portoghese (*O sistema jurídico medieval e a civilização medieval*), in *O direito entre poder e ordenamento* [2010, 276].

[214] *Intervento* (in merito a L. De Giovanni, *L'imperatore Costantino e il mondo pagano*) ⁽¹³⁷⁾, « SDHI », LXXI (2005), pp. 505-506.

[215] *Assolutismo giuridico e diritto privato: "I perché e la prospettive della crisi della giustizia in Italia"*. Conferenza dibattito con Paolo Grossi e Giovanni Pellegrino, Milano, Edizioni CMC Centro Culturale Milano [Quaderno contemporaneo cultura e amicizia (CD)].

[216] *Prima e dopo la Carta Europea: problemi aperti*. Conferenza dibattito con Paolo Grossi ⁽¹³⁸⁾ e Lorenzo Ornaghi, Milano, Edizioni CMC Centro Culturale Milano [Quaderno contemporaneo cultura e amicizia (CD)].

2006

[217] *Storicità del diritto*, « Apollinaris. Commentarius Instituti

⁽¹³⁶⁾ 1. Per un rinnovato e più intenso colloquio fra medievisti e storici del diritto; 2. Per la comprensione della civiltà giuridica medievale: l'esigenza di deporre un ideario e un vocabolo fuorvianti; 3. Il diritto medievale come ordine oggettivo alle radici della società; 4. La complessità dell'ordine giuridico medievale: un universo di autonomie; 5. La civiltà giuridica comunale: *ius commune* e *iura propria* nella rete delle autonomie; 6. *Ius commune* e *iura propria* nella riflessione innovatrice di Francesco Calasso.

⁽¹³⁷⁾ Incontro di presentazione della « nuova edizione (rivista e ampiamente rinnovata, soprattutto nell'apparato critico) » della originale pubblicazione del 1977 a cura di P.L. Carucci *et alii*, Napoli, M. D'Auia, 2003.

⁽¹³⁸⁾ 1. L'« ultima carta dei diritti », ovvero l'ultimo plagio del post-illuminismo; 2. Individuo o persona, ovvero il semplicismo illuminista e borghese verso una concezione realista dell'esperienza giuridica; 3. Diritto e doveri come espressione dell'immersione del soggetto nella sua dimensione sociale; 4. Verso diritti insaziabili? Il cittadino Europeo come *homo economicus* e come soggetto metastorico; 5. Carta di Nizza e Costituzione italiana: un passo indietro? Ceno conclusivo; 6. Carta dei diritti e Costituzione europea.

Pontificii Utriusque Iuris », LXXIX (2006), pp. 105-118 ⁽¹³⁹⁾; « Diritto, lavoro, mercati », 4 (2006), pp. 217-230; *Società, diritto, Stato* [2006, 229]; *Scritti canonistici* [2013, 309].

[218] *Code civil: una fonte novissima per la nuova civiltà giuridica*, « QF », XXXV (2006), pp. 83-114; *Il bicentenario del codice napoleonico*, Atti del convegno di Roma, 20 dicembre 2004, Roma, Bardi, pp. 19-42 e, in traduzione spagnola (*Code civil una fuente novedosa para la civilización jurídica*), in *De la codificación a la globalización del derecho* [2010, 277] ⁽¹⁴⁰⁾.

[219] *Un saluto alla giovane storiografia giuridica brasiliana* (a proposito di L. Beck Varela, *Das Sesmarias à propriedade moderna: Um estudo de história do direito Brasileiro* ⁽¹⁴¹⁾), « QF », XXXV (2006), pp. 1037-1042.

[220] *Il volto attuale dell'illecito penale (a proposito di un recente libro di Massimo Donini)* ⁽¹⁴²⁾, « QF », XXXV (2006), pp. 1043-1057.

[221] *Enrico Opocher nella cultura giuridica del Novecento*, in *Ricordo di Enrico Opocher. Omaggio a un maestro*. Atti della giornata in memoria tenutasi a Padova il 18 aprile 2005, a cura di G. Zaccaria, Padova, Cedam, pp. 15-36; *Nobiltà del diritto*, I [2008, 245].

⁽¹³⁹⁾ Lezione del 23 marzo tenuta alla Pontificia Università Lateranense.

⁽¹⁴⁰⁾ 1. Qualche parola esplicativa sulla intitolazione; 2. La maturità di tempi del *Code civil* e le forze storiche caratterizzanti: l'illuminismo giuridico; 3. La maturità di tempi del *Code civil* e le forze storiche caratterizzanti: la Rivoluzione francese; 4. Verso il *Code civil*: dal giusnaturalismo al giuspositivismo; 5. Il *Code civil* tra rivoluzione giacobina e restaurazione napoleonica; 6. Il *Code civil* e la sua novità rispetto alle consolidazioni precedenti; 7. Il *Code civil* e i suoi presupposti novissimi: soggetti e beni; 8. Il *Code civil*: una fonte che rompe col passato; 9. Sulla pretesa continuità tra *Code civil* e tradizione giuridica dell'*ancien droit*: la ri-fondazione delle fonti del diritto; 10. Sulla pretesa continuità tra *Code civil* e tradizione giuridica dell'*ancien droit*: la struttura architettonica e le pietre angolari; 11. Qualche conclusione e anche qualche cautela metodologica per lo storico del diritto.

⁽¹⁴¹⁾ Rio De Janeiro, Renovar, 2005.

⁽¹⁴²⁾ Intervento tenuto nel Seminario organizzato il 15 dicembre 2005 della Scuola di Specializzazione per le professioni legali dell'Università Suor Orsola Benincasa di Napoli a proposito del volume di M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale, La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano, Giuffrè, 2004.

[222] *Presentazione* (pp. 11-12), in S. Violi, *Il prologo di Ivo da Chartres: paradigmi e prospettive per la teologia e l'interpretazione del diritto canonico*, Lugano, Europres; *Scritti canonistici* [2013, 309].

[223] *História da propriedade e outros ensaios* (trad. di L.E. Fritoli, R.M. Fonseca e revisione tecnica di R.M. Fonseca), Rio de Janeiro, Renovar.

Contiene (di Paolo Grossi ⁽¹⁴³⁾): *A propriedade e as propriedades na oficina do historiador*, pp. 1-84 [1988, 80]; *A Formação do jurista e a exigência de uma reflexão epistemológica inovadora*, pp. 85-121 [2003, 184]; *Absolutismo jurídico, ou: da riqueza e da liberdade do historiador do direito*, pp. 123-137 [1998, 148]; *Pensamento jurídico*, pp. 139-146 [1988, 79].

[224] *Uno storico del diritto in colloquio con Capograssi*, « RIFD », serie V, LLXXXIII (2006), pp. 13-40 ⁽¹⁴⁴⁾; « RDA », LXXXV (2006), pp. 3-30; *Nobiltà del diritto*, I [2008, 245] e in traduzione portoghese (*Um historiador do direito em colóquio com Capograssi*, in *O direito entre poder e ordenamento* [2010, 276]).

[225] *Santi Romano: un messaggio da ripensare nella odierna crisi delle fonti* ⁽¹⁴⁵⁾, « Rassegna forense », XXXIX (2006), pp. 35-56; « Riv. trim. dir. e proc. civ. », LX (2006), pp. 377-395; *Nuove scienze per l'amministrazione. L'origine della SPISA* (Scuola di specializzazione in studi sull'amministrazione pubblica) a cura di G. Gemelli, Bologna, Bononia University Press, 2007, pp. 1-11; *Società, diritto, Stato* (2006) [2006, 229]; *Nobiltà del diritto*, I [2008, 245] e, in traduzione spagnola (*Santi Romano: un mensaje para reflexionar en la moderna crisis de las fuentes*), in *De la codificación a la globalización del derecho* [2010, 277].

[226] *Storicità del diritto. Lezione magistrale* (11 aprile 2006), Napoli, Jovene [Università Federico II di Napoli. Scuola di specializ-

⁽¹⁴³⁾ *Apresentação* (R.M. Fonseca: pp. VII-XVI); *Nota aos civilistas brasileiros* (L.E. Fachin: pp. XVII-XVIII); *Introdução à edição brasileira* (pp. XIX-XX).

⁽¹⁴⁴⁾ *Lectio* tenuta a Sulmona per il conferimento del XXV premio nazionale « Giuseppe Capograssi » (17 dicembre 2005).

⁽¹⁴⁵⁾ *Lectio doctoralis* pronunciata presso l'Università di Bologna (24 ottobre 2005).

zazione per le professioni legali. Quaderni (A.A. 2005-2006) ⁽¹⁴⁶⁾; *Società, diritto, Stato* [2006, 229].

[227] *Relazione introduttiva*, in *Tradizione civilistica e complessità del sistema. Valutazioni storiche e prospettive della "Parte generale" del contratto*. Atti del convegno di Foggia e Lucera, settembre 2003, a cura di F. Macario e M.N. Miletta, Milano, Giuffrè, 2006, pp. 7-17; *Società, diritto, Stato* [2006, 229].

[228] *Ordinamento* ⁽¹⁴⁷⁾, « Jus », LIII (2006), pp. 5-15; *Filosofia del diritto. Concetti fondamentali*, a cura di U. Pomarici, Torino, Giappichelli, 2007, pp. 439-449; *Atlante di filosofia del diritto. Selezione di voci*, a cura di U. Pomarici, Torino, Giappichelli, 2007 e 2013, pp. 165-175; *Società, diritto, Stato* [2006, 229]; *Paolo Grossi/Alpa* [2011, 281].

[229] *Società, diritto, Stato: un recupero per il diritto*, Milano, Giuffrè [Per la storia del pensiero giuridico moderno, 70].

Contiene: *Le ragioni di questo libro*, pp. IX-XX; *Il punto e la linea (l'impatto degli studi storici nella formazione del giurista)*, pp. 3-12 ⁽¹⁴⁸⁾ [1996, 135]; *Storia del diritto e diritto positivo nella formazione del giurista di oggi*, pp. 13-25 [1997, 143]; *Quale spazio, oggi, per lo storico del diritto?* ⁽¹⁴⁹⁾, pp. 27-41 [2003, 187]; *Ancora*

⁽¹⁴⁶⁾ Al testo della relazione sono state aggiunte « alcune note necessarie per la piena comprensione del testo ».

⁽¹⁴⁷⁾ 1. *Ordo*, ordine, ordinamento; 2. Visioni ordinarie al di là del « moderno »; 3. Ordinamento: sulla insignificanza ed equivocità della nozione nella cultura giuridica moderna; 4. La crisi novecentesca delle fonti e la rinnovata percezione della dimensione autenticamente ordinativa del diritto; 5. « Ordinamento giuridico »: uno strumento fertile della teoria novecentesca del diritto; 6. « Ordinamento giuridico »: un osservatorio per la complessità del diritto; 7. « Ordinamento giuridico »: il recupero delle dimensioni sociale e collettiva del diritto; 8. « Ordinamento giuridico »: la riscoperta del pluralismo giuridico; 9. Una ferma acquisizione affrancatoria: la pluralità degli ordinamenti giuridici; 10. I rigurgiti monistici e la rivincita attuale di una visione ordinativa.

⁽¹⁴⁸⁾ Rispetto al testo congressuale genovese la versione aggiunge alcune « note essenziali », un titolo modificato e la conservazione di quello originario come sottotitolo.

⁽¹⁴⁹⁾ Testo « con semplici correzioni formali » della relazione introduttiva tenuta il 10 dicembre 1999 al congresso organizzato a Milano dalla Società Italiana di Storia del Diritto (i cui atti non sono stati oggetto di stampa).

sull'assolutismo giuridico (ossia: della ricchezza e della libertà dello storico del diritto), pp. 43-53 [1998, 148]; *Unità giuridica europea: medioevo prossimo futuro?*, pp. 55-73 [2002, 175]; *Dalla società di società alla insularità dello Stato: fra Medioevo e età moderna*, pp. 79-95 [2003, 189]; *Storicità del diritto*, pp. 97-108 [2006, 217]; *Storicità del diritto*, pp. 109-124 [2006, 226]; *Diritto canonico e cultura giuridica*, pp. 125-140 [2003, 185]; *Santi Romano: un messaggio da ripensare nell'odierna crisi delle fonti*, pp. 143-163 [2006, 225]; *Il diritto tra potere e ordinamento*, pp. 163-201 [2005, 205]; *Ordinamento*, pp. 203-215 [2006, 228]; *Un recupero per il diritto: oltre il soggettivismo moderno*, pp. 217-232 [inedito] ⁽¹⁵⁰⁾; *Il diritto tra norma e applicazione (il ruolo del giurista nella attuale società italiana)*, pp. 235-249 [2001, 166]; *La formazione del giurista e l'esigenza di un odierno ripensamento epistemologico*, pp. 251-278 [2003, 184]; *Globalizzazione, diritto, scienza giuridica*, pp. 279-300 [2002, 178]; *Aspetti giuridici della globalizzazione economica*, pp. 301-312 [2003, 193]; *Pagina introduttiva (ossia: delle miserie del legislatore italiano)*, pp. 313-318 [1997, 136]; *Pagina introduttiva (a sessant'anni dalle leggi razziali italiane del 1938)*, pp. 319-324 [1998, 144]; *Pagina introduttiva (ancora sulle fonti del diritto)*, pp. 325-331 [2000, 158]; *Introduzione a "Tradizione civilistica e complessità del sistema"*, pp. 335-343 [2006, 227].

[230] *L'agricoltura e il suo diritto nell'età della globalizzazione*,

(150) « È il testo della relazione tenuta a Treviso il 17 gennaio 2006, nell'ambito del Convegno internazionale organizzato dalle cattedre di diritto Costituzionale dell'Università di Padova sul tema: *Virtù e torti del diritto nelle società post-moderne: i diritti umani all'alba del terzo millennio*. Lo scritto è stato, poi, pubblicato in *Il traffico dei diritti insaziabili*, a cura di L. Antonini, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2007 [Novae terrae. Collana diretta da F. Felice, 6], pp. 21-36. Il testo, nella versione usata quale *Lectio magistralis* in occasione del conferimento della laurea honoris causa conseguita presso l'Università Cattolica di Milano, è stato ripubblicato anche nel 2007 [2007, 232]. Lo studio si articola in: 1. Su « moderno » e « pos-moderno » nella storia del diritto; 2. Alcune precisazioni preliminari intorno al « soggetto », al « soggettivismo », allo « atomismo soggettivistico »; 3. Alle radici del soggettivismo moderno; 4. Lungo l'itinerario dell'individualismo moderno: il giusnaturalismo tra idealità e ideologia; 5. L'illuminismo giuridico e la sua antinomia di fondo fra dispotismo statale e individuazione di diritto universali; 6. La riduzione del paesaggio giuridico moderno: la vanificazione delle dimensioni collettiva e sociale dell'individuo; 7. Astoricità e asocialità della modernità giuridica: la scelta per la astrattezza; 8. Qualche riflessione conclusiva: per un recupero della complessità del diritto nella complessità della società.

« Annali dell'Accademia nazionale di agricoltura (Bologna) », CXXVI (2006), pp. 17-26.

[231] *Il costituzionalismo moderno fra mito e storia*, « Giornale di storia costituzionale », 11 (2006), 1 (Storia, giustizia, costituzione. Per i cinquant'anni della Corte costituzionale), pp. 25-52 ⁽¹⁵¹⁾; *Mitologie giuridiche* (III ed.) [2001, 171].

2007

[232] *Un recupero per il diritto: oltre il soggettivismo moderno. Persona e Stato*, Milano, Fondazione per la sussidiarietà, 2007 (I quaderni della sussidiarietà, 3), pp. 39-52 ⁽¹⁵²⁾; *Società, diritto, Stato* [2006,...]; *Paolo Grossi /Alpa* [2011, 281] ⁽¹⁵³⁾.

[233] *Ein Gespräch mit... Paolo Grossi*, a cura di Stefano Solimano e Massimo Meccarelli, in « Forum historiae iuris [www.forhistiur.de/zitat/0703/meccarelli-solimano-grossi.htm] ».

⁽¹⁵¹⁾ L'autore annuncia in nota la futura pubblicazione quale capitolo introduttivo di un « manuale » di Diritto Costituzionale promosso da L. Antonini, M. Bertolissi, L. Violini che, però, non è stato pubblicato. Studio così articolato: 1. Una preliminare esigenza affrancatrice; 2. Un recupero per il diritto: società, diritto, Stato; 3. Il monismo giuridico moderno: l'età dell'assolutismo giuridico; 4. Assolutismo giuridico e costituzionalismo: il costituzionalismo moderno e le sue matrici borghesi; 5. Le « Carte dei diritti »: un costituzionalismo senza Costituzione; 6. Un mito duro a morire: l'uguaglianza; 7. Un mito duro a morire: la rappresentanza politica e lo svuotamento della sovranità popolare; 8. Un mito duro a morire: la legalità; 9. Legalità, legge, Codice: la testualità dell'imperativo giuridico; 10. L'esilio dei fatti: l'avversione per i fatti normativi; 11. L'esilio della interpretazione/applicazione; 12. La riduzione delle fonti del diritto: la piramide gerarchica; 13. Semplicismo del paesaggio costituzionale moderno: Stato/persona e individuo. L'esilio delle società intermedie.

⁽¹⁵²⁾ *Lectio Magistralis* tenuta il 27 febbraio 2007 in occasione del conferimento della Laurea honoris causa alla Università Cattolica di Milano, pubblicata anche in libretto autonomo assieme al « Discorso di apertura » di Lorenzo Ornaghi e alla *Laudatio* di Romeo Astorri.

⁽¹⁵³⁾ Un testo in larga parte simile nella struttura, in traduzione portoghese di R.M. Fonseca (pp. 9-19) e in lingua italiana (pp. 21-31) e verosimilmente consistente nell'orazione pronunciata il 17 settembre 2007 presso la Facoltà di diritto dell'Università del Paraná, è stato pubblicato col titolo *Para além do subjetivismo jurídico moderno* (*Oltre il soggettivismo giuridico moderno*), Curitiba, Juruá, 2007.

[234] *“Un altro modo di possedere” rivisitato* ⁽¹⁵⁴⁾, « Archivio Scialoja Bolla », 1 (2007), pp. 1-11; « Diritto romano attuale. Storia metodo cultura nella scienza giuridica », n. 16 (2006), pp. 29-38; « Agricoltura, istituzioni, mercati. Rivista di diritto agroalimentare e dell’ambiente », 1 (2007), pp. 11-20; *Un altro modo di possedere*. Ristampa 2017 [2017, 356].

[235] Colloquio/intervista (pp. 17-74); *Conclusioni* (p. 75), in *Incontro con Paolo Grossi*, a cura di I. Belloni e E. Ripepe, Pisa, Edizioni Plus, 2007 ⁽¹⁵⁵⁾.

[236] *L’Europa del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2007 (Collana « Fare l’Europa »); Roma-Bari, Laterza, 2016 (Collana « Biblioteca universale », 668).

Il volume è stato tradotto in francese (*L’Europe du droit*, trad.: S. Taussig e con una presentazione alle pp. 13-52), Paris, Seuil, 2011, in inglese (*A history of European law*, trad.: L. Hooper, Oxford, Basil-Blackwell, 2010), in tedesco (*Das Recht in der europäischen Geschichte*, trad.: G. Kuck), München, Beck, 2010) e in spagnolo (*Europa y el derecho*, trad.: L. Giuliani, Barcelona, Crítica, 2007).

[237] *Presentazione* (pp. 37-38), *Conclusioni* (pp. 453-459), in *Penale, giustizia, potere. Per ricordare Mario Sbriccoli*, a cura di L. Lacché, C. Latini, P. Marchetti, M. Meccarelli, Macerata, EUM, 2007.

[238] *Gino Giugni nella scienza giuridica del Novecento*, « DLRI », 114, anno XXIX (2007), pp. 247-264; *Nobiltà del diritto*, I [2008, 245].

[239] *Riflessioni conclusive*, in *Comunità e beni comuni dal Medioevo a oggi*. Atti della giornata di studio di Capugnano, 10 settembre

⁽¹⁵⁴⁾ Intervento tenuto presso l’Istituto Sturzo di Roma il 4 maggio 2006 durante un incontro organizzato da F. Spantigati.

⁽¹⁵⁵⁾ Contiene il colloquio tenuto con gli allievi del Dottorato di ricerca in Diritto privato e della Scuola di dottorato in Giustizia costituzionale e diritti fondamentali dell’Università di Pisa (8 giugno 2006). Nel volume: M. Goldoni, *Bentornato (e grazie) a Paolo Grossi* (pp. 7-10), E. Ripepe, *Qualche parola di introduzione* (pp. 11-15); U. Breccia, *Paolo Grossi e la cultura del civilista a italiano* (pp. 79-89).

2005, a cura di R. Zagnoni, Porretta Terme, Gruppo di studi Alta Valle del Reno — Società pistoiese di Storia Patria, 2007 [Storia e ricerca sul campo fra Emilia e Toscana, 16], pp. 159-163.

[240] *Discorso di saluto*, in *Diritto agrario. Agricoltura-Alimentazione-ambiente*. Atti del convegno di Pisa, 26-27 ottobre 2007. A dieci anni dalla scomparsa di Antonio Carrozza, « RDA », LXXXVI (2007), fasc. speciale, pp. 475-478.

[241] *La recuperación del derecho*, « Metapolítica: la mirada limpia de la política », vol. 11, n. 55 (2007), pp. 42-56.

2008

[242] *Un libro del 1995 e il suo progetto culturale (sulla genesi de "L'ordine giuridico medievale")*, « RSDI », LXXX (2008), pp. 331-344 e, in traduzione tedesca (*Ein Buch von 1995 und sein kultureller Plan. Über die Entstehung von « L'ordine giuridico medievale »*), « Zeitschrift der Savigny Stiftung für Rechtsgeschichte. Germanistische Abteilung », CXXVI (2009), pp. 2008-222 ⁽¹⁵⁶⁾.

[243] *Uno storico del diritto alla ricerca di sé stesso*, Bologna, il Mulino [Istituto italiano di scienze umane. Lezioni di Palazzo Strozzi] ⁽¹⁵⁷⁾.

⁽¹⁵⁶⁾ Preceduto da una presentazione di J. Rückert (p. 207).

⁽¹⁵⁷⁾ Il volume contiene le tre lezioni (*Lezioni di Palazzo Strozzi*) tenute nel Dicembre 2006 presso il fiorentino Istituto di scienze umane: Prima lezione [*Qualche chiarimento necessario, La improbabile nascita di uno storico del diritto, All'interno della "Storia del diritto italiano": insoddisfazioni e frustrazioni, Storico del diritto: alla ricerca di una identità; Un recupero per il diritto; Un recupero per la storia (11-36)*]; Seconda lezione [*In colloquio con Emilio Betti, e con Francesco Calasso, Prime linee di ricerca: Il mio filone canonistico, Prime linee di ricerca: il diritto privato comune, E il tema assillante di un trentennio: il rapporto uomo/cose, uomo/terra, Un progetto culturale e il suo necessario supporto organizzativo: "per la storia del pensiero giuridico moderno". Il Centro di studi e i "Quaderni fiorentini" (37-74)*]; Terza Lezione [*A Firenze: un Centro di studi, una Rivista scientifica, una comunità di studiosi, Continua il tema assillante di un trentennio: il rapporto uomo/cose, In particolare: un altro modo di possedere, Il centro di studi per la storia del pensiero giuridico moderno e le sue iniziative congressuali...*, Anno 1985: *La proprietà e le proprietà nell'officina dello storico*, Anno 1988: *Epicidio per l'assolutismo giuridico*, *Gli anni Novanta: approcci con l'assolutismo giuridico*, *Tempo di raccolti*. Anno 1995: *L'ordine giuridico medievale*, *Tempo di raccolti*. Anno 2001: *Mitologie giuridiche*

[244] *L'Europa del diritto. Uno storico del diritto in colloquio con gli storici del pensiero economico*, « Il pensiero economico italiano », XVI (2008), pp. 1-15.

[245] *Nobiltà del diritto: profili di giuristi*, Milano, Giuffrè [Per la storia del pensiero giuridico moderno, 80].

