

**Journal of Constitutional History**

**m eum**

**Giornale di Storia Costituzionale**

**19**

*On constitutional history.  
Questions, methodologies, historiographies  
Sulla storia costituzionale.  
Problemi, metodi, storiografie*

Luigi Lacchè  
Roberto Martucci  
Luca Scuccimarra  
Pierangelo Schiera  
Maurizio Fioravanti  
Michel Troper  
Michael Stolleis

Paolo Colombo  
Marta Lorente Sariñena  
Joaquín Varela Suárez-Carpegna  
Alessandro Torre  
Alain Wijffels  
Dian Schefold

**I semester 2010**

**I semestre 2010**



# *Giornale di* Storia costituzionale

n. 19 / I semestre 2010

SULLA STORIA COSTITUZIONALE. PROBLEMI, METODI, STORIOGRAFIE

*On constitutional history. Questions, methodologies,  
historiographies*



**eum** > edizioni università di macerata

**Giornale di Storia costituzionale / Journal of Constitutional History**  
n. 19 / I semestre 2010 Issue n° 19 / 1<sup>st</sup> semester 2010  
Sulla storia costituzionale. Problemi, metodi, storiografie /  
*On constitutional history. Questions, methodologies, historiographies*

**Chief Editors**  
Luigi Laечè, Roberto Martucci, Luca Scuccimarra

**International Board**  
Bruce Ackerman (University of Yale), Vida Azimi (CNRS-Cersa, Paris II), Bronislav Backo (Université de Genève), Olivier Beau (Université Paris II, Panthéon-Assas), Giovanni Busino (Université de Lausanne), Bartolomé Claverol (Universidad de Sevilla), Francis Delpérée (University of Leuven), Alfred Dufour (Université de Genève), Dieter Grimm (Wissenschaftskolleg zu Berlin), António Manuel Hespanha (Universidade Nova de Lisboa), Martti Koskenniemi (University of Helsinki), Lucien Jaume (CNRS-Cevipof, Paris), Peter L. Lindseth (University of Connecticut), Martin Loughlin (London School of Economics & Political Science), Heinz Mohnhaupt (Max-Planck Institut für Europäische Rechtsgeschichte, Frankfurt am Main), Peter S. Onuf (University of Virginia), Michel Pertué (Université d'Orléans), Jack Rakove (University of Stanford), Dian Schebold (Universität zu Bremen), Michael Stolleis (Max-Planck-Institut für Europäische Rechtsgeschichte, Frankfurt am Main), Michel Troper (Université de Paris Ouest-Nanterre-La Défense), Joaquín Varela Suanzes Carpegna (Universidad de Oviedo).

**Board of Editors**  
Ronald Car, Ninfa Contigiani, Paola Persano, Monica Stronati

**Editors' Assistants**  
Pierluigi Bertini, Antonella Bettini

**Address**  
Giornale di Storia costituzionale, Laboratorio di storia costituzionale "A. Barnave", Università di Macerata  
piazza Strambi, 1 – 62100 Macerata, Italy  
giornalestoriacostituzionale@unimc.it  
www.storiacostituzionale.it

I testi inviati alla redazione sono sottoposti a referaggio anonimo da parte di due esperti selezionati dalla Direzione sulla base delle proprie competenze e interessi di ricerca. Responsabili del processo di valutazione sono i Direttori della rivista.

The papers submitted for publication are passed on two anonymous referees (double-blind paper review), which are chosen by the Chief Editors on the base of their expertise. The Chief Editors are responsible for the peer review process.

I libri per recensione, possibilmente in duplice copia, vanno inviati alla Segreteria di redazione. La redazione si rammarica di non potersi impegnare a restituire i dattiloscritti inviati.  
Books for review should be submitted, if possible in two copies, to the Editors' Assistants. The Editors regret the fact that they cannot commit themselves to sending back received books and papers to the authors.

Il Giornale di Storia Costituzionale è indicizzato nelle seguenti banche dati / The Journal of Constitutional History is indexed in the following databases:

ACNP – Catalogo Italiano dei Periodici; AIDA – Articoli Italiani di Periodici Accademici; BSN – Bibliografia Storica Nazionale; EBSCO – Historical Abstracts.

**Direttore responsabile**  
Angelo Ventrone  
Registrazione al Tribunale di Macerata n. 463 dell'11.07.2001

**Editore / Publisher**  
Edizioni Università di Macerata  
Via Carducci, 63/a – 62100 Macerata  
T (39) 0733 2586081 – F (39) 0733 2586086  
info.ceum@unimc.it  
http://ceum.unimc.it

**Distributed by PDE**  
ISBN 978-88-6056-251-7  
ISSN 1593-0793

**Tipografia / Printer**  
Tipografia San Giuseppe, Macerata

La rivista è pubblicata con un finanziamento dell'Università degli Studi di Macerata, del Dipartimento di diritto pubblico e teoria del governo dell'Università di Macerata e del Ministero dei Beni Culturali.  
This Journal is published thanks to the financial help of the University of Macerata, of the Department of public law and theory of government of the University of Macerata and of the Italian Ministry of Culture.

*In copertina:* busto di Antoine Barnave risalente alla Rivoluzione francese

Finito di stampare nel mese di dicembre 2010  
Printed in the month of December 2010

**Prezzo di un fascicolo / Single issue price**  
euro 30;  
**Arretrati / Back issues**  
euro 30;

**Abbonamento annuo (due fascicoli) / Annual Subscription rates (two issues)**  
Italy, euro 43; European Union, euro 56; U.S.A. and other countries, euro 82

*Gli abbonamenti possono essere sottoscritti tramite:*  
bonifico bancario a Banca Marche, IBAN IT75 J060 5513 4010 0000 0018 563 BIC BAMAIT3AXXX

Please remit amount due in Euro drawn on Banca delle Marche, IBAN IT75 J060 5513 4010 0000 0018 563 BIC BAMAIT3AXXX payable to Edizioni Università di Macerata

*For further information, please contact:*  
ceum.riviste@unimc.it  
T (+39) 0733-258 6080 (Mon.-Fri.: 10am-1pm)  
F (+39) 0733-258 6086

Gli abbonamenti non disdetti entro il 31 dicembre si intendono rinnovati per l'anno successivo.  
Subscriptions which are not cancelled by the 31st of December are considered renewed for the next year.



# Sommario /

## Contents

GIORNALE DI STORIA COSTITUZIONALE n. 19 / I semestre 2010  
JOURNAL OF CONSTITUTIONAL HISTORY n. 19 / I semester 2010

Sulla storia costituzionale. Problemi, metodi, storiografie / *On constitutional history. Questions, methodologies, historiographies*

- 5 Per la storia costituzionale, dieci anni dopo / *For constitutional history, ten years later*

LUIGI LACCHÈ, ROBERTO MARTUCCI, LUCA SCUCCIMARRA

### Fondamenti

- 17 Per la storia costituzionale / *For constitutional history*

PIERANGELO SCHIERA

- 29 Sulla storia costituzionale / *On constitutional history*

MAURIZIO FIORAVANTI

- 33 L'autonomie de l'histoire constitutionnelle / *The autonomy of constitutional history*

MICHEL TROPER

- 45 Concepts, models and traditions of a comparative European constitutional history / *Concetti, modelli e tradizioni di una storia costituzionale europea comparata*

MICHAEL STOLLEIS

- 57 *On the road again:* osservazioni proposizive intorno alla storia costituzionale / *On the road again: propositional observations on constitutional history*

PAOLO COLOMBO

### Itinerari

- 67 Crisis de la monarquía católica y regeneración de su constitución / *Crisis of the Catholic Monarchy and regeneration of its constitution*

MARTA LORENTE SARIÑENA

- 93 El constitucionalismo español en su contexto comparado / *Spanish constitutionalism in comparison*

JOAQUÍN VARELA SUANZES - CARPEGNA

- 111 *Legal historians* e dottrina costituzionale inglese: una egemonia intellettuale / *Legal historians and English constitutional doctrine: an intellectual hegemony*

ALESSANDRO TORRE

- 125 The French-Dutch Heritage of the Belgian Constitution of 1830 / *L'eredità franco olandese della Costituzione belga del 1830*

ALAIN WIJFFELS

- 141 L'omogeneità nei sistemi *multilevel*. Cenni sull'attualità di Hugo Preuss tra sviluppo storico, vecchie analisi e nuova terminologia / *Homogeneity in multilevel systems. Remarks on the topical interests of Hugo Preuss among historical development, old analyses and new terminology*

DIAN SCHEFOLD

## Librido

- 159 Ventitre proposte di lettura / *Twenty-three reading proposals*

- 175 Abstracts

# Per la storia costituzionale, dieci anni dopo / *For constitutional history, ten years later*

LUIGI LACCHÈ, ROBERTO MARTUCCI, LUCA SCUCCIMARRA

Dieci anni possono esser tanti o pochi, molto dipende dal punto di osservazione. Che una rivista compia dieci anni può essere un dato significativo: segnala una capacità di "tenuta", un impegno continuativo, un interesse di qualche rilievo. Ma certo due lustri delimitano un periodo che, di per sé, non offre prove definitive della bontà di un progetto. Ce ne vorranno altri per capire in quale direzione la storia costituzionale sospingerà i suoi cultori.

Tutto è iniziato a Macerata nel 2001 da una intuizione dello storico delle istituzioni Roberto Martucci. All'idea iniziale aderì subito lo storico del diritto Luigi Lacchè. Nel 2003 fu associato alla direzione del *Giornale* il costituzionalista Giuseppe Floridia, poi prematuramente scomparso. Nel 2006 Luca Scuccimarra, storico del pensiero politico – sin dal principio uno dei più attivi sostenitori della rivista – ne divenne uno dei direttori. Le "specializzazioni" professionali già dicono parecchio sullo spirito "plurale" che ha sempre guidato la nostra comune avventura. I promotori però non

erano certo soli. Sarebbe difficile vedere la rivista al di fuori di una città, Macerata, sede di un antico Ateneo vocato alla ricerca nel campo delle scienze umanistiche e delle scienze sociali, o al di fuori di uno schema puramente artigianale che ha poi guidato anche le scelte composite del *Giornale*, o, ancora, al di fuori di un *mix* di studiosi di fama internazionale e di giovani dottorandi che sin dall'inizio hanno risposto alla nostra chiamata.

Nel 2001 la rivista non nacque come Atena dalla capiente testa di Zeus. Fu al contrario la naturale prosecuzione e lo sviluppo ulteriore di un progetto che era iniziato alla fine degli anni Ottanta con la fondazione, per volontà di Roberto Martucci, del "Laboratorio di storia costituzionale Antoine Barnave". Un Laboratorio che in pochi anni aveva saputo raccogliere migliaia di volumi antichi e moderni sulla storia costituzionale francese, in particolare dell'età rivoluzionaria, ma allargando via via il campo di interesse verso i tanti sentieri della storia costituzionale. Un centro di ricerca che ha

organizzato nel tempo decine di convegni, seminari e conferenze, ha dato vita ad un dottorato orientato allo studio della storia e della teoria costituzionale, ha richiamato studiosi da tutte le parti del mondo. La rivista, dunque, fu un passaggio importante di una strategia di lungo periodo, il vettore per coordinare e orientare meglio un insieme più largo di iniziative e di attività. Il *Giornale* ha da allora ospitato quasi duecento saggi all'interno di una pluralità di rubriche, alcune delle quali riconosciute, da varie parti, come innovative, adottando uno stile accattivante nella forma e nella veste grafica. Da allora sono passati, appunto, dieci anni e sono apparsi con buona periodicità diciannove numeri, arrivando sino alle scelte più recenti. Il 2010 coincide con un *restyling* della rivista, quasi a voler aprire una nuova serie. *Journal of constitutional history* è la testata internazionale che si è aggiunta a quella italiana delle origini. Non l'abbiamo fatto perché – sull'onda di un certo provincialismo italico – ciò suona "alla moda", ma per la semplice ragione che ormai la globalizzazione della ricerca scientifica è un dato reale e concretissimo che deve essere assunto come punto di partenza. Del resto, il plurilinguismo ha sempre caratterizzato il *Giornale*, sin dal 2001. Proseguiamo su questa strada aprendo registri comunicativi che ci permetteranno di raggiungere un pubblico più vasto e decisamente internazionale, con l'obiettivo – non certo secondario – di far conoscere meglio anche la storiografia italiana in ambito costituzionale. Questo sviluppo si configura in realtà come un metodo che la direzione della rivista non ha mai abbandonato. Negli anni il Comitato scientifico internazionale, vero garante della rilevanza scientifica del lavoro comune, si è arricchito della presenza di

studiosi di varia provenienza che offrono un panorama di autentiche eccellenze nel campo della ricerca a livello mondiale e che guardano con interesse al *Giornale* offrendo un prezioso contributo di idee.

Dal 2001 gli obiettivi di fondo non sono cambiati. Avevamo bisogno di un "luogo", di un *forum* di discussione e di confronto. La rivista ha cercato, pur con i suoi limiti, di esserlo. Lo spazio della storia era ed è lo spazio più "naturale" per cercare di comprendere più in profondità il fenomeno che chiamiamo costituzione, in tutta la sua straordinaria complessità. Nella presentazione al primo numero del 2001 avevamo fatto ricorso all'immagine del polittico. In esso ogni suo elemento «esiste in piena autonomia, [ma] è solo dalla connessione delle singole parti che scaturisce la polifonia dell'insieme». Questa dimensione è stata di nuovo e convintamente richiamata pochi anni fa: «Una forma storiografica inevitabilmente *polifonica*, dunque, chiamata a valorizzare la pluralità e la complessità dei contesti di esperienza di volta in volta indagati, più che a tracciare linee monodirezionali di evoluzione storica. Ad uscirne in qualche modo rinvigorito è, perciò, un modello di storia costituzionale programmaticamente di confine, pensato e praticato senza tenere conto dei tradizionali steccati disciplinari – il modello che nei suoi quasi dieci anni di attività il *Giornale* ha concretamente sperimentato attraverso il sistematico coinvolgimento di decine di studiosi di diversa formazione e specializzazione» (17/I, 2007).

Il secondo numero del 2001 segnalava già un percorso che il *Giornale* ha poi seguito nel corso degli anni, ovvero il rapporto tra la storia e la costruzione dell'ordine costituzionale europeo, con i suoi splendori

e le sue miserie. Principî, valori, identità, forme, discussioni e conflitti scorrevano dinanzi ai nostri occhi. Il *mixtum compositum* europeo lo abbiamo seguito attraverso la Convenzione e i Trattati. L'Europa è senza dubbio un terreno speciale e difficile per mettere alla prova ogni discorso costituentente. «L'Europa in divenire, una e diversa, è anche la paradossale costruzione, lungo un percorso che non sembra mai poter avere fine, di un orizzonte destinato ad allontanarsi proprio nel momento in cui appare più vicino» (*Tra unità e diversità*, 5/I, 2003; *L'Europa e le tradizioni costituzionali*, 9/I, 2005).

Sul filo degli anni il *Giornale* ha dedicato numeri interi o parti monografiche a temi "consolidati": le origini della giustizia costituzionale (4/II, 2002), il cinquantenario della nascita della Corte costituzionale italiana (11/I, 2006), il valore storico e civile della costituzione italiana (16/II, 2008), la storia nazionale dei regolamenti parlamentari (15/I, 2008) oppure temi di teoria costituzionale come lo Stato totalitario (7/I, 2004). Ha seguito, per vocazione antica, ampi tratti della storia costituzionale francese, ricco e controverso laboratorio del costituzionalismo "plurale", dalla Rivoluzione all'età contemporanea: dal problema dell'instabilità politicocostituzionale vista attraverso il tema della "deriva parlamentare" (8/II, 2004) sino all'approfondimento del lessico «governo rappresentanza costituzione» (12/II, 2006). Non ha mancato però di frequentare altre grandi tradizioni, la costituzione inglese di Dicey (13/I, 2007) o il "laboratorio atlantico" tra storia e storiografia (17/I, 2009), per fare due esempi. Tanti altri percorsi sono poi stati indicati attraverso la pubblicazione di decine di saggi; con essi sarebbe possibile disegnare

una vera e propria cartografia e ricostruire ulteriori itinerari.

Nel numero 14 del 2007 ci siamo posti il problema di come «ripensare vecchi temi con nuove idee» richiamando la necessità di attivare un *fresh thinking* capace di spingerci oltre le abitudini, gli stereotipi e le mitologie che nella storia e nella comparazione costituzionale sono tutt'altro che debellati. Su questa strada il *Giornale* ha cercato di proporre temi apparentemente marginali o affatto colti a livello storiografico. Pensiamo a come il "fattore" opinione pubblica ha svolto un ruolo fondamentale nel conformare gli stessi sistemi costituzionali (6/II, 2003), o alla scoperta di un tema che ricollega l'Islam alla costituzione e ai diritti (10/II, 2005), o ancora alle "politiche del popolo" come luogo retorico-discorsivo di una difficile legittimazione costituzionale (18/II, 2009).

L'anno scorso organizzammo a Macerata una tavola rotonda sulla storia costituzionale alla quale parteciparono Maurizio Fioravanti, Michel Troper, Pierangelo Schiera, Massimo Luciani. I loro contributi (ad eccezione, purtroppo, di quello di Luciani) vengono ora pubblicati in questo numero assieme a quelli di altri studiosi che abbiamo appositamente sollecitati. Nel primo numero del 2001 dicevamo di non voler «enunciare troppo impegnativi 'programmi' o intavolare pregiudiziali e paralizzanti discussioni sui canoni metodologici della 'storia costituzionale'». In quella sede ricordavamo come il *Giornale* nascesse «per favorire il dialogo tra gli studiosi, ma come è auspicabile, senza che l'intersezione si traduca in una inappagante confusione metodologica». La consapevolezza del peso delle questioni metodologiche e l'impossibile a-teoreticità del *fare* storia costituzi-

zionale hanno rappresentato per noi un garbato *memento* ma mai un'ossessione. Non abbiamo probabilmente le "certezze" di Paolo Colombo – nostro antico e caro compagno di strada – nel recepire un'*actio finium regundorum* che solo in parte può avere un dimensionamento accademico. Ci convince di più la metafora del territorio e dei viandanti usata da Maurizio Fioravanti nel suo intervento. Il campo di indagine si apre e non si chiude, non risponde a logiche di inclusione/esclusione. I viandanti, storici della costituzione, provengono dalle più diverse e lontane terre (e il caso del *Giornale* è davvero probante) e si sforzano di "uscire" dai loro campi disciplinari che da soli non sembrano offrire l'*outillage* per ricomprendere il quadro complessivo (come nella metafora iniziale del polittico). «Ebbene, l'insieme di questi percorsi è la storia costituzionale. Può darsi così che in un volume esplicitamente dedicato alla storia costituzionale di un certo paese non vi sia neanche un grammo di storia costituzionale, perché quel volume è stato in realtà tutto scritto dall'interno di un modello disciplinarmenente dato, ed è quindi un volume di storia politica, o istituzionale, o legislativa, o sociale, ma non costituzionale. E può darsi invece che in una monografia di diritto pubblico, o di diritto privato, o magari nella storia di un certo territorio, vi sia in senso pieno ed autentico storia costituzionale, proprio per il tentativo di andare al di là per il tramite della storia, per guardare un oggetto – sia esso un istituto giuridico, o appunto un territorio – da tutti i lati, e non solo da quello che la propria identità disciplinare ci avrebbe spinto a considerare in modo unilaterale» (Fioravanti).

Non una storia, ma più storie, non un percorso solo, non la soddisfazione per un

terreno ben recintato, ma la ricerca di altri spazi. Come osserva Pierangelo Schiera, ripercorrendo à *rebours*, ma sempre con l'occhio rivolto al futuro, la sua straordinaria avventura intellettuale, «Mi piacerebbe dunque ripetere – tornando al mio punto di partenza – che solo una storia che unisca la considerazione di una costituzione formale (alla francese) con il cammino della società (all'inglese) può essere storia costituzionale. Potrei anche aggiungere che, appunto, l'amministrazione è sempre stata, nei secoli, il passaggio obbligato per avvicinare le forme di dominio ai bisogni dei soggetti (e al loro consenso)». Questo tipo di approccio, certo, non significa, come osservavamo nel 2001, confusione dei piani di lettura e dei linguaggi (come ammonisce Michel Troper). E siamo sempre più convinti che la storia costituzionale sia un terreno privilegiato per cogliere il superamento del paradigma nazionale. «Therefore European constitutional history – like in the 19<sup>th</sup> century when the word "Verfassungsgeschichte" emerged – will incorporate intensive suggestions from the current discussion about a "Ius Publicum Europaeum". It is uncertain where the path leads to. But we definitely can say that the times of national constitutional histories are over» (Stolleis). Gli itinerari di ricerca che pubblichiamo in questo numero (dalla Spagna alla Gran Bretagna, dal Belgio alla Germania (Varela Suanzes-Carpegna; Lorrente; Torre; Schefold; Wijffels) possono essere visti come una brillante esemplificazione di questa necessaria apertura comparativa.