Contiene: Prefazione, VI-XI; *Omaggio a Edoardo Ruffini* (discorrendo di una singolare esperienza di studio e di due libri singolari), pp. 1-11 ⁽¹⁵⁸⁾ [1978, 40]; *Gian Gastone Bolla e la cultura giuridica italiana del Novecento*, pp. 13-18 [1986, 75]; *Un giurista solitario: Enrico Finzi*, pp. 20-45 [75, 1986]; *Il giurista Giorgio La Pira*, pp. 47-67 [1986, 75]; *Il professore e Via Laura* (Giorgio La Pira e la facoltà giuridica fiorentina), pp. 69-79 [inedito]; *Storia di esperienze giuridiche e tradizione romanistica (a proposito della rinnovata e definitiva Introduzione allo studio del diritto romano di Riccardo Orestano)*, pp. 81-102 [1988, 82]; *“Il coraggio della moderazione” (specularità dell’itinerario riflessivo di Vittorio Polacco)*, pp. 131-188 [1989, 92]; *La cultura giuridica di Giovanni Zucconi*, pp. 103-130 [1989, 91]; *Omaggio a Angelo Falzea*, pp. 189-215 [108, 1991]; *Ripensare Gény*, pp. 217-267 [1991, 106]; *Assolutismo giuridico e diritto privato. Lungo l’itinerario giuridico di Raymond de Saleilles*, pp. 269-338 [1993, 117]; *Un grande giurista del nostro tempo: Franz Wieacker (1908-1994)*, pp. 339-361 [1995, 127]; *L’itinerario scientifico di Enrico Bassanelli*, pp. 363-383 [1995, 126]; *Alla ricerca di frammenti di verità (omaggio a Francisco Tomás y Valiente)*, pp. 385-413 [1996, 131]; *Il disagio di un legislatore (Filippo Vassalli e le aporie dell’assolutismo giuridico)*, pp. 415-444 [1997, 137]; *Le aporie dell’assolutismo giuridico: ripensare oggi la lezione metodologica di Tullio Ascarelli*, pp. 445-504 [1997, 141]; *Una lettura degli “Scritti” di Paolo Frezza*, pp. 515-529 [2001, 173]; *Salvatore Pugliatti giurista inquieto*, pp. 531-555 [2003, 192]; *Ricordo di Adriano Cavanna*, pp. 557-569 [2003, 186]; *Ovidio Capitani e la dimensione giuridica*, pp. 571-583 [2004, 200]; *Gli assetti collettivi nella riflessione di Guido Cervati*, pp. 585-596 [2005, 207]; *Un personaggio, una terra: gli*

della modernità, *Tempo di raccolti. Anno 2000. Scienza giuridica italiana, Tempo di raccolti. Anno 2003: prima lezione di diritto, Tempo di raccolti, Anno 2006: Società, diritto, Stato, Un saluto finale* (75-119)].

⁽¹⁵⁸⁾ Con una postilla (pp. 10-11) rispetto all’originale contenente una lettera di Ruffini dell’Aprile 1979.

spaziosi confini di Cesare Ruperto, pp. 597-609 [2005, 208]; *Ricordo di Mario Sbriccoli*, pp. 611-620 [2005, 204]; *Enrico Opocher nella cultura giuridica del Novecento italiano*, pp. 621-639 [2006, 221]; *Uno storico del diritto in colloquio con Capograssi*, pp. 641-667 [2006, 224]; *Santi Romano: un messaggio da ripensare nella odierna crisi delle fonti*, pp. 669-688 [2006, 225]; *Gino Giugni nella scienza giuridica del Novecento*, pp. 689-711 [2007, 238]; *Alberto Trabucchi civilista europeo*, pp. 713-739 ⁽¹⁵⁹⁾ [inedito].

[246] *Il “giurista” Giovanni Nencioni*, in *Per Giovanni Nencioni. Atti del convegno internazionale di studi organizzato dall’Accademia della Crusca*, Pisa-Firenze, 4-5 maggio 2008 (Studi di Grammatica italiana, XXVII, (2008); « QF », XXXIX (2010), pp. 909-917 ⁽¹⁶⁰⁾; *Nobiltà del diritto*, II [2014, 324]).

[247] *Lungo l’itinerario di Piero Calamandrei* ⁽¹⁶¹⁾, « Rassegna forense », XLI (2008), pp. 1037-1057; « Riv. trim. dir. e proc. civ. », LXIII (2009), pp. 265-885; P. CALAMANDREI, *Garanzie e limiti del potere giudiziario: relazioni e interventi all’Assemblea costituente* (con contributi di G. Alpa, E. Cheli, P. Grossi), Genova, Marietti 1820, pp. 13-21; *Nobiltà del diritto*, II [2014, 324].

[248] *La proprietà collettiva e le sue dimensioni ambientale e sociale: introduzione ai lavori* ⁽¹⁶²⁾, « Archivio Scialoja-Bolla », 1 (2008), pp. 11-18; *Un altro modo di possedere*. Edizione 2017 [2017, 356].

⁽¹⁵⁹⁾ Intervento alla giornata di studio (Illasi, il 29 settembre 2007) per il centenario della nascita di Trabucchi, poi pubblicato anche negli atti della giornata: *La formazione del diritto europeo. Giornata di studi per Alberto Trabucchi nel centenario della nascita*, Padova, Cedam, 2009, pp. 45-69.

⁽¹⁶⁰⁾ Intervento scritto in occasione dell’Incontro organizzato dalla Accademia della Crusca il 5 maggio 2009 per ricordare il primo anniversario della morte di Giovanni Nencioni.

⁽¹⁶¹⁾ Relazione tenuta a Firenze il 6 febbraio 2009 in occasione della presentazione del volume *Atti del primo congresso nazionale giuridico forense del secondo dopoguerra — settembre/novembre 1947*, organizzato dal Consiglio nazionale forense e dall’Ordine degli avvocati di Firenze.

⁽¹⁶²⁾ Introduzione ai lavori della XIII riunione scientifica del *Centro studi e documentazione sui demani civici e le proprietà collettive* di Trento (15 novembre 2007) dedicata al tema: *Proprietà collettiva: attualità di un antico ordinamento con valenza ambientale e sociale*. Lo scritto si struttura in: 1. Proprietà collettive e ambiente: un problema; 2. L’Europa della Rivoluzione e dei Codici: una antropologia individualista;

[249] *“Usi civici”: una storia vivente*, « Archivio Scialoja-Bolla », 1 (2008), pp. 19-27 ⁽¹⁶³⁾; *Un altro modo di possedere*. Edizione 2017 [2017, 356].

[250] *Il diritto come ordinamento e non come potere*, « Atlante. Quadrimestrale della Fondazione per la sussidiarietà », a. IV (2008), pp. 65-71.

[251] *Sussidiarietà. Bussola per il futuro* (intervista a Paolo Grossi di D. Ciccarelli) ⁽¹⁶⁴⁾, « Il Den. Il mensile del denaro », VII (2/2008), pp. 18-21.

[252] *Introduzione* (in lingua portoghese) a Santi Romano, *O ordenamento jurídico* (trad. Arno dal Ri Jr.), Florianópolis, Fundação Boiteux, pp. 11-31.

2009

[253] *Crisi delle fonti e nuovi orizzonti del diritto*, Napoli, Satura, 2009.

[254] *La proprietà e le proprietà, oggi*, in *Coordinamento dei dottorati di ricerca in diritto privato. Atti del XI Incontro nazionale, Firenze 25-26 gennaio 2008*, a cura di G. Collura, Milano, Giuffrè, 2009, pp. 1-19 ⁽¹⁶⁵⁾; « Riv. trim. dir. e proc. civ. », LVI (2012), pp. 1059-1085; *Paolo Grossi/Alpa* [2011, 281] e, in traduzione spagnola di Y. Cornero Cruzat (*La propiedad y las propiedades hoy*), in « Observatorio de derecho civil », V, *Derechos reales*, Lima, Motivensa, 2010 pp. 73-85.

3. Il pianeta delle proprietà collettive: reicentrismo e comunitarismo; 4. La rilevanza degli assetti fondiari collettivi sul piano ambientale.

⁽¹⁶³⁾ Relazione tenuta al Gruppo di Rifondazione Comunista del Consiglio regionale toscano (17 gennaio 2008).

⁽¹⁶⁴⁾ Intervista rilasciata in occasione della concessione della Laurea *Honoris causa* alla Università Sor Orsola Benincasa di Napoli.

⁽¹⁶⁵⁾ Lezione tenuta a Firenze il 25 gennaio 2008. Sono stati inseriti « alcuni riferimenti puntuali a citazioni fatte [e] minime indicazioni bibliografiche utili al dottorando ». Lo scritto è suddiviso in: 1. Uno storico del diritto in colloquio con i civilisti; 2. Storicità della proprietà e qualche cautela metodologica; 3. *Le proprietà dei medievali*; 4. Il ritorno a *la* proprietà: genesi e sviluppo della proprietà moderna; 5. Novecento giuridico: il protagonismo dei fatti e la riscoperta de *le* proprietà; 6. Il tempo della de-materializzazione.

[255] *Un impegno per il giurista di oggi: ripensare le fonti del diritto*, Napoli, Università suor Orsola Benincasa, 2008 ⁽¹⁶⁶⁾; Paolo Grossi/Alpa [2011, 281] e, in traduzione spagnola (*Una responsabilidad para el jurista actual: repensar las fuentes del derecho* ⁽¹⁶⁷⁾), in *De la codificación a la globalización del derecho* [2010, 277].

[256] *Il ruolo del giurista nella attuale crisi delle fonti di diritto*, in *La formazione del giurista nel XXI secolo*, a cura di P. Olivelli, Macerata, Eum, pp. 37-62 ⁽¹⁶⁸⁾.

[257] *L'avvio di un itinerario scientifico. Una lettura del primo volume degli "Scritti giuridici" di Salvatore Pugliatti* ⁽¹⁶⁹⁾, « RDC », LV (2009), parte II, pp. 365-384; *Nobiltà del diritto*, II [2014, 324].

[258] *Il diritto civile tra le rigidità di ieri e le mobilità di oggi*, in *Scienza giuridica privatistica e fonti del diritto*, a cura di M. Lobocono, Bari, Cacucci, 2009, pp. 17-46 ⁽¹⁷⁰⁾; Paolo Grossi/Alpa [2011, 281].

⁽¹⁶⁶⁾ *Lectio* pronunciata in occasione del conferimento della laurea magistrale *honoris causa*. Il saggio si articola in: 1. Il Novecento giuridico e la riscoperta della storicità del diritto; 2. La « serrata » delle fonti nel diritto borghese sette/ottocentesco; 3. La mitologia della legge e le « Disposizioni preliminari » al vigente Codice civile italiano; 4. Il Novecento giuridico: dallo Stato alla società; 5. Costituzione e società civile; 6. Il laboratorio Europa: una officina per il nuovo diritto; 7. Oggi: il nuovo pluralismo delle fonti; 8. Oggi: la nuova fattualità del diritto; 9. L'esigenza di un cambio di mentalità per l'odierno giurista: il recupero di una visione ordinamentale del diritto.

⁽¹⁶⁷⁾ Lo studio è stato presentato anche entro una conferenza tenuta alla *Universidad de Navarra* (30 maggio 2008).

⁽¹⁶⁸⁾ Lezione tenuta all'Istituto di Esercitazioni Giuridiche della Facoltà di Giurisprudenza di Macerata (A.A. 2007-2008).

⁽¹⁶⁹⁾ Relazione tenuta nell'aula magna dell'Università di Messina il 15 ottobre 2008 nell'occasione della stampa del volume: S. PUGLIATTI, *Scritti giuridici*; I, 1927/1936, Milano, Giuffrè, 2008.

⁽¹⁷⁰⁾ Nel volume anche la replica agli interventi successivi al convegno: pp. 123-127. Lo scritto è articolato in: 1. Un itinerario singolare: dalla estrastatalità alla statualità del diritto civile; 2. « Durezza » e « purezza » del moderno diritto civile; e un corredo di fondazioni mitologiche; 3. Il recupero della storicità del diritto e del diritto civile in particolare; 4. La svolta del Novecento giuridico: la Costituzione; 5. La svolta del Novecento giuridico: la dimensione sovranazionale europea, una fucina di futuro; 6. La svolta del Novecento giuridico: la nuova *lex mercatoria*; 7. L'attuale « disordine delle fonti »; 8. L'esigenza di una conversione culturale per il civilista: da una visione stato-centrica a una visione genuinamente ordinamentale del diritto; 9. L'esigenza di liberarsi di decrepiti plagi illuministi.

[259] *Tra fatto e diritto* (a proposito di M. Vogliotti, *Tra fatto e diritto. Oltre la modernità giuridica*), « QF », 38 (2009), pp. 1899-1912.

[260] *Pagina introduttiva* (pp. V-VI), in M. Sbriccoli, *Storia del diritto penale e della giustizia. Scritti editi e inediti (1972-2007)*, Milano, Giuffrè, 2009, I [Per la storia del pensiero giuridico moderno, 88].

[261] *Trent'anni di pagine introduttive. Quaderni fiorentini 1972-2001* ⁽¹⁷¹⁾, Milano, Giuffrè [Per la storia del pensiero giuridico moderno, 83].

Contiene ⁽¹⁷²⁾: *Pagina introduttiva* anno 1972 (pp. 3-6); 1973 (pp. 9-12); 74/75 (pp. 15-18: *Il socialismo giuridico: ipotesi e letture*); 76/77 (pp. 21-24: *Itinerari moderni della proprietà*); 1978 (pp. 27-30); 1979 (pp. 33-34); 1980 (pp. 37-38); 1981 (41-45); 1982/83 (pp. 49-55: *Itinerari moderni della persona giuridica*); 1984 (pp. 59-60); 1985 (p. 63); 1986 (pp. 67-69); 1987 (pp. 73-77: *Riviste giuridiche italiane: 1865-1945*); 1988 (pp. 81-85); 1989 (89-99: Riccardo Orestano, Mario Nigro, Michel Villey); 1990 (103-104); 1991 (107-156: *Ripensare Gény*); 1992 (pp. 159-161); 1993 (pp. 165-167: Per Federico Cammeo); 1994 (171-176); 1995 (pp. 179-186); 1996 (pp. 189-196); 1997 (pp. 200-204); 1998 (pp. 207-215); 1999 (219-223); 2000 (pp. 227-236: *Ancora sulle fonti del diritto*); 2001 (pp. 239-250).

[262] *La legalità costituzionale nella storia del diritto moderno*, in « Atti della Accademia Nazionale dei Lincei », CDVI (2009). Rendiconti delle adunanze solenni, 11 giugno 2009, vol. X, fasc. 9, pp. 603-621; *L'invenzione del diritto* [2017, 369] e, in traduzione spagnola di C. Agurto Gonzáles (*La legalidad constitucional en la historia del derecho moderno*), in *Constitución política del Perú*, décima edición oficial, Lima, 2013, pp. 11-23.

[263] *Prefazione* (pp. VII-VIII) a F. MARINELLI, *Scienza e storia del diritto civile*, Roma, Bari, Laterza, 2009.

⁽¹⁷¹⁾ Iniziativa del genere già attuata nel 1992: *Pagine introduttive (1972-1991)*, Milano, Giuffrè, 1992, dagli « amici della Facoltà giuridica fiorentina » in occasione dei vent'anni dei Quaderni.

⁽¹⁷²⁾ Introduzione al volume di P. CAPPELLINI, *I segni dei tempi*, pp. V-XXVII.

[264] *Una sintesi. Questa nostra Costituzione. Sessant'anni dopo.* Giornate fiorentine di riflessione storico-teorica nel Sessantennio della Costituzione italiana, 2-3 ottobre 2008, Firenze, Il ponte editore, pp. 169-173.

[265] *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, « Rassegna di diritto civile », 3 (2009), pp. 914-920.

[266] *Testimonianza per un maestro: Riccardo Orestano* ⁽¹⁷³⁾, in « *Rendiconti della Accademia nazionale dei Lincei* », serie IX, volume XX, fasc. 4, anno CDV (2009), classe di scienze morali, storiche e filologiche, pp. 871-876; « QF », XXXIX (2010), pp. 919-926; *Nobiltà del diritto*, II [2014, 324].

[267] *Lecture*, in « QF », XXXVIII (2009), pp. 1861-1864.

[M. Pignata, *Dominium e possesso tra ius e factum. La Lectura di Giovanni Bolognetti*, Napoli, Jovene, 2007].

[268] *La grande avventura giuslavoristica* (a proposito de *Il diritto del lavoro nell'Italia repubblicana. Teorie e vicende dei giuslavoristi dalla Liberazione al nuovo secolo*, a cura di P. Ichino, Milano, Giuffrè, 2008), « *Rivista italiana di diritto del lavoro* », XXVIII (2009), fasc. 1, parte I, pp. 5-31 ⁽¹⁷⁴⁾.

⁽¹⁷³⁾ Intervento tenuto alla Accademia nazionale dei Lincei l'8 maggio 2009 in occasione della giornata commemorativa del centenario della nascita di Riccardo Orestano.

⁽¹⁷⁴⁾ Intervento tenuto il 30 settembre 2008 presso l'Istituto di Scienze Umane di Firenze durante la discussione sul volume indicato nel titolo edito da Giuffrè nel 2008 e curato da P. Ichino, R. Del Punta, R. De Luca Tamajo, G. Ferraro. Struttura: 1. La scienza giuslavoristica e la storicità del diritto; 2. Il « diritto del lavoro »: discontinuità nella continuità; 3. Il « diritto del lavoro »: continuità nella discontinuità; 4. Dopo il 1945. Anni fondativi nel nuovo pluralismo democratico: fra « contrattualismo » e « istituzionalismo »; 5. Le strade ardue e vitali della giovane giuslavoristica: in particolare, di Mancini e di Giugni; 6. Anni Settanta. Legislatore, giurisprudenza teorica, giurisprudenza pratica: una pluralità di forze in azione; 7. Sulla fioritura dottrinale degli anni Settanta; 8. Anni Ottanta: pluralità di modelli e inquietudini dottrinali; 9. L'esame di coscienza del giuslavorista nei difficili anni Novanta. Una personalità emblematica: Massimo D'Antona e la sua consapevolezza epistemologica; 10. Una « foto di gruppo » degli anni Novanta; 11. Il transito della tutela dal rapporto al mercato: Ichino e Biagi; 12.

[269] *Presentazione* di M. NALDINI, *50 anni a Firenze. Appunti di storia contemporanea per una biografia di Franco Scaramuzzi*, Firenze, Polistampa, pp. 41-48 ⁽¹⁷⁵⁾.

[270] *L'Europa del diritto (Medioevo, modernità, pos-modernità: una storia di esperienze giuridiche)*, « Atlante. Quadrimestrale della fondazione per la sussidiarietà », a. V (2009), pp. 59-61.

2010

[271] *Chiesa romana e modernità giuridica (A proposito di un'opera recentissima di Carlo Fantappiè)* ⁽¹⁷⁶⁾, « QF », XXXIX (2010), pp. 791-808; « Humanitas », n. s. LXIV (2009), pp. 937-953 (col titolo *Il Moderno, la Chiesa e il diritto*); *Scritti canonistici* [2013, 309].

[272] *La legalità costituzionale nella storia della legalità moderna e pos-moderna* ⁽¹⁷⁷⁾, « Giornale di storia costituzionale », 16 (II semestre/2008: *Il valore della Costituzione italiana*), pp. 13-25; *Lo stato costituzionale. La dimensione nazionale e la prospettiva internazionale*. Scritti in onore di Enzo Cheli, a cura di P. Caretti e M.C. Grisolia, Bologna, il Mulino, 2011, pp. 35-49; *L'invenzione del diritto* [2017, 369].

Lo scritto è stato tradotto in spagnolo [*La legalidad constitucional en*

Discorrendo dei venti socialmente frigidati provenienti dall'Europa; 13. Il « diritto del lavoro » oggi: etica, diritto, economia fra passate certezze e l'avanzare del nuovo.

⁽¹⁷⁵⁾ Consiste nella presentazione del volume fatta presso l'Ente Cassa di Risparmio di Firenze.

⁽¹⁷⁶⁾ C. FANTAPPIÈ, *Chiesa romana e modernità giuridica*, 2 voll., Milano, Giuffrè, 2008.

⁽¹⁷⁷⁾ Relazione tenuta il 29 settembre 2008 presso la Facoltà di Giurisprudenza della Università di Siena in seno al Convegno *Diritti e democrazia pluralista* organizzato dal Centro interdipartimentale di ricerca sul diritto pubblico europeo e comparato per i sessanta anni della Costituzione italiana. Lo scritto si articola in: 1. Sulla relatività del termine nozione di « legalità »; 2. Sui caratteri della legalità medievale; 3. Sui caratteri della legalità moderna; 4. Alle origini di una nuova dimensione politico-giuridica: quella costituzionale; 5. Caratteri e ruolo del primo costituzionalismo; 6. Il tempo pos-moderno quale nicchia del secondo costituzionalismo; 7. La Costituzione italiana del 1948: un momento forte del costituzionalismo pos-moderno; 8. La Costituzione italiana quale atto di ragione; 9. I padri costituenti al lavoro e la loro bussola orientativa: una « sinergia » costruttiva.

la historia de la legalidad moderna y posmoderna ⁽¹⁷⁸⁾, in « Revista del Centro de Estudios Constitucionales », 1 (2015), pp. 41-62 e in *De la codificación a la globalización del derecho* [2010, 277] e in portoghese [*La legalidad constitucional en la historia de la legalidad moderna e posmoderna*], in *Código. Dimensão histórica e desafio contemporâneo*, a cura di J. Martins-Costa, L. Beck Varela ⁽¹⁷⁹⁾, Porto Alegre, Sergio Antônio Fabris, 2013, pp. 31-47].

[273] *L'identità del giurista, oggi*, in « Riv. trim. dir. e proc. civ. », LXIV (2010), pp. 1089-1104 ⁽¹⁸⁰⁾; *L'identità del giurista. Prima giornata del giurista*. Università commerciale Luigi Bocconi, maggio 2010, Milano, Egea, 2011, pp. 15-27 ⁽¹⁸¹⁾; *Introduzione Novecento giuridico* [2011, 286] e, in traduzione portoghese di R.M. Fonseca (*A identidade do jurista, hoje*), in *A formas do direito: ordem, razão e decisão. Experiências jurídicas antes e depois da modernidade*, Curitiba, Juruá Editora, 2013, pp. 29-44 e in *Doutorado Honoris causa a Paolo Grossi*, Curitiba, 30 agosto 2011, Curitiba, Universidade Federal de Paraná.

[274] *Il diritto civile italiano alle soglie del terzo millennio. Una post-fazione*, in F. MACARIO, M. LOBUONO, *Il diritto civile nel pensiero dei giuristi. Un itinerario storico e metodologica*, Padova, Cedam, 2010, pp. 412-422 ⁽¹⁸²⁾; « QF », XXXIX (2010), pp. 466-487.

[275] *Introduzione* (pp. VII-XXXI) in Norberto BOBBIO, *La consuetudine come fatto normativo* (Padova, Cedam, 1942), Torino, Giappichelli, 2010; *Nobiltà del diritto*, II [2014, 324].

⁽¹⁷⁸⁾ Discorso pronunciato in occasione del dottorato *honoris causa* presso l'Università del Rio Grande do Sul di Porto Alegre (giugno 2009).

⁽¹⁷⁹⁾ Studi in onore di Paolo Grossi in occasione della sua investitura quale *Doutor honoris causa* presso la Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Contiene anche, oltre a vari saggi, *Laudatio. O historiador do direito e só perspectiva* (J.M. Costa), pp. 19-30.

⁽¹⁸⁰⁾ « Do concretezza scritta a due interventi orali: la *lectio magistralis* tenuta il 18 maggio 2010 presso l'Università Bocconi di Milano e quella tenuta il 3 Dicembre 2010 in Firenze nell'ambito del quarto Seminario annuale del *Devolution Club* ».

⁽¹⁸¹⁾ Nel volume (pp. 35-49) anche le risposte agli studenti.

⁽¹⁸²⁾ Materiale tratto dal discorso di apertura dell'A.A. 2010/2011 presso l'Università di Ferrara.

[276] *O direito entre poder e ordenamento* (183), Belo Horizonte, Del Rey, 2010.

Contiene: *O ponto e a linha. História do direito e direito positivo na formação do jurista do nosso tempo*, pp. 1-16 [1996, 135]; *O sistema jurídico medieval e a civilização medieval*, pp. 17-42 [2005, 213]; *Da sociedade de sociedades à insularidade do estado entre medioevo e idade moderna*, pp. 43-66 [2003, 189]; *Globalização, direito e ciência jurídica*, pp. 67-91 [2002, 178]; *O Direito entre poder e ordenamento*, pp. 93-136 [2005, 205]; *Um historiador do direito em colóquio com Capograssi*, 137-167 [2006, 224]; *História social e dimensão jurídica*, pp. 169-184 [1986, 74].

[277] *De la codificación a la globalización del derecho* (184), Cizur Menor, Aranzadi, 2010.

Contiene: *Code civil una fuente novedosa para la civilización jurídica*, pp. 53-86 [2006, 218]; *Repensar Gény*, pp. 87-141 [1991, 106]; *Absolutismo jurídico y derecho privado. A lo largo del itinerario científico de Raymond Saleilles*, pp. 143-218 [1993, 117]; *Santi Romano: un mensaje para reflexionar en la moderna crisis de la fuentes*, pp. 219-240 [2006, 225]; *La incomodidad de un "legislador" (Filippo Vassalli y las aporías del absolutismo jurídico)*, pp. 241-274 [1997, 137]; *Las aporías del absolutismo jurídico (repensar, hoy, la lección metodológica de Tullio Ascarelli)*, pp. 275-341 [1997, 141]; *Una responsabilidad para el jurista actual: repensar las fuentes del derecho*, pp. 343-362 [2009, 255]; *La legalidad constitucional en la historia de la legalidad moderna y posmoderna*, pp. 363-382 [2010, 272]; *Aspectos jurídicos de la globalización económica*, pp. 383-394 [2003, 193].

[278] *Il ruolo del giurista, oggi*, «SDHI», LXXVI (2010), pp. XI-XX (185).

[279] Intervento conclusivo (pp. 73-83), in *L'Europa del diritto*:

(183) *Apresentação e tradução* di A. Dal Ri Jr.

(184) *Estudio introductorio* (pp. 13-52), *traducción y notas* di R.D. García Pérez.

(185) *Lectio magistralis* tenuta il 20 gennaio 2010 presso la Pontificia Università lateranense.

discutendo con Paolo Grossi (a cura di Lucilla Gatt), Napoli, Editoriale Scientifica, 2010 ⁽¹⁸⁶⁾.

[280] *Lettera al Presidente* (in occasione dei seicento anni della Comunità), « Notiziario delle Regole ». Periodico informativo della Comunità della Regole di Spinale e Manez, n. 19, a. XIII (2010), p. 1.

2011

[281] *Paolo Grossi*, a cura di Guido Alpa, Roma-Bari, Laterza [Maestri del diritto. Serie diretta da P. Cappellini e G. Conte].

Contiene (di Paolo Grossi): *Il punto e la linea (l'impatto degli studi storici nella formazione del giurista)*, pp. 9-18 [1996, 135]; *Un impegno per il giurista di oggi: ripensare le fonti del diritto*, pp. 19-40 [2009, 255]; *La fantasia nel diritto*, pp. 41-45 [1986, 70]; *Ordinamento*, pp. 46-57 [2006, 228]; *Un diritto senza Stato (la nozione di autonomia come fondamento della giuridica medievale)*, pp. 66-82 [1996, 130]; *Sui diritti umani nella civiltà giuridica medievale*, pp. 83-87 [2000, 163]; *Dalla società di società alla insularità dello Stato: fra Medioevo e età moderna*, pp. 88-107 [2003, 189]; *Oltre le mitologie giuridiche della modernità*, pp. 113-134 [2000, 159]; *Epicedio per l'assolutismo giuridico (dietro gli "atti" di un convegno milanese, e alla ricerca di segni)*, pp. 135-152 [1988, 81]; *Un recupero per il diritto: oltre il soggettivismo moderno*, pp. 152-167 [2007, 232]; *La proprietà e le proprietà oggi*, pp. 168-182 [2009, 254]; *Globalizzazione, diritto e scienza giuridica*, pp. 190-210 [2002, 178]; *Il diritto civile tra le rigidità di ieri e le mobilità di oggi*, pp. 211-238 [2009, 258]; *Dialogo con Paolo Grossi*, pp. 241-269.

[282] *Crisi del diritto, oggi?*, « Diritto e società », nuova serie, 1 (2011), pp. 37-48 ⁽¹⁸⁷⁾; *Introduzione al Novecento giuridico* [2012, 290].

⁽¹⁸⁶⁾ « Il testo riproduce con fedeltà quanto io dissi, improvvisando, dopo le relazioni e gli interventi [di A. Cernigliaro, P. Sirena, P.E. Nebbia, L. Gatt] previsti nel programma » del seminario di studio tenuto a Napoli nel 2009 presso l'*Università degli studi Suor Orsola Benincasa* in occasione della presentazione del libro *L'Europa del diritto* di Paolo Grossi.

⁽¹⁸⁷⁾ *Lectio magistralis* tenuta presso la Suprema Corte di cassazione in occasione della cerimonia per la consegna del XXX premio « Giuseppe Chiarelli » (15 aprile 2011). L'autore annunciava la futura pubblicazione dello scritto anche in quaderno

[283] *Universalismo e particolarismo nel diritto* ⁽¹⁸⁸⁾, Napoli, Editore scientifica, 2011 [Lezioni Magistrali. Istituto Universitario Suor Orsola Benincasa. Collana diretta da F.M. De Sanctis e F. Fichera, 44]; *Introduzione al Novecento giuridico* [2012, 290] e, in traduzione spagnola (*Universalidad y particularismo en el derecho*), in *El Novecento jurídico: un siglo posmoderno* [2011, 289].

[284] « *Lo Stato moderno e la sua crisi* ». *A cento anni dalla prolusione pisana di Santi Romano*; « Riv. trim. dir. pubbl. », LXI (2011), pp. 1-22 ⁽¹⁸⁹⁾; *Ricordando Santi Romano*, a cura di E. Ripepe, Pisa, Pisa University press, 2013, pp. 19-38 ⁽¹⁹⁰⁾; *Introduzione al Novecento giuridico* [2012, 290].

[285] *Novecento giuridico: un secolo pos-moderno*, Napoli, Edizioni Università degli Studi Sor Orsola Benincasa, 2011 [Lezioni Magi-

curato dalla Fondazione Chiarelli di Martina Franca, poi non pubblicato. Struttura: sul significato della odierna crisi agli occhi dello storico del diritto; 2. Sul contenuto della odierna crisi: il Novecento giuridico quale tempo pos-moderno; 3. Novecento giuridico: oltre il riduzionismo giuridico moderno; 4. Novecento giuridico: la riscoperta della fattualità del diritto; 5. La odierna crisi come crisi delle fonti del diritto; 6. La fattualità del diritto e l'odierno ruolo della interpretazione/applicazione; 7. Il seme della speranza nella crisi odierna: un presente che si fa futuro.

⁽¹⁸⁸⁾ 1. Universalismo e particolarismo, in rapporto alla fattualità del diritto; 2.... in rapporto alla consuetudine quale fatto normativo; 3.... in rapporto alla fattualità del diritto commerciale; 4.... in rapporto alla fattualità del diritto medievale; 5. Universalismo e particolarismo: due rifiuti da parte dello statalismo moderno; 6.... nella riscoperta pos-moderna della fattualità del diritto; 7. La dialettica tra universale e particolare nella odierna esperienza giuridica.

⁽¹⁸⁹⁾ Lezione tenuta a Pisa per l'inaugurazione dei corsi dell'A.A. 2010/11 della Facoltà di Giurisprudenza (11 ottobre 2010). Struttura: 1. Santi Romano e le sue prolusioni; 2. Il « discorso inaugurale » pisano del 1909 nell'ambito delle « prolusioni » romane; 3. Le scelte di fondo emergenti dalle « prolusioni »; 4. La serrata critica della modernità giuridica; 5. « Le prime carte costituzionali » sotto l'occhio di un giurista senza prevenzioni; 6. « *Lo Stato moderno e la sua crisi* »: l'espressione compiuta della maturità culturale di Romano; 7. Contro il riduzionismo realizzato nella modernità giuridica; 8. Lo storicismo romaniano: un salvataggio culturale; 9. Il discorso inaugurale pisano: inquietudini e insoddisfazioni di un giurista italiano nel 1909; 10. Il discorso inaugurale pisano, oggi: un messaggio da raccogliere.

⁽¹⁹⁰⁾ In appendice: Santi Romano, *Lo Stato moderno e la sua crisi* (riproduzione anastatica ed. 1910).

strali. Collana diretta da F.M. De Sanctis ⁽¹⁹¹⁾]; *Introduzione al Novecento giuridico* [2012, 290]; *El Novecientos jurídico: un siglo posmoderno* [2011, 289].

[286] *Il punto e la linea. Storia del diritto e diritto positivo nella attuale crisi delle fonti* ⁽¹⁹²⁾, « RSDI », LXXXIV (2011), pp. 69-79; « Index. Quaderni camerti di studi romanistici », 39 (2011), pp. 31-39.

[287] *Dialogo su Giorgio Berti a cura di Enrico De Mauro*, « Diritto pubblico », n. 3, 2011, pp. 1007-1036; *Nobiltà del diritto*, II [2014, 324].

[288] *Nobiltà culturale degli avvocati dell'Italia unita* ⁽¹⁹³⁾, « Rassegna Forense », XLIV (2011), 1, pp. 23-32; *Nobiltà del diritto*, II [2014, 324].

[289] *El Novecientos jurídico: un siglo posmoderno* (trad.: Clara Álvarez), Madrid, Barcelona, Buenos Aires, Marcial Pons.

Contiene: *Prefacio*, 11-13; *El novecientos jurídico: un siglo posmoderno*, 15-63 [2011, 285]; *Universalidad y particularismo en el derecho*, pp. 65-80 [2011, 283]; *Orden/Compacidad/complejidad. La función inventiva del Jurista, ayer y hoy*, pp. 81-111 [2011, 291].

⁽¹⁹¹⁾ Scritto basato sul « discorso prolusivo per la inaugurazione dell'anno accademico » dell'Università di Ferrara (22 novembre 2010). Sezioni dello scritto: 1. Novecento giuridico: secolo pos-moderno; secolo lungo; 2. La modernità giuridica: il mondo di ieri; 3. Germinazioni pos-moderne negli ultimi decenni dell'Ottocento; 4. L'avvio di un itinerario: Santi Romano interprete di una visione pos-moderna del diritto; 5. L'irrompere del pos-moderno: crisi dello stato, crisi della legge, crisi delle fonti. Il nuovo ruolo dell'interprete; 6. Il diritto pos-moderno e la sua fattualità; 7. Il carattere pos-moderno della nuova Costituzione novecentesca; 8. Dopo il 1945. Il senso di un itinerario; 9. L'inerzia del legislatore e il bisogno di supplenze; 10. Il cantiere/Europa: significato storico-giuridico della formazione di un diritto europeo; 11. Significato storico-giuridico della globalizzazione giuridica; 12. Novecento giuridico: un tempo di transizione, un presente che si fa futuro.

⁽¹⁹²⁾ Intervento alla tavola rotonda tenutasi presso il CNR (5 novembre 2010).

⁽¹⁹³⁾ Conferenza tenuta al Congresso organizzato dal Consiglio Nazione Forense (17 marzo 2011).

2012

[290] *Introduzione al Novecento giuridico*, Roma, Bari, GLF editori Laterza, 2012.

Contiene: *Premessa*, pp. IX-XII; *Novecento giuridico: un secolo post-moderno*, pp. 3-40 [2011, 285]; “*Lo stato moderno e la sua crisi*”. *A cento anni dalla prolusione pisana di Santi Romano*, pp. 41-65 [2011, 284]; *Crisi del diritto, oggi?*, pp. 67-79 [2011, 282]; *Universalismo e particolarismo nel diritto*, pp. 81-93 [2011, 283]; *Ordine/compattezza/complessità. La funzione inventiva del giurista, ieri e oggi*, pp. 95-117 [2012, 291]; *L'identità del giurista, oggi*, pp. 119-136 [2010, 273].

[291] *Ordine/ compattezza/ complessità: la funzione inventiva del giurista, ieri ed oggi*, Napoli, Satura Editrice ⁽¹⁹⁴⁾ [Università di Napoli, Federico II. Altorilievi, Collana diretta da O. Abbamonte, P. Cappellini, A. Cernigliaro, 6]; *Introduzione al Novecento giuridico* [2012, 290] e, in traduzione spagnola (*Orden/Compacidad/complejidad. La función inventiva del Jurista, ayer y hoy*), in *El Novecientos jurídico: un siglo posmoderno* [2011, 289].

[292] *Medioevo e modernità: le diverse fondazioni di due civiltà giuridiche*, in *Enciclopedia italiana di scienze, lettere ed arti. Il contributo italiano alla Storia del pensiero. VIII appendice, Diritto*, Roma, Istituto dell'Enciclopedia, 2012, pp. 3-6 ⁽¹⁹⁵⁾.

[293] *De Magistro: maestri e allievi*, in *Eredi. Ripensare i padri*, a cura di I. Dionigi, Milano, Rizzoli, 2012, pp. 49-60.

[294] *Sui rapporti tra ordinamento statale e ordinamento sportivo*,

⁽¹⁹⁴⁾ Il volume della collana è segnato all'anno 2011, ma risulta finito di stampare nel 2012. Struttura dello scritto: 1. Intorno alla parola/nozione « ordine »; 2. L'ordine giuridico medievale; 3. La modernità giuridica: l'eclissi dell'ordine e il trionfo della compattezza politica e giuridica; 4. Novecento giuridico; l'eclissi della compattezza politica e giuridica: il disordine e la ricerca di un nuovo ordine; 5. La Costituzione novecentesca come atto di ragione e ordinamento della società; 6. Caratteri della post-modernità: lungo la « crisi » attuale, verso un « ordine » futuro.

⁽¹⁹⁵⁾ 1. Alle radici della civiltà giuridica medievale; 2. Il carattere unitario della civiltà giuridica medievale nel suo millenario distendersi; 3. Dopo il Trecento: l'avvio della transizione verso la modernità giuridica.

« Diritto Amministrativo », XX (2012), pp. 3-20 ⁽¹⁹⁶⁾; *Filosofia, politica, diritto. Scritti in onore di Francesco M. De Sanctis*, a cura di G.M. Labriola, Napoli, Editoriale scientifica, 2014, pp. 31-49.

[295] *La Costituzione italiana quale salvaguardia di una società democratica*, « Nuova Antologia », a. CXLVII, fasc. 2262, aprile-giugno 2012), pp. 20-28 ⁽¹⁹⁷⁾.

[296] *I beni: itinerari fra "moderno" e "pos-moderno"*, « Riv. trim. dir. e proc. civ. », LXVI (2012), fasc. 4, pp. 1059-1085 ⁽¹⁹⁸⁾ e, in traduzione spagnola di C. Álvarez Alonso (*Los bienes: itinerarios entre la "modernidad" y la "posmodernidad"*), in P. Grossi, Á.M. López y López, *Propiedad: otras perspectivas*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2013, pp. 13-68.

[297] *Il diritto nella storia dell'Italia unita* ⁽¹⁹⁹⁾, Napoli, Editoriale scientifica [Esperienze, 3].

⁽¹⁹⁶⁾ Relazione introduttiva al Convegno di studi dedicato a « I rapporti tra ordinamento statale e ordinamento sportivo », Firenze, Fondazione CESIFIN (2 dicembre 2011).

⁽¹⁹⁷⁾ Discorso pronunciato a Firenze il 25 aprile 2012, in occasione del 67° Anniversario della Liberazione.

⁽¹⁹⁸⁾ Lezione introduttiva durante incontro di studio sul tema « Il regime giuridico dei beni a fruizione collettiva » organizzato dal Consiglio Superiore della Magistratura per « giudici addetti al settore civile » (2 luglio 2012). Struttura: 1. Alcuni chiarimenti terminologici e concettuali; e sul nostro percorso; 2. Il protagonismo del bene immobile nel *code civil* napoleonico; 3. Il bene: una realtà neutra e passiva agli occhi del gius-civilista nell'individualismo giuridico moderno; 4. Verso il pos-moderno: norme e forme giuridiche alla resa dei conti con la fattualità; 5. Entro il pos-moderno: la nuova attenzione verso il bene nella sua valenza economica; 6. Entro il pos-moderno: primizia del bene per le sue valenze strutturale ed economica; 7. Gli anni Quaranta: vecchio e nuovo tra segni di discontinuità; 8. La svolta di fine secolo: nuove valorizzazioni degli assetti fondiari collettivi; 9. Nuove valorizzazioni degli assetti fondiari collettivi: la sentenza 14 febbraio 2011 delle Sezioni unite civili della Cassazione; 12. Per un diritto dei beni comuni: una proposta per il futuro prossimo.

⁽¹⁹⁹⁾ 1. Il significato di uno sguardo retrospettivo; 2. Diritto e giuristi: una presenza fondativa nell'Italia unita; 3. Il contributo della scienza giuridica alla definizione di una « nazione italiana »; 4. Per la costruzione dello stato unitario: la codificazione del 1865; 5. Per la costruzione dello Stato unitario: « giustizia nell'amministrazione »; 6. Per la costruzione dello Stato unitario: il Codice penale del 1889; 7. Per la costruzione dello Stato unitario: la nuova scienza italiana di diritto pubblico; 8. Diritto e scienza giuridica in Italia nei sommovimenti di fine Ottocento: dal moderno e pos-moderno; 9. le lucide analisi di un giurista pos-moderno Santi Romano; 10. Il diritto

[298] *Docenti e studenti: protagonisti responsabili nella costruzione della comunità universitaria* ⁽²⁰⁰⁾. Lezione per Firenze *cum laude* 2011, Palazzo Vecchio, Firenze, Firenze University press, 2012, pp. 17-22.

[299] *La vita nel diritto*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2012 [Lezioni Magistrali. Collana diretta da F. De Sanctis e F. Fichera, 50 ⁽²⁰¹⁾].

[300] *Saluto introduttivo (In apertura)*, in *Alessandro Giuliani: l'espe-*

italiano alla prova della Prima guerra mondiale; 11. La riscoperta della fattualità del diritto e l'autonomizzazione del diritto del lavoro e del diritto agrario; 12. Il Novecento giuridico e la riscoperta delle dimensioni « sociale » e « collettiva »; 13. Il corporativismo fascista e le sue ambiguità giuridiche; 14. Una presenza nuova: l'impresa nel diritto italiano Novecentesco; 15. Il diritto italiano novecentesco fra fattualità e valori; 16. Centralità della Costituzione nel diritto italiano del Novecento; 17. Caratteri della Costituzione italiana del 1948; 18. Ancora sui caratteri della Costituzione italiana; 19. La Costituzione italiana mediatrice fra società e stato; 20. La crisi delle fonti del diritto in Italia nel tardo Novecento: il laboratorio giuridico della Unione Europea; 21.... in particolare, della cosiddetta globalizzazione giuridica; 22. Il diritto italiano nel solco di una lunga perdurante transizione.

⁽²⁰⁰⁾ 1. L'eccezionalità di un incontro; 2. L'università quale fucina della ricerca scientifica; 3. Gli studi universitari: un affinamento della consapevolezza critica dello studente e un irrobustimento della sua autonomia intellettuale; 4. Lo studente: un protagonista responsabile all'interno della comunità universitaria.

⁽²⁰¹⁾ Lezione tenuta il 14 luglio 2011 presso l'Università Suor Orsola Benincasa alla « Giornata laureati eccellenti ». Articolazione dello scritto: 1. Elogio di una felice iniziativa; 2. « La vita nel diritto ». Il significato di un titolo; 3. Sui torti della modernità verso il diritto; 4. Un tempo di transizione nell'osservatorio dello storico del diritto; 5. L'avvio di un itinerario all'interno della Facoltà Giuridica fiorentina; 6. Ha inizio il mio colloquio con Santi Romano; 7. Esperienze confirmative della mia visione del diritto: lo studio del diritto privato comune; 8. Esperienze confirmative della mia visione del diritto: lo studio del diritto agrario; 9. Esperienze confirmative della mia visione del diritto: lo studio del diritto canonico; 10. Una prima conclusione del percorso fatto; 11. Un approccio con il monismo giuridico moderno; 12. Il monismo giuridico in azione: l'assolutismo giuridico e l'unicità del modello proprietario; 13. La comparazione storico-giuridica e il recupero della complessità giuridica: la storia del diritto come strumento di affrancazione culturale; 14. Per la fantasia quale virtù recuperanda per il giurista; 15. Alla ricerca delle inquietudini nella scienza giuridica nel Novecento; 16. Oltre e contro le mitologie giuridiche della modernità; 17. Un impegno per la formazione del giurista novizio. La redazione di una « Prima lezione di diritto »; 18. Tre tappe ulteriori nel mio itinerario di recupero; 19. Alla fine di un itinerario; 20. Dimensione costituzionale e dimensione europea nel rinnovamento novecentesco; 21. Per una riscoperta identità del giurista.

rienza giuridica fra logica ed etica. Atti del convegno di Perugia, 15-16 giugno 2010, a cura di F. Cerrone e G. Repetto, Milano, Giuffrè [Per la storia del pensiero giuridico moderno, 95], pp. 3-9; *Nobiltà del diritto*, II [2014, 324].

[301] Introduzione a *In ricordo di Gino Giugni*. Incontro organizzato in Roma presso la LUISS il 14 ottobre 2011, « DLRI », XXXIV (2012), n. 134, pp. 179-184; *Nobiltà del diritto*, II [2014, 324].

[302] *Luigi Mengoni nella civilistica italiana del Novecento* ⁽²⁰²⁾, « Europa e diritto privato », 2012, fasc. 1, pp. 15-45; « QF », XLI (2012), pp. 627-656; *Nobiltà del diritto*, II [2014, 324].

[303] *Le prolusioni dei civilisti italiani e la loro valenza progettuale nella storia della cultura giuridica italiana*, in *Le prolusioni dei civilisti (1873-1979)*, Napoli, ESI, 2012, vol. I (1873-1899), pp. XVII-XLI; « QF », XLI (2012), pp. 399-426; *Nobiltà del diritto*, II [2014, 324] e, in traduzione spagnola di C. Álvarez (*Las preclusiones de los civilistas italianos y su proyección en la historia de la cultura jurídica*), in « Teoría y derecho. Revista de pensamiento jurídico », n. 14 (2013), pp. 130-143 ⁽²⁰³⁾.

[304] *Gli assetti fondiari collettivi e le loro peculiari fondazioni*

⁽²⁰²⁾ Relazione tenuta il 21 ottobre 2011 presso l'Università Cattolica del Sacro Cuore in Milano, nell'ambito del Convegno destinato a ricordare Luigi Mengoni nel decennale della sua morte. Si articola in: 1. Un primo approccio con il civilista Luigi Mengoni; 2. Mengoni: un personaggio in ascolto; 3. E un osservatore attento del proprio tempo; 4. La centralità della Costituzione nel pensiero giuridico di M.; 5. E la sua analisi del Novecento giuridico; 6. Mengoni: un giurista inquieto?; 7. L'assillo metodologico di Mengoni; 8. La dimensione diacronica: un salvataggio per il giurista; 9. La impietosa critica mengoniana del monismo giuridico moderno; 10. Il diritto come scienza « controversiale »; 11. Oltre il formalismo giuridico: « il problema della fondabilità conoscitiva dei valori »; 12. La Costituzione come istituzionalizzazione di valori metagiuridici; 13. Il soggetto di diritto nella nuova antropologia costituzionale; 14. Il gius-civilista e il gius-lavorista nella coerenza etica e intellettuale del giurista Mengoni; 15. Il ruolo antagonista della interpretazione applicazione; 16. Per la costruzione di solidi argini contro le derive soggettivistiche; 17. Sulla « nuova dogmatica » mengoniana.

⁽²⁰³⁾ Numero della rivista destinato a riflettere « Sobre el concepto de persona ». Lo scritto è indicato come testo della conferenza tenuta a Madrid il 24 giugno 2013 presso la Real Academia de jurisprudencia y legislación in occasione della sua nomina ad accademico onorario.

antropologiche, « Archivio Scialoja-Bolla », 1 (2012), pp. 1-13 ⁽²⁰⁴⁾; « I Georgofili. Quaderni », VII (2012), pp. 11-21.

[305] *Ruolo degli insegnamenti storici e importanza del dialogo tra docenti afferenti a diverse discipline* ⁽²⁰⁵⁾, « Contratto e impresa », 28, n. 2 (2012), pp. 321-324.

2013

[306] *Il messaggio giuridico dell'Europa e la sua vitalità: ieri, oggi, domani* ⁽²⁰⁶⁾, « RSDI », LXXXVI (2013), pp. 5-21; « Contratto e impresa/Europa », XVIII (2013), n. 2, pp. 681-695 ⁽²⁰⁷⁾; *Oltre la legalità* [2020, 401] e, in traduzione tedesca (*Die Botschaft des europäischen Rechts und ihre Vitalität: gestern, heute, morgen*), in « Rechtsgeschichte. Legal History », 22 (2014), pp. 257-267 e, in traduzione inglese (*Europe's Message about law and its vitality: Past, current, and future perspectives*), « European Business law review », 25 (2014), fasc. 3, pp. 349-360.

[307] *Prefazione* (pp. V-VI), *Crisi economica e trasformazioni della dimensione giuridica*, a cura di R. Bifulco, O. Roselli, Torino, Giappichelli, 2013.

[308] *Enrico Finzi: un innovatore solitario* (pp. V- LXI). *Introduzione* a E. Finzi, *L'officina delle cose. Scritti minori*, a cura di Paolo

⁽²⁰⁴⁾ Relazione introduttiva al seminario « I beni civici », promosso dall'Accademia dei Georgofili e dalla Regione Toscana (29 giugno 2012).

⁽²⁰⁵⁾ Dibattito durante il seminario *Cultura umanistica e sviluppo economico. Università industria e professioni* (26 giugno 2011) sulla crisi dell'Università italiana e su V. Zencovich, *Ci vuole poco per fare una Università migliore. Guardando oltre la "Riforma Gelmini"* (Fagnano Alto, 2011).

⁽²⁰⁶⁾ Discorso di apertura tenuto a Francoforte sul Meno il 2 settembre 2013 in avvio del *Symposium* su *Europäische Normativität-Globalhistorische Perspektiven* organizzato dal *Max Planck Institut für Europäische Rechtsgeschichte*. Si articola in: 1. L'Europa del diritto e i suoi tempi storici; 2. Il messaggio « europeo » della *ius commune* medievale; 3. Tra moderno e pos-moderno: l'avvio di un nuovo messaggio « europeo »; 4. L'Europa del diritto: le diversità nell'unità; 5. Il ruolo della Corte di Giustizia nella formazione di un diritto « europeo »: il problema della individuazione dei diritti fondamentali; 6. Il diritto europeo e il suo bisogno di principi: il ruolo della scienza giuridica; 7. L'Europa del diritto e la odierna globalizzazione giuridica.

⁽²⁰⁷⁾ La rivista ha ripubblicato questo scritto nel numero 2/2022 (pp. 457-477).

Grossi, Milano, Giuffrè, 2013 [Per la storia del pensiero giuridico moderno, 98]; « QF », XLII (2013), pp. 377-439; *Nobiltà del diritto*, II [2014].

[309] *Scritti canonistici (1958-2013)* a cura e con introduzione ⁽²⁰⁸⁾ di C. Fantappiè), Milano, Giuffrè, 2013 [Per la storia del pensiero giuridico moderno, 100].