Ogni tanto, nella vita, si è costretti a guardare indietro, a fare bilanci. Se oggi voltiamo lo sguardo non è solo per festeggiare un compleanno; è forse di più l'oc-

cazione per riconfermare un impegno comune a camminare *on the road again*, come viandanti alla ricerca di nuove terre. Non sapremmo dire se la storia del costituzionalismo moderno è una storia «still in need of writing» (H. Dippel). Ma se il nostro osservatorio è quello del *Giornale*, ebbene da esso possiamo vedere che quello che c'è è almeno pari a quello che non c'è. E ciò conferma quanto lavoro rimanga da fare e quanto bisogno ci sia di nuove prospettive e di una (auto)critica sempre vigile (B. Clavero, *Constitución europea e historia constitucional: el rapto de los poderes*, in «Historia constitucional», Revista electrónica, <http://www.historiaconstitucional.com>, 6, 2005). «Chance or Grand Design?», si chiedeva di recente un autorevole storico costituzionale ragionando su due modi di interpretazione della storia costituzionale (R.C. van Caenegem, *Constitutional History: Chance or Grand Design?*, in «European Constitutional Law Review», 5, 2009, pp. 447-463). A noi piacerebbe rispondere – ma solo per il piccolo cammino del *Giornale* di storia costituzionale –: «Chance and Grand Design»!

\*\*\*

Ten years can be many or just a few, a lot depends on the viewpoint. The fact that a periodical celebrates its tenth birthday can be a significant affair: it signals a capacity of "endurance", a continuative commitment, an interest of a certain importance. Anyway, two lustres mark the limits of a period which, by itself, does not offer definite evidence of the goodness of a project. Some more years will be needed in order to understand

towards what direction the constitutional history will push its experts.

Everything started in Macerata in 2001 from an intuition of the historian of public institutions, Roberto Martucci. The historian of law, Luigi Lacchè, immediately adhered to the idea. In 2003, the constitutionalist who unfortunately died prematurely, Giuseppe Floridia, became associated into the direction of the *Giornale*. In 2006, Luca Scuccimarra, historian of political thought, – from the very beginning one of its most active champions – became one of its directors. Professional specialisations already say a lot about the "plural" spirit which has always guided our common adventure. However, promoters were certainly not alone. It would be difficult to imagine the periodical outside the town of Macerata, seat of an old University dedicated to research in the field of humanistic sciences and social sciences, or outside a purely hand-craft scheme of things which has then guided also the composition choices of the *Giornale*, or, still, outside a mix of internationally renowned scholars and Ph.D students who, from the very outset, answered our call.

In 2001, the periodical was not born, like Athena, out of the capacious head of Zeus. On the contrary, it was the natural continuation and the further development of a project which started at the beginning of the Eighties with the foundation of the "Laboratorio di storia costituzionale Antoine Barnave" (the Antoine Barnave workshop of constitutional history) thanks to the wishes of Roberto Martucci. A workshop that, in a few years, had gathered thousands of volumes, old and new, on French constitutional history, particularly concerning the revolutionary period, but

gradually extending the field of interest towards the many paths of constitutional history. A centre of research which, along the years, has organised many conferences, seminars, lessons, has given life to a doctorate oriented towards the study of constitutional history and theory and has attracted scholars from all over the world. The periodical, therefore, has been an important passage of a long-term strategy, the necessary carrier to better coordinate and orientate a larger whole of initiatives and activities. The *Giornale* has, since then, guested almost two hundred essays within a plurality of columns, some of which recognised, by many, as innovative and which adopts a captivating style both in its form and typographical format. From then, exactly ten years have gone by and nineteenth issues appeared with steady frequency of publication, arriving at the more recent choices. Year 2010 coincides with a restyling of the periodical, almost to the point of wishing to open a new series. *Journal of constitutional history* is the international heading which added to the original Italian one. We have not done it because – on the spur of a certain italic provincialism – this sounds “trendy”, rather because, by now, globalisation of scientific research is a real and very solid fact which must be taken as a starting point. Anyway, multilingualism has forever characterised the *Giornale*, from 2001. We are going on along this path opening communicative registers which will allow us to reach a wider and decidedly international audience, with the – certainly non secondary – aim of making Italian historiography better known also within the constitutional field. Indeed, this development is depicted as a method which the direction of the periodical has

never abandoned. Over the years, the International Scientific Committee, true guarantor of the scientific importance of our common work, grew richer of scholars from various backgrounds who offer a panorama of authentic excellence in world research and who consider the *Giornale*, with interest, offering a precious contribution of ideas.

From 2001 the founding aims have not changed. We needed a “place”, a “forum” of debate and comparison. The periodical tried, with all its limitations, to be this. The field of history was and is the most “natural” field in order to deeply understand the phenomenon that we call constitution, over all its extraordinary complexity. Presenting the first issue in 2001, we used the image of the polyptych. In it, every element «esiste in piena autonomia, [ma] è solo dalla connessione delle singole parti che scaturisce la polifonia dell’insieme» (exists in full autonomy, [but] it is only from the connection of the single parts that the polyphony of the whole springs). This dimension was again and firmly recalled few years ago: «Una forma storiografica inevitabilmente polifonica, dunque, chiamata a valorizzare la pluralità e la complessità dei contesti di esperienza di volta in volta indagati, più che a tracciare linee monodirezionali di evoluzione storica. Ad uscirne in qualche modo rinvigorito è, perciò, un modello di storia costituzionale programmaticamente di confine, pensato e praticato senza tenere conto dei tradizionali steccati disciplinari – il modello che nei suoi quasi dieci anni di attività il *Giornale* ha concretamente sperimentato attraverso il sistematico coinvolgimento di decine di studiosi di diversa formazione e specializzazione» (An-

inevitably polyphonic historiographical form, therefore called to make the most of the plurality and complexity of the experience contexts investigated from time to time, more than tracing unidirectional lines of historical evolution. A model of constitutional history, which is programmatically borderline, thought and practised without considering the traditional field fences, is coming out of it somehow strengthened. A model that, in its almost ten years of activity the *Giornale* has concretely experimented by way of systematically involving dozens of scholars with different backgrounds and specialisations) (17/I, 2007).

The second issue of 2001 was already signalling a path that the *Giornale* has then followed over the years, that is the relationship between history and construction of European constitutional order, with all its splendours and miseries. Principles, values, identities, forms, debates and conflicts passed before our eyes. We have followed the European *mixtum compositum* through the Convention and Treaties. Europe is, without doubt, a field which is special and difficult in order to put every constituent discourse on trial. «L'Europa in divenire, una e diversa, è anche la paradossale costruzione, lungo un percorso che non sembra mai poter avere fine, di un orizzonte destinato ad allontanarsi proprio nel momento in cui appare più vicino» (Becoming Europe, *one and different*, is also a paradoxical construction, along a path which does not seem to ever be able to end, of a horizon which is destined to go further just when it appears to be nearer) (*Tra unità e diversità*, 5/I, 2003; *L'Europa e le tradizioni costituzionali*, 9/I, 2005).

Along the years the *Giornale* dedicated full issues or monographic parts to "consolidated" themes: the origins of constitutional justice (4/II, 2002), the fiftieth anniversary of the Italian Constitutional Court (11/I, 2006), the historical and civil value of the Italian constitution (16/II, 2008), the national history of parliamentary regulations (15/I, 2008) or themes of constitutional theory like the totalitarian State (7/I, 2004).

As a rich and controversial workshop of "plural" constitutionalism, it followed, by old vocation, wide periods of the French constitutional history from the Revolution to contemporary times: from the question of political-constitutional instability seen through the theme of "parliamentary drift" (8/II, 2004) to the deepening of the lexicon «governementrepresentationconstitution» (12/II, 2006). However it did not omit to meet with other great traditions, the English constitution of Dicey (13/I, 2007) or the "Atlantic workshop" between history and historiography (17/I, 2009), just to give two more examples. Many other paths have been indicated publishing dozens of essays; through them it would be possible to draw a real cartography and reconstruct further itineraries.

In issue 14 of 2007, we interrogated ourselves on how «ripensare vecchi temi con nuove idee» (we can reason again upon old themes with new ideas) recalling the necessity of activating a fresh thinking able to push us beyond habits, stereotypes and mythologies which, in constitutional history and comparison, are anything but overcome. On this matter the *Giornale* tried to suggest themes which are apparently marginal or not at all cultivated at a historiographical level. Let us think about

how the “factor”, public opinion, carried on a fundamental role in giving shape to the same constitutional systems (6/II, 2003), or about the discovery of a theme which links Islam to the constitution and the law (10/II, 2005), or yet still, about the “people politics” as rhetorical-discursive place of a difficult constitutional legitimisation (18/II, 2009).

Last year in Macerata, we organised a round-table conference concerning constitutional history in which Maurizio Fioravanti, Michel Troper, Pierangelo Schiera, Massimo Luciani took part. Their papers (unfortunately except Lucaini’s one) are now published in this issue together with those of other scholars whom we have opportunely asked. In the first issue of 2001 we said that we did not want «enunciare troppo impegnativi ‘programmi’ o intavolare pregiudiziali e paralizzanti discussioni sui canoni metodologici della ‘storia costituzionale’» (to state too committing ‘programmes’ or enter into preliminary and paralysing debates on the methodological canons of ‘constitutional history’). In that issue, we remembered how the *Giornale* was born «per favorire il dialogo tra gli studiosi, ma come è auspicabile, senza che l’intersezione si traduca in una inappagante confusione metodologica» (in order to favour the dialogue among scholars, but, as is desirable, without the intersection translating into an unsatisfying methodological confusion). The awareness of the weight of the methodological questions and the impossible a-theoretical nature of making constitutional history represented, for us, a gentle memento but never an obsession. Probably, we do not have the “certainties” of Paolo Colombo – one of our old and dear

path-companions – in receiving an *actio finium regundorum* which only partially can have an academic dimension. The metaphor of territory and wayfarers used by Maurizio Fioravanti in his paper is more convincing for us. The field of investigation opens and does not close, does not respond to logics of inclusion/exclusion. The wayfarers, historians of the constitution, come from the most different and far-away lands (and the case of the *Giornale* really proves it) and make the effort of coming out of their discipline fields which alone do not seem to offer the tools that allow an overall look at the picture (just as in the initial metaphor of the polyptych). «Ebbene, l’insieme di questi percorsi è la storia costituzionale. Può darsi così che in un volume esplicitamente dedicato alla storia costituzionale di un certo paese non vi sia neanche un grammo di storia costituzionale, perché quel volume è stato in realtà tutto scritto dall’interno di un modello disciplinarmente dato, ed è quindi un volume di storia politica, o istituzionale, o legislativa, o sociale, ma non costituzionale. E può darsi invece che in una monografia di diritto pubblico, o di diritto privato, o magari nella storia di un certo territorio, vi sia in senso pieno ed autentico storia costituzionale, proprio per il tentativo di andare al di là per il tramite della storia, per guardare un oggetto – sia esso un istituto giuridico, o appunto un territorio – da tutti i lati, e non solo da quello che la propria identità disciplinare ci avrebbe spinto a considerare in modo unilaterale» (Well, the whole of these paths is constitutional history. In such away, it may happen that in a volume expressly dedicated to the constitutional history of a certain country there will not be a single ounce of constitutional history, because that volume

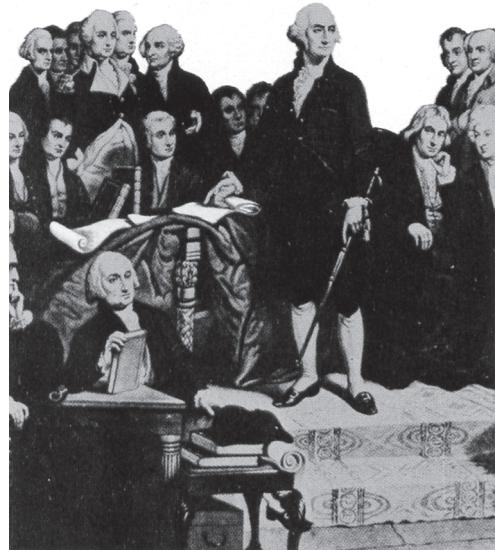
has really been all written within a model which is disciplinarily given, and therefore it is a volume of political, or institutional, or legislative, or social history, but not of constitutional history. On the contrary, it may happen that in a monograph concerning public law, or private law, or the history of a certain territory, there is constitutional history in its fullest sense, exactly because of the attempt of going beyond by means of history, or in order to examine a subject – it being a juridical institution, or indeed a territory – from all its angles and not only from that which our discipline identity would have pushed us to consider in a unilateral way) (Fioravanti).

Not one history but many histories, not only one path, not the satisfaction of a well-fenced field, but the research of other spaces. As Pierangelo Schiera says, once again going over his extraordinary intellectual adventure, backwards but with eyes always looking forward, «Mi piacerebbe dunque ripetere – tornando al mio punto di partenza – che solo una storia che unisca la considerazione di una costituzione formale (alla francese) con il cammino della società (all’inglese) può essere storia costituzionale. Potrei anche aggiungere che, appunto, l’amministrazione è sempre stata, nei secoli, il passaggio obbligato per avvicinare le forme di dominio ai bisogni dei soggetti (e al loro consenso)» (Therefore, I would like to repeat – going back to my starting point – that only a history that unites the consideration for a formal constitution (as in the French experience) to the path of society (as in the English experience) can be constitutional history. I could also add that, indeed, administration has always been, during the centuries, the obliged passage in order to draw dominion forms near the

needs of subjects (and near their consent). This kind of approach, surely, does not mean, as we observed in 2001, confusion of levels of reading and of languages (as Michel Troper warns). We are all the more convinced that constitutional history is a privileged field that enables us to grasp the surpassing of the national paradigm. «Therefore European constitutional history – like in the 19<sup>th</sup> century when the word “Verfassungsgeschichte” emerged – will incorporate intensive suggestions from the current discussion about a “Ius Publicum Europaeum”. It is uncertain where the path leads to. But we definitely can say that the times of national constitutional histories are over» (Stolleis). The paths of research that we publish in this issue (from Spain to Great Britain, from Belgium to Germany (Varela Suanzes-Carpegna; Lorente Sarriñena; Torre; Schefold; Wijffels) may be seen as a brilliant exemplification of this necessary comparative opening.

Sometimes, in life, we are forced to look back, to weigh things up. If today we turn our heads back, it is not only to celebrate a birthday; it is maybe the occasion to reconfirm a common commitment of being *on the road again*, like wayfarers looking for new lands. We would not be able to say if the history of modern constitutionalism is a history «still in need of writing» (H. Dippel). However if our observatory is the *Ciornale*, well from it we can see that which is here equals that which is not here. That confirms how much work is still to be done and how much need of new perspectives and of an always vigilant self-criticism there is (B. Clavero, *Constitución europea e historia constitucional: el rapto de los poderes*, in «Historia constitucional», Revista electrónica,

<http://www.historiaconstitucional.com>, 6, 2005). «Chance or Grand Design?», an authoritative constitutional historian recently asked himself while reasoning on two ways of interpreting constitutional history (R.C. van Caenegem, *Constitutional History: Chance or Grand Design?*, in «European Constitutional Law Review», 5, 2009, pp. 447-463). We would like to answer – but only as far as the little path of the *Giornale di storia costituzionale* is concerned –: «Chance and Grand Design»!





# Per la storia costituzionale

PIERANGELO SCHIERA

1. Nel 1970 pubblicavo per Vita e Pensiero, la casa editrice dell'Università Cattolica di Milano, una raccolta di saggi di Otto Brunner, col titolo – delineato anche grazie all'aiuto di Cinzio Violante – *Per una nuova storia costituzionale e sociale*, traducendo l'originale brunneriano *Neue Wege der Verfassungs- und Sozialgeschichte* (Brunner 2000<sup>2</sup>). Rimarchevole l'accoppiamento di "sociale" e "costituzionale", ma anche il fatto che proprio grazie a tale accostamento, la storia costituzionale potesse apparire nuova. Si trattava già, per me, di un'acquisizione importante, di un passo innanzi rispetto all'altra traduzione che avevo, nello stesso anno, appena fatto: quella del volume di storia della storiografia costituzionale tedesca nell'Ottocento di Ernst-Wolfgang Böckenförde (Böckenförde 1970). Qui mi aveva colpito soprattutto la differenza intrinseca tra *Verfassung* e *Konstitution* su cui l'Autore organizzava la sua ricostruzione.

Da allora ho molto lavorato sopra queste due angolature, cercando il più possibile di integrarle<sup>1</sup>. Probabilmente allargai,

per troppa fretta e ignoranza, il significato che la distinzione appena richiamata aveva avuto – ed aveva e ancora variamente ha – nella storia del diritto e nella dottrina dello Stato tedesca; ma sta di fatto che per un bel po' quella sottolineatura funzionò: per me come per altri. Quanto alla dimensione sociale, mi è sempre parso che proprio in tale carattere risiedesse la materialità della costituzione, rispetto alla sua pura forma: dove il "sociale" mi sembrava – e ancora mi sembra – essenzialmente consistere nel momento comunicativo (cioè anche, e prima di tutto in campo politico, "dottrinario") che in ogni costituzione si deve individuare, se se ne vuole cogliere sia l'origine (come risultato e somma di istanze dottrinarie storicamente elaborate e consolidate quanto a valori e norme di comportamento collettivo) che la destinazione (come vincolo, appunto, di concordia e di impegno comune – fraternità-solidarietà, oltre che egualianza e libertà! – tra membri della stessa comunità, in base a valori e norme originarie). Dalla contrapposizione così

intesa tra costituzione in senso materiale e formale provai a dedurre un criterio anche storiografico, attribuendo il titolo di storia "costituzionale" a quella ricerca che (includendo ovviamente anche la parte formale) fosse capace di occuparsi, storiograficamente, della costituzione, in senso materiale, di "unità politiche" determinate.

2. Dall'uso di quest'ultimo termine – ma lo si poteva intuire forse già dal riferimento a Brunner e a Böckenförde – si capisce che il quadro di riferimento in cui inserivo il discorso sulla costituzione era di impronta anche schmittiana. Occorre far attenzione: allora in Italia Schmitt lo conosceva, un po', solo Gianfranco Miglio, mentre in Germania egli era già alla base – di nuovo – di linee di ricerca che mi parevano – ed erano, e sono ancora – molto moderne: da Otto Brunner, appunto, a Reinhard Koselleck, da Ernst Forsthoff a Roman Schnur. La traduzione dei principali saggi di Schmitt nelle *Categorie del politico* (titolo prettamente migliano) sarebbe stata del 1972 (Schmitt 1972), ma ogni riferimento schmittiano è sempre valso per me in questa prospettiva più ampia e anche decisamente alternativa, rispetto alla fortuna strettamente politologica – in senso sia realistico che rivoluzionario – del grande giurista tedesco, e anche un po' nazista.

Io credo di essere stato, in questo, allievo fedele di Gianfranco Miglio, il quale – se pure non ha prodotto alcuna ricerca monografica integrale di storia costituzionale, optando anzi, alla fine, per una scienza capace di cogliere e dettare "regolarità" nella politica, intesa quest'ultima nella sua unità come nella sua multiformità (Miglio

1988)<sup>2</sup> – ha compiuto un percorso scientifico e accademico estremamente complesso e interessante: dalla storia delle dottrine politiche alla storia delle istituzioni, dalla storia delle relazioni internazionali alla scienza politica. Un'esperienza che egli ha anche potuto riversare nel piano di studi della Facoltà di Scienze politiche, attraverso la riforma da lui suggerita, insieme a Maranini, alla fine degli anni '60.

Un blocco confuso di emozioni, dunque, che fin da subito ho battezzato, nella mia stessa ricerca, come storia costituzionale, riprendendo un termine antico della tradizione storiografica anche italiana, ma con l'intento di aprire qualche nuova pista, in particolare guardando a esperienze di ricerca che nei primi anni '70, in Italia, erano un poco neglette: quelle tedesche. Perciò accettai, nel 1975, l'invito di Paolo Prodi di trasferirmi da Bologna a Trento, ove egli aveva appena fondato l'Istituto storico italo-germanico. Là, insieme, e insieme anche a Giuliana Nobili, altra allieva di Miglio, congiurammo tra noi l'intenzione di contrastare, da quel piccolissimo avamposto, la gran moda dilagante, specialmente in Italia, della storia sociale delle "Annales".