Contiene: *Unanimitas. Alle origini del concetto di persona giuridica nel diritto canonico*, pp. 7-113 [1958, 4]; *Somme penitenziali, diritto canonico, diritto comune*, pp. 115-153 [1966, 19]; *Natura e ruolo dello "utrumque ius" nella società medievale* (inedito), pp. 155-165 ⁽²⁰⁹⁾, *Storia della canonistica moderna e storia della codificazione canonica*, pp. 167-181 [1985, 66], *Fioritura canonistica*, pp. 183-191 [2000, 161] *Novità e tradizione nel diritto sacro (dall'uno all'altro codice di Diritto Canonico)*, pp. 195-210 [1983, 58], *Aequitas canonica*, pp. 211-228 [1998, 147], *Diritto canonico e cultura giuridica*, pp. 229-245 [2003, 185], *Valore e limiti della codificazione del diritto (con qualche annotazione sulla scelta codicistica del legislatore canonico)*, pp. 247-263 [2005, 211], *Storicità del diritto*, pp. 265-276 [2006, 217], *Recensione a G. Dossetti, Grandezza e miseria del diritto della Chiesa*, pp. 279-282 [1997, 138], *Recensione a B. Tierney, The idea of natural rights...*, pp. 283-287 [2000, 163], *Presentazione a S. Violi, Il prologo di Ivo di Chartres. Paradigmi e prospettive per la teologia e l'interpretazione del diritto canonico*, Lugano, 2006, pp. 289-291 [2006, 222], *Chiesa romana e modernità giuridica (a proposito di un'opera recentissima di Carlo Fantappiè)*, pp. 293-312 [2010, 271].

[310] *Rileggendo le "Note critiche in tema di proprietà" (1960)*, in *La vocazione civile del giurista*. Saggi dedicati a Stefano Rodotà, a cura di G. Alpa, V. Roppo, Roma-Bari, Laterza, 2013, pp. 80-90; *Nobiltà del diritto*, II [2014, 324].

[311] *Capograssi Giuseppe (1889-1956)*, in *Dizionario Biografico dei giuristi italiani* diretto da I. Bircocchi, A. Mattone, E. Cortese, M.N.

⁽²⁰⁸⁾ C. FANTAPPIÈ, *Paolo Grossi interprete del diritto canonico*, pp. VII-XLV.

⁽²⁰⁹⁾ Discorso letto presso la Pontificia Università Lateranense al Convegno organizzato dal *Pontificium Institutum Utriusque Iuris* per 160 anni delle Facoltà giuridiche Lateranensi (7 marzo 2013).

Miletti, Bologna, il Mulino, 2013, I, pp. 428-430; *Nobiltà del diritto*, II [2014, 324].

[312] *Finzi Enrico (1884-1973)*, in *Dizionario Biografico dei giuristi italiani* diretto da I. Birocchi, A. Mattone, E. Cortese, M.N. Miletti, Bologna, il Mulino, 2013, vol. I, pp. 870-873.

[313] *Venezian Giacomo (1861-1915)*, *Dizionario Biografico dei giuristi italiani* diretto da I. Birocchi, A. Mattone, E. Cortese, M.N. Miletti, Bologna, il Mulino, 2013, vol. II, pp. 2029-2032; *Nobiltà del diritto*, II [2014, 324].

[314] *Il contributo di Romualdo Trifone alla sistemazione teorica del diritto forestale in Italia*, « RDA », XCII (2013), pp. 3-10 ⁽²¹⁰⁾; *Nobiltà del diritto*, II [2014, 324].

[315] *La costituzione italiana quale espressione di un tempo giuridico pos-moderno* ⁽²¹¹⁾, in *Laurea honoris causa* in Studi politici e internazionali a Paolo Grossi, Università di Macerata, 12 Giugno 2013, Macerata, EUM, 2013, pp. 59-80; « Riv. trim. dir. pubb. », LXIII (2013), fasc. 3, pp. 607-627; *L'invenzione del diritto* [2017, 369], in traduzione spagnola, di C. Álvarez Alonso (*La constitución italiana como expresión de un tiempo jurídico posmoderno*), « Historia constitucional » ⁽²¹²⁾, 15 (2014), pp. 1-22 e, in traduzione spagnola di Jesus Vallejo Fernandez de la Reguera, in *En antidora: homenaje a Bartolomé Clavero* [2019, 400].

[316] *Intervento* all'incontro tenutosi a Firenze il 5 febbraio 2013

⁽²¹⁰⁾ Comunicazione tenuta nell'Incontro di studio sulla personalità scientifica di Romualdo Trifone promosso dalla Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Salerno (16 aprile 2013).

⁽²¹¹⁾ 1. Sul significato della dialettica « moderno » / « pos-moderno » applicabile a questo nostro tempo e a proposito della « Costituzione ». 2. Sui caratteri della modernità giuridica. 3. Sui caratteri della pos-modernità giuridica. 4. I Costituenti e la loro lettura della società italiana; la Costituzione del 1948 quale atto di ragione. 5. Il volto novecentesco della nuova Carta costituzionale. « Persone » e « formazioni sociali » all'attenzione della Prima Sottocommissione. 6. Storicità della Costituzione repubblicana. 7. Il popolo e il cittadino qualunque: due protagonisti. 8. La Costituzione oltre lo Stato. 9. La Costituzione italiana del 1948: un ponte tra presente a futuro.

⁽²¹²⁾ *Revista electrónica de historia constitucional* [<http://www.historiaconstitucional.com>].

per la presentazione del volume G. Alpa, *Le stagioni del contratto*, Bologna, il Mulino, 2012, « QF », XLII (2013), pp. 563-568.

[317] *Trascrizione degli interventi sulla Proprietà collettiva nell'incanto alle Regole del 17 novembre 2012*, a cura di R. Pretti, « Notiziario delle Regole. Periodico informativo della Comunità delle Regole di Spinale e Manez », n. 24, anno XXI (2013), pp. 9-10.

[318] *Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo e del cittadino (1789). Note esplicative*, in *Le carte storiche dei diritti. Raccolta di Carte, Dichiarazioni e Costituzioni con note esplicative*, a cura di A. Mariani Marini e U. Vincenti, Pisa, Pisa University press, 2013 [Collana Formazione giuridica diretta da Alarico Mariani Marini, 10], pp. 85-88.

[319] *La Legalidad constitucional en la historia de la legalidad moderna*, in *Código: Dimensão histórica e desafio contemporâneo. Estudos em homenagem ao professor Paolo Grossi*, a cura di J.M. Costa e L. Beck Varela, Porto Alegre, S.A. Fabris Editor, 2013, pp. 31-47.

2014

[320] *“Il diritto mite” di Gustavo Zagrebelsky: una rilettura ventidue anni dopo* ⁽²¹³⁾, « RIFD », serie V, XCI, n. 2 (2014), pp. 155-176; *Il costituzionalista riluttante. Scritti per Gustavo Zagrebelsky*, a cura di A. Giorgis, E. Grosso e J. Luther, Torino, Einaudi, 2016, pp. 18-35; *Nobiltà del diritto*, II [2014, 324].

[321] *Giuristi e linguisti: un comune ruolo ordinante della società*,

(213) 1. Sul mio primo approccio a questo libro (e, in particolare, sulla sua introduzione); 2. Per una affrancazione dalle mitologie giuridiche; 3. Per un recupero della complessità del diritto; 4. Contro l'assolutismo giuridico moderno; 5. Sul carattere « borghese » della modernità giuridica; 6. Per la de-mitizzazione della legge. Legge e volontà generale; 7. La Costituzione pos-moderna: lettura della società e breviario giuridico del cittadino qualunque; 8. Diritti e doveri tra « medievale », « moderno » e « pos-moderno »; 9. Il ruolo dell'odierno giurista per un diritto « equo »; 10. Le conclusioni di una rilettura.

« Riv. trim. dir. e proc. civ. », LXVIII (2014), pp. 1-8 ⁽²¹⁴⁾; « La Crusca per voi. Foglio dell'Accademia della Crusca », 47 (2/2013), pp. 1-3.

[322] *Introduzione* alla sezione « Le cultura politiche dell'Italia unita e l'idea di codice » (pp. 13-14) ⁽²¹⁵⁾, in *I valori della convivenza civile e i codici dell'Italia unita*. Atti del convegno dell'Unione dei privatisti, Roma, 15-16 novembre 2011, a cura di P. Rescigno e S. Mazzamuto, Torino, Giappichelli.

[323] *Sulla odierna fattualità del diritto*, in *Due lezioni magistrali (2013-2014: Paolo Grossi, Alessandro Serpieri)*, Viterbo, Sette città, 2014, pp. 9-22 ⁽²¹⁶⁾; « Giust. civ. », 1 (2014), pp. 11-25; *Ritorno al diritto* [2015, 334].

[324] *Nobiltà del diritto, Profili di giuristi*, II, Milano, Giuffrè [Per la storia del pensiero giuridico moderno, 106].

Contiene: *Cronaca di un lontano incontro maceratese*, pp. 1-5 [2005, 209]; *L'avvio di un itinerario scientifico*, pp. 7-32 [2009, 257]; *Lungo l'itinerario di Piero Calamandrei*, pp. 33-54 [2009, 247]; *Testimonianza per un maestro: Riccardo Orestano*, pp. 55-62 [2010, 266]; *Il "giurista" Giovanni Nencioni*, pp. 63-71 [2008, 246]; *Su: Norberto Bobbio, La consuetudine come fatto normativo*, pp. 73-96 [2010, 275]; *Dialogo su Giorgio Berti con Paolo Grossi*, pp. 97-125 [2011, 288]; *Nobiltà culturale degli Avvocati dell'Italia unita*, pp. 127-137 [2011,

⁽²¹⁴⁾ Parole dette presso l'Accademia della Crusca in occasione della cerimonia di insediamento quale accademico ordinario (18 novembre 2013). Struttura dello scritto: 1. A mo' d'inizio; 2. Fra storia giuridica e storia linguistica; 3. Lungo la storia giuridica: la riscoperta novecentesca del diritto quale ordinamento della società; 4. Lungo la storia linguistica: la riscoperta novecentesca della socialità e della istituzionalità della lingua; 5. A mo' di conclusione. Diritto e lingua: una comune funzione ordinante del « sociale ».

⁽²¹⁵⁾ La sezione è dotata di una duplice *Introduzione*, la seconda è di L. Villari (pp. 13-19).

⁽²¹⁶⁾ *Lectio magistralis* in occasione della inaugurazione del corso di laurea in Giurisprudenza dell'Università della Tuscia. Struttura dello scritto: 1. Sul significato della nostra intitolazione; 2. Sul carattere ordinamentale dell'odierno diritto; 3. Sui caratteri della modernità giuridica; 4. Resistenze e inquietudini nel primo Novecento; 5. Il segno e il senso di un secolo pos-moderno: sempre più società, sempre meno Stato; 6. Il recupero della fattualità ed alcuni eventi formidabili del secondo Novecento; 7. Sulla singolare fattualità della odierna globalizzazione giuridica.

289]; *Per Alessandro Giuliani*, pp. 139-145 [2012, 300]; *In ricordo di Gino Giugni*, pp. 147-154 [2012, 301]; *Luigi Mengoni nella civilistica italiana del Novecento*, pp. 155-183 [2012, 302]; *Per Paolo Barile*, pp. 185-188[inedito ⁽²¹⁷⁾]; *Le "prolusioni" dei civilisti italiani e la loro valenza progettuale...*, pp. 189-215 [2012, 303]; *Il contributo di Romualdo Trifone alla sistemazione teorica del "diritto forestale" in Italia*, pp. 217-224 [2013, 314]; *En recuerdo de Francisco Tomás y Valiente*, pp. 225-228 (inedito ⁽²¹⁸⁾); *Rileggendo le "note critiche in tema di proprietà" (1960)*, pp. 229-239 [2013, 310]; *Enrico Finzi: un innovatore solitario*, pp. 241-296 [2013, 308]; *Capograssi Giuseppe*, pp. 297-302 [2013, 311]; *Venezian Giacomo*, pp. 303-309 [2013, 313]; *"Il diritto mite" di Gustavo Zagrebelsky: una rilettura ventidue anni dopo*, pp. 311-332 [2014, 320].

[325] *Università e formazione plurilingue*. Intervento al convegno dedicato a *Il potere della lingua. Politica linguistica e valori costituzionali*, Roma, 19 febbraio 2014, « Osservatorio costituzionale [http://www.osservatorioaic.it] », 1 (2014).

[326] *Un dialogo con i comparatisti su lingua e diritto*, « RIFD » ⁽²¹⁹⁾, XCI, n. 3 (2014), pp. 409-420.

[327] *Sulla odierna "incertezza" del diritto* ⁽²²⁰⁾, in « Giust. civ. », 4 (2014), pp. 921-955; *Ritorno al diritto* [2015, 334].

⁽²¹⁷⁾ Intervento nell'ambito della cerimonia di dedizione a Paolo Barile di un'aula giudiziaria nel Palazzo di giustizia di Prato avvenuta il 31 ottobre 2012.

⁽²¹⁸⁾ Grossi indica (p. XII) che si tratterebbe della lezione inaugurale della prima *Semana Tomás y Valiente* (12 settembre 2013, Università autonoma di Madrid). Tuttavia, a quel convegno fu presentata una relazione dedicata alla *constitución italiana como expresión de un tiempo jurídico posmoderno*, poi pubblicata nel 2013 [315] e nel volume del 2019 in omaggio a Bartolomé Clavero [400]. Al momento, dunque, devo ritenere le poche pagine inedite e ignota la loro origine.

⁽²¹⁹⁾ Discorso introduttivo al Terzo Congresso Nazionale della Società italiana per la ricerca nel diritto comparato dedicato a *Categorie e terminologie del diritto nella prospettiva della comparazione*, Como, 14 marzo 2014.

⁽²²⁰⁾ Relazione tenuta a Napoli il 3 ottobre 2014 al Convegno annuale della Associazione dei professori di diritto amministrativo sul tema « L'incertezza delle regole ». Lo scritto si articola nelle seguenti parti: 1. Certezza del diritto, modernità giuridica, assolutismo giuridico; 2. La certezza del diritto come certezza della legge. L'assillo moderno per la legalità; 3. Il Novecento giuridico e le sue novità dirompenti; 4. Il costituzionalismo pos-moderno: principii *versus* legalità; 5. Principio di ragionevolezza *versus* legalità; 6. I principii nel laboratorio giuridico Europa; 7. Sull'odierno ripensa-

[328] *Il diritto in Italia, oggi, tra modernità e post-modernità* ⁽²²¹⁾, « Atti dell'accademia nazionale dei lincei. *Memorie Accademia nazionale dei Lincei*. Classe di scienze morali, storiche e filologiche », Serie IX, anno CDXI (2014), vol. XXXV, fasc. 3, pp. 519-538; *Ritorno al diritto* [2015, 334].

[329] *Introduzione* alla sezione dedicata a *La sapienza del giovane Leopoldo Elia, 1948-1962*, « Nomos. Le attualità del diritto » (www.nomos-leattualitaneldiritto.it), 1 (2014), pp. 3-5; *La "Sapienza" del giovane Leopoldo Elia 1948-1962*, a cura di Fulco Lanchester, Milano, Giuffrè, 2014 (*Quaderni di nomos*), pp. 4-7.

[330] *Mario Galizia e lo stile fiorentino*, « Nomos. Le attualità del diritto » (www.nomos-leattualitaneldiritto.it), 3 (2014: Per Mario Galizia) ⁽²²²⁾, pp. 19-21.

[331] *Università e formazione plurilingue*. Intervento al convegno dal titolo *Il potere della lingua. Politica linguistica e valori costituzionali*, Roma, 19 febbraio 2014, in « Osservatorio costituzionale [<http://www.osservatorioaic.it/>] », 1 (2014).

2015

[332] *Per ripensare le fonti del diritto (su un recentissimo libro* ⁽²²³⁾ *e sulle sue sollecitazioni)*, « QF », XLIV (2015), pp. 1047-1049.

mento delle fonti del diritto; 8. Centralità dei principi e nuovo ruolo dell'interpretazione; 9. Il principio di legalità nella attuale vicenda storica in Italia; 10. Legalità e certezza del diritto amministrativo; 11. Legalità e certezza nel « Codice del processo amministrativo ».

⁽²²¹⁾ *Lectio brevis* per l'A.A. 2013-2014 tenuta il 13 dicembre 2013. Lo scritto si articola nelle seguenti parti: 1. Chiarimenti preliminari; 2. Sui caratteri della « modernità giuridica »; 3. Sui caratteri di un diritto pos-moderno; 4. Sulla Costituzione italiana del 1948 e sui suoi caratteri pos-moderni; 5. Fattualità economica e pluralismo delle fonti del diritto: i conti dell'Italia con l'Europa; 6. Novecento giuridico italiano: tra « moderno » e « pos-moderno »; 7. Caratteri pos-moderni del diritto italiano del secondo Novecento; 8. Crisi del diritto, oggi, in Italia?

⁽²²²⁾ Convegno in ricordo di Mario Galizia tenutosi presso la Biblioteca della Camera (1 ottobre 2014).

⁽²²³⁾ Si tratta di B. Pastore, *Interpreti e fonti nell'esperienza giuridica contemporanea*, Padova, Cedam, 2014.

[333] *Le comunità intermedie tra “moderno” e “pos-moderno”* ⁽²²⁴⁾, in *Le comunità intermedie tra moderno e pos-moderno*, a cura di M. Rosboch, Genova, Marietti 1820 [I rombi — «Maestri», 3], pp. 37-79 ⁽²²⁵⁾.

[334] *Ritorno al diritto*, Roma, Bari, GLF editori Laterza, 2015.

Contiene: *Ritorno al diritto (a mo' d'introduzione)*, pp. VII-XIV ⁽²²⁶⁾; *Il diritto in Italia, oggi, tra modernità e pos-modernità*, pp. 3-32 [2014, 328]; *Sulla odierna fattualità del diritto*, pp. 33-50 [2014, 323]; *Sulla odierna “incertezza” del diritto*, pp. 51-95 [2014, 327].

[335] *Introduzione alla sezione Fonti extra ordinem e diritto privato europeo*, in *La metafora delle fonti e il diritto privato europeo. Giornate di studio per Umberto Breccia*, a cura di E. Navarretta, Torino, Giappichelli, 2015, pp. 139-142.

[336] *Aequitas canonica: tra codice e storia*, in *Famiglia e matrimonio di fronte al Sinodo: il punto di vista dei giuristi*, a cura di O. Fumagalli Carulli e A. Sammassimo, Milano, VP, 2015, pp. 281-294; «JusOnline», 1 (2015) ⁽²²⁷⁾.

⁽²²⁴⁾ 1. Chiarimenti preliminari; 2-3. Dall'assetto comunitario medievale al culto moderno delle individualità; 4. La cancellazione moderna delle comunità intermedie; 5. Rinascita e riscossa delle comunità intermedie nel tempo pos-moderno; 6. Una riflessione elementare sulle dimensioni « sociale » e « collettiva » del soggetto; 7. La « crisi dello stato moderno »: il rilevante apporto della scienza giuridica italiana; 8. Le comunità intermedie nel pluralismo socio-giuridico del Novecento; 9. Novecento giuridico: il percorso accidentato delle novità; 10. Le comunità intermedie e la Costituzione italiana del 1948; 11. In particolare: sull'art. 2 della « Carta »; 12. Il ruolo protagonista di Giorgio La Pira nella redazione dell'art. 2; 13. Strato ufficiale e strati effettuali del diritto: alcune riflessioni conclusive.

⁽²²⁵⁾ *Lectio magistralis* tenuta durante la sesta edizione della « Winter school — L'arte della politica (1 marzo 2014). Contiene anche M. ROSBOCH, *Le comunità intermedie tra libertà e potere nella tradizione occidentale* (pp. 9-33).

⁽²²⁶⁾ 1. Ritorno al diritto e tempo giuridico pos-moderno: tempo di crisi, tempo di recupero; 2. Crisi come crisi dello statalismo/legalismo moderno; 3. Sul contenuto del presente volume.

⁽²²⁷⁾ Lezione tenuta presso l'Università di Padova nell'ambito del corso di Diritto canonico (15 dicembre 2014). Struttura: 1. Qualche considerazione introduttiva sull'equità tra 'moderno' e 'post-moderno'. 2. Sul significato e sul ruolo della dimensione giuridica nella consapevolezza della Chiesa Romana. 3. Rigidità ed elasticità delle norme

[337] *Intervento in Guido Fassò. Una tavola rotonda*, « Rivista di Filosofia del diritto », numero speciale, 2015 (*La filosofia del diritto tra storia delle idee e nuove tecnologie*), nuova serie, IV (2015), pp. 7-9.

[338] *Le proprietà collettive ieri, oggi e domani*, in *Fare spazio. Pratiche del comune e diritto della città*, a cura di C. Bernardi et alii, Mimesi [Kosmos], 2015, pp. 37-50.

[339] *Prefazione* (pp. 4-5) e *Conclusioni* (pp. 182-183) in *Il contributo della prassi notarile alla evoluzione della disciplina delle situazioni reali*. Fondazione italiana del notariato. Atti del convegno di Firenze, 8 maggio 2015, Milano, Il Sole 24ore.

2016

[340] *L'invenzione dell'ordine costituzionale: a proposito del ruolo della Corte*, « Gius. civ. », 2 (2016), pp. 237-240 ⁽²²⁸⁾; *Per i Sessanta anni della Corte costituzionale*. Convegno scientifico, Roma, 19-20 maggio 2016, Milano, Giuffrè, 2017, pp. 1-4; *L'invenzione del diritto* [2017, 369].

[341] *Per un diritto amministrativo del tempo pos-moderno*, « QF », XXXXV (2016), pp. 9-16 ⁽²²⁹⁾; *L'organizzazione delle pubbliche amministrazioni tra Stato nazionale e integrazione europea*, a cura di R. Cavallo Perin, A. Police, F. Saitta, Firenze, Firenze University Press, 2016 [Studi e saggi, 168], pp. XXIII-XXIX.

[342] *Fattualità del diritto pos-moderno: l'emersione di un diritto*

canoniche: la dicotomia *ius divinum* — *ius humanum*. 4. La percezione della *humana fragilitas* quale nervatura fondante del diritto canonico. 5. Motivazioni e tipicità dell'equità canonica: *periculum animae* e *ratio peccati vitandi*. 6. Per la comprensione dell'*aequitas* canonica e del suo ruolo nell'ordinamento giuridico della Chiesa. 7. L'*aequitas* canonica tra Codice e storia. 8. Il diritto canonico come mentalità giuridica e la sua rilevanza culturale.

⁽²²⁸⁾ Relazione introduttiva letta il 19 maggio 2016 nella sessione del Convegno celebrativo del sessantesimo di operosità della Corte costituzionale.

⁽²²⁹⁾ Relazione introduttiva al convegno *1865/2015: A 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana*, Firenze, 15-16 ottobre 2015. Il volume si inserisce in un'opera in otto tomi curata da L. Ferrara e D. Sorace da titolo « A 150 anni dall'unificazione amministrativa italiana. Studi ».

“agrario” in Italia (230), « Diritto agroalimentare », I (2016), pp. 7-28; *Liber amicorum Pietro Rescigno: in occasione del novantesimo compleanno*, Napoli, Editoriale scientifica, 2018, I, pp. 957-974.

[343] *Il giudice civile. Un interprete?*, « Riv. trim. dir. e proc. civ. », LXX (2016), fasc. 4, pp. 1135-1152 (231); *L'invenzione del diritto* [2017, 369].

[344] *L'invenzione della costituzione: l'esperienza italiana*, « Diritto pubblico », 2016, 3, pp. 811-820; *L'invenzione del diritto* [2017, 369].

[345] *Considerazioni conclusive* al Seminario *Ritorno al diritto? In dialogo con Paolo Grossi*, a cura di E. Ripepe, Pisa, 23 ottobre 2015 (232), « Rivista di Filosofia del diritto », a. V, n. 1 (2016), pp. 87-90.

[346] *Dalla relazione sulla giurisprudenza costituzionale del 2015*, « Iustitia », 2 (2016), pp. 213-224 (233).

[347] *Introduzione* al convegno, in *Costantino Mortati. Potere costituente e limiti alla revisione costituzionale*, Atti del convegno tenutosi a Roma il 14 dicembre 2015, a cura di F. Lanchester, Milano, Giuffrè (*Quaderni di Nomos*), pp. 13-14; « Nomos. Le attualità del diritto » (www.nomos-leattualitaneldiritto.it), 1 (2016), pp. 1-2.

[348] *Le conclusioni del giurista: la lingua del diritto e tre rischi culturali*, in *Lingua e processo le parole del diritto di fronte al giudice*. Atti

(230) 1. Sul vizio giusnaturalistico del diritto civile moderno: individuo e cose nell'irrealtà dell'astrattezza; 2. Individuo e cose tra « moderno » e « pos-moderno »; 3. Fattualità pos-moderna e nuovi protagonisti: i fatti economici, la loro organizzazione, l'impresa; 4. Gian Gastone Bolla: un giurista pos-moderno, le sue intuizioni, i suoi mentori; 5. Fattualità del diritto pos-moderno: genesi di un « diritto agrario »; 6. Itinerari gius-agraristici nello svolgersi del tempo pos-moderno.