Non sarebbero cose da dire in pubblico queste, però effettivamente andò un po' così (Nobili Schiera 2007), anche se, naturalmente, alle radici delle "Annales", e anche su per i rami, c'erano storici, come Bloch e Febvre ma anche altri, che – nonostante loro stessi e la loro antipatia per la *Verfassungsgeschichte* di marca hintziana o brunneriana – starebbero benissimo nella mia genealogia di storia costituzionale.

3. Ecco allora due prime considerazioni conclusive sulle mie idee intorno a quest'ultima. Da una parte una storia costituzionale pluri-disciplinare. Dall'altra una storia costituzionale assolutamente pluri-temporale. Ciò consente, in un senso, di evitare la gabbia di una storia a stampo esclusivamente – o anche solo prevalentemente – giuridico; nell'altro, di evitare l'obbligo di una storia esclusivamente – o troppo – determinata dalla "costituzione" (carta costituzionale) come modalità tecnica, storicamente assai condizionata e dunque transeunte, non strutturale, di organizzazione del potere. Il rischio alternativo può essere, ovviamente, di stabilire parametri troppo morbidi e laschi, cosicché si finirebbe col ricadere in una storia etico-politica di stampo tardo-idealista.

Per contrastare tale rischio, vorrei dare una pennellata ulteriore alla mia prospettiva. Si tratta di una sensazione, per me, molto seria, se è vero che essa si estende dal mio primissimo interesse di ricerca (quello per la concezione amministrativa dello Stato)<sup>3</sup> a uno degli ultimi di questi tempi (quello per dimensione storica – teorica e pratica – ma anche attuale e immediatamente futura di una scienza del diritto amministrativo o anche dell'amministrazione tout-court. Schiera 2010). Dietro ciò sta naturalmente, di nuovo, Gianfranco Miglio, il quale, senza dubbio, è stato il primo – in Italia e non solo – a dotare la storia amministrativa di uno statuto per l'appunto costituzionale (anche grazie alla sua consuetudine con il tuttora poco conosciuto Lorenz von Stein e con i suoi e i miei cameralisti. Miglio 1957b; 1988). Va ricordato che Miglio contribuì a fondare, nel 1959, insieme a Feliciano Benvenuti, l'ISAP, tuttora in vita sotto la direzione di Ettore Rotelli il quale,

tra l'altro, negli ultimi tempi, si va sempre più qualificando anche come storico costituzionale di punta (Rotelli 2005; 2008). Ma, non contento, nel 1961 Miglio fondò, sempre a Milano, la FISA, dove sempre Giuliana Nobili (che aveva iniziato proprio all'ISAP la sua attività di ausiliaria della scienza storica) ha offerto per anni un servizio bibliografico di storia dell'amministrazione (Nobili 1964-1967) che in realtà fu, fin da allora, la migliore introduzione – a livello internazionale – alla storia costituzionale, tant'è vero che su di essa si basò la fortunata operazione – da classificare a mio avviso come la prima reale promozione italiana di storia costituzionale del secondo dopoguerra – dello *Stato moderno* di Rotelli-Schiera (1971-1974). Sugli "Annali FISA", Miglio ha anche pubblicato un paio di contributi metodologici sulla storia dell'amministrazione che ancor oggi mi sembrano non abbastanza noti ai più giovani e troppo poco utilizzati<sup>4</sup>.

4. Dunque: centralità del fenomeno amministrativo nella storia dello Stato moderno, in particolare, ma anche, più in generale, nella storia costituzionale europea in età medievale, moderna e contemporanea.

Sinteticamente, direi, a partire dalla lunga e ampia esperienza della Ragion di Stato (Schiera 1996), fino alla surroga che progressivamente, già nel corso del XIX secolo, il diritto amministrativo – ma anche le altre scienze dell'amministrazione (tra cui vanno sicuramente annoverate, almeno tra '800 e '900, anche quelle fiscal-tributarie, a base giuridica, economica, statistica e sociologica) – è venuto esercitando rispetto al diritto costituzionale, assumendo

egemonia crescente sull'intero spettro del diritto pubblico.

A me pare che la preminente tonalità amministrativa della storia costituzionale europea, in età medievale moderna e contemporanea, abbia significato una progressiva messa in opera di tecnologia politica, che è poi ciò che ha finora caratterizzato l'Occidente rispetto alle altre grandi aree di civiltà del mondo (Weber 1920-1921)<sup>5</sup>. Essa è stata la risposta dinamica ai problemi organizzativi di quelle "società" particolari (Grossi 2003) che sono emerse in Occidente dalla riuscita fusione (concrezione?) di elementi classici, cristiani e germanici. Diritto, teologia e senso del potere (mi riferisco all'intraducibile *Herrschaft* dell'esperienza storico-costituzionale tedesca) hanno corso a creare, sotto forme anche diverse, un tipo di convivenza tra uomini basata su disciplina e consapevolezza, in vista della regolazione razionale degli esiti collettivi e sociali dei comportamenti individuali. Fin dal medioevo, ciò si tradusse in quella che ho chiamato "costituzionale conflittualità" (Schiera 2006), marca primigenia di quella particolare melancolia dell'uomo occidentale che coinvolge anche la politica e che Luigi Lacchè ha gentilmente ripreso nella bella espressione di «melancolia costituzionale» (Lacchè 2008, p. 10).

Alla base di ciò sta forse il timore per il caso d'eccezione, a cui l'amministrazione risponde con procedure e istituzioni tranquillizzanti, sebbene alla fine esse pure inevitabilmente radicate nell'eccezionalità, com'è stato sempre il caso delle molteplici figure commissariali che si sono succedute e si succedono (fino alle equivoche *Authorities* su cui si articola la *governance* dei nostri giorni) nello svolgimento dell'esperienza amministrativo-costituzionale di cui sto parlando.

5. Mi fermerei qua, se non fosse per una bella serie di esempi, lungo quasi un millennio – che è anche il periodo della storia costituzionale dell'Occidente, come ci è venuto mostrando il già citato Paolo Prodi con la sua straordinaria sequenza di volumi: dalla sovranità, al giuramento, alla giustizia, al mercato<sup>6</sup>. Esempi che, secondo gli svariati stili metaforici delle diverse epoche, illustrano la molteplicità delle funzioni che progressivamente ha acquistato la politica – partendo dalla "piazza" (foro esterno) ma in perenne connessione con la "coscienza" (foro interno) individuale – attraverso i diversi supporti istituzionali che l'hanno espressa. Dalla Chiesa all'Impero, dal Comune alla Signoria, dai Principati territoriali allo Stato moderno, passando attraverso il denominatore comune della persistente tendenza verso il cosiddetto "governo misto".

Così è utile riandare, ad esempio, a Giovanni di Salisbury e alla sua metafora del corpo umano, di cui il monarca è come il dottore, o anche a quella dell'arpa, di cui il monarca deve temperare le corde, anche sostituendo quelle rotte o stonate. Come non è superfluo neppure l'ormai abusato rinvio al grande affresco del *Buongoverno* del Lorenzetti a Siena. Ma ecco due esempi meno consueti, entrambi gravitanti nel quadro, che ho già richiamato, della Ragion di Stato.

*Il ritratto del privato politico cristiano* è un'operetta dedicata dal Malvezzi (Malvezzi 1635) a quei protagonisti dell'amministrazione che erano già ai suoi tempi i ministri. Per lui l'Olivares è "architetto" del regno di Spagna:

A fabricare una casa vi concorrono mille artefici: ella consiste... di legni, di ferro, di pietre, di calce e d'arena; ma non basta che siano insieme

tutte le materie che la fabbricano perché sia una casa, e benché ciascheduna materia fosse per se stessa ben digerita, non per questo ammassata formarebbe altro che una confusione. Ci vuole un architetto che, unitele nel suo intelletto, le concocia, le regeneri e che, levando la forma delle parti, produca quella del misto che non sia né solo pietra, né solo calce, né solo legno, né solo ferro, né tutte queste cose insieme, ma una casa, la quale consiste in una certa armonia che è l'anima di quelle cose che non hanno l'anima. Così... è la mole d'una monarchia, nella formazione e mantenimento della quale concorrono infiniti ministri, e benché ciascheduno di loro operasse bene il suo officio, non però formarebbe altro che una confusione se non vi fosse un architetto solo, nel cervello del quale tutte insieme fermentate, perdessero la propria forma e acquistassero quella del tutto.

Più prosaico e "amministrativo" è il secondo esempio, tratto dalla didascalica dedica che l'«Humilissimo et obidentissimo Servitore et Vassallo I°. Pietro Ghisl(ie)ri» fa al Papa in una *Descrizione esattissima della Romagna fatta a papa Sisto Quinto* (Ghislieri 1990), nella sua qualità di Presidente della Romagna, in un momento in cui «si sonno sommamente alterate le cose sue...». L'elenco dei particolari da conoscere è vastissimo:

Perché si tratta de' confini suoi, de' fiumi, delle valli notabili, della lunghezza, larghezza, circonferenza, situazione, del valore et essenza de' Vescovadi, et molte cose aspettanti a materia ecclesiastica. Dopo de' signori feudatari, giurisdictioni et castelli loro. Ancora delle città della Provincia, del abbondanza loro, delle cose appartenenti al vitto humano. Di che habbiano avantaggio, di che carestia. Dopo della inclinazione et qualità de' popoli, delle fattioni loro, delle aderentie a Prencipi convicini, delle pericolose famiglie de contadini per essere in numero sin 800 in un parentado...

Per arrivare, alla fine dell'elenco, alla «bona vicinanza dellli Principi convici-

ni...». Il tutto in un'ottica di elementare praticità:

Niuna cosa a giudizio mio porta seco facilità maggiore nel poter far bene le deliberationi delle attioni che giornalmente occorrono alla vita nostra, che l'intendere et perfettamente conoscere quelle cose sopra le quali si ha da deliberare. Né questo lo conseguiscono se non quelli ch'hanno esatta et chiara notizia di quelli accidenti et parte che conducono alla cognizione del tutto; il che molto giova nella private attioni, dove si tratta dell'interesse di persone particolari; ma molto maggiormente et senza nessuna comparatione fa maravigliosi effetti in un Principe grande per essenza et opinione et tale quale è la Santità Vostra, dalla quale i suoi Popoli aspettano anco nelli loro privati interessi paterna cura della vita et facoltà loro, né si acquietarono di quelle ragioni verissime, che un Prencipe grande non debbe mirare et haver cura di cose minime e basse, ma solo a quelle che riguardano il bene et util pubblico.

6. Non ci sono commenti da fare, tranne forse ricordare che nell'*Iconologia* del Ripa (Ripa 1988), la "Ragione di Stato" viene descritta così: «Donna armata di Corazza, Elmo e Scimitarra. Sotto l'armatura porterà una traversina di colore turchino ricamata tutta di occhi, e di orecchie...». Il Ripa ne dà un giudizio negativo: non si tratta d'altro che della «... gelosia, che tiene del suo dominio, che per tutto vuol haver occhi, & orecchie di spie, per poter meglio guidare i suoi disegni, & gl'altri troncare». Ma la descrizione si attaglia a meraviglia anche ad una versione virtuosa della ragion di Stato, quale potrebbe essere appunto l'attenzione del sovrano per i "privati interessi" e la sua cura per le "cose minime e basse". È sufficiente pensare all'enorme mole di attività amministrativa che deve stare tra il modello metaforico del Malvezzi e il resoconto del

Ghislieri per apprezzare le interpretazioni più recenti che sono state date della ragion di Stato, come insieme pragmatico di tecniche di governo e di pratiche amministrative, come base cioè del primo apparire e funzionamento dello Stato moderno<sup>7</sup>. Senza quell'enorme impegno, quotidiano e tuttavia perenne, non potrebbe sussistere costituzione alcuna. Stein aveva parlato della *Verwaltung come lebendige Verfassung*; Lacchè le attribuisce il carattere, più adatto ai tempi nostri, di "logica strutturante" della costituzione medesima. In entrambi i casi, si vuol dire che anche il "pensiero" costituzionale – compresa la corrispondente storiografia – deve tener conto del fenomeno amministrativo, se vuole operare al livello giusto, che è quello della comprensione e descrizione dei diversi fattori che concorrono a determinare la costituzione di ogni unità politica. Lo si vede particolarmente bene nell'esperienza storico-costituzionale inglese: proprio quella che, sulle ali della potente ideologia vittoriana della *whig interpretation of history*, ha a lungo negato l'esistenza del fattore amministrativo, in una *constitution* interpretata soltanto e ipostaticamente come *rule of law*<sup>8</sup>. È la prova dell'acuta osservazione di Fioravanti, secondo cui "quando un pensiero diviene dottrina può diventare fattore costituzionale" e corrisponde a ciò che prima osservavo a proposito dell'esperienza accademica e scientifica di Miglio – e un poco anche mia<sup>9</sup> – nel senso che dottrine e istituzioni politiche concorrono a pari titolo, grazie anche alle rispettive "contaminazioni" a "fare" storia costituzionale. Ma andrei più in là. Non occorre che le istituzioni di cui trattasi – e tanto meno le dottrine – siano in quanto tali già "politiche" (cioè relative ad aspetti compiutamente consolidati della

vita politica) per poter divenire fattori costituzionali; l'importante è che istituzioni e dottrine, anche di altra natura (ad esempio morale, economica, estetica, artistica) acquisiscano, in un certo tempo e spazio, una loro "politicità" per divenire rilevanti in termini costituzionali. Si potrebbe addirittura rovesciare il ragionamento e dire che quando una dottrina o un'istituzione è riscontrabile come fattore costituzionale (nel senso che concorre a determinare la costituzione di una determinata unità politica), in tal caso essa acquisisce politicità anche se, per suo conto, essa attiene ad altro ambito di esplicazione: morale, religioso, estetico, sociologico e via dicendo.

Ma per tornare al "pensiero" costituzionale – che è certamente fattore costituzionale –, a proposito del dialogo di Sir Giorgio Cornwall Lewis *Qual è la miglior forma di governo?*, Luigi Luzzatti scriveva nella sua *Prefazione*:

La quale scienza (la filosofia politica), al pari delle discipline naturali, è trattata in Inghilterra col metodo sperimentale, che imprigiona i voli delle accese fantasie nel chiuso vallo della storia e della realtà delle cose. Quindi questa maniera di studi acquista per noi una fondamentale importanza, perché può contribuire a correggere una grave malattia del nostro ingegno, la quale consiste nell'affermare con impeto subitaneo alcune formule supreme, senza curarsi delle minute e pazienti analisi e di quelle lucide dimostrazioni che sole valgono ad accrescere veramente il patrimonio della scienza. Quando l'intuito del pensiero si sostituisce alla pacata serenità dell'esame, avviene di frequente che accanto alle verità che si indovinano si accompagni anche una folla di errori, i quali, proclamati come dogmi, malagevolmente poi si combattono. A noi, improvvisatori nella poesia, piace pur esserlo nelle scienze sociali, e non v'è forse un sol francese o italiano il quale non creda sinceramente di aver scoperta la vera formula per riordinare su nuove e salde basi l'edificio dello Stato, e troppo spesso si ab-

bandona la chimica per seguire l'alchimia della politica [Luzzatti 1886]<sup>10</sup>.

Da leggere nella stessa linea mi pare la bellissima definizione della costituzione inglese data da Pasquale Villari:

Così è nata quella costituzione la quale, se non ha, come le istituzioni latine, un principio generale che la informi e la domini; è però un sistema di poteri e di diritti, talmente bilanciati e concordi fra loro, che si tengono stretti ed uniti, come se fossero venuti d'un getto solo, e fanno veramente un sol corpo. La vita sociale e politica cammina insieme colla più ampia libertà individuale; e così l'Inghilterra s'è trovata lungamente alla testa della civiltà, ed è la più ferma e costante sostenitrice di quelle libertà moderne, che furono in gran parte sua conquista, e saranno in eterno sua gloria [Villari 1861, pp. 46-47].

7. Mi piacerebbe dunque ripetere – tornando al mio punto di partenza – che solo una storia che unisca la considerazione di una costituzione formale (alla francese) con il cammino della società (all'inglese) può essere storia costituzionale. Potrei anche aggiungere che, appunto, l'amministrazione è sempre stata, nei secoli, il passaggio obbligato per avvicinare le forme di dominio ai bisogni dei soggetti (e al loro consenso). Ma tutto ciò non mi basta più. C'è bisogno di andar oltre, recuperando il detto abusato che ogni storia è storia del presente. Perché un modo di far storia sia storicamente legittimato, occorre che esso sia utile al suo tempo. Perciò i moduli storio-grafici devono mutare: non per moda o per perfezionamento cognitivo, ma per necessità di rispondere a sempre nuove questioni. Così è anche per la storia costituzionale, in un tempo poi in cui proprio il concetto e il significato di "costituzione" è così in

bilico. Riprendendo una definizione schmittiana per bocca di Maurizio Fioravanti, se costituzione è "composizione in unità di una pluralità di forze storicamente agenti e anche confliggenti", allora una storia costituzionale odierna deve essere capace di attuare questa dinamica rispetto ai problemi di oggi. L'allargamento del mondo e l'ampliamento dei soggetti di storia, combinato con l'inaspettata e sorprendente globalizzazione comunicativa, hanno reso più che mai funzionale la geniale intuizione di Carl Schmitt della sintesi emergenza-dittatura come fonte ultima della decisione. Ma questa è solo la metà visibile della luna; l'altra metà contiene forse un'altra declinazione del binomio emergenza-decisione: invece che alla dittatura quest'altra strada interpretativa conduce – mi pare – alla "solidarietà", insistendo più sulla partecipazione orizzontale e corale della Gente che sull'efficienza verticale e solistica dei Principi, vecchi o nuovi che siano.

Se riuscissimo a sottrarre la solidarietà al dominio dell'emergenza negativa..., se riuscissimo a staccarla dalla sua immanente associazione con la disgrazia..., se infine riuscissimo a fare del caso d'eccezione, se non la norma, almeno una variabile accettabile dell'esistenza..., allora potremmo forse fare un uso "buono" di Carl Schmitt e della sua dottrina dell' "amicus-hostis". Ma secondo lui, naturalmente – come opportunamente notava Luca Cobbe – non si tratterebbe altro che di una nuova fase di "neutralizzazione e spoliticizzazione", con conseguente spinta alla ricerca di un nuovo punto di decisiva incidenza decisionale, sotto forma conflittuale. Non riesco più a ricordare dove, però mi pare che Otto Brunner sia stato il primo a notare che la famosa coppia concettuale di Schmitt con-

sta appunto di due termini e sarebbe errato costruire solo su uno di essi una "scienza" davvero "politica". Ha ragione Luca Scuccimarra a ricordare che unità politica e pluralità conflittuale sono i due poli di un'unica tensione, la quale abbisogna sempre di uniformarsi ai due fattori costituzionali che ne fanno la struttura: il tempo ma anche lo spazio.

C'è la guerra e il conflitto, ma c'è anche la pace e la concordia: come già ammoniva mirabilmente Ambrogio Lorenzetti, sia pure effigiando la sua Pace in una posa inequivocabilmente melancolica! Cioè eternamente in bilico e anche in dubbio, colle armi certo poste sotto i piedi ma anche sempre pronte a essere reindossate. Anche Martin Loughlin – come molti altri – ha messo quell'icona in copertina (sia prima che quarta) del suo volume su *The Idea of Public Law*, confessando di essere alla ricerca di una risposta nuova – a base storica – alla vecchia domanda *what is public law?* (Loughlin 2003). A mio avviso la solidarietà potrebbe essere un punto di vista sintetico e dinamico dei quattro che Francesco Benigno ha proposto come classici di ogni storia costituzionale: quello dei diritti dell'uomo (a favore del cittadino), quello dei diritti della maggioranza (in considerazione anche delle minoranze), quello della partecipazione politica (in funzione della decisione), quello del *jus gentium* (verso le *new entries* nel villaggio globale).

Facendo perno sul concetto di solidarietà, una volta rivisitato in modo da lavarlo dalle troppe vernici ideologiche che l'hanno ricoperto (stavo per dire imbrattato) durante gli ultimi due secoli, si potrebbe a mio avviso tentare il cammino verso una nuova storia costituzionale, oltre che forse verso una nuova "costituzione". Da antico giuri-

sta fallito, il mio rispetto verso il diritto è invece troppo grande per sperare che – per quella stessa via e magari proprio per virtù interpretativa, come suggeriscono Luciani e Troper, ma prima di loro autorevolmente Tullio Ascarelli<sup>11</sup> – una nuova impostazione "solidaristica" della storia costituzionale possa giovare a rivivificare lo stesso diritto costituzionale.

### Bibliografia testi citati

T. Ascarelli

[1955] *Saggi di diritto commerciale*, Milano, Giuffrè;

N. Bobbio

[1969] *L'itinerario di Tullio Ascarelli*, in *Studi in memoria di Tullio Ascarelli*, vol. I, Milano, Giuffrè, pp. LXXXVII ss.;

[1977] *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Milano, Edizioni di Comunità;

E.W. Böckenförde

[1970] *La storiografia costituzionale tedesca nel secolo XIX. Problematica e modelli dell'epoca*, Milano, Giuffrè;

F. Borkenau, H. Grossmann, A. Negri

[1978] *Manifattura, società borghese, ideologia*, Roma, Savelli;

G. Borrelli

[1993a] *Ragion di Stato e Leviatano. Conservazione e scambio alle origini della modernità politica*, Bologna, il Mulino;

[1993b] *Non far novità. Alle radici della cultura italiana della conservazione politica*, Napoli, Bibliopolis;

O. Brunner

[1983] *Terra e potere. Strutture prestatali e premoderne nella storia costituzionale dell'Austria medievale*, Milano, Giuffrè;

[2000<sup>a</sup>] *Per una nuova storia costituzionale e sociale*, a cura di P. Schiera, Milano, Vita e Pensiero;

J.W. Burrow

[1981] *Liberal Descent. Victorian Historians and the English Past*, Cambridge, Cambridge University Press;

H. Butterfield

[1944] *The Englishman and his History*, Cambridge, Cambridge University Press;

## Schiera

S. Cassese

[1995] *La ricezione di Dicey in Italia e in Francia. Contributo allo studio del mito dell'amministrazione senza diritto amministrativo*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», 1, pp. 107-131;

G. Cornewall Lewis

[1996] *Qual è la miglior forma di governo?*, Palermo, Sellerio;

J.C.L.S. De Sismondi

[1996] *Storia delle Repubbliche italiane*, Torino, Bollati Boringhieri;

R. Koselleck

[1972] *Critica illuministica e crisi della società borghese*, Bologna, il Mulino;

G.P. Ghislieri

[1990] *Descrizione della Romagna*, a cura di A.G. Luciani, Rimini, Ghigi;

P. Grossi

[1998] *Le aporie dell'assolutismo giuridico (Ripensare, oggi, la lezione metodologicas di Tullio Ascarelli)*, in P. Grossi, *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Milano, Giuffrè, pp. 323-382;

[2003] *Dalla società di società alla insularità dello Stato fra medioevo ed età moderna*, Napoli, Istituto universitario Suor Orsola Benincasa;

O. Hintze

[1980] *Stato e società*, Bologna, Zanichelli;

Th. Hobbes

[1960] *A Dialogue between a philosopher and a student of the Common Laws of England / G.W. Leibniz, Specimen quaestzionum philosophicarum x iure collectarum – De casibus perplexis – Doctrina conditionum – De legum interpretatione*, con uno studio introduttivo di T. Ascarelli, Milano, Giuffrè;

L. Lacchè

[2008] *La Costituzione italiana e il Buongoverno*, in «Giornale di Storia costituzionale», 16, pp. 5-10;

M. Loughlin

[2003] *The Idea of Public Law*, New York, Oxford University Press;

L. Luzzatti

[1886] *Prefazione*, in «Biblioteca di scienze politiche» di A. Brumali, vol. II, Torino, UTE;

V. Malvezzi

[1635] *Il ritratto del privato politico cristiano*, Venezia;

G. Miglio

[1957a] *Le origini della scienza dell'amministrazione*, Milano,

Giuffrè;

[1957b] *Lorenz Jacob von Stein*, Milano, Giuffrè;

[1960] *Osservazioni metodologiche intorno alla ricerca storica in materia politica*, in *Le regolarità della politica. Scritti scelti raccolti e pubblicati dagli allievi*, vol. I, Milano, Giuffrè, 1988, pp. 369-374;

[1962] *Gli studi di storia amministrativa. Gli aspetti amministrativi dell'unificazione nazionale*, Ibidem, pp. 275-402;

[1964a] *Premesse ad una metodologia della storia amministrativa*, Ibidem, pp. 403-418;

[1964b] *La classificazione storica delle attività amministrative. Istruzioni per i collaboratori della Fondazione Italiana per la Storia Amministrativa*, Ibidem, pp. 419-445;

[1981] *Genesi e trasformazioni del termine-concetto 'Stato'*, Milano, Vita e Pensiero;

[1988] *Le regolarità della politica. Scritti scelti raccolti e pubblicati dagli allievi*, 2 voll., Milano, Giuffrè;

[2007] *Genesi e trasformazioni del termine-concetto 'Stato'*, a cura di P. Schiera, Brescia, Morcelliana;

G. Nobili

[1964-1967] (a cura di), *Bibliografia periodica sistematica internazionale di storia amministrativa*, in «Annali della Fondazione Italiana per la Storia Amministrativa», I (1964) pp. 579-856; II (1965), pp. 853-1090; III (1966) pp. 541-574; IV (1967) pp. 759-958;

G. Nobili Schiera

[2007] È esistita una storiografia italo-tedesca?, in *Chiesa cattolica e mondo moderno. Scritti in onore di Paolo Prodi*, a cura di A. Prosperi, P. Schiera, G. Zarri, Bologna, il Mulino, pp. 535-544;

G. Oestreich

[1989] *Filosofia e costituzione dello Stato moderno*, Napoli, Bibliopolis;

J.G.A. Pocock

[1987] *The Ancient Constitution and the Feudal Law. English Historical Thought in the 17th Century. A Reissue with a Retrospect*, Cambridge, Cambridge University Press;

P. Prodi

[1982] *Il sovrano pontefice*, Bologna, il Mulino;

[1992] *Il sacramento del potere. Il giuramento politico nella storia costituzionale dell'Occidente*, Bologna, il Mulino;

[2000] *Una storia della giustizia. Dal pluralismo dei fori al moderno dualismo tra coscienza e diritto*, Bologna, il Mulino;

[2009] *Settimo non rubare. Furto e mercato nella storia dell'Occidente*, Bologna, il Mulino;

C. Ripa

[1988] *Iconologia*, edizione pratica a cura di P. Buscaroli con

- prefazione di M. Praz, vol. II, Torino, Fogola, pp. 139-140;
- E. Rotelli  
 [2005] *Forme di governo delle democrazie nascenti. 1689-1799*, Bologna, il Mulino;
- [2008] *Le Costituzioni di democrazia. Testi 1689-1850*, Bologna, il Mulino;
- E. Rotelli, P. Schiera  
 [1971-1974] (a cura di), *Lo Stato moderno*, 3 voll., Bologna, il Mulino;
- P. Schiera  
 [1968] *Dall'arte di governo alle scienze dello Stato. Il camerlismo e l'assolutismo tedesco*, Milano, Giuffrè;
- [1980] *La concezione amministrativa dello Stato in Germania 1550-1750*, in *Storia delle idee politiche, economiche e sociali*, diretta da L. Firpo, vol. IV: *L'età moderna*, tomo I, Torino, UTET, pp. 363-442;
- [1986] (a cura di), *Società e corpi. Scritti di Lamprecht, Cierke, Maitland, Bloch, Lousse, Oestreich, Auerbach*, Napoli, Bibliopolis;
- [1996] (a cura di), *Ragion di Stato e ragioni dello Stato*, Roma, L'officina tipografica;
- [2006] *Il Buongoverno "melancolico" di Ambrogio Lorenzetti e la "costituzionale faziosità" della città*, in «*Scienza & Politica*», 34, pp. 93-108;
- [2010] *Die gemeineuropäische Geschichte des Verwaltungsrechts als Grundstruktur des modernen Konstitutionalismus*, in A. von Bogdandy, P.M. Huber, S. Cassese (hrsg.), *Handbuch Ius Publicum Europaeum*, vol. III, di prossima pubblicazione presso C. F. Müller Verlag Heidelberg;
- P. Schiera, M. Ricciardi  
 [2008] *Per una storia delle dottrine: "Scienza & Politica"*, in R. Gherardi, S. Testoni-Binetti (a cura di), *La storia delle dottrine politiche e le Riviste (1950-2008)*, Soveria Mannelli, Rubbettino, pp. 91-100;
- C. Schmitt  
 [1972] *Le categorie del 'politico'. Saggi di teoria politica*, a cura di G. Miglio, P. Schiera, Bologna, il Mulino;
- W. Sombart  
 [2005] *Unità di cultura e costituzione in Europa. Tre esempi storici. Verfassung und kulturelle Einheit Europas. Drei historische Beispiele*, Napoli, Bibliopolis;
- M. Weber  
 [1920-1921] *Vorwort a Gesammelte Aufsätze zur Religionssoziologie*, Tübingen, J.C.B. Mohr;
- H.U. Wehler  
 [1981] *L'impero guglielmino 1871-1918*, Bari, De Donato;
- P. Villari  
 [1861] *L'Italia, la civiltà latina e la civiltà germanica*, Firenze, Felice Le Monnier.

<sup>1</sup> Rinvio alle Introduzioni premesse a queste altre opere, perlopiù da me stesso tradotte: Koselleck 1972; Borkenau, Grossmann, Negri 1978; Hintze 1980; Wehler 1981; Brunner 1983; Schiera 1986; Oestreich 1989; De Sismondi 1996; Sombart 2005.

<sup>2</sup> *Le regolarità della politica. Scritti scelti raccolti e pubblicati dagli allievi*, s'intitola la raccolta dei principali scritti scientifici di Miglio (fino a quella data); in realtà scelti e raccolti da lui stesso, con una impegnativa Presentazione di suo pugno, dal titolo: "Le radici della quercia".

<sup>3</sup> Schiera 1980 (pubblicato, con molto ritardo); ma naturalmente anche Schiera 1968: il mio libro di "libera docenza".

<sup>4</sup> Cito in successione quattro saggi di metodologia storica di Gianfranco Miglio, aventi forte attinenza con tematiche storico-amministrative e storico-costituzionali, tutti ora reperibili in Miglio 1960; 1962, pp. 275-402; 1964, pp. 403-418; 1964, pp. 419-445.

<sup>5</sup> Cfr. le due complete traduzioni italiane rispettivamente presso Edizioni di Comunità e UTET.

<sup>6</sup> Prodi 1982; 1992; 2000; 2009:

la più bella serie di ricerche di storia costituzionale (il Mulino, Bologna) su singole tematiche ma lungo un filo conduttore evidentemente unitario.

<sup>7</sup> Rimando al punto 7. del saggio di Miglio 1981, ora ripubblicato a cura di Schiera 2007, titolato "Il ruolo della Ragion di Stato". Ma segnalo anche, più specificatamente, i lavori di Borrelli 1993a; 1993b.

<sup>8</sup> Sul caso Dicey, oltre a Schiera 2010, cfr. Cassese 1995. Sul *whiggism* come dato persistente della storiografia costituzionale inglese, oltre ai ben noti interventi di

## Schiera

- Pocock, a partire dalla bellissima postfazione (oltre, ovviamente, all'intero libro) a *The Ancient Constitution and the Feudal Law. English Historical Thought in the 17th Century. A Reissue with a Retrospect*, 1987, si veda il breve ma intenso lavoro del suo Maestro Butterfield 1944, e, specificamente sul XIX secolo, Burrow 1981.
- <sup>9</sup> Mi è gradito rimandare alla rivista da me fondata vent'anni fa, dal titolo «Scienza & Politica. Per una storia delle dottrine», su cui recentemente: Schiera, Ricciardi 2008, pp. 91-100.
- <sup>10</sup> Nella «Biblioteca di scienze politiche» di Attilio Bruniatti. Ma, sempre a proposito di *whiggism* (che è un tema che m'interessa molto, ritenendolo una via d'accesso ad una seria messa in discussione della contrapposizione consueta ma insostenibile tra l'esperienza costituzionale inglese e quella continentale: ma su ciò si veda anche l'Ascarelli che citerò a nota 11) ecco un'acuta definizione di *whig* (di cui il nostro

Lewis era una splendida incarnazione) reperita nella «Edinburgh Review»: «... cioè, di quegli uomini liberali e conservatori nello stesso tempo, i quale credono che da per tutto dove la mano della legge scioglie un vincolo, la coscienza dei popoli debba annodarne un altro, e che abborrono dalle novità troppo avventurose nelle faccende dello Stato, perché si preoccupano di conservare con l'ordine la libertà».

<sup>11</sup> Sull'opera di Tullio Ascarelli – di cui mi limito a ricordare, per quel che qui interessa, i *Saggi di diritto commerciale*, 1955, in cui era già contenuto l'articolo su Interpretazione del diritto e studio del diritto comparato, contenente il fondamentale rimando al *Dialogue* di Thomas Hobbes, poi ripreso da Norberto Bobbio (il quale peraltro ha dedicato ad Ascarelli la valutazione forse più intensa: *L'itinerario di Tullio Ascarelli*, in *Studi in memoria di Tullio Ascarelli*, vol. I, poi anche in Bobbio, *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, 1977) e,

Th. Hobbes, *A Dialogue between a philosopher and a student of the Common Laws of England / G. W. Leibniz, Specimen quaestionum philosophicarum x iure collectarum – De casibus perplexis – Doctrina conditionum – De legum interpretatione*, con uno studio introduttivo di Tullio Ascarelli (ma il *Dialogue* reca pure preziose Annotazioni a cura di Giorgio Bernini), 1960 – rinvio a Paolo Grossi, *Le aporie dell'assolutismo giuridico (Ripensare, oggi, la lezione metodologica di Tullio Ascarelli)*, in P. Grossi, *Assolutismo giuridico e diritto privato*, 1998, pp. 323-382.



# Sulla storia costituzionale

MAURIZIO FIORAVANTI

Inizio con un'immagine. Considero la storia costituzionale come un terreno, o una terra, d'incontro. Come forse accade per ogni terreno, anche questo può ambire a divenire prima o poi un territorio, con tanto di picchetti che valgano a fissare in modo il più possibile certo i confini. Facendo così prevalere la forza attrattiva che da sempre governa il sentimento della appartenenza: noi facciamo storia costituzionale, quegli altri no, perché stanno fuori dai confini che noi abbiamo codificato. Ebbene, se c'è qualcosa nella storia costituzionale che mi ha sempre interessato è la sua riluttanza – quasi per sua natura, si potrebbe dire – a trasformarsi da terreno d'incontro in territorio governato dal meccanismo doppio della inclusione e della esclusione, secondo la posizione che ciascuno occupa rispetto ai confini, dentro o fuori.

Certo, oggi quasi tutte le identità disciplinari sono in crisi. Ma quella dello storico della costituzione pare essere in sé, al di là dei tempi che mutano, un'identità particolarmente complessa e problematica. Il che

non significa che sia una non-identità, o che non siano legittime nel suo caso le domande di fondo sui caratteri fondamentali di quel mestiere. Significa solo che nel caso dello storico della costituzione sono più che mai improbabili risposte legate ai confini chiusi della identità disciplinare. In altre parole, non possiamo cavarcela dicendo che la storia della costituzione è la storia ricostruita dagli storici della costituzione, semplicemente perché non sappiamo chi siano costoro, non disponiamo di una mappa che li identifica.

Si deve allora scartare l'immagine politica, un po' astratta, un po' ideologica, del territorio, e ripiegare sull'altra immagine, da cui siamo partiti, del terreno d'incontro, un'idea più materiale, più pragmatica, più convenzionale. Se compiamo questa 'virata', se cessiamo cioè di chiederci quale sia la 'vera' storia costituzionale, o come debba obbligatoriamente vestirsi lo storico della costituzione per potersi ritenere tale, i nostri occhi si dischiudono sul terreno in esame in un modo diverso. Prima di tutto



*"La Constitution de l'an III"*, stampa coeva, autore Massol, custodita presso la Bibliothèque Nationale

ci accorgiamo della presenza di una straordinaria pluralità di soggetti, provenienti da terre diverse, che non sono arrivati lì per omologarsi, per fondare una nuova comunità. Sono spinti da qualcos'altro, che dobbiamo comprendere. Ebbene, i nostri viandanti vengono dalla terra del diritto, delle scienze giuridiche, e non solo di quelle pubblicistiche, da quella della economia, delle scienze politiche e sociali, o magari da altri territori della storia, sociale, politica, economica. Si occupano di cose diversissime, di avvenimenti politici o sociali, di norme, di idee, di dottrine, di istituzioni. Non intendono perdere la loro identità di partenza, di storici, di giuristi, di economisti. Stanno solo viaggiando sul terreno della storia costituzionale. Ma sta di fatto che sono lì e che il luogo è particolarmente frequentato, se così posso dire.

Allora, fuor di metafora, la domanda diviene la seguente: che cosa cercano i giu-

risti, o gli economisti, o gli storici stessi, o i sociologi, nella storia costituzionale? Poiché una cosa è certa: sul terreno della storia costituzionale non si trovano certo tutti i giuristi, o tutti gli economisti, o tutti gli storici, o tutti i sociologi, ma solo quelli tra loro che cercano qualcosa che non è dato nei loro rispettivi campi disciplinari, ed è appunto la ricerca di questo *quid* ciò che questi diversissimi soggetti hanno tra loro in comune. È come se ogni generazione di studiosi producesse all'interno dei campi disciplinari codificati una quota di spiriti insoddisfatti, se non proprio ribelli, o comunque maggiormente disponibili all'avventura, alla innovazione. Tra questi si sviluppa la prospettiva della storia costituzionale. Abbiamo così i giuristi insoddisfatti della nozione codificata di 'costituzione' presente e dominante nel proprio campo disciplinare; gli storici insoddisfatti dei recinti chiusi delle specialità disciplinari, siano esse attestate sul versante politico-istituzionale, o su quello sociale; gli studiosi di scienze politiche, economiche, o sociali, insoddisfatti della mancanza di profondità storica dei 'tipi ideali' con i quali lavorano, e così via.

Per assurdo, si potrebbe dire che se le identità disciplinari fossero perfette, nel senso di perfettamente conchiuse, tali cioè da non lasciare senza risposta domande irrinunciabili, la storia costituzionale non esisterebbe. Ma non è così. Non è mai stato così, perché nessuna identità disciplinare è mai stata così forte. Ed oggi più che mai non è così. Nella mia esperienza, trovo sempre più giovani giuristi, che non sono storici del diritto, ma che hanno bisogno della storia per cercare risposte a quesiti di fondo, che attengono al loro stesso mestiere di giuristi; e trovo sempre più giovani storici che

– al contrario, in un certo senso – hanno bisogno di qualcos’altro oltre la storia che hanno a portata di mano nella loro tradizione disciplinare, e lo ricercano in quella dimensione profonda del diritto che si trova solo nella storia; e trovo sempre più presente una storiografia delle idee, che esce fuori dai confini tradizionali della storia del pensiero politico, per trovare nelle idee la dimensione delle dottrine, e dunque un fattore determinante della esperienza costituzionale.

Ebbene, l’insieme di questi percorsi è la storia costituzionale. Può darsi così che in un volume esplicitamente dedicato alla storia costituzionale di un certo paese non vi sia neanche un grammo di storia costituzionale, perché quel volume è stato in realtà tutto scritto dall’interno di un modello disciplinare dato, ed è quindi un volume di storia politica, o istituzionale, o legislativa, o sociale, ma non costituzionale. E può darsi invece che in una monografia di diritto pubblico, o di diritto privato, o magari nella storia di un certo territorio, vi sia in senso pieno ed autentico storia costituzionale, proprio per il tentativo di andare al di là per il tramite della storia, per guardare un oggetto – sia esso un istituto giuridico, o appunto un territorio – da tutti i lati, e non solo da quello che la propria identità disciplinare ci avrebbe spinto a considerare in modo unilaterale.

Su questa base, una storia della storiografia costituzionale non potrebbe essere altro che la storia di questi percorsi, di queste contaminazioni, di questi attraversamenti, compiuti a partire da tanti luoghi, e dunque da una notevole pluralità d’identità disciplinari. Noi non siamo capaci di raccontare questa storia. Possiamo solo dire qualcosa su uno di questi sentieri,

quello seguito dai giuristi, che è poi l’unico che conosciamo. Molto è cambiato a questo proposito negli ultimi due secoli. Molto è cambiato da quando uno dei protagonisti della scienza giuridica del diciannovesimo secolo ebbe ad affermare: «Ora finalmente la storia non ci metterà più in imbarazzo». Si era costruito il sistema, si stava codificando il diritto. Le nazioni ed i popoli ritenevano di essere solidamente personificati negli Stati sovrani. Nei trattati di diritto pubblico di questa epoca la storia era ridotta alla triste e decorativa raccolta dei cosiddetti ‘precedenti’ del diritto positivo statale vigente.