(231) Relazione tenuta in Roma il 26 maggio 2016 nell'ambito dell'Incontro di studio, organizzato dal Consiglio Superiore della Magistratura, sul tema: *La dimensione economica del diritto nel pos-moderno. La funzione del giudice civile tra mercato e diritti*. L'autore riferisce di una futura pubblicazione in un volume curato dal Consiglio Superiore della Magistratura, del quale, però, non ho trovato indicazioni bibliografiche.

(232) Contiene (pp. 7-86) anche scritti intorno a Paolo Grossi di E. Ripepe, C. Faralli, F.M. De Sanctis, F. Riccobono, T. Greco, U. Breccia, E. Rossi.

(233) Si tratta di un estratto della relazione di Paolo Grossi presentata l'11 aprile 2016.

del convegno di Firenze, Villa Medicea di Castello, 4 aprile 2014, a cura di Federigo Bambi, Firenze, Accademia della Crusca, 2016, pp. 211-215.

2017

[349] *Verso il domani. La difficile strada della transizione* ⁽²³⁴⁾, in *Percorsi giuridici della post-modernità*, a cura di R.E. Kostoris, Bologna, il Mulino, 2017 [Percorsi], pp. 25-42 ⁽²³⁵⁾.

[350] *Monachesimo cenobiale: una nervatura portante della civiltà altomedievale* ⁽²³⁶⁾, in *Monachesimi d'Oriente e d'Occidente nell'Alto Medioevo*. Atti della LXIV settimana di studio del Centro Italiano di studi sull'Alto Medioevo, Spoleto, CISAM, 2017, I, pp. 1-30 e 32 (replica di Grossi alla discussione seguente al suo intervento).

[351] *Dalle "clausole" ai "principi": a proposito dell'interpretazione*

⁽²³⁴⁾ Atti del convegno celebrativo dei dieci anni del Dottorato in Giurisprudenza dell'Università di Padova, tenutosi a Padova il 4-5 febbraio 2016. Oltre alla relazione introduttiva, Paolo Grossi fu presidente della tavola rotonda finale, dal titolo: « Studiare e insegnare il diritto oggi ». Struttura: 1. Modernità giuridica: il riduzionismo giuridico moderno; 2. La riscoperta pos-moderna della complessità dell'ordinamento giuridico. Un protagonista: Santi Romano; 3. Un messaggio puntuale del Novecento: prima dello Stato c'è il diritto; 4. Espressioni della giuridicità novecentesca: la Costituzione repubblicana; 5. Espressioni della giuridicità novecentesca: il pluralismo giuridico del progrediente diritto europeo; 6. Espressioni della giuridicità novecentesca: la c.d. globalizzazione giuridica; 7. L'odierno paesaggio giuridico italiano e i suoi tratti essenziali; 8. A mo' di conclusione.

⁽²³⁵⁾ Con l'identica struttura, ma con titolo diverso, il tema è stato oggetto della lezione inaugurale dell'A.A. 2016/2017 presso l'Università Suor Orsola Benincasa di Napoli (2 dicembre 2016): *Percorsi giuridici del pos-moderno*, Napoli, Editoriale scientifica, 2017 [Università Suor Orsola Benincasa di Napoli. Lezioni magistrali, 75], pp. 25-46.

⁽²³⁶⁾ Discorso inaugurale della LXIV settimana di studio organizzata dal CISAM (Spoleto, 31 marzo/6 aprile 2016). Struttura: 1. Premessa; 2. Alle origini del monachesimo cristiano; 3. Sugli sviluppi del monachesimo in oriente; 4. Alle origini del monachesimo latino; 5. Una svolta nella storia del monachesimo latino: Giovanni Cassiano; 6. Monachesimo cenobiale: un sigillo per la nuova civiltà medievale; 7. Maturità cenobiali del secolo VI: il « maestro » e Benedetto; 8. Itinerari monastici oltre Benedetto; 9. Monachesimo carolingio; 10. Il lavoro quale carattere tipizzante della comunità monastica. In particolare, il lavoro nella *Regula* di Benedetto; 11. Sulla forza espansiva del lavoro cenobiale; 12. Il monachesimo cenobiale quale nervatura portante e segno identitario della civiltà alto-medievale.

come invenzione ⁽²³⁷⁾, « Gius. civ. », 1 (2017), pp. 6-15; *Oltre la legalità* [2020, 401].

[352] *Presentazione a Principi e clausole generali nell'evoluzione dell'ordinamento giuridico*, a cura di G. D'Amico, Milano, Giuffrè, pp. IX-XVI.

[353] *La Costituzione italiana quale espressione di una società plurale. Lectio* inaugurale dell'anno accademico 2016-2017 alla *Sapienza* di Roma il 19 gennaio 2017, « Nuova Antologia », a. CLII, fasc. 2281, gennaio-marzo, 2017, pp. 18-23.

[354] *Gli assetti fondiari collettivi, oggi: poche (ma ferme) conclusioni* ⁽²³⁸⁾, « Archivio Scialoja-Bolla », 1 (2017), pp. 1-9; *Un altro modo di possedere*. Ristampa 2017 [2017, 356].

[355] *Quale certezza per il diritto canonico?*, in *Certezza del diritto e ordinamento canonico. Percorsi di ricerca del codice piobenedettino* in memoria di Maria Vismara Missiroli, a cura di C. Minelli, Torino, Giappichelli [Collana di studi del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Brescia, n. s., 8], pp. 107-113.

[356] *Un altro modo di possedere. L'emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica postunitaria*. Ristampa anastatica, con integrazioni, Milano, Giuffrè.

Contiene: P. Nervi, *Presentazione: L'attualità di "Un altro modo di possedere" di Paolo Grossi* (pp. V-VIII); Ristampa anastatica del volume (pp. 1-396); *Un altro modo di possedere rivisitato*, pp. 399-407 [2007, 234]; *La proprietà collettiva e le sue dimensioni...*, pp.

⁽²³⁷⁾ 1. Le « clausole generali » in un consapevole messaggio del 1966; 2. Il tempo giuridico pos-moderno e « clausole generali » e « principii »; 3. Il tempo dei « principii » e il ruolo della interpretazione; 4. In particolare, sui principi costituzionali e sulla loro carica assiologica; 5. Sulla odierna giudizialità del diritto e sul rischio di un estremo soggettivismo.

⁽²³⁸⁾ Relazione al seminario su *Le terre civiche, l'ambiente, la comunità, la coesione sociale e lo sviluppo territoriale* (Nuoro, 13-14 ottobre 2016). Struttura: 1. Sulla tipicità storica e giuridica degli assetti fondiari collettivi; 2. E sui caratteri essenziali della loro tipicità; 3. Sugli assetti fondiari collettivi in relazione alla tutela dell'ambiente; 4. Gli assetti fondiari collettivi come storia vivente; 5. Gli assetti fondiari collettivi quale espressione della pluralità ordinamentale della Repubblica.

409-415 [2008, 248]; *“Usi civici”: una storia vivente*, pp. 417-423 [2008, 249]; *Gli assetti fondiari collettivi, oggi: poche (ma ferme) conclusioni*, pp. 425-432 [2017, 354].

[357] *I “quaderni fiorentini” e il loro progetto culturale: 46 anni dopo*, « RSDI », XC, 2017, pp. 67-77.

[358] *Giuliano Vassalli, il giurista*, in *Giuliano Vassalli nel centenario della nascita*. Atti della Giornata in ricordo del presidente emerito della Corte costituzionale, Palazzo della Consulta, 10 dicembre 2015, Milano, Giuffrè, 2017, pp. 13-26.

[359] *Droits civiques d’usage (Italie)*, in *Dictionnaire des biens communs*, a cura di F. Orsi, J. Rochfeld et M. Cornu-Volatron, Paris, PUF, 2017 [Dictionnaires Quadrige], pp. 439-444 ⁽²³⁹⁾.

[360] *Luci e ombre di una codificazione canonica: a cento anni dal primo Codex iuris canonici*, « Il diritto ecclesiastico », CXVIII, 1-2/2017, pp. 13-24 ⁽²⁴⁰⁾.

[361] *Il giovane Santi Romano: un itinerario verso “L’ordinamento giuridico”*, « RIFD », XCIV, serie V, fasc. 4/2017, pp. 501-512 ⁽²⁴¹⁾.

[362] *Lungo l’itinerario di Nicolò Lipari (a proposito del volume: Il diritto civile tra legge e giudizio)*, « Riv. trim. dir. e proc. civ. », LXXI, 4/2017, pp. 1407-1421.

[363] *La invenzione del diritto: a proposito della funzione dei giudici*, « Riv. trim. dir. e proc. civ. », LXXI, 3/2017, pp. 831-846 ⁽²⁴²⁾.

⁽²³⁹⁾ Del dizionario è stata pubblicata anche una seconda edizione nel 2021. La traduzione dello scritto è di Edoardo Stoppioni. La struttura: 1. Présentation et histoire de la notion; 2. La légitimité de la notion: propriété individuelle versus propriété collective et droit civiques d’usages; 3. Une autre tradition: le réicentrisme; 4. La primauté de la communauté; 5. Communauté et personne morale.

⁽²⁴⁰⁾ *Lectio magistralis* tenuta all’Università di Padova in occasione della giornata di studio *A cento anni dalla prima codificazione canonica*.

⁽²⁴¹⁾ Della sezione nella quale compare lo scritto di Grossi (« effettività e interpretazione ») fa parte nella anche G. Benedetti, *“Ritorno al diritto” ed ermeneutica dell’effettività* (pp. 513-538).

⁽²⁴²⁾ Lezione inaugurale del corso di formazione della Scuola superiore della magistratura di Scandicci (7 aprile 2017).

[364] *A proposito del commentario del Codice civile diretto da Enrico Gabrielli*, in « Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni », CXV, 1/2017, 2, pp. 1-17.

[365] *Un altro modo di possedere quarant'anni dopo (un ritorno dell'autore)*, in *Un altro modo di possedere: quaranta anni dopo*. Atti del XIII Convegno annuale del Centro studi sulle proprietà collettive e la cultura del giurista « Guido Cervati », L'Aquila 9 giugno 2017, Pisa, Pacini, 2017 [Assesti fondiari collettivi, collana diretta da F. Marinelli e F. Politi, 2], pp. 113-122.

[366] *Conclusioni*, in *Gabriele Pescatore: l'uomo, il giurista, il meridionalista*. Atti della Giornata tenutasi il 12 dicembre 2016 al Consiglio di Stato in Roma, a cura di A. Pajno, Roma, Svimez, 2017 [Quaderni SVIMEZ, 55], pp. 59-61.

[367] *La Corte costituzionale. Una valvola respiratoria per l'ordinamento giuridico italiano*, in *Corte costituzionale, Corte di cassazione, Consiglio di Stato: tre giurisdizioni apicali*, a cura dell'Accademia nazionale dei Lincei, Bologna, il Mulino, 2017, pp. 45-67.

[368] *Itinerari vecchi e nuovi del contratto*, in *Death of contract? La giurisprudenza come storia*. Atti del convegno internazionale di studi, Napoli, 20-23 ottobre 2013, a cura di A. Cernigliaro, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 2017, pp. 19-31 (243).

[369] *L'invenzione del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2017.

Contiene: *Ultima verba* (premessa), pp. IX-XXI; La legalità costituzionale nella storia della legalità moderna e pos-moderna [2008, 272], pp. 3-18; La legalità costituzionale nella storia del diritto moderno [2009, 262], pp. 19-38; La Costituzione italiana quale espressione di un tempo giuridico pos-moderno [2013, 315], pp. 39-59; L'invenzione dell'ordine costituzionale: proposito del ruolo della Corte [2016, 340], pp. 60-62; L'invenzione della Costituzione: l'esperienza italiana [344, 2016], pp. 63-71; Il giudice civile. Un interprete? [2016, 343], pp. 72-89; Percorsi nel giuridico pos-

(243) Trattasi della relazione introduttiva al convegno. Paolo Grossi figura anche come presidente della terza sessione del convegno.

moderno [2017, 349], pp. 90-105; Giudici e legislatori [inedito ⁽²⁴⁴⁾], pp. 106-113; L'invenzione del diritto: a proposito della funzione dei giudici [2017, 363], pp. 114-129.

2018

[370] *Per Stefano Rodotà*, « QF », XLVII (2018), pp. 3-5.

[371] *Della interpretazione come "invenzione" (la riscoperta moderna del ruolo "inventivo" della interpretazione)*, « QF », XLVII (2018), pp. 9-19 ⁽²⁴⁵⁾ e, in traduzione portoghese di K. Moreira Gouveia (*Da interpretação como invenção: a redescoberta pós-moderna do papel inventivo da interpretação*), in « Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito », 13, 1/2021, pp. 2-10.

[372] *Gustavo Bonelli: un protagonista del pensiero giuridico italiano fra Otto/Novecento*, « QF », XLVII (2018), pp. 317-328 ⁽²⁴⁶⁾; « Quaderni di ricerca giuridica della consulenza legale (Banca d'Italia) », 82 (2017), pp. 13-20 ⁽²⁴⁷⁾.

⁽²⁴⁴⁾ Si tratta dell'intervento tenuto il 7 novembre 2016 presso la Sapienza romana all'incontro/dibattito promosso dal Dottorato di Ricerca in « Diritto pubblico », che non mi risulta pubblicato in altre sedi.

⁽²⁴⁵⁾ Lezione tenuta il 23 ottobre 2017 presso la Scuola Superiore della Magistratura nell'ambito del corso « L'interpretazione nel diritto del lavoro ».

⁽²⁴⁶⁾ Relazione tenuta presso la sede centrale della Banca d'Italia il 3 aprile 2017 in occasione della presentazione del volume Gustavo Bonelli, un giurista in Banca d'Italia, a cura di C. Angelici, O. Capolino, P. Ciocca, M. Perassi, M. Stella Richter jr., G. Terranova, Roma, Servizio editoriale Banca d'Italia, 2017. Il contributo si articola nelle seguenti sezioni: 1. Sull'adempimento di due mancate promesse; 2. Gustavo Bonelli: il « metodo sperimentale di osservazione dei fatti » quale fondazione salvante per la scienza giuridica; 3. Su un ulteriore inabdicabile compito del giurista: la 'costruzione' teorica; 4. Le certezze del giurista Bonelli; 5. Gustavo Bonelli al lavoro: a) in tema di persone giuridiche; 6. b) in tema di titoli di credito; 7. c) in tema di fallimento; 8. Sulla 'cultura' di Bonelli.

⁽²⁴⁷⁾ Reperibile all'indirizzo web: <https://www.bancaditalia.it/pubblicazioni/quaderni-giuridici/2017-0082/index.html>. Il volume riproduce gli atti del convegno *Gustavo Bonelli. Un giurista in Banca d'Italia*. Atti del Convegno Banca d'Italia-Roma, 3 aprile 2017 (messo in linea il 23 gennaio 2018).

[373] *Sull'esperienza giuridica pos-moderna (riflessioni sull'odierno ruolo del notaio)*, « QF », XLVII, 2018, pp. 329-341 ⁽²⁴⁸⁾.

[374] « *Un altro modo di possedere* »: *quaranta anni dopo*, « Archivio Scialoja-Bolla », 2/2018, pp. 1-8; « RSDI », 2018, fasc. 1, XCI, pp. 81-88 ⁽²⁴⁹⁾.

[375] *Storicità "versus" prevedibilità: sui caratteri di un diritto "pos-moderno"*, in « *Questione Giustizia* », 4/2018, pp. 17-23; « RIFD », serie V, XCV, nn. 2/3, 2018, pp. 251-266 ⁽²⁵⁰⁾; *Oltre la legalità* [2020, 401].

[376] *Relazione sulla giurisprudenza costituzionale del 2017* ⁽²⁵¹⁾, « *Iustitia* », 2/2018, pp. 207-222.

[377] *La Corte costituzionale*, « *Nuova Antologia* », a. CLIII, fasc. 2285, gennaio-marzo, 2018, pp. 29-40.

⁽²⁴⁸⁾ Relazione introduttiva tenuta il 9 novembre 2017, al convegno di studio su *La funzione notarile tra oggi e domani*, organizzato in Roma dalla Fondazione italiane del notariato.

⁽²⁴⁹⁾ 1. Premessa; 2. Il perché di una ristampa; 3. « Un altro modo di possedere »: il perché della scelta di questo tema entro il mio itinerario di ricerca; 4. Alla scoperta di un modello alternativo di appartenenza; 5. Per un esame di coscienza dell'autore del 1977.

⁽²⁵⁰⁾ 1. Alcune precisazioni liminali; 2. Il diritto « moderno » e la sua perfetta prevedibilità; 3. Il riduzionismo giuridico « moderno » e le sue salde risultanze: semplicità, chiarezza, certezza; 4. Complessità e fattualità di un diritto « pos-moderno »; 5. Ancora sulla fattualità del diritto pos-moderno; 6. Certezza e prevedibilità alle prese con la fattualità; 7. Il profondamente « nuovo » della Costituzione repubblicana; 8. Della nuova posizione dello Stato entro il pluralismo giuridico della Repubblica; 9. Il « Pos-moderno » quale tempo di « crisi »: crisi di modelli (in particolari della « crisi della fattispecie »).

⁽²⁵¹⁾ Il processo costituzionale e il linguaggio della Corte. 2. I dati quantitativi. 3. La garanzia del contraddittorio. 4. Il seggio vacante di nomina parlamentare: un vulnus istituzionale. 5. La Corte nel panorama costituzionale repubblicano. 6. Il compito di vivificare interessi, valori, bisogni. 7. Le tipologie di giudizi. 8. *Petita* e materie del contendere. 9. Rigetto a accoglimento: motivazione delle sentenze. 10. Continua flessione delle rimissioni nei giudizi incidentali e protagonismo dello Stato nei giudizi in via principale. 11. « Giustizia nella legislazione » e *prudentia* della Corte.

[378] *Il diritto in una società che cambia: a colloquio con Orlando Roselli*, Bologna, il Mulino, 2018 (252).

[379] *La Corte costituzionale. Una valvola respiratoria per l'esperienza giuridica italiana*, « Nuova antologia », a. CLIII, fasc. 2285, luglio-settembre, 2018, pp. 29-40.

[380] *Una Costituzione da vivere: breviario di valori per italiani di ogni età*, Bologna, Marietti 1820, 2018 (253).

[381] *Un fertilissimo colloquio tra recensori e recensito: conclusioni*, in *Ritrovare il diritto. Paolo Grossi alle origini delle organizzazioni sociali*, a cura di G.M. Labriola, Napoli, Editoriale scientifica, 2018 [Logon Didonai. Filosofia e teoria del diritto. Interpretazione e argomentazione giuridica, collana diretta da A. Abignente, F. Ciarrelli, U. Pomarici. Saggi, 21], pp. 111-116.

[382] *Il messaggio giuridico dell'Europa e la sua vitalità: ieri, oggi, domani*, in *Diritti e libertà fondamentali nei rapporti contrattuali*, a cura di Guido Alpa e Giuseppe Conte, Torino, Giappichelli, 2018, pp. 93-96.

[383] *Vingtième siècle: la redécouverte de l'historicité du droit*,

(252) Dopo un'introduzione di Roselli (pp. 9-12), l'intervista è organizzata in tre sezioni: Una rivoluzione culturale e scientifica nella concezione del diritto. Il percorso intellettuale di Paolo Grossi; L'esperienza di giudice e Presidente della Corte costituzionale; Le sfide della società contemporanee. Il contributo del pensiero giuridico per un diritto all'altezza dei tempi.

(253) 1. Alcune considerazioni preliminari sul diritto e sulla Costituzione; 2. Costituzione e costituzionalismi; 3. Caratteri del costituzionalismo « moderno »; 4. Caratteri del costituzionalismo « post-moderno »; 5. L'avvio, in Italia, del cammino verso la Costituzione; 6. Il fulcro di questo cammino: la Assemblea costituente; 7. La Costituzione italiana: una lettura alle radici profonde della società; 8. Su alcuni tratti caratterizzanti: L'Antifascismo; 9. Il comune cittadino quale interlocutore dei Padri Costituenti; 10. Il superamento del riduzionismo giuridico moderno: il pluralismo nella Costituzione; 11. Sul protagonista della Costituzione: la « persona ». La « persona » quale creatura « Solidale »; 12. Sui fondamenti della Costituzione: valori e fatti. La Costituzione quale breviario giuridico del cittadino italiano: 13. Settanta anni: una Costituzione vecchia?; 14. O una Costituzione da vivere.

« Clio@Themis. Revue électronique d'histoire du droit », 14, 2018 ⁽²⁵⁴⁾.

2019

[384] *Gino Giugni, esempio per i giovani giuslavoristi*, « DLRI », XLI, fasc. 4/2019, pp. 589-592 ⁽²⁵⁵⁾.

[385] *Pluralità delle fonti del diritto e attuazione della Costituzione*, « Riv. trim dir. e proc civ. », LXXIII, 3/2019, pp. 763-777 ⁽²⁵⁶⁾.

[386] *Il ruolo del notaio nel tempo giuridico pos-moderno* (a proposito di M. Palazzo, *La funzione del notaio al tempo di internet* ⁽²⁵⁷⁾, Milano, 2017), in « Riv. trim dir. e proc civ. », LXXIII, 2/2019, pp. 653-659.

[387] *Introduzione ai lavori* (pp. 7-10) e *Conclusioni* (pp. 73-77), in Atti del convegno dal titolo *Giovanni Galloni giurista* (Roma, 16 ottobre 2018), « Diritto agroalimentare », 1/2019, pp. 73-77.

[388] *Dignità e Costituzione*, « Nuova Antologia », a. CLIV, fasc. 2290, aprile-giugno 2019, pp. 50-58 ⁽²⁵⁸⁾.

⁽²⁵⁴⁾ Numero dedicato a *L'histoire de la pensée juridique: historiographie, actualité et enjeux*, I, *Témoignages, paper 1* (<https://journals.openedition.org/cliothemis/678>).

⁽²⁵⁵⁾ Intervento al Senato in occasione dell'incontro a dieci anni dalla scomparsa di Giugni (5 dicembre 2019).

⁽²⁵⁶⁾ Lezione tenuta al Corso di formazione « Il giudice alla ricerca della norma » tenutosi presso la Scuola Superiore della magistratura di Scandicci il 2 aprile 2019.

⁽²⁵⁷⁾ 1. Un disegno rapido della personalità dell'autore. 2. La coscienza dell'attuale tempo giuridico « pos-moderno » quale nervatura del libro. 3. Prassi e teoria nella dimensione complessa del notaio Massimo Palazzo: la risorsa offerta dalla rivoluzione ermeneutica. 4. L'autonomia privata come ordinamento e il nuovo ruolo del notaio/*inventore*.

⁽²⁵⁸⁾ Intervento tenuto a Firenze nell'ambito dei « Dialoghi sulla dignità » promossi dalla Fondazione Cassa di Risparmio di Firenze. Struttura: 1. Le « carte dei diritti » della civiltà borghese: un costituzionalismo... senza « dignità ». 2. La « dignità » come innervatura della Costituzione repubblicana del 1948. 3. Le fondazioni etiche e culturali di questa innervatura nei lavori della Assemblea Costituente. 4. In particolare, sugli articoli 2 e 3 della nostra Carta. 5. La Costituzione italiana come breviario giuridico di ognuno e il seme fecondante della « dignità ».

[389] *Le "architetture" di Giorgio La Pira*, « Nuova Antologia », a. CLIV, fasc. 2291, luglio-settembre 2019, pp. 23-37.

[390] *Costituzionalismi tra "moderno" e "posmoderno": tre lezioni suororsoliane* (259), Napoli, Editoriale scientifica [Cultura europea. Cappella Pignatelli, 1], 2019.

[391] *Il mondo delle terre collettive: itinerari giuridici tra ieri e domani*, Macerata, Quodlibet, 2019 [Ius, 1] (260).

Il volume è stato tradotto in portoghese da F. Coelho, *O mundo das terras coletivas: itinerários jurídicos entre o ontem e o amanhã*, São Paulo, Contracorrente, 2021.

[392] *Conclusioni*, in *L'invenzione del diritto. A proposito del nuovo libro di Paolo Grossi*. Convegno di presentazione, Tribunale di

(259) Dopo una premessa di Lucio D'Alessandro (pp. 9-10), le lezioni trattano di: 1. In limine: alcuni chiarimenti su « Costituzione » e « costituzionalismi »; 2. Il « Bill of Rights » inglese del 1689 e il suo costituzionalismo embrionale; 3. Le radici giusnaturalistiche del costituzionalismo moderno; 4. Caratteri del primo costituzionalismo: le « carte dei diritti » nordamericane; 5. Caratteri del primo costituzionalismo: le carte dei diritti del sessennio rivoluzionario francese; 6. Lo « Statuto albertino » e le sue ambiguità; 7. Verso un costituzionalismo pos-moderno; 8. Costituzionalismo pos-moderno: la Costituzione della Repubblica federale di Weimar del 1919; 9. Costituzionalismo pos-moderno: il progetto costituzionale italiano del 1946/48; 10. Costituzionalismo pos-moderno: la Costituzione italiana del 1948 a fondamento di uno Stato sociale di diritto.