Con il ventesimo secolo il panorama cambia. Le certezze di stampo positivista s’incrinano. La dottrina dello stato-persona non esaurisce più il campo disciplinare del diritto pubblico, entro il quale si ripropone la dottrina della costituzione, con le sue ineludibili domande di fondo sul rapporto tra politica e diritto, tra società e costituzione, sulla genesi stessa della costituzione. E per tentare una risposta a queste domande il contributo della storia è essenziale. Tutte le principali opere della prima metà del Novecento, dagli *Hauptprobleme* di Kelsen alla *Costituzione in senso materiale* di Mortati, pur essendo rigorosamente esposte in senso dogmatico, sono in realtà alimentate dalla storia, da precise consapevolezze di ordine storico. Per quello che riguarda il percorso dei giuristi, è questa la fase in cui si ripropone l’esigenza della contaminazione, della fuoriuscita dalla codifica positivistica del campo disciplinare, e dunque della storia costituzionale. E sul terreno della storia costituzionale i giuristi incontrano altri viaggiatori: Jellinek e Kelsen incontrano Weber, Schmitt incontra Otto Brunner, Mortati incontra Gaetano

Mosca. E viceversa, ovviamente, nel senso che le costruzioni dei giuristi tornano per questa via a far parte di una più ampia *cultura della costituzione*, che si alimenta dunque di una pluralità di fonti, compresa quella del diritto medesimo.

Le cose non cambiano con l'avvento delle nuove Costituzioni, a partire dalla metà del secolo scorso, anche se non mancò all'inizio il tentativo di chiudere di nuovo i confini, incasellando la Costituzione nella tradizione dello Stato-persona. Ma il tentativo è fallito, come mostrano le più recenti evoluzioni. Oggi, è ben possibile scrivere una storia – come è stato fatto, del resto – dello Stato italiano nella sua più recente forma della Repubblica democratica, ma se si vuole scrivere una storia costituzionale non si può rimanere nei confini della storia politica ed istituzionale, magari con qualche apertura alla storia sociale. Bisogna piuttosto partire dalla individuazione dei *fattori costituzionali*, ovvero delle forze che hanno determinato il processo costituzionale, la genesi e l'attuazione della Costituzione. Forze che sono in parte giuridiche – pensiamo al ruolo della giurisprudenza, accanto a quello della legislazione – in parte politico-sociali – pensiamo al tipo ed al ruolo dei partiti verso la società e verso le istituzioni – in parte culturali – pensiamo al ruolo delle dottrine nella interpretazione in concreto della Costituzione. E pensiamo infine alla acquisita rilevanza del piano sovranazionale, europeo, ed oltre: una storia della Costituzione non potrà mai più essere una storia statal-nazionale. La storia della Costituzione, più che essere storia di Stati, sarà *storia di ordinamenti*, di territori, o oltre i territori.

Una semplice osservazione conclusiva, che serve più che altro a rimuovere un

possibile equivoco. Si può leggere quanto da ultimo descritto nei termini di una sorta di emancipazione della Costituzione dallo Stato, rispetto ad un punto di partenza secamente positivistico in cui la Costituzione era nient'altro che una norma dello Stato, che presupponeva, per la sua stessa esistenza, l'esistenza dello Stato medesimo. Bismarck, in un celebre discorso, affermò: lo Stato è *das feste Gebäude*, la Costituzione è *der Luxus der Einrichtung*, ovvero il lusso che possiamo permetterci quando abbiamo le mura, la casa. Oggi non sarebbe più possibile descrivere in questo modo il rapporto tra Stato e Costituzione. Ma l'emancipazione della Costituzione dallo Stato non può essere intesa altro che come l'emancipazione da quel modo storicamente determinato di costruzione del principio di unità politica, che chiamiamo 'Stato'. Non più di questo. Rimane dunque aperto il problema di sempre di quel principio, e dunque del modo concreto di composizione in unità, o semplicemente in posizione di equilibrio, di una pluralità di forze storicamente agenti e potenzialmente confliggenti: ciò che è anzi il problema per eccellenza della Costituzione. Se quel modo di composizione non può più essere in prevalenza statale, vuol dire che qualche altro modo dovrà essere possibile. Quel che è certo, soprattutto per lo storico della Costituzione, è che la Costituzione non può librarsi nel vuoto, non può mancare di esprimere un certo e determinato principio di unità politica.

# L'autonomie de l'histoire constitutionnelle

MICHEL TROPER

Lorsque nous parlons de la méthodologie de l'histoire constitutionnelle, nous évoquons deux questions. Nous cherchons d'abord à déterminer l'objet dont l'histoire constitutionnelle doit rendre compte. Bien entendu, il s'agit des constitutions, mais on peut entendre par là ou bien des règles relatives à la forme de gouvernement ou seulement des règles formellement constitutionnelles et selon que l'on choisit l'une ou l'autre, l'enquête portera sur des périodes historiques différentes. La période historique étudiée sera évidemment différente, puisque, s'il y a une forme de gouvernement à toutes les époques et dans tous les pays et si l'on peut parfaitement parler en ce sens d'une constitution athénienne, c'est seulement à partir du 16<sup>ème</sup> siècle en Europe que le gouvernement a une forme étatique et à partir du 18<sup>ème</sup> siècle qu'il y a des règles formellement constitutionnelles. D'autre part, pour une même période, on peut se limiter à décrire ces règles ou décrire aussi les concepts et les doctrines employés pour énoncer ou justifier ces règles.

Mais nous devons aussi déterminer la ou les méthodes propres à décrire cet objet. On peut envisager par exemple de décrire une constitution du passé à la lumière des idéologies ou des théories politiques de son temps ou de la comprendre comme le résultat de luttes et de compromis passés entre des forces politiques ou encore de la présenter comme le produit d'une évolution obéissant à des lois spécifiques.

Ces deux questions sont d'ailleurs étroitement mêlées. D'un côté, si nous définissons un objet pour l'histoire constitutionnelle – et cette définition est une stipulation – ce choix déterminera celui de la méthode adéquate. Nous savons bien que l'objet se construit en fonction des objectifs que l'on poursuit. Il y a donc plusieurs objets possibles et plusieurs méthodologies parallèles.

Mais d'un autre côté, la méthode elle-même conduit à construire un objet présentant des propriétés telles que cette méthode puisse s'y appliquer. On sait par exemple que le positivisme juridique, dans

sa version kelsenienne, s'est efforcé de construire l'objet «droit», de telle manière qu'il soit possible d'en rendre compte comme d'un objet certes non empirique, mais présentant néanmoins des propriétés assez voisines de celles d'un objet empirique, pour pouvoir fonder une science du droit sur une épistémologie positiviste dérivée du modèle des sciences physiques, tout. Le droit doit donc être construit comme distinct de la morale, de la nature et de la société, bien qu'il ait des rapports avec elles.

En conséquence de cette imbrication, c'est seulement d'un point de vue analytique que nous distinguerons ici objet et méthode. Dans le peu de temps dont nous disposons aujourd'hui, nous pouvons seulement identifier quelques objets possibles en fonction des divers objectifs, puis privilégier l'un de ces objets susceptible d'être abordé sous l'angle d'une science de l'histoire constitutionnelle construite sur le modèle d'une science causale.

### *1. Les objets*

On distingue dans la tradition allemande deux conceptions de l'histoire constitutionnelle. selon la première, la plus large, il faut entendre par «constitution» l'organisation politique (*Verfassung*), selon la seconde, cette forme spécifique d'organisation que nous connaissons depuis le 18<sup>ème</sup> siècle (*Konstitution*).

Les deux conceptions sont évidemment toutes deux légitimes, mais elles conduisent à analyser deux objets bien différents. Le choix entre les deux dépend évidemment de ce que nous cherchons à connaître

ou à mettre en évidence: la relation entre l'histoire politique et l'histoire des institutions ou l'histoire constitutionnelle parce que nous la supposons autonome par rapport à l'histoire politique générale. Cette autonomie pourrait consister dans le fait que l'écriture d'une constitution n'est pas seulement le produit d'un rapport de forces politiques, mais obéit à une logique spécifique et reflète des modes d'argumentation proches de la pratique des juristes contemporains. De même, l'application de la constitution et l'évolution des structures constitutionnelles dépendraient, en partie au moins, des contraintes spécifiques liées à la forme juridique. On comprend alors que ce qui différencie ces deux conceptions ce n'est pas seulement les matières qu'elles seront respectivement conduites à étudier, mais aussi les périodes historiques considérées. Si en effet, il y a une spécificité de l'histoire constitutionnelle, alors les modes d'argumentation, de légitimation et les modes d'exercice du pouvoir reflètent les modes de raisonnement propres aux juristes et sont liés à l'existence d'un système juridique hiérarchisé, c'est-à-dire qu'ils sont dans les États modernes profondément différents de ce qu'ils étaient avant qu'il y ait des constitutions écrites.

Plusieurs arguments militent en faveur de la seconde option, la constitution au sens moderne, de la part des historiens juristes. Le plus évident est qu'ils disposent des outils intellectuels propres à cette recherche et que ces outils permettent d'apercevoir ce qui échapperait à une histoire plus globale. Mais il faut souligner d'une part qu'une histoire plus globale ne permettrait pas de comprendre ce qui est propre à l'évolution constitutionnelle et que d'autre part, en revanche, une histoire

spécifiquement constitutionnelle permet de contribuer à l'histoire générale.

Prenons quelques exemples simples, bien connus des constitutionnalistes français: l'article 3 de la constitution de 1946 dispose que «la souveraineté nationale appartient au peuple». Il est facile d'expliquer cette formule par les luttes à l'assemblée constituante entre les partisans de la souveraineté nationale et ceux qui entendaient rester fidèles à la souveraineté populaire. L'opposition peut être comprise comme une opposition droite-gauche et la formule retenue comme le résultat d'un compromis.

Pourtant, si l'on ainsi parfaitement expliqué l'origine de l'énoncé – il y a bien eu un compromis – on n'a en aucune façon indiqué sa signification, ni le rôle considérable que pourra jouer la formule sous la 4<sup>ème</sup> République et encore plus sous la constitution de la 5<sup>ème</sup> République, qui la reproduit exactement. Ainsi, le Conseil constitutionnel se fonde sur cet article notamment pour refuser de contrôler les lois adoptées par référendum ou pour exercer un contrôle sur les traités internationaux. Que la formule de 1946 résulte d'un compromis ne permet en rien de comprendre cette jurisprudence.

Celle-ci ne peut s'expliquer non plus par l'histoire constitutionnelle de la Révolution française. L'analyse historique pourrait révéler que l'opposition souveraineté nationale – souveraineté populaire est bien postérieure à la Révolution et la théorie constitutionnelle que cette opposition est dépourvue de toute pertinence. C'est un fait que la doctrine juridique française de la 3<sup>ème</sup> République a construit cette distinction, que les constituants de '46 en étaient pénétrés, mais seule la logique interne et

les contraintes argumentatives sous la 5<sup>ème</sup> République permettent de comprendre l'usage qu'on a fait de l'article 3.

De la même manière, le débat sur le jury constitutionnaire, qui s'est déroulé en l'an III, ne s'explique pas par le rapport des forces politiques et il n'a pas non plus affecté ce rapport de forces. Il est cependant d'une importance capitale pour comprendre les contraintes argumentatives qui conduisent à concevoir un contrôle de constitutionnalité lorsqu'on craint que la constitution ne comporte pas de garanties internes suffisantes et pour expliquer les raisons pour lesquelles le processus qui a finalement conduit à instituer un tel contrôle en France s'est révélé aussi long et difficile.

A l'inverse, c'est le choix d'un objet restreint qui permet d'éclairer les phénomènes politiques généraux par une histoire spécifiquement constitutionnelle, c'est-à-dire une histoire comprise à la lumière de la technique constitutionnelle. Il faut donc se détacher et des facteurs politiques qui ont conduit des constituants à adopter certains énoncés, comme des systèmes intellectuels spécifiques à l'époque où ces énoncés ont été produits et même des thèses en vigueur au moment de l'application.

Ainsi, on ne peut expliquer la naissance du régime parlementaire en France sous les Chartes, par le seul rapport de forces, parce qu'il faudrait encore comprendre comment ces forces ont pu, sans violer la constitution, imposer une pratique que celle-ci ne prévoyait pas. On ne le peut pas non plus par les intentions des rédacteurs, mais par les seules contraintes techniques naissant de la structure constitutionnelle.

L'article 13 de la Charte de 1814 énonçait que «les ministres sont responsables», mais il ne s'agissait pas de responsabilité

politique au sens où on l'entend aujourd'hui et cette formule annonçait seulement les articles 55 et 56: «La Chambre des députés a le droit d'accuser les ministres, et de les traduire devant la Chambre des pairs qui seule a celui de les juger» et 56 «Ils ne peuvent être accusés que pour fait de trahison ou de concussion. Des lois particulières spécifieront cette nature de délits, et en détermineront la poursuite».

En Angleterre, la responsabilité politique était née au 18<sup>ème</sup> siècle de l'emploi de la procédure d'impeachment pour obtenir la démission du ministère. Une évolution semblable aurait pu se produire en France si les lois mentionnées à l'article 56 avaient été adoptées, mais elles ne l'ont jamais été. C'est ce qui explique l'emploi d'une technique de substitution rendue possible celle-là par la Charte, le refus de concours. La Charte dispose en effet à l'article 15 «*La puissance législative s'exerce collectivement par le roi, la Chambre des pairs, et la Chambre des députés des départements*». Cette disposition donnait un droit de veto au roi et avait été adoptée non pas pour instituer un régime parlementaire, mais au contraire pour reproduire un modèle de balance des pouvoirs dérivé de Montesquieu.

Or, la chambre des députés se sert de cette disposition pour menacer le roi d'un «refus de concours», c'est-à-dire d'un refus de voter le budget. Devant la menace, le roi et le ministère cèdent, la responsabilité politique est née.

Mais on ne peut pas comprendre cette naissance ni par une simple analyse du rapport de forces, ni à l'aide des théories qui ont conduit à l'adoption de l'article 15 (la balance des pouvoirs à l'anglaise), mais seulement par l'examen de structure réelle du système constitutionnel.

Dans les deux exemples, celui de l'article 3 des constitutions françaises de 1946 et de 1958 et celui de la naissance du régime parlementaire sous la Charte de 1814, c'est bien l'analyse spécifiquement juridique et non l'analyse politique qui permet de comprendre la structure du système constitutionnel, tandis qu'elle met les historiens du système constitutionnel en mesure de contribuer à la connaissance du système politique.

## 2. La méthode

Pouvons nous recourir aux méthodes employées pour analyser les constitutions contemporaines? Sans doute pas, si ces méthodes sont celles de la dogmatique juridique traditionnelle. Si la dogmatique est la démarche par laquelle on tente de déterminer la norme applicable à telle situation particulière réelle ou hypothétique ou à l'inverse la situation à laquelle pourrait s'appliquer tel ou tel texte, alors elle n'a guère d'intérêt s'agissant de l'histoire. Il est indifférent aujourd'hui de savoir si telle conduite du passé était ou non licite au regard de la constitution ou si tel texte devait, ou aurait dû, être interprété comme il l'a été.

La recherche en effet ne porte pas sur un *Sollen*, mais sur un *Sein*. Une constitution du passé n'est pas un ensemble de règles que nous pouvons regarder comme valides et obligatoires, mais un simple fait: des hommes ont adopté un texte afin d'organiser la vie politique. Nous cherchons à savoir ce qui les a déterminés à accomplir cet acte, ce qu'ils ont cru faire, ce qu'ils ont effectivement réalisé, ce qui s'est produit

par la suite. Or, pour mener à bien cette recherche, nous ne posons pas les mêmes questions et nous ne mettons pas en œuvre les mêmes méthodes que celles qu'employaient les contemporains. Pour reprendre l'exemple de la monarchie parlementaire en France, les juristes se demandaient s'il était licite pour la chambre de menacer de refuser le vote du budget dans le but d'obtenir la démission du ministère. Cette question est pour nous indifférente. Nous constatons l'existence de cette pratique, nous voulons comprendre pourquoi on a été contraint d'y recourir, à quelles conditions elle pouvait produire les effets recherchés et les conséquences qu'elle a effectivement entraînées.

Il en résulte un certain nombre de conséquences tant pour ce qui concerne la détermination des concepts à employer que pour le type de relations à décrire.

## 2.1. Les concepts

Le positivisme juridique se fonde sur une distinction radicale entre la science du droit et son objet. C'est même un élément essentiel de cette épistémologie. Si le droit est constitué de normes, qui sont des prescriptions et ne peuvent être ni vraies ni fausses, la science du droit est formée de propositions de droit, qui se bornent à décrire des normes et sont donc susceptibles d'être vraies ou fausses.

Cette distinction implique également que la science du droit n'opère pas nécessairement à l'aide des mêmes concepts que le droit lui-même. Ainsi, elle peut décrire le droit civil à l'aide d'un concept d'autonomie de la volonté, qui ne se trouve pas dans le langage du code civil ou les constitutions



*"Un officier de la Garde nationale prête le serment civique devant l'autel de la Constitution et de Droits de l'homme", stampa coeva*

au moyen d'un concept d'organe, absent de la plupart des textes constitutionnels. «autonomie de la volonté» et «organe» sont des méta-concepts de la science du droit. Concepts et méta-concepts ne sont pas construits de la même manière, ne remplissent pas les mêmes fonctions et ont un rapport totalement différent aux faits.

S'agissant de l'histoire constitutionnelle, c'est-à-dire d'une analyse d'une constitution du passé, on peut imaginer d'employer pour l'analyse des constitutions du passé soit les concepts de l'époque étudiée, soit les concepts de la théorie du droit contemporaine.

Les concepts du passé sont sans doute des objets de connaissance. Ils ne peuvent en être les instruments. En effet, si la connaissance dépend de la comparaison ou de l'affectation d'un phénomène à des types, la manière dont les hommes peuvent percevoir le système dans lequel ils vivent ou les énoncés qu'ils produisent nous permet seulement de reproduire cette perception, non de décrire le phénomène lui-même. Prenons le cas du droit de veto suspensif, accordé au roi par la constitution de 1791. Nous ne pouvons pas savoir avec certitude comment les membres de l'assemblée constituante qui se sont prononcés pour l'attribution de ce veto suspensif l'analysaient. S'agissait-il à leurs yeux d'un pouvoir réel ou d'un pouvoir illusoire? L'étude des discours n'est guère éclairante, parce que seul un petit nombre de ceux qui ont voté ont expliqué leur vote et que nous ne savons pas s'ils étaient sincères. Mais, à supposer même que nous sachions qu'ils entendaient seulement donner au roi un semblant de pouvoir, cette connaissance ne nous aiderait en rien à déterminer la nature réelle du veto suspensif. Il est très possible en effet qu'ils aient cru faire une chose et qu'ils en aient fait une autre et que, de même que Christophe Colomb, croyant arriver en Inde, était réellement parvenu en Amérique, en croyant donner au roi un hochet, les constitutants lui avaient malgré tout donné un pouvoir bien réel. Si nous voulons savoir ce qu'ils ont réellement produit, il nous faut donc employer un autre concept, c'est-à-dire un métaconcept de la théorie du droit. Dans le cas du veto, il s'agira du concept d'acte juridique.

Les métaconcepts sont produits par la théorie du droit pour servir à l'analyse du droit positif. Dans certains cas, les termes

par lesquels on les désigne sont différents de ceux qui appartiennent au langage du droit positif lui-même, de sorte qu'on peut rendre compte de celui-ci ou bien en employant exclusivement ses propres concepts ou bien en s'abstenant complètement de les employer. C'est ainsi qu'on pourrait décrire tout le droit positif actuel sans employer le concept de «personne» (qui fait partie du droit positif) et à l'inverse décrire un droit positif qui n'emploierait pas lui-même ces termes à l'aide des concepts de personne ou de «droit subjectif». Un autre exemple déjà cité est celui «d'autonomie de la volonté», un autre encore celui d'«organe». Peu de constitutions en effet emploient le terme ou le concept d'organe, mais un concept d'organe créé par la théorie du droit permet de décrire facilement toutes les constitutions du monde.

La pertinence de ses concepts, créés d'un point de vue purement externe, est tout à fait indépendante de l'Histoire, en ce sens qu'elle ne dépend ni du moment où ils ont été créés, ni des idées et des croyances des acteurs du système juridique qu'ils permettent de décrire. On ne saurait nier qu'ils ont été créés par des hommes qui n'étaient pas hors de l'histoire et on pourrait même tenter de donner une explication historique de leur formation, comme on pourrait le faire d'ailleurs pour ceux de la chimie, mais cette explication historique est sans incidence sur la question de la pertinence des concepts, qui dépend seulement de leur valeur opératoire. Or, celle-ci ne peut être obtenue qu'en détachant le concept du système historique concret dans lequel opérait l'institution correspondante.

Marc Bloch nous en donne une excellente illustration. Dans un chapitre final de «La Société féodale», intitulé «la féoda-

lité comme type social», il oppose Montesquieu et Voltaire. Le premier soutenait que la féodalité était «un phénomène unique en son genre, un événement jamais arrivé dans l'histoire du monde et qui n'arrivera peut-être jamais» et Voltaire répondait: «la féodalité n'est point un événement; c'est une forme très ancienne, qui subsiste dans les trois quarts de notre hémisphère». Marc Bloch explique qu'on ne peut trancher qu'en dégageant les traits fondamentaux, «les caractères de ce cas type». Une fois ce travail accompli, il peut écarter certains cas abusifs et constater que, en dehors de l'Europe médiévale, ces caractères ne se rencontrent qu'au Japon.

Le concept de féodalité permet de décrire les réalités les plus diverses quels que soient les concepts employés par les acteurs. Mais les hommes du Moyen-Age n'employaient pas plus le concept de féodalité que les constituants de '91 le concept «d'organe». L'«organe» ou le «type social» de Marc Bloch sont à cet égard semblables aux concepts d'une science portant sur un objet qui ne parle pas.

Le théoricien (ou le comparatiste) doit créer un métaconcept capable de décrire des concepts. Le concept de personne ou de constitution employé par la théorie du droit doit permettre de rendre compte de systèmes dans lesquels il existe non seulement l'institution de la personne ou de la constitution, mais le concept de personne ou de constitution, même s'ils ne sont pas désignés par les mêmes termes.

On ne doit pas confondre cette méthode avec l'anachronisme, qui consisterait à décrire une situation historique à l'aide de concepts liés à une autre, ainsi à parler d'État à propos de la cité athénienne ou, de serfs pour désigner les paysans de la Russie tsariste.

Est anachronique, elle aussi, la démarche de Carré de Malberg qui s'efforce de démontrer non pas que les constituants de '91 ont créé des organes sans employer ce concept lorsqu'ils ont institué un corps législatif, un roi, (ce qui serait parfait), mais qu'ils ont découvert et employé le concept d'organe en l'appelant «représentant», ce qui est faux. Le concept d'organe de Carré de Malberg appartient bien au métalangage de la théorie du droit et il est donc permis de l'employer pour analyser l'œuvre des constituants, aussi bien que pour le droit public allemand du 19<sup>ème</sup> siècle pour lequel le concept a été inventé. Mais Carré de Malberg soutient soit qu'il s'agissait également d'un concept proprement juridique et que ce concept est identique au concept du droit allemand du 19<sup>ème</sup> siècle, soit qu'il s'agissait d'un méta concept. La première hypothèse doit être écartée car il aurait fallu que toutes les normes applicables lorsqu'on est en présence d'un organe dans le droit allemand du 19<sup>ème</sup> aient été également applicables à toutes les autorités appelées représentant et à elles seulement. La seconde hypothèse correspond probablement mieux à l'intention de Carré de Malberg, qui entend que la Révolution française soit au droit public ce que le droit romain avait été au droit privé aux yeux de la doctrine allemande du 19<sup>ème</sup> siècle. De même que le droit romain avait découvert les principes du droit privé, la Révolution française aurait énoncé les principes universels du droit public. C'est pourquoi les principes «dégagés» par la Révolution devaient être constitutifs d'une «Théorie générale de l'État». Pourtant, une telle conception n'est acceptable que si l'on presuppose une réalité des concepts.

Aussi, pour l'analyse d'un système juridique passé, seuls peuvent être employés

les métaconcepts de la théorie du droit. On aurait évidemment tort de considérer que puisque ces métaconcepts sont postérieurs on commet aussi un anachronisme. De même que pour analyser la société féodale telle qu'elle existait dans l'Europe médiévale, on doit disposer d'un concept de société féodale, différent des concepts en usage à ce moment, on doit pour étudier les constitutions de l'époque révolutionnaire disposer d'un concept d'organe, qui n'existaient pas à cette époque et qui était donc différent aussi bien des images mentales des acteurs de l'époque que du concept de représentant, qui avait bien été inscrit dans le droit positif.

En revanche, si les concepts du passé ne sont pas des instruments adéquats pour connaître le passé lui-même, ils peuvent être des objets de connaissance. Nous voulons en effet savoir non seulement ce que les constituants ont réellement fait, mais aussi ce qu'ils ont cru faire et pourquoi ils l'ont cru.

Si le concept de veto de Sieyès ne nous permet pas de comprendre la nature du pouvoir de Louis XVI, il se peut néanmoins que ce qui a été effectivement réalisé soit la résultante de plusieurs facteurs, au nombre desquels figure la conception de Sieyès et de quelques autres. Le terme de «résultante» désigne ici plusieurs phénomènes différents. On peut d'abord concevoir que la conception de Sieyès ait exercé une influence sur les autres membres de l'Assemblée et que ceux-ci l'aient purement et simplement adoptée. On peut aussi penser que plusieurs groupes ayant des conceptions différentes ont réalisé un compromis, qui s'est traduit par quelques dispositions de la constitution. De telles analyses n'ont rien de spécifiquement juridiques. Elles

font appel à des facteurs externes au droit: la rhétorique de Sieyès ou le rapport des forces politiques au sein de l'assemblée.

Mais on peut aussi rechercher des facteurs purement internes et faire appel à une causalité spécifiquement juridique.

## *2.2. Le recours à l'analyse causale*

Selon la plupart des théories du droit, la science du droit n'est pas et ne peut pas être une science causale. Il s'agit même d'une idée dominante dans la Théorie pure du droit de Hans Kelsen. L'argument principal est que les normes appartiennent à la sphère du devoir-être et que seuls des faits peuvent être dans des relations causales. Sans doute reconnaît-il que les acteurs ou les sujets du droit sont soumis à des causes, mais ces causes sont d'ordre sociologique ou psychologique, jamais juridique. Le législateur qui décide d'adopter telle disposition plutôt que telle autre est soumis à des causes politiques, mais la constitution, qui l'a habilité, n'est pas la cause de son comportement et juridiquement il est parfaitement libre de donner aux lois n'importe quel contenu.

Pourtant, on a dans certains cas le sentiment que les choix que fait un législateur ou une cour suprême parmi tous les comportements permis n'obéit pas seulement à des contraintes externes, mais aussi à des contraintes internes au système juridique. On peut percevoir l'existence de ces contraintes à travers une métaphore tirée du jeu des échecs. Dans une certaine situation du jeu, un joueur a le droit de choisir entre plusieurs coups, tous permis. Il sait toutefois que tous ces coups sauf un le condui-

raient à une défaite certaine. Il n'a aucune obligation de jouer le coup qui va le sauver car s'il en joue un autre, il ne viole aucune règle. Cependant, s'il joue le seul coup qui le protège de la défaite, il affirmera – et les observateurs compétents également – qu'il y a été contraint, qu'il ne pouvait faire autrement. La contrainte ne vient pas de l'extérieur du jeu: la condition psychologique du joueur, sa religion, son idéologie sont ici indifférentes. Tout joueur expérimenté aurait probablement joué ce même coup. La contrainte ne peut donc provenir que de la situation du jeu à cet instant précis, une situation qui elle-même résulte de tous les coups joués jusque là conformément aux règles et qui consiste dans la totalité des coups permis à l'adversaire et dans la probabilité de ses réactions à l'un ou l'autre des mouvements du premier joueur. Dans ce cas, il est possible d'affirmer que la contrainte vient du système des échecs et de la situation de l'échiquier.

Il s'agit bien entendu d'une causalité faible, car on ne peut évidemment pas affirmer avec certitude que telle situation conduira nécessairement à jouer tel coup. Dans la réalité, les joueurs sont plus ou moins compétents, ils peuvent poursuivre un autre but que la victoire. Mais il suffit de considérer qu'un joueur rationnel jouera tel coup pour nous permettre d'affirmer que la cause de son comportement se trouve dans la situation du jeu.

Il arrive que constituants et législateurs soient conscients de l'existence de telles relations causales et cherchent à susciter des comportements non pas par la voie du commandement, mais par la création de situations dans lesquelles les acteurs seraient contraints de les adopter. Ainsi les constituants américains entendaient

produire une constitution, qui fonctionnerait comme une machine – «*a machine that would go of itself*», disait l'un d'eux –, c'est-à-dire qui s'imposerait non pas parce que les autorités seraient soumises à des obligations et s'exposeraient à des sanctions au cas où elles s'écarteraient des comportements prescrits ou permis, mais parce qu'elles ne pourraient faire autrement.

Il arrive aussi que les autorités soient elles-mêmes soumises à de telles contraintes, soit parce qu'elles se trouvent dans des situations où il leur faut tenir compte des réactions possibles. C'est ainsi que l'histoire constitutionnelle classique explique la naissance de la responsabilité politique du cabinet en Angleterre: le cabinet, qui n'avait aucune obligation de démissionner après un vote hostile des communes, préférerait le faire plutôt que de risquer un impeachment.

De même, une autorité peut être contrainte de recourir à un certain type d'arguments et ainsi de créer une nouvelle classe de normes ou de modifier la structure du système juridique. Ainsi, une cour qui cherche à exercer un contrôle de la constitutionnalité des lois alors que la constitution ne lui donne pas ce pouvoir ne peut y parvenir qu'en affirmant que la constitution – ou un principe quelconque – possède une autorité supérieure à celle des lois et que cette suprématie implique le pouvoir d'invalider les lois contraires. Tel était le raisonnement des Parlements de l'ancien régime, celui de la cour suprême des États-Unis, celui du Conseil constitutionnel français en 1791 pour le préambule de la constitution de 1958 ou encore celui de la cour suprême d'Israël, bien qu'il n'y ait pas dans ce pays de constitution écrite. Si l'on définit la norme juridique comme

celle dont la violation peut être sanctionnée, c'est le juge qui fait de la constitution une norme. Dans tous ces cas, *avant la décision*, la constitution n'était nullement supérieure aux lois, mais elle l'est devenue *par l'effet* de la décision. Dans le cas de la décision du Conseil constitutionnel de 1971, c'est lui qui a fait du préambule de la constitution, une norme juridique, alors qu'il n'avait jusque là que le caractère d'un texte philosophico-politique. Bien entendu, une cour n'est nullement contrainte de revendiquer le pouvoir de contrôler la constitutionnalité des lois, mais si elle entend le faire, elle est contrainte de recourir au seul moyen disponible: proclamer qu'il existe une norme supérieure dont la cour a le devoir d'imposer le respect (les lois fondamentales du royaume, le texte constitutionnel, le préambule...). On voit par là que la structure des systèmes juridiques modernes, c'est-à-dire la hiérarchie des normes, n'est pas autre chose que le produit d'une contrainte argumentative.

Mais il se peut aussi qu'une contrainte argumentative conduit à créer ou à transformer un concept. On peut prendre l'exemple de «citoyen» au moment de la Convention thermidorienne. Aujourd'hui, le mot a deux sens. Il désigne d'une part celui qui possède des droits politiques et notamment le droit de vote, d'autre part celui qui possède un certain nombre de droits civils qui résultent d'un lien avec l'État. Dans ce deuxième sens, il s'oppose à "étranger" et est synonyme de national ou de sujet de l'État. Les citoyens ou nationaux ont aujourd'hui le plus souvent des droits différents des étrangers. Ces deux sens sont souvent liés, c'est-à-dire que les mêmes individus peuvent être désignés indifféremment comme citoyens ou nationaux.

Le plus souvent, les deux sens sont liés et tous ceux qui sont nationaux possèdent des droits politiques, bien qu'ils n'en aient pas toujours l'exercice, comme c'est le cas par exemple pour les enfants. Lorsqu'ils sont liés, il n'est évidemment nul besoin d'un concept de «national». Au début de la Révolution, tous ceux qui vivaient en France, étaient des «citoyens» et possédaient donc des droits civils et des droits politiques, mais comme on ne souhaitait pas donner à tous le droit de vote, on introduisit une distinction entre citoyens «actifs» et «passifs». Seuls les premiers, c'est-à-dire les hommes âgés de 25 ans et qui étaient contribuables, pouvaient voter. Les femmes, les enfants et les pauvres n'étaient que «passifs». La constitution de 1793 introduisit le suffrage universel masculin et supprima la condition de contribution. Les seuls à être écartés du suffrage étaient ceux qui étaient considérés dans l'incapacité «naturelle» de voter, comme les femmes et les enfants. Mais comme ils étaient citoyens, il fallut distinguer entre les droits politiques, que tous possédaient et l'exercice de ces droits, réservé aux hommes de 21 ans, ainsi qu'à certains étrangers.

Cependant, après la chute de Robespierre, la Convention entreprit de rédiger une nouvelle constitution, moins démocratique et de revenir à la condition de contribution. Il était néanmoins politiquement difficile d'abandonner la fiction du suffrage universel et de reprendre la distinction «actifs» / «passifs». La seule solution fut de déclarer que tous les citoyens auraient le droit de vote, mais que seuls seraient citoyens les hommes âgés de 21 ans et payant une contribution. Dès lors que tous ces citoyens pouvaient voter, on n'avait pas, au moins formellement, renoncé au suffrage univer-

sel. Mais cette solution entraînait un nouveau problème: comment appeler tous ceux qui n'étaient pas citoyens, les femmes, les enfants et les pauvres? A ce nouveau problème, les conventionnels apportèrent la seule solution possible: tous ceux là étaient citoyens aussi, mais dans un autre sens du mot. Ils avaient les droits civils sans avoir les droits politiques. C'étaient des nationaux. Le nouveau concept était donc bien né d'une contrainte argumentative.

\* \* \*

Quelle est alors la place de l'histoire constitutionnelle relativement à l'histoire politique et à la science du droit? Sans doute, elle n'est pas et ne peut être coupée de l'histoire politique, mais on ne peut pas non plus la réduire à n'être qu'une partie de l'histoire politique, parce qu'on ne peut expliquer les constitutions par le seul jeu des forces politiques et qu'il faut les analyser les constitutions à l'aide de concepts juridiques et en mettant en évidence des contraintes spécifiques. D'un autre côté, elle emprunte ses concepts à la science du droit, mais elle ne peut non plus être réduite à une simple application au passé de la dogmatique juridique, parce qu'elle ne peut raisonner pour le passé en termes de validité. L'histoire constitutionnelle doit donc être conçue comme une discipline autonome et c'est seulement à cette condition, qu'elle peut être en mesure de contribuer à l'histoire politique et à la science du droit.



# Concepts, models and traditions of a comparative European constitutional history

MICHAEL STOLLEIS\*

## *1. History of Law and Constitutional History – seen from the perspective of the History of Science*

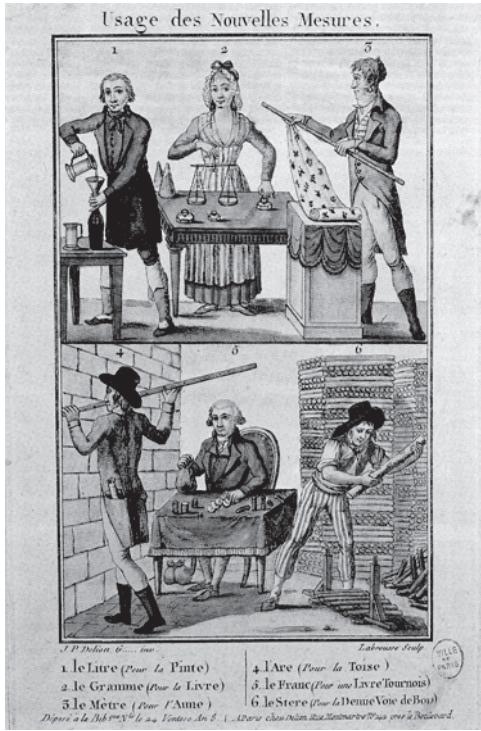
The historical subjects that now are known as "Rechts- und Verfassungsgeschichte" originated in the course of the differentiation of jurisprudence and the historiography during the 16<sup>th</sup> and 17<sup>th</sup> century. This historical process is embedded in the development of the sciences beginning at mediaeval universities, ending with the reform of universities in 1800. The History of law and the constitutional history have not always been there. They are products of the contemporary comprehension of one's own history, of the culture of law being contained in it; thereby they both are historical phenomena.

Only from a historical viewpoint it is possible to explain that these subjects are taught since the 18th century in Germany and especially nowadays at law schools. It is not coercive – neither from the side of

the jurisprudence nor from the side of the historiography.

Even more important is: There is no specific history of law and constitutional history – not even in the sense of a consensus of methodological convictions. Other coherences concerning the culture of law lead on to another comprehension of law and its history.

The history of science within the history of law should therefore neither be a story of melancholic deterioration nor a story of ingenuous progress. It should be able to explain how changing contexts concerning the culture of law lead up to different conceptions of history and the history of law. It should also be able to explain how arguments from the side of the history of law were applied for the justification of actual decisions and how the formation of an academic discipline can change since its questions become a process with its own dynamics and through exterior factors like political hopes, seductions and restraints.



"Usage des Nouvelles Mesure", stampa edita per illustrare al popolo le corrispondenze tra le vecchie e le nuove misure introdotte per legge il 18 germinale anno III, autore Labrousse, custodita presso il museo Carnavalet

The history of science gives us the chance to discuss elder and contemporary premises and jaundices – including one's own – on a meta level. According to the working hypothesis it is assumed that scientific recognitional goals and the forming of theories depend on general communication about what is important to know, what seems to be important to be researched and in which institutional framework it should be conveyed to the next generation. With good reason Karl Kroeschell said: «Rechts-geschichte ist als ein Sich-Verhalten zur Vergangenheit Symptom eines ganz bestimmten Verständnisses vom Recht der Gegenwart» (Kroeschell 1992, p. 10).

The discipline "constitutional history" requires that "constitution" is identified as a historical phenomenon. Not before the process of constitutionalisation – in which we take active part – is considered a historical process, the distance needed to describe this historical element can be gained. That was the case during the mid-19<sup>th</sup>-century in Germany. Over fifty years the constitution was being discussed, from the American to the French constitutions (1791–1814), from the South-German constitutions after 1818, the constitution after 1830 in Belgium, Sachsen, Kurhessen and Hannover to the national constitution 1848/49. The last one – and also its failure – was a very disturbing political incident for all Germans. From now on "Verfassungsgeschichte" was formed.

In Germany, one spoke of "Reichsgeschichte", or "Reich History" in the 18<sup>th</sup> century and then, in the early 19<sup>th</sup> century, of "Staatsgeschichte" or "State History". The term "Verfassungsgeschichte" or "Constitutional History" has only been known since the mid-19<sup>th</sup> century (Georg Waitz). Even then, it did not feature in the training of lawyers. It was not until the university curriculum introduced by the National Socialists in 1935 that lectures on "Verfassungsgeschichte der Neuzeit" or "Modern Constitutional History" became obligatory, parallel to "Privatrechtsgeschichte der Neuzeit" or "History of Modern Civil Law"<sup>1</sup>.

After 1945 this new subject, having proved its value, was retained. Nowadays there are a number of text books on constitutional history in Germany, which I would like to look at briefly as they tell us something about the present state of the subject.

The older books on constitutional history (Carl Bornhak, Fritz Hartung, Ernst Forsthoff) are little used nowadays, despite having been well written. Fritz Hartung wrote an account of constitutional history in the Thirties as a historian, student of Otto Hintze and, in turn, teacher of Gerhard Oestreich. His interpretation of the concept of constitutional history was a broad one – he included administrative history in the term, and understood it on a “national” basis (Grothe 2005). The same applies, with a few modifications, to Ernst Forsthoff, whose short textbook written during the war was republished several times during the post-war period.

After the Second World War ended, Ernst Rudolf Huber wrote his monumental “German Constitutional History since 1789”, which ran to seven volumes each some 1,000 pages in length (Huber 1957–1982). The circumstances of its writing were rather special. As a former collaborator to the national socialist system, Huber was *persona non grata* for many years in the Federal Republic and he concentrated on writing this work over a period of four decades<sup>2</sup>. He took a comprehensive view of the concept of “constitution” as referring to the political (social, economic and cultural) “state” of Germany. The sheer wealth of material contained in the book is impressive, and his account provides an indispensable resource for all subsequent researchers. His interpretation is a conservative, harmonising one that contains overtones of Hegel’s philosophy of history, and he takes a much more positive view of the constitutional monarchy of the 19th century than we generally do nowadays (Walkenhaus 1997).

There is no need to look in detail at the many introductory courses written for teaching purposes (Boeckenfoerde 1981; Boldt 1993; Botzenhart 1993; Brandt 1998; Fenske 1991; Frotscher, Pieroth 2005; Grimm 1988; Jeserich, Pohl, von Unruh 1983; Kimminich 1987; Kröger 1988; Menger, 1993; Scheyhing, 1968).