(260) 1. Fuori dal monismo individualistico/proprietario e per un recupero della complessità del paesaggio socio-agrario; Il rifiuto « moderno » di un dimensione collettiva; La civiltà giuridica borghese e l'esigenza di un unico modello proprietario; Un giurista novizio degli anni Cinquanta, tra novità e conservatorismi, Sul salvataggio culturale di quel giurista novizio: la « storia del diritto italiano », Sul salvataggio culturale di quel giurista novizio: il « diritto agrario »; Su un particolare aspetto del salvataggio « agraristico »: un approccio diretto con la realtà degli assetti fondiari collettivi, « Un altro modo di possedere ». Il lontano monito di Carlo Cattaneo, L'emersione di un pluralismo proprietario nella seconda metà del XIX secolo: una grande disputa europea, ancora sul monismo proprietario nel Novecento, Anno 1977: la genesi di un libro, Anni Ottanta. L'avvio di una consapevolezza nuova, Gli assetti fondiari collettivi e la loro dimensione sociale e ambientale. Le ripetute testimonianze della Corte costituzionale; Verso un approdo pluri-ordinamentale.

Pescara, 18 maggio 2018, a cura di V. Fanti, F. Marinelli, F. Politi, Pisa, Pacini, 2019, pp. 71-86 ⁽²⁶¹⁾).

[393] *Andrea Bixio e la prospettiva giuridica*, in *Pensiero giuridico e riflessione sociale: discorsi sul Liber amicorum Andrea Bixio*, Torino, Giappichelli, 2019, pp. 3-9.

[394] *Interviste sulla legalità: Paolo Grossi e Agostino Carrino*, in *Materiali per una cultura della legalità: 2019*, a cura di G. Acocella, Torino, Giappichelli, 2019 [Istituto di studi politici San Pio V. Osservatorio sulla legalità], pp. 165-172.

[395] *Introduzione a Domini collettivi ed usi civici. Riflessioni sulla legge n. 168 del 2017*. Atti del XIV convegno annuale del Centro studi sulle proprietà collettive e la cultura del giurista « G. Cervati » (L'Aquila, 31 maggio 2018), a cura di F. Marinelli e F. Politi, Pisa, Pacini [Assetti fondiari collettivi, 3. Collana diretta da F. Marinelli, F. Politi], p. 9.

[396] *Giuseppe Zaccaria: un osservatore lucidissimo del tempo giuridico pos-moderno*, in *Ermeneutica e positività del diritto: studi in onore di Giuseppe Zaccaria*, a cura di D. Canale, E. Pariotti, B. Pastore, Roma, Carocci, 2019, pp. 13-15.

[397] *La costituzione italiana e il Palazzo della Consulta*, a cura di P. Grossi, Torino Utet, 2019.

[398] *Lettera a Judith*, in *Direito, cultura, método: leituras de obra de Judith Martins Costa*, a cura di G. Benetti, A. Corrêa Rodrigues, M. Santana Fernandes, G. Carneiro Monteiro Nitschke, M. Pargendler, L. Beck Varela, Rio de Janeiro, GZ editora, 2019, pp. 930-940.

[399] *La Constitución italiana como expresión de un tiempo jurídico posmoderno*, in *En Antidora: homenaje a Bartolomé Clavero*, a cura di J. Vallejo Fernández de la Reguera, S. Martín Martín, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2019 [Panoramas de derecho, 12], pp. 583-604.

[400] *Caracteres de la experiencia jurídica pós-moderna* (Discorso pronunciato alla inaugurazione del quinto centenario della Facoltà

⁽²⁶¹⁾ Il *copyright* reca 2019, ma il volumetto si annuncia finito di stampare nel 2018.

di diritto della Università di Siviglia, 16 febbraio 2018), in « Crónica Jurídica Hispalense: revista de la Facultad de Derecho », nn. 16-17, 2019, pp. 221-230.

2020

[401] *Oltre la legalità*, Roma-Bari, Gius. Laterza e figli [Saggi tascabili Laterza, 445], 2020.

Contiene: Premessa (pp. IX-XII), *Oltre la legalità* [inedito; pp. 3-36 ⁽²⁶²⁾], Sul diritto europeo come diritto giurisprudenziale, pp. 37-61 [2013, 306;], Dalle « clausole » ai « principi »: a proposito della interpretazione nel tempo pos-moderno, pp. 63-77 [2017, 351]; Storicità *versus* prevedibilità: sui caratteri di un diritto pos-moderno, pp. 79-98 [2018, 375], A proposito de « il diritto giurisprudenziale » pp. 99-115 [2020, 406 ⁽²⁶³⁾].

[402] *Grammatiche del diritto: in dialogo con Paolo Grossi*, a cura di Marina Timoteo, Bologna, il Mulino, 2020 ⁽²⁶⁴⁾.

⁽²⁶²⁾ L'autore indica lo scritto come frutto (« l'occasione preziosa per consolidare riflessioni finora sparse e disorganiche ») anche delle riflessioni condotte per la preparazione di una lezione al Collegio del dottorato di ricerca in discipline giuridiche dell'Ateneo di Roma Tre dal titolo « Sulla legalità » e di una seconda tenuta presso il Dottorato in scienze giuridiche. Curriculum in Teoria dei diritti fondamentali, giustizia costituzionale, comparazione giuridica dell'Ateneo di Pisa entro una giornata di studi in ricordo di Alessandro Pizzorusso su « Il diritto giurisprudenziale » [vedi, però, scheda n. 406]. Lo scritto si articola in: 1. La legalità dell'assolutismo giuridico; 2. Il riduzionismo monista della modernità giuridica; 3. Oltre la legalità assolutistica: rigurgiti monistici ed emersioni pluralistiche nel tempo giuridico pos-moderno; 4. Oltre la legalità: per corrispondere al pluralismo giuridico novecentesco; 5. Oltre la legalità: per un impegno di coerenza con il nostro tempo pos-moderno; 6. « Legalità » e « Rule of law »: qualche necessaria precisazione; 7. E qualche ulteriore precisazione sul diritto eurounitario e sulla « globalizzazione giuridica ».

⁽²⁶³⁾ Nel volume Grossi dichiara questo scritto inedito, un testo dal titolo e dal testo coincidente fu però pubblicato nello stesso anno nella Rivista trimestrale di diritto e procedura civile [406], nella quale si specifica che trattasi della relazione tenuta alla giornata in memoria di Alessandro Pizzorusso di cui alla nota 262.

⁽²⁶⁴⁾ Dopo una introduzione della curatrice (*Comparazione, storia e nuove grammatiche del diritto. Ovvero: guardare il diritto di sotto in su*), il testo si articola in una intervista a Paolo Grossi sui seguenti temi: Lungo la linea lunga: il punto e la linea, Movimenti di superficie, movimenti di profondità, Quanto conta la mentalità, I fatti nel

[403] *Dalle 'reliquie della proprietà collettiva in Italia' (1887) agli 'ordinamenti giuridici primari' (2017). La difficile conquista di un riconoscimento*, « Archivio Scialoja-Bolla », 2020, 1, pp. 1-13.

[404] *Un altro modo di possedere (riflessioni storico-giuridiche sugli assetti fondiari collettivi in Italia)*, « Diritto agroalimentare », 3/2020, pp. 513-520.

[405] *Prefazione in Il mestiere del giudice*, a cura di Roberto Giovanni Conti, Padova, Cedam, 2020 [Dialoghi di Giustizia insieme. Collana diretta da R.G. Conti, P. Filippi, 1], pp. XI-XVI.

[406] *A proposito de "Il diritto giurisprudenziale"*, « Riv. trim dir. e proc. civ. », LXXIV, 1/2020, pp. 1-12 ⁽²⁶⁵⁾.

[407] *Giuseppe Morbidelli mio studente, mio collega, mio caro amico*, in *Costituzione e pubblica amministrazione: un itinerario di Giuseppe Morbidelli*, a cura di G. Cerrina Feroni, Bologna, il Mulino, 2020, pp. 13-16.

[408] *Legal historian and lawyer*, « Zeitschrift für europäisches Privatrecht », 28, 1/2020, pp. 95-106 ⁽²⁶⁶⁾.

[409] *'Moderno' y 'posmoderno' en la historia del derecho en Italia*, « História do Direito. Revista do instituto brasileiro de história do direito: RHD. Curitiba », 2020, vol. 1, fasc. 1/2020, pp. 243-249; *La historia del Derecho en la Universidad del siglo XXI*. Atti del primo Congresso della *Sociedad Española de Historia del Derecho* (28-29

diritto (pp. 15-54); Noi e gli altri. Giuristi di frontiera, « Un altro modo di possedere », Noi e le cose (pp. 55-88); Il diritto si fa nei luoghi: Abbazie e monasteri, Citille in Chianti e l'ordine giuridico medievale, L'Europa del diritto, Lungi la via della seta (pp. 89-127); Nota conclusiva. « La casa dei doganieri » (pp. 129-133).

⁽²⁶⁵⁾ Introduzione ai lavori della giornata di studi tenutasi a Pisa in ricordo di Alessandro Pizzorusso (16 dicembre 2019). Struttura: 1. Un invito a guardare l'oggi con gli occhi di oggi. 2. Su « moderno » e « posmoderno » quali strumenti interpretativi della storia del diritto. 3. Sulla genesi di un tempo giuridico posmoderno in Italia. 4. Sui caratteri di un diritto « posmoderno » in Italia: in particolare, sulla sua ritrovata complessità. 5. Sui caratteri di un diritto « posmoderno » in Italia: in particolare, sul messaggio innovatore della Costituzione repubblicana. 6. Sul « diritto giurisprudenziale » in Italia, oggi.

⁽²⁶⁶⁾ Articolo inserito nella sezione « Percorsi di vita — Lebenswege ».

Ottobre 2021), a cura di M.Á. Bermejo Castriello, Madrid, Dykinson, 2023, pp. 15-21.

[410] *Colloquio su Storia, Diritto e Costituzione*. Intervista al Prof. Paolo Grossi (Citille in Chianti 10 giugno 2020) ⁽²⁶⁷⁾, a cura di F. Pedrini, «Lo Stato. Rivista semestrale di scienza costituzionale e teoria del diritto», a. VIII, 14, 2020, pp. 211-268.

2021

[411] *Il diritto civile in Italia fra moderno e posmoderno. Dal monismo legalistico al pluralismo giuridico*, Milano, Giuffrè [Per la storia del pensiero giuridico moderno, 124] ⁽²⁶⁸⁾.

⁽²⁶⁷⁾ § 1. Premessa; (Parte I Dalla storia alla teoria del diritto); § 2. Il 'diritto' dello storico e i suoi confini; § 3. (*segue*) Il metodo della periodizzazione storica: la 'esperienza giuridica' e la sua tipicità; § 4. Lo storico e il suo concetto di diritto; § 4.1. Storico del diritto medievale; § 4.2. Storico del diritto privato; § 5. Lo storico e l'opzione istituzionalistica; § 5.1. Il diritto come ordinamento tra descrizione e prescrizione; § 5.2. Approccio istituzionale e ordinamento statale; § 6. Lo storico e il pluralismo giuridico; § 6.1. Pluralismo giuridico e ruolo dello Stato; § 6.2. La società e le istituzioni del pluralismo; § 6.3. Pluralismo irenico *vs.* pluralismo polemico; § 6.4. Pluralismo giuridico prescrittivo?; (Parte II Diritto e Costituzione tra moderno e pos-moderno) § 7. *De te fabula narratur?*; § 8. La riduzione della complessità dal medioevo verso il moderno: un bilancio; § 9. (*segue*) Dalla riduzione al riduzionismo; § 10. Critica dell'illuminismo giuridico; § 10.1. Il fondamento giusnaturalistico; § 10.2. Astrattezza, generalità e uguaglianza; § 10.3. La legge e la sua mistica; § 10.4. (*segue*) La rappresentanza e la volontà generale; § 11. Le Carte costituzionali del Sette-Ottocento; § 12. Il Novecento come secolo pos-moderno: descrizione o interpretazione?; § 13. Il recupero della fattualità; § 14. La Costituzione tra conoscenza assiologica e decisione politica; § 15. La Costituzione tra testo e valori; § 16. (*segue*) Costituzione, Stato e Repubblica (Parte III L'interpretazione, il giudice e il giurista) § 17. La Costituzione tra attuazione politica e applicazione giudiziale; § 18. (*segue*) La Corte costituzionale come «organo respiratorio»; § 19. Le norme giuridiche sull'interpretazione; § 20. Il giurista tra esegesi e interpretazione; § 21. (*segue*) L'ermeneutica e il suo metodo; § 22. Il giurista oltre i confini nazionali; § 23. Commiato: innamorarsi del diritto.

⁽²⁶⁸⁾ Il volume contiene: Prefazione; Il diritto civile premoderno e le sue radici consuetudinarie; Un'antinomia basilare della modernità giuridica (fondazioni 'giusnaturalistiche' del positivismo giuridico moderno); Il «codice civile» e il riduzionismo monistico moderno; Il riduzionismo giuridico moderno alle prese con le trasformazioni economiche e sociali del secolo XIX; La civilistica francese e l'accrescersi a fine Ottocento, degli sguardi extra codicem; La civilistica neoterica italiana di fine Ottocento e la riscoperta della complessità del diritto; Il pluralismo culturale di un singolare

[412] *Oltre le storie nazionali: il “Centro di studi per la storia del pensiero giuridico moderno” di Firenze fra passato e presente* ⁽²⁶⁹⁾,

civilista: Giacomo Venezian; Prime vicende posmoderne: innovazioni legislative e percezioni dottrinali; Filippo Vassalli e la « estra-statalità » del diritto civile; Affioramenti posmoderni nel primo Novecento: la riscoperta della dimensione collettiva nei suoi aspetti: a) sociale; b) economico; Tullio Ascarelli: la congiunzione aporetica tra un salvante storicismo pluralista e persistenti fedeltà statalistiche; La civilistica italiana prima e dopo la seconda guerra mondiale: persistenze « puristiche »; La civilistica italiana prima e dopo la Seconda Guerra Mondiale; Salvatore Pugliatti: un civilista inquieto: il suo lungo itinerario scientifico, il suo approdo storicistico; Anni Cinquanta: il messaggi pluralisti di Pietro Rescigno e la riscoperta della dimensione anche collettiva del diritto civile; Alberto Trabucchi: il messaggio pluralista di « un civilista nella crisi del positivismo »; I fertili anni Sessanta; Ancora sui fertili anni Sessanta: le felici aporie di Gino Giugni nella costruzione di un nuovo « diritto del lavoro » fuori della strettoie civilistiche; Luigi Mengoni e le responsabilità culturali di un civilista posmoderno; Fermenti e inquietudini di fine secolo: a proposito del cosiddetto « uso alternativo del diritto »; Fermenti e inquietudini di fine secolo. Uno squillo sonoro e fecondo: decodificazione, e un esito inaridente: la proposta della neo-esegesi; Fermenti e inquietudini di fine secolo. 1978: Le nuove leggi commentate; Due presenze nuove e « impure »: il mercato e il consumatore; Il civilista e le sfide d’inizio millennio; Il dogmatismo legalistico del civilista italiano alle resa dei conti con il diritto privato europeo; Il dogmatismo legalistico del civilista italiano alle resa dei conti con la globalizzazione giuridica; Il dogmatismo legalistico del civilista italiano alle resa dei conti con lo spostamento dell’asse portante dell’ordine giuridico dal primato della legge al primato dei « principii »; Itinerari, malgrado tutto, monistici: il nichilismo di Natalino Irti; Itinerari, malgrado tutto, monistici: *l’Eclissi* del diritto civile di Carlo Castronovo; Itinerari pluralistici: Nicolò Lipari, Vincenzo Scalisi, Giuseppe Benedetti.

⁽²⁶⁹⁾ 1. *In limine*: rammentando cose di cinquant’anni fa; 2. Anno 1971. Lo « storico del diritto italiano »: un corpo estraneo all’interno delle Facoltà italiane di Giurisprudenza; 3. Un recupero per lo storico del diritto: la sua identità di giurista; il suo impegno nella comune conoscenza giuridica; 4. Un recupero per la complessità del diritto e contro i riduzionismi della modernità; 5. L’avvio di un banco comune di lavoro: lo storico del diritto fra i suoi sodali giuristi per la storicizzazione del diritto moderno; 6. In particolare: per la storia del pensiero giuridico moderno; 7. Lungo l’itinerario del « Centro » e dei « Quaderni »: Firenze al centro di una raggiera di incontri, dialoghi, arricchimenti culturali; 8. Sul volto dei « Quaderni »: perché fiorentini?; 9. Sul volto dei « Quaderni »: un foglio poliglotta; 10. Sul volto dei « Quaderni »: cinquant’anni d’attenzione al movimento e mutamento nell’ordine giuridico; 11. A fianco dei « Quaderni »: sulle ragioni e le funzioni di un « Biblioteca per la storia del pensiero giuridico moderno »; 12. Uno sguardo all’oggi: verso la festa per il cinquantenario.

« QF », 50/2021, II, pp. 739-759 ⁽²⁷⁰⁾ e, in traduzione portoghese di R. Sontag (*Para além das histórias nacionais: o “Centro de estudos para a História do pensamento jurídico moderno de Florença entra passado o presente”*), « Revista da Faculdade de Direito UFMG », 78, 2021, pp. 451-467.

[413] *Considerazioni introduttive*, in “Un'altra proprietà. La disciplina delle proprietà collettive e degli usi civici fra legislazione statale e normative regionali. Atti del XV convegno annuale del Centro studi sulle proprietà collettive e la cultura del giurista « G. Cervati », L'Aquila, 31 maggio 2019, Pisa, Pacini [Assetti fondiari collettivi, collana diretta da F. Marinelli e F. Politi, 7], pp. 11-12.

[414] *Mario Galizia, un uomo in ascolto* ⁽²⁷¹⁾, « Nomos. Le attualità nel diritto » (www.nomos-leattualitaneldiritto.it), 3/2021, 3.

[415] *Sistema moderno delle fonti del diritto ed esperienza giuridica posmoderna in Italia* ⁽²⁷²⁾, « RIFD », serie V, XCVIII, fasc. 2, 2021, pp. 155-176; *Le fonti del diritto, il ruolo della giurisprudenza e il principio di legalità*, a cura di G. Grasso e M. Maugeri, Roma, 2023 [Scuola Superiore della Magistratura. Quaderno, 26], pp. 15-32.

[416] *I valori costituzionali: un salvataggio per la dignità della persona*, « Nuova Antologia », a. CLVI, fasc. 2297, gennaio-marzo, 2021, pp. 39-51 ⁽²⁷³⁾.

⁽²⁷⁰⁾ Testo della conferenza di apertura dell'A. A. 2020 dello *Studium Iuris — Grupo de Pesquisa em História da Cultura Jurídica* della Facoltà di diritto dell'Università del Minas Gerais (4 marzo 2020).

⁽²⁷¹⁾ Contributo al convegno in ricordo di Mario Galizia nel centenario della nascita (1921-2021), promosso dalla Fondazione Paolo Galizia-Storia e libertà e dalla Rivista Nomos-Le attualità nel diritto svoltosi presso « La Sapienza » di Roma (15 novembre 2021).

⁽²⁷²⁾ 1. In limine; 2. Sul sistema moderno delle fonti del diritto nell'Europa di civil law; 3. Sulla sua progressiva erosione durante il tempo giuridico posmoderno; 4. Caratteri del tempo giuridico posmoderno: funzione ordinamentale del diritto e riscoperta della sua complessità; 5. La riscoperta della complessità del diritto e la riscoperta della pluralità delle sue fonti. Lezione introduttiva al corso di formazione organizzato dalla Scuola Superiore della Magistratura su « le fonti del diritto, il ruolo della giurisprudenza e il principio di legalità », 20 settembre 2021.

⁽²⁷³⁾ Relazione introduttiva tenuta in sede di insediamento della Commissione speciale per contrastare a Firenze « i fenomeni di intolleranza e razzismo, antisemitismo

[417] *Une autre façon de posséder. Réflexions historico/juridiques sur les aménagements fonciers en Italie*, « Revue interdisciplinaire d'études juridiques », 86 (1), 2021, pp. 55-62.

[418] *Il diritto giurisprudenziale in Italia, oggi*, in *Conferimento del dottorato di ricerca ad honorem in giurisprudenza a Paolo Grossi*, 13 ottobre 2020, Padova, UP, 2021, pp. 37-49 ⁽²⁷⁴⁾.

[419] *Giovinezza della costituzione italiana* (7 aprile 2019), Roma, Bardi, 2021 [Associazione amici dell'Accademia dei Lincei. Letture corsiniane].

[420] *A história do direito em uma faculdade de direito, hoje*, « História do Direito. Revista do instituto brasileiro de história do direito: RHD. Curitiba », v. 2, n. 3/2021, pp. 13-27 [trad. R.M. Fonseca, W. Guandalini Jr. e R. Ferreira Belúcio Nogueira] e, in versione italiana col titolo di *La storia del diritto in una facoltà giuridica, oggi*, « RSDI », XCIII, vol. 94, 1/2021, pp. 37-56 ⁽²⁷⁵⁾.

e istigazione all'odio e alla violenza » (18 gennaio 2021). Struttura: 1. In limine. 2. Sull'attuale tempo posmoderno, sulla perdurante transizione e sul logorio di passate certezze. 3. Tempo di incertezze: sulle allarmanti involuzioni in parecchie democrazie parlamentari. 4. Tempo di incertezze: sulla tenace e soffocante pandemia di ieri e di oggi. 5. Strumenti per un salvataggio: speranza e coraggio. 6. Strumenti per un salvataggio: valori, principii, diritti, doveri segnati nella Costituzione. 7. Strumenti per un salvataggio: un Costituzione plurale e personalistica. 8. La Carta del 1948: ricerca, rilevazione, lettura del sostrato valoriale alle radici dell'assetto socio-giuridico repubblicano. 9. La costituzione al servizio della dignità dell'uomo. 10. Sulla memoria del passato quale possibile ricchezza del presente.

⁽²⁷⁴⁾ Struttura: 1. Chiarimenti sul sintagma « diritto giurisprudenziale »; 2. Sui caratteri di un diritto *moderno* in Italia; 3. Sui caratteri di un diritto *posmoderno* in Italia; 4. Il ruolo di un « diritto giurisprudenziale » nel ruolo della riscoperta complessità del diritto.

⁽²⁷⁵⁾ Lezione inaugurale al corso di « Historia do direito » del professor R.M. Fonseca, Università Federale del Paraná (11 maggio 2021). Si articola in: Le ragioni per la scelta di questo tema. Sulla de-temporalizzazione/de-storicizzazione del diritto durante la modernità giuridica e sulle pesanti conseguenze negli studi giuridici entro il pianeta di *civil law*, Novecento giuridico: il recupero posmoderno della socialità/storicità del diritto, Sulla intensa transizione posmoderna, sull'eclissi dell'assolutismo giuridico e sulla riscoperta del pluralismo giuridico, Lo storico del diritto giurista tra i giuristi: un provvido sodalizio nell'unitarietà della scienza giuridica, Il « caduco » e il « durevole » nella decantazione della linea storica. Lo storico del diritto come coscienza critica del culture del diritto positivo e una testimonianza di Cesare Vivante.

2022

[421] *Replica* [all'interno di una discussione su Paolo Grossi, *Il diritto civile in Italia fra Moderno e postmoderno (dal monismo legalistico al pluralismo giuridico)*, Milano, Giuffrè, 2021 ⁽²⁷⁶⁾], « QF », LI, 2022, pp. 475-476.

[422] *Il mondo delle terre collettive. Notazioni storico giuridiche*, « La Nuova giuridica. Florence law review », 1/2022, pp. 10-12 ⁽²⁷⁷⁾.

[423] *Europa: radici e prospettive (osservando il lungo distendersi di un salvante ordine giuridico)*, Roma, Edizioni di storia e letteratura, 2022, pp. 21-45 ⁽²⁷⁸⁾.

[424] *Il paese dei palloncini di gomma e altre fiabe*, Firenze, Giunti editore, 2022.

⁽²⁷⁶⁾ Interventi di N. Irti (*Lettera a Paolo Grossi*, p. 485), C. Camardi (*La scienza del diritto civile nell'ottica del pluralismo. Note brevi*, pp. 436-447); F. Macario (*Il diritto civile come storia del pensiero e la formazione dei giuristi*, pp. 447-466) e G. Vettori (*Dovere di verità e pluralismo nel diritto civile*, pp. 466-475).

⁽²⁷⁷⁾ <https://riviste.fupress.net/index.php/nuovagiuridica/issue/view/85/71>.

⁽²⁷⁸⁾ *Lectio magistralis* tenuta presso il Teatro della Compagnia di Firenze il 4 ottobre 2021. Struttura: 1. Il perché di un giurista a tenere questa lectio magistralis. 2. Alle radici dell'Europa: la prima Europa, la medievale Europa del diritto. 3. L'Europa durante la modernità: una mera espressione geografica. 4. 1946/47: il nuovo ordine costituzionale della nuova Repubblica italiana. 5. Sull'ordine giuridico europeo in cammino. 6. Qualche parola sull'ordine giuridico globale. 7. Quali prospettive in Europa? Il volume contiene anche una premessa di Irene Stolzi (pp. 7-8) e Cristina Giachi, *Europa e diritto romano (a mo' di introduzione)*, pp. 9-17.

Abstracts

FRANCESCO PALAZZO, *The constituent function of criminal law in the republican era*

Starting from a conception of law open to the social dimension, the work examines the function that criminal law (legislative and jurisprudential) can play in the foundation of values and identity orientations of the socio-cultural order despite and in synergy with the role of the formal Constitution.

TOMMASO GAZZOLO, *Spinoza and liberation from the bondage of the law*

The essay proposes an interpretation of the concept of law found in Chapter IV of Spinoza's *Theological-Political Treatise*. In particular, the article attempts to show that Spinoza defends a normative but not a prescriptive conception of law. For Spinoza, the law is not a command. But neither can it be read in terms of a descriptive law of nature. The law is the expression of the ought-to-be of the thing understood as that which makes it the thing that it is.

MARCO FIORAVANTI, *The « Happy Shipwreck ». Law and utopia between Enlightenment and Revolution*

The element that characterizes the revolutionary epochs is the radical change of society and the search for a new reality projected towards the future and towards utopia. If the Age of Enlightenment had been characterized by a profusion of utopian literature — made up of fantastic novels, constitutional projects, ideas of radical reform of society in a predominantly rationalist and egalitarian key — with the Revolution we observe the exhaustion of the utopian vein but at the same time its re-emergence in the form of political-constitutional planning, which ranged from the reform of the calendar and the measurement of time itself, through the reorganization of criminal law, of public education, of the property and of the morphology of cities, conceived as a place where utopia could be realized.

PIO CARONI, *A historian for the code*

The author notes a slow but inexorable drift of historical subjects in law schools on the continent. He believes it was provoked by a strategy devised in the late nineteenth century, which almost everywhere had confirmed the customary certainties of the historical school even after codification had taken place. Which was a momentarily convenient artifice, but actually anti-historical and absurd. The author therefore condemns it. He proposes instead to read even the codes in the light of the temporality of law. That is, of that undeniable evidence, according to which law is perceptible only in time, thus in a dimension, which the historian knows better than others how to handle.

JEAN-LOUIS HALPÉRIN, *From private revenge to public justice. History and limits of an evolutionist scheme*

At the turning point of the 19th and of the 20th century it had become a common place to say that the origins of criminal law were linked to a dramatic shift from private revenge to public justice. This paper tries to identify the doctrinal origins of this evolutionist scheme. Taking its point of departure in the post-Hegelian works of German jurists about German *Rache* and self-defence in Roman law, this scheme was accepted without discussion in the whole Europe. If Jhering had some doubts about a right of defence (*Selbsthilfe*) that could exist before the invention of law, he contributed to diffuse this evolutionist scheme. Whereas new works in legal history, legal anthropology and legal sociology discussed the validity of this vocabulary, the wording 'private justice' has continued to be used until today. With the most recent researches about negotiated justice, one has many reasons to abandon the ambiguous expression 'private justice' and to consider it at the preliminary stage of criminal law.

MARGARIDA SEIXAS, *Slavery, freedom and law in Brazil. The common and the specific (16th to 18th century)*

In Portuguese law, the regulation of slavery and freedom corresponded, in the Modern Age, to a blend of norms of plural and unsystematic origin. Since the beginning of the 16th century, the need for a specific regulation for slavery in Brazilian territory has gradually been affirmed, with awareness of the different realities existing there,

dissimilar to the metropolitan ones and even to those verified in other Portuguese colonial territories. Since diplomas of a general nature — and mainly royal legislation — were also applied in colonial Brazil or Portuguese America, this text intends to critically analyse the relationship and articulation of these general rules with the specific and proper regulation in these matters, which resulted from special and/or exceptional rules, either enacted by the metropolis or approved by the colonial authorities and ecclesiastical structures, in a process of legal transposition or adaptation to the cultural, economic and social circumstances of the territory.

LEO PAVESI, *Indivíduo, Estado, Corporação: intellectual networks and corporative law between Fascist Italy and the Portuguese Estado Novo*

The paper aims at tracing transnational legal networks between fascist Italy and the Portuguese *Estado Novo* which dealt with the issues of corporatism and corporatist law: a topic that had not been explored in depth by the current literature on the intellectual relations between the two regimes. Taking into account the emergence of these networks in the late 1930s, the paper also explores three conceptual entanglements that highlight both points of convergence and points of divergence between the juridical and political cultures of Italian fascism and Salazarism: first, the primacy of ethics over economy as a space of intersection between fascist totalitarianism and the Catholic social doctrine; secondly, the ‘reciprocal visions’ on the nature of corporatism; and finally, the debate on the relations between the liberal legal State and the corporatist State. This last point will be explored through the personal and intellectual relations between Giorgio Del Vecchio and Marcello Caetano.

GIANLUCA RUSSO, *Between reform and counter-reform. Jurists and emergency criminal legislation (1974-1984)*

In the 1970s, Italy experienced a lacerating split: on the one hand, the desire to change and consolidate, after the student and workers’ struggles, reforms and decisive civil achievements but, on the other, almost in reaction to that spontaneous movement, the eruption of terrorism. Regarding this double movement, the essay retraces in three phases the emergency criminal legislation passed to counter the armed struggle between 1974 and 1984. The reconstruction is based on the

debate that animated the left-wing legal culture in the main specialistic journals during that decade.

SIMONA MORI, *Civic representation and elective systems in Milan: pre-modern scenarios*

The long path of the Milanese local institutions from the late Middle Ages to the Austrian restauration testifies to the duration of a mainly descriptive perspective on civic representation. According to this, the composition of the representative body prevails on both the way its members are selected and the type of activity they are expected to perform on behalf of the community. What matters most is the capability of the body to faithfully mirror local society with its plural corporate texture and its inner power hierarchies. As the political constitution of the State of Milan changes from that of a city-State, though having a seigniorial government at its top, to that of a Duchy part of a composite Monarchy, to that of a sister-Republic or Reign, so do the community profiles which are to be represented as politically relevant. Consequently, the size and composition of the main civic body changes significantly, from a very large socially mixed assembly to a few dozens noblemen council, to a small college of property owners. As for the means and procedures of selection, they maintain for the whole period typically combined features, including choice of electors by city-quarters, draw, submission of candidates by the representatives in office, designation by higher level officials or by the sovereign himself. The list does not include, however, any type of vote directly expressed by the individuals that make up the represented community, not even in consequence of the 'imported revolution' by the French Army. Therefore, though we may detect some signs of a transition to a more modern form of local representation, this still remains out of our sight during the entire first half of the Nineteenth Century.

LUCA MANNORI, *The history of the Florentine 'tratta': a long-term perspective*

The topic of electoral methods in use in medieval and Renaissance Florence has already been explored by many sectoral studies interested in grasping its effects on the city's political and social history at certain moments of its evolution. In this contribution, the theme is taken up in a long-term perspective, ranging from the 14th century to the age of reforms and aiming to focus on the essential elements of a

culture of representation totally different from what we are familiar with today. In that culture, in fact, 'representation' absolutely did not mean delegating someone to act in the place of the represented, but only objectively 'reproducing' the physiognomy of the citizen body. An approach, this, that still the great reforms of the 18th century would not succeed in overcoming and that would only begin to fail at the height of 1848.

ALFREDO VIGGIANO, *The places of the 'broglio'. Discourses and electoral practices in Venice in the eighteenth century*

The essay is focused on the study of the practise of broglio, the ways in which it is perceived and narrated, its function within Venetian electoral procedures in the 18th century, and the crisis of such an institution in the last three decades of the century. The normative production, the thematic framing of the 'broglio' question within treaties, reflections and political and moral observations produced both by Venetian authors, mostly belonging to the privileged aristocracy, and by those from other Italian and European territories, swing between two opposing versions. On the one hand, the broglio is denounced as an act of corruption that threatens the root of the meaning of the republican political constitution; on the other hand, it is interpreted as an invention useful for maintaining an internal balance within the hegemonic class, the aristocratic Households, in reality agitated by splits that are not easy to reconcile. In this way, in the long period from the 16th to the 18th century, two very different versions are compared: the first of a moralistic stamp; the second a functional one. Both respond to the requirement of legitimation that must be studied in their precise context.

GIOVANNI FLORIO, *Reforming the world or preserving the state? Elections and political representation in Scipione Maffei's Veneto*

This article provides a critical re-reading of Scipione Maffei's *Suggerimento*. The first part of the article will consider the affinities between the Maffeian thought on elective representation and a long-standing tradition stemming from the debate on the *reason of State*. The second part will consider the historiographical repercussions of the Maffeian reading, proposing an alternative understanding of the problem of political representation in the Venetian dominions throughout the whole early modern age. Such a reading will be conducted by

shifting the focus of the analysis from the actual absence of proto-parliamentary representative institutions to the widespread presence of procuratorial institutions of representation (such as legations and nunciatures) established by the subject communities in the city-republic of Venice.

ANGELO MUOIO, *Between modernity and tradition: voting and representation in Lombardy before Unification*

Throughout the 19th century, electoral processes evolved from corporatist to individual voting systems, reshaping political representation. In Lombardy, local elites, strongly tied to their municipal identity, had to adapt to the new institutional framework to maintain their social and political prominence. Concurrently, they advocated for Italian statehood rooted in municipal autonomy. Post-unification policies implemented centralization and differentiated between administrative and political votes, altering the dynamics of political representation. However, localism remained a significant aspect of parliamentary dynamics. Through an analysis of electoral patterns, the paper aims to provide insights into the strategies employed by provincial elites to navigate changing political landscapes.

GIACOMO CARMAGNINI, *Checkmate to reason. Revolution and voting theory in the reflection of an idéologue*

Although only recently rediscovered by historians of the Revolution, the theory and practice of voting represent crucial aspects in the development of political culture between the eighteenth and nineteenth centuries. A diachronic analysis will highlight the trajectory that led reflections on voting to focus increasingly on the individual and the personal, considering not only the revolutionary decade but also reflections on representation in the last decades of the *Ancien Régime* and the early years of the Restoration. Through the study of emblematic figures associated in various ways with the *cercle des idéologues* — from Condorcet to Daunou to Benjamin Constant — it will be possible to reconstruct the theoretical and experimental evolution of voting, from the rational seal of universal truth and justice to the reflection on the plurality of interests of the individual voter.

ANDREW J. CECCHINATO, *A goddess is needed. Venus and the history of English law in the thought of the young Selden*

Deities often hide in plain sight, like Venus occurring inconspicuously in the early writings of John Selden. Her presence at the very inception of English law is cardinal in the two histories that Selden writes in his mid-twenties, *England's Epinomis* and *Jani Anglorum facies altera*, both dating from 1610. In either work, Venus stands for more than a chance encounter with transcendence and points to a range of Platonizing concerns on the nature of legal orders. The article documents Selden's ancient and modern sources, proves the theoretical bearing of his early legal historiography, and presents the general theory of legal orders to which Selden's renewed Platonizing concerns lead in his 1616 *Notes on Fortescue*. By so doing, the article reveals the speculative relevance of Selden's thought and exemplifies the law's power to demonstrate and realize the unbroken connectedness of reality.

LORENZO PACINOTTI, *Revolution by consent. An interpretation of the jurist Laski*

The article aims at analysing Harold Laski's legal thought. Commonly divided into three phases — pluralism, gradualism and Marxism — his reflection does indeed experience significant evolutions and changes. However, when considered as a whole, these phases of thought do not preclude a substantial uniformity of his legal theory, thereby highlighting the overall objective of balancing freedom and authority, liberty and equality.

SARA LAGI, *Hans Kelsen's democratic conception and the Austrian constitutional reform of 1929. The second edition of Vom Wesen und Wert der Demokratie*

The present essay addresses Hans Kelsen's most popular work on democratic theory, the second edition of *Vom Wesen und Wert der Demokratie* (1929) through an historical perspective. The objective is to show how and to what extent Kelsen's work can be considered as his critical personal response to the Austrian constitutional reform of 1929, while supporting a parliamentary form of democracy.

ANTONIO OJEDA AVILÉS, *The inevitable shading of a profile: Manuel Alonso Olea, founder of Spanish labour law*

In the drawing of people, as in general of all the elements of the physical world, the shading of their profiles becomes absolutely necessary in order to identify them correctly. It does not add new strokes to the character or object, but situates it in its circumstance, in such a way that a character without its shadow runs the risk of being unreal. In the case of Professor Manuel Alonso Olea (1924-2003), his recent praise by prestigious professors as President Judge of the Spanish Central Labour Court (1967-1981) and from that position, comparable to the magistrates and presidents of the Supreme Court of the United States, makes it necessary to emphasise the role played in his time by that Court, as well as the political value of the character. Thus emerges the figure of a character rich in nuances, capable of having marked the very personality of Spanish Labour Law from a procedural tone that has served to strip it of demagogy and banality, but also of having served a personalist regime in a Court that was born at the same time as the Public Order Court (1962-1977) and also fulfilled a non-democratic political function.

TSUBASA DOI, *Santi Romano in Japan*

This paper aims to unveil the latent potential of Santi Romano's argument for both Italian and international audiences by exploring its reception in Japan. We will delve into three distinct instances to illustrate this impact. Initially, in the 1930s, Riuzō Maitani, a professor of commercial law, adopted Romano's institutionalism. Maitani's 'Japanization' of this concept amplified its totalitarian elements. Subsequently, in the 1950s, Supreme Court Chief Justice Kōtarō Tanaka adopted Romano's pluralist theory. This approach led Tanaka to oppose judicial interference in disputes within state-contained autonomous groups, establishing the « principle of partial community » as a longstanding precedent in the Japanese Supreme Court until the 2010s. Lastly, in the 2000s, administrative law professor Takeshi Nakano reinterpreted Romano's work, *L'ordinamento giuridico*, striving for a comprehensive understanding that also encompassed Romano's administrative jurisprudence. Nakano critiqued Romano's administrative law theory as incomplete, proposing his own theory as an evolution of Romano's. These instances collectively highlight the multifaceted nature of Romano's theory: its potential danger, its universal applicability as evidenced by adoption in a Supreme Court across the globe with a differing institutional context, and its academic relevance offering insights for contemporary administrative jurisprudence.

Ragguagli fiorentini

ATTIVITÀ DEL CENTRO DI STUDI PAOLO GROSSI
PER LA STORIA DEL PENSIERO GIURIDICO MODERNO NEL-
L'ANNO ACCADEMICO 2022-2023

È stato pubblicato il volume LII (2023) dei «Quaderni fiorentini», numero monografico (*Il diritto come forma dell'esperienza. Per Paolo Grossi*) con saggi di Carlo Fantappiè, Pietro Costa, Tommaso Greco, Francesco Saverio Nisio, Francesco De Sanctis, Baldassare Pastore, Umberto Breccia, Antonio Iannarelli, Orlando Roselli, Paolo Cappellini, Claudia Storti, Francesco Migliorino, Giacomo Pace Gravina, Carlos Petit, Michele Pifferi, Aurelio Cernigliaro, Diego Quaglioni, Tamar Herzog, Clara Álvarez, Giuseppe Duso, Luca Mannori, Pio Caroni, Jean-Louis Halperin, Stefano Solimano, Raffaele Volante, Alberto Spinosa, Giovanni Chiodi, Ferdinando Mazzarella, Laura Moscato, Irene Stolzi, Marco Nicola Miletta, Luigi Lacché, Lorenzo Ornaighi, Giovanni Tarli Barbieri, Bernardo Sordi, Ángel M. López y López, Sebastián Martín, Massimo Luciani, Thomas Duve, Ricardo Marcelo Fonseca e Maria Rosaria Ferrarese.

Nella 'Biblioteca' del Centro sono stati pubblicati i volumi 136, Piero Fiorelli, *La tortura giudiziaria nel diritto comune*, ristampa inalterata con prefazione dell'Autore settant'anni dopo e due appendici; 137, Alberto Predieri, *Lineamenti della posizione costituzionale del Presidente del Consiglio dei ministri*, ristampa inalterata con Prefazione di Giuseppe Morbidelli e Introduzione di Augusto Barbera; 139, *Lo Stato costituzionale. Radici e prospettive*, Atti della giornata di studi in memoria di Maurizio Fioravanti — Firenze, 10 marzo 2023, a cura di Massimiliano Gregorio e Bernardo Sordi; 140, Lorenzo Pacinotti, *L'ingranaggio della cittadinanza sociale. Il Welfare State britannico tra National Insurance e National Health Service*; 141, *Weimar 1919. Alle origini del costituzionalismo democratico novecentesco*, a cura di Massimiliano Gregorio e Paolo Corona.

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.

L'11 maggio 2023 presso la sede del Centro a Villa Ruspoli si è tenuto un incontro intitolato *Per i cento anni di Piero Fiorelli*, in occasione della ristampa per i tipi della 'Biblioteca' del Centro del volume *La tortura giudiziaria nel diritto comune* (1953), con interventi di

Giovanni Cazzetta, Pietro Costa, Marco Nicola Miletta, Federigo Bambi e la partecipazione dell'autore.

Il 23 e 24 novembre 2023 nell'Aula Magna dell'Università di Firenze si è svolto il convegno *Alla ricerca della « dimensione giuridica ». Omaggio a Paolo Grossi*. Dopo i saluti istituzionali portati da Alessandra Petrucci, Rettore dell'Università di Firenze, hanno tenuto relazioni Giuseppe Morbidelli, Presidente della Fondazione CESIFIN « Alberto Predieri »; Giovanni Cazzetta, Direttore del Centro di studi Paolo Grossi per la storia del pensiero giuridico moderno e dei Quaderni fiorentini; Pietro Costa, Università di Firenze; Geminello Preterossi, Università di Salerno; Giuseppe Zaccaria, Università di Padova; Orlando Roselli, Università di Firenze; Irene Stolzi, Università di Firenze; Massimo Vogliotti, Università del Piemonte Orientale « Amedeo Avogadro »; Giancarlo Coraggio, Presidente emerito della Corte costituzionale; Gustavo Zagrebelsky, Presidente emerito della Corte costituzionale. Si è poi svolta una tavola rotonda intitolata *Crisi del diritto o metamorfosi del diritto?*, con la partecipazione di Lorenzo Chieffi, Daria de Pretis, Vincenzo Ferrari, Andrea Simoncini, Giuseppe Vettori (*Il diritto di fronte alle metamorfosi della contemporaneità*) e Guido Alpa, Margherita Cassano, Vincenzo Cerulli Irelli, Roberto E. Kostoris, Margherita Maria Procaccini (*Strumentario e fonti del diritto nella postmodernità*). Il Presidente facente funzioni della Corte costituzionale, Augusto Antonio Barbera, ha svolto la relazione conclusiva dal titolo *Paolo Grossi ed una « Costituzione da vivere »*.

TOMO I

GIOVANNI CAZZETTA, <i>Pagina introduttiva</i>	1
---	---

MODELLI E DIMENSIONI

FRANCESCO PALAZZO, <i>La funzione costituente del penale nell'era repubblicana</i> . .	7
TOMMASO GAZZOLO, <i>Spinoza e la liberazione dalla schiavitù della legge</i>	21
MARCO FIORAVANTI, <i>Il « Felice naufragio ». Diritto e utopia tra Illuminismo e Rivoluzione</i>	59

LA DIMENSIONE GIURIDICA

PIO CARONI, <i>Uno storico per il codice</i>	113
JEAN-LOUIS HALPÉRIN, <i>De la vengeance privée à la justice publique. Histoire et limites d'un schéma évolutionniste</i>	143
MARGARIDA SEIXAS, <i>Escravidão, liberdade e direito no Brasil. Do comum e do específico (séculos XVI a XVIII)</i>	183
LEO PAVESI, <i>Individuo, Estado, Corporação: reti intellettuali e diritto corporativo tra Italia fascista e Estado Novo portoghese</i>	221
GIANLUCA RUSSO, <i>Tra riforma e controriforma. I giuristi e la legislazione penale dell'emergenza (1974-1984)</i>	267

IL LUNGO MEDIOEVO DEL VOTO CITTADINO: PRATICHE E MODELLI

LUCA MANNORI, <i>Introduzione</i>	321
SIMONA MORI, <i>Rappresentanza civica e sistemi elettivi a Milano: scenari premoderni</i>	337
LUCA MANNORI, <i>La vicenda della 'tratta' fiorentina: uno spaccato di lungo termine</i> .	373
ALFREDO VIGGIANO, <i>I luoghi del broglio. Prassi e retoriche elettorali a Venezia nel Settecento</i>	407
GIOVANNI FLORIO, <i>Riformare il mondo o conservare lo Stato? Elezioni e rappresentanza politica nel Veneto di Scipione Maffei</i>	431
ANGELO MUOIO, <i>Tra modernità e tradizione: voto e rappresentanza in Lombardia prima dell'Unità</i>	459
GIACOMO CARMAGNINI, <i>Scacco alla ragione. Rivoluzione e teoria del voto nella riflessione di un idéologue</i>	483

TOMO II

FIGURE DELL'ESPERIENZA

ANDREW J. CECCHINATO, <i>Occorre una dea. Venere e la storia del diritto inglese nel pensiero del giovane Selden</i>	519
LORENZO PACINOTTI, <i>Revolution by consent. Un'ipotesi di lettura del Laski giurista</i>	547
SARA LAGI, <i>La concezione democratica di Hans Kelsen e la riforma costituzionale austriaca del 1929. La seconda edizione di Vom Wesen und Wert der Demokratie</i>	597
ANTONIO OJEDA AVILÉS, <i>El inevitable sombreado de un perfil: Manuel Alonso Olea, fundador del Derecho del Trabajo español</i>	637
TSUBASA DOI, <i>Santi Romano in Giappone</i>	663

TESTIMONIANZE

GUSTAVO ZAGREBELSKY, <i>Norberto Bobbio. Semper idem et semper novus</i>	711
GERHARD DILCHER, <i>Spiros Simitis: uomo, studioso, politico</i>	731

PER I CENT'ANNI DI PIERO FIORELLI

GIOVANNI CAZZETTA, <i>Omaggio a Piero Fiorelli</i>	739
PIETRO COSTA, <i>Per Piero Fiorelli: una testimonianza</i>	741
MARCO NICOLA MILETTI, <i>La criminalistica come katéchon. Rileggendo La tortura giudiziaria di Piero Fiorelli</i>	751
FEDERIGO BAMBI, <i>Piero Fiorelli tra storia del diritto, storia della lingua e ortoepia</i> .	769

LETTURE

Philippe Audegean, <i>Violenza e giustizia. Beccaria e la questione penale</i> , Bologna, 2023 (PIETRO COSTA)	779
Edoardo Caterina, <i>Personalismo vivente. Origini ed evoluzione dell'idea personalista dei diritti fondamentali</i> , Napoli, 2023 (PIETRO COSTA)	787
<i>Genre, histoire et droit</i> , in « Clio@Themis », 25 (2023) (MARIA SOLE TESTUZZA) .	794
<i>Ispezioni della terribilità. Leonardo Sciascia e la giustizia</i> , a cura di Lorenzo Zilletti e Salvatore Scuto, Firenze, 2022; <i>Leonardo Sciascia e la storia del diritto</i> , a cura di Antonio Cappuccio e Giacomo Pace Gravina, Messina, 2023 (BERNARDO SORDI)	803
Silvia Niccolai, <i>Principi del diritto, principi della convivenza. Uno studio sulle « regulae iuris »</i> , Napoli, 2022 (LAURA BUFFONI)	808
Orlando Roselli, <i>Riforme costituzionali. Alla ricerca di una strategia riformatrice condivisa</i> , Firenze, 2023 (VINCENZO FERRARI)	814

DISCUSSIONI

SU MASSIMO LUCIANI, <i>Ogni cosa al suo posto. Restaurare l'ordine costituzionale dei poteri</i>	823
Interventi di:	
ENZO CHELI	823
VITTORIA BARSOTTI, <i>Ogni cosa al suo posto. La prospettiva di una comparatista</i>	824
BERNARDO SORDI, <i>Pianisti e compositori. In margine all'ultimo libro di Massimo Luciani</i>	831
MASSIMO LUCIANI, <i>Note a margine di una discussione fiorentina su « Ogni cosa al suo posto »</i>	836
SU <i>L'arte di giudicare. Percorsi ed esperienze tra letteratura, arti e diritto</i> , a cura di G. Rossi, D. Velo Dalbrenta, C. Pedrazza Gorlero	849
Interventi di:	
PAOLO CAPPELLINI, <i>Il Mistero del giudicare</i>	849
ORLANDO ROSELLI, <i>L'arte di giudicare e l'inconsapevole giuridico</i>	857
FLORIANA COLAO, <i>Il giudice attraverso lo specchio delle arti</i>	867
FRANCESCO SIDOTI, <i>Preferirei il Giudizio Universale</i>	874
GIOVANNI ROSSI, <i>Law & Humanities: una 'provocazione' salutare per il giurista di oggi</i>	882

A PROPOSITO DI...