In some cases they are not really original and in some they are incomplete. None of them takes a comparative, European approach. Only Dieter Grimm includes American and French developments in such a way that their outcome can be transferred to Germany, but unfortunately his short book stops in 1866 (Grimm 1988). At present, the best account of German constitutional history is by Dietmar Willoweit (Willoweit 2009). This was written by a legal historian who is familiar with the medieval period from his own research, particularly strong on the early modern period but has also produced his own studies right down to the legal history of the Federal Republic. He has written a highly condensed account that displays a familiarity with the literature and is free of any narrow nationalism. In other words: we have in Germany today sufficient textbooks on constitutional history, including the particularly good account by Willoweit – but there is, for example, no comparative historical introduction to western constitutional law of the sort produced by R.C. van Caenegem (Gent) (van Caenegem 1995). However, I will close this initial overview of the literature by mentioning two interesting recent publications by historians. The Freiburg historian Wolfgang Reinhard has written a Comparative Constitutional History of Europe from Early Times to the Present Day (Reinhard 1999; Stolleis 2000). The book

has received brilliant reviews, and the author was – in my opinion deservedly – awarded the German Historians' Prize. Reinhard describes the development of "states" in Europe as a gradual change in the structures of governance since the Middle Ages. His account encompasses a broad panorama: Germany, Italy, France, Portugal, Spain, England, Denmark, Sweden, Bohemia, Poland and Hungary. And he actually compares structures, rather than merely juxtaposing them. His book finishes in the present, where he discusses the highly topical issue of whether the transition into the European Union signals the beginning of the end for the European states. One criticism made of the book is that it approaches the subject too much from the point of view of the state, takes too little account of the co-operative movement and neglects the significance of the cities and grass roots movements such as the peasants. That is undoubtedly the case, but his intention was never to write a "total" history but rather one of "state power". Virtually parallel to Reinhard's book, another Freiburg historian, Hans Fenske, also published a work entitled "The Modern Constitutional State. A Comparative History from its Origins to the 20<sup>th</sup> Century" (Fenske 2001). This is, in my opinion, a less successful book, because it not only takes an "unhistorical" approach – the modern constitutional state is the "telos" of history – but also is a largely descriptive account that does not achieve the depth of reflection of Wolfgang Reinhard's work.

Legal historians in law faculties have not, as yet, produced any comparative constitutional history, and I cannot at present identify anyone who would be able (or willing) to do so<sup>3</sup>. But of course we do

have the freedom to consider how such an account written from a German perspective and against the background of German traditions might look. Before I do so, I would like to describe the present situation as I see it.

## *2. New projects and perspectives*

The conditions for producing such an account have improved considerably over the last 30 years. Only a few years ago, the sort of large-scale analyses of forms of government and administration attempted by Max Weber and, above all, Otto Hintze<sup>4</sup> had not really been continued post 1945. But if one now looks back at the last thirty years, one can see that considerable progress has been made throughout Europe.

Institutional comparative research can now build on a solid base of results. I am thinking here of the many studies of parliaments and courts of justice (Parlement de Paris, Groote Raat van Mechelen, Reichskammergericht, Högsta Domstolen in Sweden), studies of *conseils d'Etat*, electoral law, local authority self-government and many other aspects of administration<sup>5</sup>. A historical approach that is more strongly oriented towards social history than in the past has also produced many comparative studies of local office-bearers, especially in the historical "School of Bielefeld" (Hans-Ulrich Wehler, Jürgen Kocka)<sup>6</sup>.

Since 1992 we have gathered and published large quantities of material about "politia" (*polizia, policey*) at the Frankfurt Max-Planck-Institute for European legal history. We have been able to cover and

compare many thousands of legislative acts from Germany, Austria, Sweden, Denmark and Switzerland<sup>7</sup>. There has also been revival in Europe of comparative histories of political ideas and theories of state. I am thinking, for example, of the work of Quentin Skinner in Cambridge, Michel Senellart in Lyon, Enzo A. Baldini in Turin and Gianfranco Borrelli in Naples; people that intensively dedicated themselves to the thoughts of Machiavelli and his reception during the European machiavellianism.

History of ideas and intellectual history are well established<sup>8</sup>. In Germany, an association for the "History of Political Thought" has been set up<sup>9</sup>. There is intense interest in studies of mentalities, collective attitudes, the history of symbols and symbolic actions, rituals and ceremonies (Miloš Vec, Barbara Stollberg-Rilinger).

Finally, there is a growing number of general accounts and monographs on the history of administration. In Germany a massive five-volume work entitled *Deutsche Verwaltungsgeschichte* ("German Administrative History") appeared between 1983 and 1988, and Finland (thanks to the activities of Heikki Ylikangas) and Denmark (thanks to Ditlev Tamm in Copenhagen) now also have complete administrative histories. In Italy there even is a Fondazione italiana per la storia amministrativa (FISA) and, in Milan, an "Istituto per la scienza dell'amministrazione pubblica".

In Florence, Maurizio Fioravanti published a major work on *La scienza del diritto pubblico* in 2001. Bernardo Sordi has written three books on the history of administration (*Tra Weimar e Vienna. Amministrazione pubblica e teoria giuridica nel primo dopo-guerra, 1987; Giustizia e amministrazione nell'Italia liberata, 1985;*

*L'amministrazione Illuminata, 1991*). Giulio Cianferotti published the first volume of his *Storia della letteratura amministrativistica italiana* in 1998. In Poland, Jerzy and Dorota Malec (Krakow) have published several books on Polish administrative history. In Germany, above all, Erk Volkmar Heyen (Greifswald University), together with Guido Melis, Jean-Louis Mestre and others, has been publishing a *Yearbook of European Administrative History* for the last decade. For Spain and South America there is, for example, Bartolomé Clavero's book *Happy Constitution, Cultura y lengua constitutionales*, 1997. Therefore one can justifiably say that there is now a wealth of material and insights into the subject. Of course they are not all in one place, easily accessible to all-corners. In many cases, people do not have the language skills required to make use of them. And there is no European forum or journal providing for an exchange of information and ideas. Many researchers are not even aware of each other's existence. That is why it would seem to me to be the right moment to give some consideration to the possibility of setting up comparative projects at European level.

### 3. Comparative Constitutional History

What form could comparative constitutional history assume? What methodological guidelines could there be for such a discipline? We know from the history of humanities that specialist areas such as political history, economic history, social history, the history of ideas, mentalities and culture, or – more specifically – "Roman legal history", "national legal history",

"history of civil law", "history of public law" and, indeed, "constitutional history" are not phenomena that one finds in "nature", but rather products of university teaching. In most cases they are not more than a hundred or a hundred and fifty years old. They are lecture modules and therefore represent the ring-fenced territories of individual professors, each with his own particular gold-mine that he wishes to retain for himself.

That is why the first hope attached to any comparative constitutional history of Europe would be that these artificial claims could be swept aside and an attempt made to produce a "histoire totale". Individual historians could then more freely decide whether they wish to describe particular phenomena in terms of political, economic, intellectual and cultural causes – whether, in order to understand them better, they wish to regard the individual "spheres" separately from one another as "systems" and let them interact, whether they prefer the presentation of columns of figures or "thick description" – and whether they wish to focus on persons or on structures.

Of course a "histoire totale" is not possible for practical reasons. History cannot be presented on a 1:1 scale. Both the author and the reader have to be selective. At the beginning or end of a book "hypotheses" and "theses" have to be set up that condense the endless variety of life into a certain perspective in order to make the imaginary "whole" comprehensible. That is why narrative structures (and structures to reduce diversity) have to be found. There is also a need for temporal and geographical limits to be set. To do so, I shall use the device of five theses:

1. A comparative European constitutional history should not take the form of a massive work created jointly by a large number of authors. Publishing houses like such large-scale undertakings, provided enough subscribers can be found for them, but they merely lead to a cacophony of voices, a piling up of material and resounding but empty editorial introductions. And in the final analysis nobody is interested in reading the twenty illustrated volumes that are the end result. What I have in mind would either be the work of a single author or a joint production by a small number of authors who view themselves as a group, meeting and openly criticising each other's texts. Working with such a group would make it possible for the work to adhere to an overall thesis.

2. The imposition of temporal limits is difficult. The French tend towards choosing the year 1789 as marking a clear caesura in national terms – and from their own perspective they are not so far wrong in doing so. But other European nations find it less easy to accept this date as a crucial turning-point in history. Of course, one has to say that constitutions in the modern sense have only existed since the last third of the 18th century. If one understands constitutional history in this classic sense, then the main focus is on the nineteenth century, with the pre-history running from the *Magna Charta* via the Bill of Rights to the Constitution of Virginia. Similarly there is a Spanish and Portuguese colonial history and a founding epoch in South America in the 19th century. In Scandinavia, the monarchy between the 16th and 18th centuries will be seen as the run-up to the constitutional period of the nineteenth century. And in Germany, the history of the Holy Roman Empire from the

16th century to its end in 1806 represents the (very important) precursor of its own constitutional epoch.

Another argument in favour of regarding 1776 or 1789 as the turning point is the fact that these decades were indeed regarded by contemporaries as representing a break with the past. They marked the end of the feudal period that dated from medieval times, the creation of the "nation" out of the third estate and the step-by-step removal of inherited inequalities. They marked the beginning of bourgeois society and its associated rights and the onset of the industrial revolution and the "social question". Democracy and the rule of law, parliamentarianism and human rights – all are, as it were, derived from the new start that took place in 1789.

Nevertheless I have been arguing for years that one should not be over-hasty in selecting 1789 as the turning point. From the German point of view, the continuities are stronger. Germany did not experience a revolution along the French lines. The structures of public governance either evolved after 1806 or were changed by "reform from above". Typical for this period is the parallel coexistence of the structures of the Ancien Régime, artificial recreations of the Middle Ages and completely new elements. This also applies to many other European nations that did not go through any "quatorze Juillet".

3. It would therefore perhaps be better not merely to provide a chronological account of parallel national constitutional histories linked by a few threads, but rather to focus on a number of core questions and deal with these on the basis of a variety of different source materials.

Such core questions could be as follows:

How did the modern state evolve from the feudal system that was common to the whole of Europe? How did this "modern state" prevail in Europe over the aristocracy, the church and the cities? What role was played by the *leges fundamentales* found throughout Europe in limiting the power of the state? Did they play the same role in the early modern period that later was played by constitutions? What political and economic conditions led, in the late 18<sup>th</sup> century, to the downfall of the *ancien régime*? Was France a spectacular special case? What elements do European constitutions prior to 1830 have in common? What role was played by the industrial revolution and the "social question" around 1848 in Europe? What was the relationship between the constitutional movement and nationalism in Europe? Was the constitutional monarchy in Europe a model that might have had a future or was it only a historical "stepping stone" in the development towards an egalitarian democracy in the industrial age?

4. Any constitutional history based solely on the development and the text of the constitutions would be incomplete with regard to one crucial aspect. If it is true that "administration is the concretisation of the constitution", then every constitutional history would also need to include a history of administration as well. If one looks, for example, at early 19th century constitutions, one often finds that realisation of the postulates laid down in the constitution was dealt with directly in the form of so-called "organic edicts" that took the form of simple laws. If these edicts and their practical implementation are ignored, then one would only be left with the empty text of the constitution and would not be in a position to say what had developed out of it.

There is no doubt that the difficulties in realising this postulate begin to pile up; it will not be possible (if only because of a lack of any groundwork) to describe the political development of the constitution parallel to providing an account of the administration for all countries and simultaneously make a comparison with other countries. But at least an attempt should be made to do so.

5. A particular problem is that of imposing geographical limits on such an undertaking. What is Europe and how far does it stretch? There have been many publications on the issue (J. Kocka 2005). For some, Europe is a fantasy, an antique fable, a figment of the imagination that has been attached to this unusual geographical construction on the western edge of the continent of Asia ever since classical antiquity. Anyone who thinks along these lines stresses the fact that "Europe" is a projection, an attitude of mind. For the "realists", Europe is the reality of the present European Union (including the accession states) in Brussels, Strasbourg and Luxembourg, and the reality of its institutions and policies. These realists, too, are, of course, aware that this European Union has a long and varied history that incorporates periods of both war and peace. If one looks more closely at the differences, one realises that the gap between the fictionalists and realists is very small indeed.

Both camps agree that Europe has relatively clear borders to the South and North. In the South these are marked by the Mediterranean. Egypt, Libya, Tunis, Algeria and Morocco may not be in Africa, but they are not part of Europe either. To the North, the limits are marked by the Arctic Circle. But things become rather more difficult when it comes to defining the western

and eastern limits of Europe. In the West, the question is whether one includes South and North America. Both continents were colonised by the Europeans and subsequently, in the 18<sup>th</sup> and 19<sup>th</sup> centuries, gained independence. For the Spanish and Portuguese, therefore, the question arises just as it does for the north-western Europeans as to whether this "New World", which is European in genetic terms, should not be included in any comparative study. There are cogent arguments both for and against.

Demarcation to the East and South-East is even more difficult. Drawing the line from Warsaw to Minsk, from there to Moscow, and then to Vladivostok or the Kurile Islands offers a pragmatic delimitation of Europe from the East. For several reasons I am in favour of excluding Russia – even if, since the 16<sup>th</sup> century, there have been periods when Russia was closely oriented towards western Europe both politically and intellectually. In the Southeast, one finds the area of the former Byzantine empire (the Balkans, Bulgaria, Moldavia, Greece, the territories around the Black Sea and Turkey). This is the territory of "East Rome" – the second Rome, the empire that was conquered by the Turks in 1453.

In the discussion as to what constitutes "Europe" we need to differentiate between historical arguments dating from classical antiquity (Greece, East Rome), the medieval period (crusades, migration to south-eastern Europe) and modern times, Linguistic, ethnic and cultural arguments and, finally, political arguments related to accession to the European Union.

One cannot expect the results to be clear-cut. There is no general "truth" that will be acceptable to everyone concerned.

But a research project can decide more or less pragmatically how far it wishes to cast its net. If its main focus is on the 19<sup>th</sup> and 20<sup>th</sup> centuries, then there is no doubt that all these countries have to be included. World politics, and therefore also the constitutional history of the 19<sup>th</sup> century, would be unthinkable without the Spanish, Russian and Ottoman, the Habsburg and British empires. But this only seems to be a modern problem. In medieval times European expansions, colonisations, crusades and conquests begin. In the late 15<sup>th</sup> century the expansions start to explode up to the new world as well as around Africa to Asia<sup>10</sup>. The French, the Portuguese and the Dutch Colonial Empires have to be included as elements of the European "Verfassung" as well as the imperial expansion beginning with Gustav Adolf, leading up to Karl XII. Similarly Prussia had its phase of expansion and diminution within the German – speaking area up to its termination after the Second World War. Hitler's dreams of a "Großraum" in the east belong here as well as Mussolini's imperial expansion attempt to Africa. During its long history Europe has always been traversed by lines of force of dominant States, by which the smaller ethnicities and national states orientated themselves. The centers of gravitation changed. Perhaps now, twenty years after the decline of the Russian – Soviet Empire, it is becoming clearer that European constitutional history can not be about an addition of national constitutional histories. The unsettled continent Europe that nowadays step by step treads the path of juridification, even perhaps of constitutionalisation (Grimm 1995; v. Bogdandy 2003; 2005; Pernice 2001), has witnessed times of relatively delimited

sovereign National States, but also epochs antecedent to the state, that structurally resembled the variety of the "Multilevel Constitutionalism" (Pernice 2006) even more.

These similarities shall not suggest identicalness; much less they shall propagate the return to elder conditions, they shall only give impulse to reflect about the question how the future could be created after the epoch of the national states. Therefore European constitutional history – like in the 19<sup>th</sup> century when the word "Verfassungsgeschichte" emerged – will incorporate intensive suggestions from the current discussion about a "Ius Publicum Europaeum" (Bogdandy, Cruz Villalón, Huber 2007-2008; Pernice, Engelhardt, Krieg, Ley, Saldias 2009). It is uncertain where the path leads to. But we definitely can say that the times of national constitutional histories are over.

### Bibliografia dei testi citati

E.A. Baldini et alii

[1999] (a cura di), *Il pensiero politico dell'età moderna: da Machiavelli a Kant*, Torino;

F. Battenberg, F. Ranieri

[1994] (hrsg.), *Festschrift für Diestelkamp zum 65. Geburtstag. Geschichte der Zentraljustiz in Mitteleuropa*, Weimar-Köln-Wien;

E.W. Boeckenfoerde

[1981] (hrsg.), *Moderne deutsche Verfassungsgeschichte (1815-1914)*, Cologne;

A. von Bogdandy

[2003] (hrsg.), *Europäisches Verfassungsrecht. Theoretische und dogmatische Grundzüge*, Berlin, pp. 539 ss.;

[2005] *Europäische Verfassung und europäische Identität*, in G.F. Schuppert, I. Pernice, U. Haltern (hrsg.), *Europa-wissenschaft*, Baden-Baden, pp. 331 ss.;

- A. von Bogdandy, P. Cruz Villalón, P.M. Huber  
 [2007–2008] (hrsg.), *Handbuch Ius Publicum Europaeum*, voll. I–II, Heidelberg;
- H. Boldt  
 [1993<sup>2</sup>], *Deutsche Verfassungsgeschichte*, vol. 2: Von 1806 bis zur Gegenwart;
- G. Borrelli  
 [2009] *Hobbes lettore e interprete di Machiavelli*, in A. Arienzio, G. Borrelli (a cura di), *Anglo-American Faces of Machiavelli*, Monza, pp. 95–148;
- M. Botzenhart  
 [1993] *Deutsche Verfassungsgeschichte 1806–1949*, Stuttgart;
- H. Brandt  
 [1998] *Der lange Weg in die demokratische Moderne: deutsche Verfassungsgeschichte von 1800 bis 1945*, Darmstadt;
- R.C. van Caenegem  
 [1995] *An Historical Introduction to Western Constitutional Law*, Cambridge;
- G. Cianferotti  
 [1998] *Storia della letteratura amministrativistica italiana*, Milano;
- B. Clavero  
 [1997] *Happy Constitution. Cultura y lengua constitutionales*, Madrid;
- B. Diestelkamp  
 [1996] (hrsg.), *Oberste Gerichtsbarkeit und Zentrale Gewalt im Europa der Frühen Neuzeit*, Köln–Weimar–Wien;
- K.A. Eckhardt  
 [1935] *Das Studium der Rechtswissenschaft*, Hamburg;
- H. Fenske  
 [1991] *Deutsche Verfassungsgeschichte: Vom Norddeutschen Bund bis heute*, Berlin;
- [2001] *Der moderne Verfassungsstaat. Eine vergleichende Geschichte von der Entstehung bis zum 20. Jahrhundert*, Paderborn;
- M. Fioravanti  
 [2001] *La scienza del diritto pubblico: dottrine dello Stato e della Costituzione tra Otto e Novecento*, Milano;
- J. Fisch  
 [1984] *Die europäische Expansion und das Völkerrecht*, Stuttgart;
- R. Frassek  
 [1994] *Weltanschaulich begründete Reformbestrebungen für das juristische Studium in den 30er und 40er Jahren*, in
- «Zeitschrift für Rechtsgeschichte Germanistische», 111, pp. 578 ss;
- [2004] *Juristenausbildung im Nationalsozialismus*, in «Kritische Justiz», 37, pp. 85–96;
- W. Frotscher, B. Pieroth  
 [2005<sup>3</sup>] *Verfassungsgeschichte*, Munich;
- V. Gerhardt, H. Ottmann, M.P. Thompson  
 [1994] (hrsg.), *Politisches Denken*, Stuttgart;
- D. Grimm  
 [1988] *Deutsche Verfassungsgeschichte 1776–1866*, Frankfurt;
- [1995] *Braucht Europa eine Verfassung?*, in «Juristenzeitung», pp. 581 ss.;
- [2005] *Europäische Verfassung und europäische Identität*, in G.F. Schuppert, I. Pernice, U. Haltern (hrsg.), *Europa-Wissenschaft*, Baden-Baden, pp. 331 ss.;
- E. Grothe  
 [1999] *Eine 'lautlose' Angelegenheit? Die Rückkehr des Verfassungshistorikers Ernst Rudolf Huber in die universitäre Wissenschaft nach 1945*, in «Zeitschrift für Geschichtswissenschaft», 47, pp. 980–1001;
- [2005] *Zwischen Geschichte und Recht. Deutsche Verfassungsgeschichtsschreibung 1900–1970*, Munich, pp. 105 ss.;
- [2007] *Verfassungsgeschichte als „politische Wissenschaft“: Carl Schmitt „über die neuen Aufgaben“ und die Deutung der deutschen Verfassungsgeschichte im Nationalsozialismus*, in «Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte», 29, pp. 66–87;
- [2008] *Strenge Zurückhaltung und unbedingter Takt. Der Verfassungshistoriker Ernst Rudolf Huber und die NS-Vergangenheit*, in E. Schumann (hrsg.), *Kontinuitäten und Zäsuren. Rechtswissenschaft und Justiz im „Dritten Reich“ und in der Nachkriegszeit*, Göttingen, pp. 327–348;
- K. Härtler, M. Stolleis  
 [2007] (hrsg.), *Repertorium der Policeyordnungen der Frühen Neuzeit*, Frankfurt am Main;
- E. Heyen, G. Melis, J.L. Mestre (et alii)  
 [1989–2008] (hrsg.), *Jahrbuch für europäische Verwaltungsgeschichte*, Baden-Baden;
- E.R. Huber  
 [1957–1982] *Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789*, 8 voll., Stuttgart;
- K.G.A. Jeserich, H. Pohl, G. Chr. von Unruh  
 [1983] (hrsg.), *Deutsche Verwaltungsgeschichte*, 5 voll., Stuttgart, Deutsche–Verlags Anstalt;
- O. Kimminich  
 [1987] *Deutsche Verfassungsgeschichte*, Baden-Baden;