PAOLO CAPPELLINI, <i>L'ermeneutica ben temperata e il postdiritto</i> (A proposito di Giuseppe Zaccaria, <i>Postdiritto. Nuove fonti, nuove categorie</i> , Bologna, 2022)	895
MASSIMILIANO GREGORIO, <i>La partita e l'automobile, ovvero della naturale eterogeneità dei fini delle carte costituzionali</i> (A proposito di R. Romanelli, <i>L'Italia e la sua Costituzione. Una storia</i> , Bari-Roma, 2023)	905
FERDINANDO MAZZARELLA, <i>La « resilienza » della causa. Brevi considerazioni sulle ragioni di una categoria controversa</i> (A proposito di <i>Causa contractus. Auf der Suche nach den Bedingungen der Wirksamkeit des vertraglichen Willens</i> , ed. by G. Albers, F.P. Patti and D. Perrouin-Verbe, Tübingen, 2022)	929
FILIPPO MURINO, <i>Impresari, editori, concorrenza e diritto d'autore nella Venezia di metà Settecento</i> (A proposito di Anna Sansa, <i>Carlo Goldoni « Avocat vénétien »</i> . <i>Droit et théâtre à Venise au XVIII^e siècle</i> , Paris, 2023)	941
FRANCESCO SALERNO, <i>Riflessioni sull'opera di Riccardo Luzzatto</i> (A proposito di R. Luzzatto, <i>Il diritto internazionale nella realtà dei fenomeni giuridici. Scritti scelti a cura degli allievi</i> , Torino, 2023)	991

BIBLIOGRAFIA DEGLI SCRITTI DI PAOLO GROSSI

MARCO P. GERI, <i>Nota del curatore</i>	1019
---	------

<i>Bibliografia degli scritti di Paolo Grossi: anni 1956-2022</i>	1022
---	------

ABSTRACTS

FRANCESCO PALAZZO, <i>The constituent function of criminal law in the republican era</i>	1119
TOMMASO GAZZOLO, <i>Spinoza and liberation from the bondage of the law</i>	1119
MARCO FIORAVANTI, <i>The «Happy Shipwreck». Law and utopia between Enlightenment and Revolution</i>	1119
PIO CARONI, <i>A historian for the code</i>	1120
JEAN-LOUIS HALPÉRIN, <i>From private revenge to public justice. History and limits of an evolutionist scheme</i>	1120
MARGARIDA SEIXAS, <i>Slavery, freedom and law in Brazil. The common and the specific (16th to 18th century)</i>	1120
LEO PAVESI, <i>Individuo, Estado, Corporação: intellectual networks and corporative law between Fascist Italy and the Portuguese Estado Novo</i>	1121
GIANLUCA RUSSO, <i>Between reform and counter-reform. Jurists and emergency criminal legislation (1974-1984)</i>	1121
SIMONA MORI, <i>Civic representation and elective systems in Milan: pre-modern scenarios</i>	1122
LUCA MANNORI, <i>The history of the Florentine 'tratta': a long-term perspective</i>	1122
ALFREDO VIGGIANO, <i>The places of the 'broglio'. Discourses and electoral practices in Venice in the eighteenth century</i>	1123
GIOVANNI FLORIO, <i>Reforming the world or preserving the state? Elections and political representation in Scipione Maffei's Veneto</i>	1123
ANGELO MUOIO, <i>Between modernity and tradition: voting and representation in Lombardy before Unification</i>	1124
GIACOMO CARMAGNINI, <i>Checkmate to reason. Revolution and voting theory in the reflection of an idéologue</i>	1124
ANDREW J. CECCHINATO, <i>A goddess is needed. Venus and the history of English law in the thought of the young Selden</i>	1125
LORENZO PACINOTTI, <i>Revolution by consent. An interpretation of the jurist Laski</i>	1125
SARA LAGI, <i>Hans Kelsen's democratic conception and the Austrian constitutional reform of 1929. The second edition of Vom Wesen und Wert der Demokratie</i>	1125
ANTONIO OJEDA AVILÉS, <i>The Inevitable Shading of a Profile: Manuel Alonso Olea, founder of Spanish labour law</i>	1126
TSUBASA DOI, <i>Santi Romano in Japan</i>	1126

RAGGUAGLI FIORENTINI

*Attività del Centro di studi Paolo Grossi per la storia del pensiero giuridico
moderno nell'anno accademico 2022-2023* 1129

I collaboratori del «Quaderno» 53

FEDERIGO BAMBI

Prof. Associato di Storia del diritto medievale e moderno – Università di Firenze

VITTORIA BARSOTTI

Prof.ssa Ordinaria di Diritto privato comparato – Università di Firenze

LAURA BUFFONI

Prof.ssa Associata di Diritto costituzionale – Università di Sassari

PAOLO CAPPELLINI

Prof. Ordinario di Storia del diritto medievale e moderno – Università di Firenze

GIACOMO CARMAGNINI

Dottore di ricerca in Studi storici – Università di Firenze

PIO CARONI

Prof. Emeritus – Universität Bern

GIOVANNI CAZZETTA

Prof. Ordinario di Storia del diritto medievale e moderno – Università di Firenze

ANDREW J. CECCHINATO

Marie Curie Fellow – University of St Andrews

ENZO CHELI

Vicepresidente Emerito della Corte Costituzionale

FLORIANA COLAO

Prof.ssa Ordinaria di Storia del diritto medievale e moderno – Università di Siena

PIETRO COSTA

Prof. Emerito di Storia del diritto medievale e moderno – Università di Firenze

GERHARD DILCHER

Emeritus Professor – Johann Wolfgang Goethe-Universität Frankfurt/Main

TSUBASA DOI

Professore associato – Università Hitotsubashi

VINCENZO FERRARI

Prof. Emerito di Sociologia del diritto – Università statale di Milano

MARCO FIORAVANTI

Prof. Associato di Storia del diritto medievale e moderno – Università di Roma «Tor Vergata»

GIOVANNI FLORIO

Assegnista di ricerca in Storia delle istituzioni politiche – Università di Padova

TOMMASO GAZZOLO

Prof. Associato di Filosofia del diritto – Università di Sassari

MARCO P. GERI

Prof. Associato di Storia del diritto medievale e moderno – Università di Pisa

MASSIMILIANO GREGORIO

Prof. Associato di Storia del diritto medievale e moderno – Università di Firenze

JEAN-LOUIS HALPÉRIN

Prof. d'histoire du droit – École normale supérieure, Paris

SARA LAGI

Prof.ssa Associata di Storia del pensiero politico – Università di Torino

MASSIMO LUCIANI

Prof. Emerito di Istituzioni di diritto pubblico – Università « La Sapienza » di Roma

LUCA MANNORI

Prof. Ordinario di Storia delle istituzioni politiche – Università di Firenze

FERDINANDO MAZZARELLA

Prof. Ordinario di Storia del diritto medievale e moderno – Università di Palermo

MARCO NICOLA MILETTI

Prof. Ordinario di Storia del diritto medievale e moderno – Università di Foggia

SIMONA MORI

Prof.ssa Ordinaria di Storia delle istituzioni politiche – Università di Bergamo

ANGELO MUOIO

Dottore di ricerca in Storia costituzionale e amministrativa – Università di Pavia

FILIPPO MURINO

Prof. Associato di Diritto commerciale – Università di Salerno

ANTONIO OJEDA AVILÉS

Catedrático de Derecho del Trabajo – Universidad de Sevilla

LORENZO PACINOTTI

Dottore di ricerca di Teoria e Storia dei Diritti Umani – Università di Firenze

FRANCESCO PALAZZO

Prof. Ordinario di Diritto penale – Università di Firenze

LEO PAVESI

Dottorando in Global History and Governance – Scuola Superiore Meridionale (SSM)

ORLANDO ROSELLI

Già Prof. Ordinario di Istituzioni di diritto pubblico – Università di Firenze

GIOVANNI ROSSI

Prof. Ordinario di Storia del diritto medievale e moderno – Università di Verona

GIANLUCA RUSSO

Assegnista di ricerca in Storia del diritto medievale e moderno – Università di Firenze

FRANCESCO SALERNO

Già Prof. Ordinario di Diritto internazionale – Università di Ferrara

MARGARIDA SEIXAS

Professora auxiliar – Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

FRANCESCO SIDOTI

Prof. Emerito di Criminologia – Università dell'Aquila

BERNARDO SORDI

Prof. Ordinario di Storia del diritto medievale e moderno – Università di Firenze

MARIA SOLE TESTUZZA

Prof.ssa Associata di Storia del diritto medievale e moderno – Università di Catania

ALFREDO VIGGIANO

Prof. Ordinario di Storia delle istituzioni politiche – Università di Padova

GUSTAVO ZAGREBELSKY

Prof. Emerito di Diritto costituzionale – Università di Torino; *Presidente Emerito della Corte Costituzionale*

UNIVERSITÀ DI FIRENZE

CENTRO DI STUDI
PER LA STORIA DEL PENSIERO GIURIDICO MODERNO

PUBBLICAZIONI

QUADERNI FIORENTINI

« Per la storia del pensiero giuridico moderno »

Vol. 1 (1972), 8°, p. 486

Vol. 2 (1973), 8°, p. 798

Vol. 3-4 (1974-75) - Il « socialismo giuridico ». Ipotesi e letture, due tomi in 8°, p. 1041

Vol. 5-6 (1976-77) - Itinerari moderni della proprietà, due tomi in 8°, p. 1140

Vol. 7 (1978) - Emilio Betti e la scienza giuridica del Novecento, 8°, p. 648

Vol. 8 (1979), 8°, p. 564

Vol. 9 (1980) - Su Federico Carlo di Savigny, 8°, p. 590

Vol. 10 (1981), 8°, p. 584

Vol. 11-12 (1982-83) - Itinerari moderni della persona giuridica, due tomi in 8°, p. 1200

Vol. 13 (1984), 8°, p. 782

Vol. 14 (1985), 8°, p. 646

Vol. 15 (1986), 8°, p. 748

Vol. 16 (1987) - Riviste giuridiche italiane (1865-1945), 8°, p. 718

Vol. 17 (1988), 8°, p. 640

Vol. 18 (1989), 8°, p. 744

Vol. 19 (1990), 8°, p. 736

Vol. 20 (1991) - François Gény e la scienza giuridica del Novecento, 8°, p. 588

Vol. 21 (1992), 8°, p. 750

Vol. 22 (1993) - Per Federico Cammeo, 8°, p. 706

Vol. 23 (1994), 8°, p. 554

Vol. 24 (1995), 8°, p. 620

Vol. 25 (1996), 8°, p. 810

Vol. 26 (1997), 8°, p. 744

Vol. 27 (1998), 8°, p. 590

Vol. 28 (1999) - Continuità e trasformazione: la scienza giuridica italiana tra fascismo e repubblica, due tomi in 8°, p. 1180

Vol. 29 (2000), 8°, p. 578

Vol. 30 (2001), due tomi in 8°, p. 988

Vol. 31 (2002) - L'ordine giuridico europeo: radici e prospettive, due tomi in 8°, p. 950

Vol. 32 (2003), 8°, p. 796

Vol. 33-34 (2004-2005) - L'Europa e gli 'Altri'. Il diritto coloniale fra Otto e Novecento, due tomi in 8°, p. 1408

Vol. 35 (2006), due tomi in 8°, p. 1120

Vol. 36 (2007) - Principio di legalità e diritto penale (per Mario Sbriccoli), due tomi in 8°, p. 1562

Vol. 37 (2008), 8°, p. 744

Vol. 38 (2009) - I diritti dei nemici, due tomi in 8°, p. 1956

Vol. 39 (2010), 8°, p. 946

- Vol. 40 (2011) - Giudici e giuristi. Il problema del diritto giurisprudenziale fra Otto e Novecento, due tomi in 8°, p. 1174
- Vol. 41 (2012), 8°, p. 940
- Vol. 42 (2013), 8°, p. 804
- Vol. 43 (2014) - Autonomia. Unità e pluralità nel sapere giuridico fra Otto e Novecento, due tomi in 8°, p. 1144
- Vol. 44 (2015), due tomi in 8°, p. 1262
- Vol. 45 (2016), 8°, p. 778
- Vol. 46 (2017) - Giuristi e Stato sociale, due tomi in 8°, p. 1060
- Vol. 47 (2018), 8°, p. 816
- Vol. 48 (2019), 8°, p. 840
- Vol. 49 (2020), 8°, p. 914
- Vol. 50 (2021) - Il pluralismo giuridico: paradigmi ed esperienze. Cinquant'anni di 'Quaderni fiorentini', due tomi in 8°, p. 1014
- Vol. 51 (2022), 8°, p. 788
- Vol. 52 (2023) - Il diritto come forma dell'esperienza. Per Paolo Grossi, due tomi in 8°, p. 1256
- Vol. 53 (2024), due tomi in 8°, p. 1140

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, SECULARIZZAZIONE 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 FRAMMENTA-
ZIONE DEL DIRITTO COMUNE CIVILISTICO (1865-1914)
(1991), 8°, p. IV-564
- 41 Paolo Grossi, IL DOMINIO E LE COSE
Percezioni medievali e moderne dei diritti reali
(1992), 8°, p. 755
- 42 L'INSEGNAMENTO DELLA STORIA DEL DIRITTO MEDIEVALE E
MODERNO
Strumenti, destinatari, prospettive
Atti dell'Incontro di studio - Firenze, 6-7 novembre 1992
A cura di Paolo Grossi
(1993), 8°, p. VIII-440
- 43 PERIODICI GIURIDICI ITALIANI (1850-1900) - Repertorio
A cura di Carlo Mansuino
(1994), 8°, p. XIV-368
- 44 Stefano Mannoni, UNE ET INDIVISIBLE
Storia dell'accentramento amministrativo in Francia - I
(1994), 8°, p. XXII-603
- 45 Luca Mannori, IL SOVRANO TUTORE
Pluralismo istituzionale e accentramento amministrativo nel Principato dei
Medici
(Secc. XVI-XVIII)
(1994), 8°, p. VIII-486
- 46 Stefano Mannoni, UNE ET INDIVISIBLE
Storia dell'accentramento amministrativo in Francia - II
(1996), 8°, p. XVI-448
- 47 Bartolomé Clavero, TOMÁS Y VALIENTE
Una biografía intelectual
(1996), 8°, p. XXXVI-374
- 48 Costantino Mortati, L'ORDINAMENTO DEL GOVERNO NEL NUOVO
DIRITTO PUBBLICO ITALIANO
Ristampa inalterata, con una prefazione di Enzo Cheli
(2000), 8°, p. X-234
- 49 Costantino Mortati, LA COSTITUZIONE IN SENSO MATERIALE
Ristampa inalterata, con una premessa di Gustavo Zagrebelsky
(1998), 8°, p. XXXVIII-212

- 50 **GIURISTI E LEGISLATORI**
 Pensiero giuridico e innovazione legislativa nel processo di produzione del diritto
 Atti dell'Incontro di studio - Firenze, 26-28 settembre 1996
 A cura di Paolo Grossi
 (1997), 8°, p. VIII-530
- 51 **Pio Caroni, SAGGI SULLA STORIA DELLA CODIFICAZIONE**
 (1998), 8°, p. XX-270
- 52 **Paolo Grossi, ASSOLUTISMO GIURIDICO E DIRITTO PRIVATO**
 (1998), 8°, p. X-474
- 53 **Giovanni Cazzetta, PRÆSUMITUR SEDUCTA**
 Onestà e consenso femminile nella cultura giuridica moderna
 (1999), 8°, p. IV-426
- 54 **Stefano Mannoni, POTENZA E RAGIONE**
 La scienza del diritto internazionale nella crisi dell'equilibrio europeo
 (1870-1914)
 (1999), 8°, p. IV-276
- 55/56 **Sergio Caruso, LA MIGLIOR LEGGE DEL REGNO**
 Consuetudine, diritto naturale e contratto nel pensiero e nell'epoca di John Selden (1584-1654)
 Tomo I (2001), 8°, p. IV-432
 Tomo II (2001), 8°, p. IV-433-1024
- 57 **Franco Todescan, LE RADICI TEOLOGICHE DEL GIUSNATURALISMO LAICO**
 III. Il problema della secolarizzazione nel pensiero giuridico di Samuel Pufendorf
 (2001), 8°, p. VIII-106
- 58/59 **Maurizio Fioravanti, LA SCIENZA DEL DIRITTO PUBBLICO**
 Dottrine dello Stato e della Costituzione tra Otto e Novecento
 Tomo I (2001), 8°, p. XXII-572
 Tomo II (2001), 8°, p. IV-573-918
- 60 **Raffaele Volante, IL SISTEMA CONTRATTUALE DEL DIRITTO COMUNE CLASSICO**
 Struttura dei patti e individuazione del tipo. Glossatori e ultramontani
 (2001), 8°, p. IV-502
- 61 **CODICI**
 Una riflessione di fine millennio
 Atti dell'incontro di studio - Firenze, 26-28 ottobre 2000
 A cura di Paolo Cappellini e Bernardo Sordi
 (2002), 8°, p. VIII-604
- 62 **Pietro Costa, IURISDICTION**
 Semantica del potere politico nella pubblicistica medievale (1100-1433)
 Ristampa
 (2002), 8°, p. XCVI-412
- 63 **Mario Piccinini, TRA LEGGE E CONTRATTO**
 Una lettura di *Ancient Law* di Henry S. Maine
 (2003), 8°, p. XVI-286

- 64 Arturo Carlo Jemolo, LETTERE A MARIO FALCO
Tomo I (1910-1927)
A cura di Maria Vismara Missiroli
(2005), 8°, p. XVIII-592
- 65 Ferdinando Mazza, NEL SEGNO DEI TEMPI
Marchi persone e cose dalla corporazione medievale all'impresa globale
(2005), 8°, p. 530
- 66 Michele Pifferi, *GENERALIA DELICTORUM*
Il *Tractatus criminalis* di Tiberio Deciani e la "Parte generale" di diritto penale
(2006), 8°, p. 468
- 67 Maria Rosa Di Simone, PERCORSI DEL DIRITTO TRA AUSTRIA E ITALIA
(SECOLI XVII-XX)
(2006), 8°, p. XII-374
- 68 Franco Cipriani, SCRITTI IN ONORE DEI PATRES
(2006), 8°, p. XIV-502
- 69 Piero Fiorelli, INTORNO ALLE PAROLE DEL DIRITTO
(2008), 8°, p. XXXII-548
- 70 Paolo Grossi, SOCIETÀ, DIRITTO, STATO
Un recupero per il diritto
(2006), 8°, p. XX-346
- 71 Irene Stolzi, L'ORDINE CORPORATIVO
Poteri organizzati e organizzazione del potere nella riflessione giuridica dell'Italia
fascista
(2007), 8°, p. IV-464
- 72 Hasso Hofmann, RAPPRESENTANZA - RAPPRESENTAZIONE
Parola e concetto dall'antichità all'Ottocento
(2007), 8°, p. XL-586
- 73 Joaquín Varela Suanzes-Carpegna, GOVERNO E PARTITI NEL PENSIERO
BRITANNICO (1690-1832)
(2007), 8°, p. VIII-156
- 74 Giovanni Cazzetta, SCIENZA GIURIDICA E TRASFORMAZIONI SOCIALI
Diritto e lavoro in Italia tra Otto e Novecento
(2007), 8°, p. X-388
- 75 Manuela Mustari, IL LUNGO VIAGGIO VERSO LA "REALITÀ"
Dalla promessa di vendita al preliminare trascrivibile
(2007), 8°, p. VI-284
- 76 Carlo Fantappiè, CHIESA ROMANA E MODERNITÀ GIURIDICA
Tomo I L'edificazione del sistema canonistico (1563-1903), (2008), 8°, p.
XLVI-520
Tomo II Il *Codex iuris canonici* (1917), (2008), 8°, p. IV-521-1282
- 77 Rafael D. García Pérez, ANTES LEYES QUE REYES
Cultura jurídica y constitución política en la edad moderna (Navarra, 1512-1808)
(2008), 8°, p. XII-546
- 78 Luciano Martone, DIRITTO D'OLTREMARE
Legge e ordine per le Colonie del Regno d'Italia
(2008), 8°, p. X-228

- 79 Michael Stolleis, **STORIA DEL DIRITTO PUBBLICO IN GERMANIA**
I. Pubblicità dell'impero e scienza di polizia 1600-1800
(2008), 8°, p. X-632
- 80 Paolo Grossi, **NOBILTÀ DEL DIRITTO**
Profili di giuristi
(2008), 8°, p. XII-742
- 81 Andrea Marchisello, **LA RAGIONE DEL DIRITTO**
Carlantonio Pilati tra cattedra e foro nel Trentino del tardo Settecento
(2008), 8°, p. XXIV-532
- 82 Bartolomé Clavero, **GENOCIDE OR ETHNOCIDE, 1933-2007**
How to make, unmake, and remake law with words
(2008), 8°, p. VIII-268
- 83 Paolo Grossi, **TRENT'ANNI DI PAGINE INTRODUTTIVE**
Quaderni fiorentini 1972-2001
(2009), 8°, p. XXVIII-252
- 84 Aldo Sandulli, **COSTRUIRE LO STATO**
La scienza del diritto amministrativo in Italia (1800-1945)
(2009), 8°, p. XVIII-324
- 85 **DIRITTI E LAVORO NELL'ITALIA REPUBBLICANA**
Materiali dall'incontro di studio Ferrara, 24 ottobre 2008
A cura di Gian Guido Balandi e Giovanni Cazzetta
(2009), 8°, p. IV-306
- 86 Pio Caroni, **LA SOLITUDINE DELLO STORICO DEL DIRITTO**
(2009), 8°, p. VI-252
- 87 Federigo Bambi, **UNA NUOVA LINGUA PER IL DIRITTO - I**
Il lessico volgare di Andrea Lancia nelle provvisioni fiorentine del 1355-57
(2009), 8°, p. IV-816
- 88 Mario Sbriccoli, **STORIA DEL DIRITTO PENALE E DELLA GIUSTIZIA**
Scritti editi e inediti (1972-2007)
Tomo I (2009), 8°, p. XVI-722
Tomo II (2009), 8°, p. IV-723-1338
- 89 Arturo Carlo Jemolo, **LETTERE A MARIO FALCO**
Tomo II (1928-1943)
A cura di Maria Vismara Missiroli
(2009), 8°, p. IV-512
- 90 Sabino Cassese, **IL DIRITTO AMMINISTRATIVO: STORIA E PROSPETTIVE**
(2010), 8°, p. X-576
- 91 Marco Sabbioneti, **DEMOCRAZIA SOCIALE E DIRITTO PRIVATO**
La Terza Repubblica di Raymond Saleilles (1855-1912)
(2010), 8°, p. XXXVIII-682
- 92 Condorcet, **DICHIARARE I DIRITTI, COSTITUIRE I POTERI**
Un inedito sulla dichiarazione dei diritti dell'uomo
A cura di Gabriele Magrin
Edizione del manoscritto a cura di Mercurio Candela
(2011), 8°, p. VI-190

- 93 DIRITTI INDIVIDUALI E PROCESSO PENALE NELL'ITALIA REPUB-
BLICANA
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 costituyente 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
POSTMODERNO
Dal monismo legalistico al pluralismo giuridico
(2021), 8°, p. XII-170
- 125 Francesco Migliorino, LETTURE CORSARE DI TULLIO ASCARELLI
Penalisti e criminologi da Weimar al Terzo Reich
(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
- 131 Giandomenico Dodaro, GIULIANO VASSALLI TRA FASCISMO E
DEMOCRAZIA
Biografia di un penalista partigiano (1915-1948)
(2022), 8°, p. XXXVI-402

- 132 Stefano Malpassi, *LA «DEMOCRAZIA ECONOMICA» AMERICANA*
Alla ricerca di un ordine giuridico del mercato, tra cultura individualistica e tentazioni corporativistiche (1919-1939)
(2022), 8°, p. VI-424
- 133 Lorenzo Serafinelli, *U.S. LAW SCHOOLS*
Una visione alternativa della formazione del giurista negli Stati Uniti
(2023), 8°, p. XXVI-362
- 134 **PLURALISMO GIURIDICO**
Itinerari contemporanei
Atti dell'incontro di studi - Firenze, 20-21 ottobre 2022
A cura di Paolo Cappellini e Giovanni Cazzetta
(2023), 8°, p. IV-316
- 135 Domenico Siciliano, «DEFENSIVE AUFKLÄRUNG»: IL CONFLITTO
TRA FILOSOFIA, POLITICA E GIURISPRUDENZA NELL'ARTICOLO
SEGRETO PER LA PACE PERPETUA DI IMMANUEL KANT
(2023), 8°, p. X-208
- 136 Piero Fiorelli, *LA TORTURA GIUDIZIARIA NEL DIRITTO COMUNE*
Ristampa inalterata con prefazione dell'autore settant'anni dopo, e due
appendici
(2023), 8°, p. X-776
- 137 Alberto Predieri, **LINEAMENTI DELLA POSIZIONE COSTITUZIONALE
DEL PRESIDENTE DEL CONSIGLIO DEI MINISTRI**
Ristampa inalterata con Prefazione di Giuseppe Morbidelli e
Introduzione di Augusto Barbera
(2023), 8°, p. XXII-164
- 138 Giacomo Pace Gravina, *LA TERRA E IL CODICE: L'ENFITEUSI*
(2023), 8°, p. XIV-126
- 139 **LO STATO COSTITUZIONALE**
Radici e prospettive
Atti della giornata di studi in memoria di Maurizio Fioravanti
Firenze, 10 marzo 2023
A cura di Massimiliano Gregorio e Bernardo Sordi
(2023), 8°, p. VI-320
- 140 Lorenzo Pacinotti, *L'INGRANAGGIO DELLA CITTADINANZA SOCIALE*
Il Welfare State britannico tra National Insurance e National Health Service
(2023), 8°, p. XLVI-358
- 141 **WEIMAR 1919**
Alle origini del costituzionalismo democratico novecentesco
A cura di Massimiliano Gregorio e Paolo Corona
(2023), 8°, p. IV-244
- 142 Filippo Ruschi, *GUERRA AEREA E RAZIONALITÀ GIURIDICA (1899-1938)*
La protezione degli inermi nel prisma della filosofia del diritto internazionale
(2024), 8°, p. XIV-516

€ 159,00
I DUE TOMI

024223443



Des. A. Pontecorvoli