## Stolleis

- J. Kocka  
[2005] *Die Grenzen Europas. Ein Essay aus historischer Perspektive*, in G.F. Schuppert, I. Pernice, U. Haltern (hrsg.), *Europawissenschaft*, Baden-Baden, pp. 275 ss.;
- K. Kroeschell  
[1992] *Deutsche Rechtsgeschichte I* (bis 1250), 10. Auflagen, Opladen;
- K. Kröger  
[1988] *Einführung in die jüngere deutsche Verfassungsgeschichte (1806-1933)*, Munich;
- Chr.F. Menger  
[1993<sup>8</sup>] *Deutsche Verfassungsgeschichte der Neuzeit*, Heidelberg;
- I. Pernice  
[2001] *Europäisches und nationales Verfassungsrecht*, in «Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer», 60, pp. 148 ss.;  
[2006] *The Global Dimension of Multilevel Constitutionalism: A Legal Response to the Challenges of Globalization*, in P.M. Dupuy et Ali (hrsg.), *Völkerrecht als Wertordnung*, Kehl, pp. 973 ss.;
- I. Pernice, B. von Engelhardt, S.H. Krieg, I. Ley, O. Saldias  
[2009] (hrsg.), *Europa jenseits der Grenzen. Politologische, historische und juristische Perspektiven*, Baden-Baden;
- L. Raphael, H.E. Tenorth  
[2006] (hrsg.), *Ideen als gesellschaftliche Gestaltungskräfte im Europa der Neuzeit. Beiträge für eine erneuerte Geistesgeschichte*, München;
- W. Reinhard  
[1983-1990] *Geschichte der europäischen Expansion*, 4 voll., Stuttgart;  
[1999] *Geschichte der Staatsgewalt. Eine vergleichende Verfassungsgeschichte Europas von den Anfängen bis zur Gegenwart*, München;
- R. Scheyhing  
[1968] *Deutsche Verfassungsgeschichte der Neuzeit*, Cologne;
- E. Schumann  
[2008] (hrsg.), *Rudolf Huber und die NS-Vergangenheit*, in *Kontinuitäten und Zäsuren. Rechtswissenschaft und Justiz im „Dritten Reich“ und in der Nachkriegszeit*, Cöttingen, pp. 327-348;
- M. Senellart  
[1989] *Machiavelisme et raison d'Etat*, Paris;
- T. Simon  
[2004] „Gute Policey“. *Ordnungsleitbilder und Zielvorstellungen politischen Handelns in der Frühen Neuzeit*, Frankfurt am Main;
- Q. Skinner  
[1988] (ed.), *Machiavelli. The Prince* (Cambridge Texts in the History of Political thought), Cambridge;
- B. Sordi  
[1987] *Tra Weimar e Vienna: amministrazione pubblica e teoria giuridica nel primo dopoguerra*, Milano;
- B. Stollberg-Rilinger  
[2008] *Des Kaisers alte Kleider. Verfassungsgeschichte und Symbolsprache des Alten Reiches*, München;
- M. Stolleis  
[1996] (hrsg.), *Policey im Europa der frühen Neuzeit*, Frankfurt am Main;  
[2000] W. Reinhard, *Geschichte der Staatsgewalt. Eine vergleichende Verfassungsgeschichte Europas von den Anfängen bis zur Gegenwart*, in «Ius Commune», 27, pp. 429-433;  
[2001] *Critical comment*, in «Ius Commune», 28, pp. 347-350;
- M. Vec  
[1998] *Zeremonialwissenschaft im Fürstenstaat. Studien zur juristischen und politischen Theorie absolutistischer Herrschaftspräsentation*, Frankfurt am Main;
- R. Walkenhaus  
[1997] *Konservatives Staatsdenken. Eine wissenssoziologische Studie zu Ernst Rudolf Huber*, Berlin;
- H.U. Wehler  
[2009] *Bundesrepublik und DDR*, P. Bahners, A. Cammann (hrsg.), München;
- U. Wesel  
[2001] *Geschichte des Rechts. Von den Frühformen bis zur Gegenwart*, 2. Auflagen, München;
- D. Willoweit  
[2009<sup>6</sup>] *Deutsche Verfassungsgeschichte. Vom Frankenreich bis zur Wiedervereinigung Deutschlands*, Munich.

\* Former Director of the Max-Planck-Institute for European Legal History and Prof. em. for Public Law and Legal History of the Goethe-University, Frankfurt am Main.

<sup>1</sup> Regarding one of the most influential protagonists see Eckhardt 1935; concerning the role of the most important figure see Grothe 2007; Frassek 1994; Id 2004.

<sup>2</sup> Grothe (Anm. 3), pp. 165 ss. (the reforms of legal education, pp. 190 ss.); 1999; 2008.

<sup>3</sup> The most comprehensive document on legal history (not constitutional history) comes from Wesel 2001.

<sup>4</sup> Grothe (Anm. 3), pp. 55 ss.

<sup>5</sup> Best survey by Diestelkamp 1996. See also Battenberg, Ranieri 1994.

<sup>6</sup> See for example the broad debate around the last volume of Wehler 2009.

<sup>7</sup> Stolleis 1996, with contributions to Italy, France, Spain, Bohemia

and Moravia, Silesia, Hungary and Siebenbürgen, Poland, Netherlands, Switzerland, Danmark, Sweden and England. From the repertories the volumes concerning below mentioned territories are published: the Reich, Cologne, Mainz and Trier, Brandenburg-Preußen (2 vol.), the wittelsbach territories (2 vol.), Württemberg and Baden (1 vol.), Hannover, Saxony (1 vol.), smaller territories (2 vol.), Danmark and Switzerland (2 vol.). The volume for Sweden is exspected. – For the history of ideas see Simon 2004. – Relating to the imperial free towns now see Härtter, Stolleis 2007. The repertories for Frankfurt am Main, Cologne and Ulm are published. Other repertories, around 15, will follow.

<sup>8</sup> See, for example, Raphael, Tenorth 2006.

<sup>9</sup> Since 1991 a Yearbook *Politisches Denken* is published in Stuttgart (J. B. Metzler), ed. by V. Gerhardt,

H. Ottmann, M. P. Thompson. It is the annual review of the German Society for the Study of Political Thinking.

<sup>10</sup> Reinhard 1983–1990; Fisch 1984; Clavero 1997.

# *On the road again: osservazioni propositive intorno alla storia costituzionale*

PAOLO COLOMBO

## *1. Premesse: per una storia della storia*

Quando, orsono dieci anni, lunghe e amichevoli discussioni animavano le serate di alcuni accademici maceratesi e portavano alla nascita del "Giornale", non si può certo dire che la storia costituzionale italiana non esistesse. Eppure si avvertiva allora la necessità di garantirle un respiro ben più ampio di quello che l'aveva fin lì contraddistinta all'interno del panorama scientifico.

La corrente di studi che in risposta a quella necessità venne ad alimentarsi – e, va detto per onestà, certo non solo nei dintorni della rivista per cui scrivo queste pagine (i temi di cui ci si andava ad occupare erano cioè, per così dire, nell'aria) – portò una ventata di novità all'interno della storia delle istituzioni politiche nostrana, che era stata a lungo ancorata a temi amministrativi o, per l'appunto, istituzionali in senso stretto. Qualche perplessità, forse anche con ragione, sorse. Ci volle un po' di tempo e il buon grado di affidabilità dei lavori

prodotti dai 'nuovi' storici costituzionali per dissipare le incertezze. E tornare in argomento, ora che la storia costituzionale italiana è ormai cresciuta e pare pronta a imboccare anche nuove e autonome strade, non pare inutile, fosse pure a costo di ribadire alcune ovietà.

La storia costituzionale non doveva allora e non deve oggi in alcun modo mettere in discussione i capisaldi della storia delle istituzioni politiche, della quale rimane una branca costitutiva. Sono, anzi, proprio quei capisaldi a circoscriverne il senso e la logica operativa. La storia costituzionale non è infatti storia del diritto, per quanto con essa possa trovarsi ad avere molto a che fare. Del pari, non coincide con la storia delle costituzioni, se per essa intendiamo precisamente la storia dei testi costituzionali e/o la loro analisi intrinseca: analisi che chiama in causa gli specialisti del diritto costituzionale o, a voler essere rigorosi, della storia del diritto costituzionale.

È d'altro canto fin evidente che la centralità delle costituzioni scritte ponga più

di un problema di ordine metodologico. Ma forse, per quanto riguarda la nostra disciplina, si è in passato un poco esagerato. Proviamo a fare chiarezza.

Ci si è a lungo sforzati di contenere la storia costituzionale entro i termini cronologici dettati dalla comparsa delle costituzioni scritte: in buona sostanza, si è argomentato che una vera e propria storia costituzionale sarebbe stata possibile solo a partire dagli ultimi decenni del XVIII secolo e più precisamente, com'è ovvio, dalle due rivoluzioni costituzionali di quegli anni: quella americana prima e quella francese dopo. Nei fatti, poi, un po' per irrimediabile deformazione europeo-centrica, un po' per effetto delle indiscutibili eccezionalità che contraddistinguono l'esperienza statunitense, si è quasi sempre finiti per concentrarsi sulle vicende successive al 1789.

Sono sempre stato convinto – e lo rimango tuttora – che ci si avvitasse in quel caso in un cortocircuito apparentemente banale ma per ciò stesso ancor più infido, generato alla base da un innesco lessicale. Il termine-concetto 'costituzione' è difatti protagonista assai complesso della politica contemporanea, all'interno della quale fa il suo trionfale ingresso per definire la rivoluzionaria pratica di mettere per iscritto la suprema legge di organizzazione dei poteri. Ma che una costituzione debba essere 'scritta' per essere tale rappresentata per l'appunto un assunto della contemporaneità e prima del 1789 la questione era assai meno univocamente definita. Proprio il momento dell'esplosione della *révolution* parigina, peraltro, lo mostra con chiarezza, là dove contrappone con forza, ancora nei dintorni del famigerato giuramento della Pallacorda, due diverse nozioni di 'costituzione': da un lato la *nouvelle constitution* da

progettare razionalmente e mettere nero su bianco, dall'altro l'*ancienne constitution*, evolutasi consuetudinariamente nel corso della secolare storia della monarchia francese. È, questa seconda, una concezione – per quanto in fondo retrospettiva e meno al passo con i tempi – notevolmente più ampia della prima e capace di contemplare un'origine storicistica (e non razionalistica e individualistica) delle libertà e dei diritti.

Perché questo è il punto, conviene anticiparlo da subito: la storia costituzionale, a mio parere, ha assai più a che fare con la garanzia delle sfere di libertà e di autonomia dal potere politico che con le Carte scritte in sé e per sé.

Ma continuiamo a procedere con ordine. L'assunzione del 1789 (o comunque del trentennio conclusivo di quel secolo) come termine *a quo* per la storia costituzionale ha finito per imporre agli studiosi di quella disciplina vincoli di notevole rigidità e davvero difficili da superare. Ben si poteva procedere da lì in avanti e, come è stato fatto, sviluppare i processi evolutivi della matrice costituzionale illuminista e rivoluzionaria nelle monarchie ottocentesche e nelle democrazie novecentesche; eppure veniva più volte opportuno (quasi, oserei dire, istintivamente) ricercare un allargamento dell'oggetto d'indagine all'indietro, in un passato più risalente. Tenere aperte entrambe le direzioni, per diverso tempo, è stato piuttosto complicato. Mi pare tuttavia possano fortunatamente ritenersi ormai superate le polemiche con storici di diversa formazione che facevano rimontare fino al medioevo la storia 'delle costituzioni'. Occorre sicuramente grande cautela metodologica, ma il valore euristico di un processo di ricostruzione storica che tenga in conto il lungo dispiegarsi nell'antichità delle premesse del-

la codificazione scritta delle leggi supreme dovrebbe ormai essere fuori discussione. Vorrei sottolineare che tale operazione si potrebbe proficuamente compiere tornando fin all'antichità, come di tanto in tanto si coglie in certi accenni azzardati nei più diversi campi di studio, ma al tempo stesso penso che allo stato attuale dell'arte un ragionevole punto di partenza possa essere individuato nelle prime, embrionali forme medievali, non a caso da tempo immemore simboleggiate dal momento topico della stesura della *Magna Charta*, la quale formalizza in termini abbastanza nitidi le prime 'libertà negative' di stampo anglosassone. Altro è il discorso da fare per le più moderne 'libertà attive', allora ancora a venire ma già possibili da intravvedere man mano che si procede più avanti nel tempo.

Perché, a questo punto, non è superfluo tornare sui fondamenti della nostra disciplina, che talvolta si finisce forse per perdere un poco di vista, distratti dal fluire della ricerca e del dibattito ad essa connesso.

La storia delle istituzioni politiche si sostanzia nello sforzo di comprendere come (in quali forme, con quali logiche di persistenza e di cambiamento, con quali obiettivi, per quali ragioni, su quali premesse) si organizza il potere politico: è bene non dimenticarlo mai, anche con il rischio di risultare pedanti.

La storia costituzionale si traduce prima di tutto, all'interno di questo più ampio ambito di studi, nella ricostruzione di come viene limitato quello stesso potere. Si tratta cioè, in definitiva e con qualche consapevole semplificazione, di riassembrare in un mosaico decifrabile quei tasselli della storia umana che raccontano la vicenda della lotta per il contenimento dell'arbitrio: è questa, mi pare, una delle fondamentali cifre



"La Marsigliese", stampa coeva, autore Richard Newton, custodita presso la Bibliotheque Nationale

occidentali della politica (se non quella in assoluto essenziale). Ben a ridosso della contemporaneità, ad esempio, Montesquieu (che non per nulla va ricercare le dinamiche di funzionamento della *séparation des pouvoirs* innescando altrettanto significativamente, attraverso i suoi scritti, processi con ogni probabilità al di là delle sue stesse previsioni) se ne mostra chiaramente consapevole. In questo senso, non si tratta tanto di indagare rigidamente ciò che 'è' costituzione, quanto di rendere il respiro pluriscolare di ciò che produrrà alla fine la costituzione e il costituzionalismo strettamente intesi. Così, per intenderci, anche certe mirabili pagine di Marc Bloch sulla trama dell'omaggio feudale (solo per

fare un esempio notissimo) mi sembrano entrare a buon diritto nell'area di doverosa attenzione della storia costituzionale. E Bloch non è certo uno storico costituzionale in senso tecnico.

Il discorso non si riduce allora a un mero problema di dilatazione temporale dell'oggetto di indagine. Se partiamo da simili presupposti, la stessa storia costituzionale contemporanea può assumere forme differenti: la ricostruzione del ruolo giocato da certe entità politico-istituzionali nella limitazione dell'arbitrio totalitario (si tratta ancora una volta di un semplice esempio ed ho in mente per 'deformazione professionale' il caso della Corona durante il ventennio di autoritarismo fascista) può rivelarsi altrettanto se non più importante di quello avuto dalle norme fissate in una Carta. E ciò, si badi bene, senza che le modalità di svolgimento di quel ruolo debbano di necessità potersi ricondurre nell'alveo dell'azione costituzionale propriamente intesa, come quando entrano in scena fattori simbolici, poteri 'di influenza' non codificabili o dinamiche di rappresentanza psicologica.

Insomma: dovrebbe risultare abbastanza chiaro che possiamo pensare la storia costituzionale con varianti gradi di elasticità. È lecito adottare ciascuno di essi, ma occorre essere consapevoli che ne derivano focalizzazioni e livelli di operatività differenti.

## *2. Una storia costituzionale una e trina*

Possiamo dunque ragionare di una storia costituzionale 'strettamente', 'propriamente' e 'largamente' intesa (e mi si perdoni la

semplicità di simili espressioni, che mi paiono però tutto sommato le più immediatamente efficaci per delineare il quadro in questione).

Consideriamo il primo caso, di cui si è in fondo già detto: la storia costituzionale in senso stretto tratta dell'epoca marcata indebolmente dalla comparsa e dall'affermazione delle costituzioni scritte. Qui il tema del potere costituente emerge centrale e ineludibile, fosse anche per il riflesso che produce nelle dinamiche con le quali si cerca (soprattutto nel corso dell'Ottocento, per lo più attraverso la soluzione dell'*ottroi*) di contrastarne la comparsa. Oltre ai dettami dei testi normativi (da interpretare nei loro diversi aspetti, grammaticali, ontologici, teleologici, sistematici), così, assurgono a oggetto di indagine altri materiali, come i dibattiti costituenti e i progetti costituzionali elaborati pur senza successo. E, anzi, giova notare che questi ultimi si rivelano spesso preziosissimi, ancor più dei testi definitivamente promulgati, giacché – specchi ideali del contesto storico e del contrapporsi di forze che lo distingue – rendono al meglio il processo di elaborazione politica delle decisioni infine adottate. Volontà della legge e volontà dei legislatori si incontrano e si sovrappongono in un intreccio che sta proprio allo storico degli sviluppi costituzionali districare. E ancora si potrebbe discutere, come per molti anni si è fatto, se le dottrine, le teorie e le ideologie che fertilizzano i terreni dai quali traggono energia le creazioni costituenti facciano propriamente parte di questa storia costituzionale. Anche in tale caso è forse tempo di uscire dai vischiosi pantani della polemica per muoversi con maggior leggerezza su più saldi percorsi. Va da sé che lo storico costituzionale non deve fare storia delle

dottrine o del pensiero politico, né slittare irrimediabilmente nella filosofia politica o in altre materia contigue: non credo ci sia neppure bisogno di argomentare, al proposito. Potremmo forse ignorare, però, le elucubrazioni di un Emmanuel Sieyès quando cerchiamo di penetrare l'epopea costituzionale rivoluzionaria francese? E si potrebbe continuare con gli esempi. Spero tuttavia risulti comunque altrettanto solare che l'antidoto contro i pericoli appena accennati non consiste nell'astenersi dal frequentare quei campi disciplinari, ma semplicemente nel farlo con il giusto senso della misura. Con il che abbiamo accostato un problema decisivo per la fondazione scientifica della storia costituzionale (e non solo): quello della interdisciplinarietà. Troppo spesso si è infatti pensato che la solidità di una materia si misurasse con il grado di endogamia disciplinare delle relazioni intellettuali intessute dai suoi esponenti. Le cose non stanno – o almeno non stanno più – così. Semmai mi pare vero esattamente il contrario.

Consideriamo il secondo caso, quello della storia costituzionale 'propriamente' intesa. Anche qui sono sufficienti pochi cenni, poiché se ne è già trattato. In questa prospettiva, la storia costituzionale arretra notevolmente il proprio baricentro e trova un differente equilibrio, centrato in maggior misura sul 'costituzionalismo' che sulla 'costituzione'. L'oggetto è più sfumato ma il raggio di osservazione è più ampio: opportunità e difficoltà si bilanciano. Si può concordare sul fatto che sarebbe possibile riaprire i termini della circoscrizione cronologica di una siffatta storia costituzionale là dove – di nuovo – si volesse concludere il costituzionalismo nei due secoli che dalla fine del Settecento arrivano all'oggi. Ma già

un trentennio fa, dalle pagine di un fondamentale *Dizionario di politica*, si faceva giustamente notare che se il costituzionalismo è la "tecnica della libertà" (vale a dire la tecnica giuridica, in senso lato, attraverso la quale viene assicurato ai cittadini il godimento dei propri diritti), esso può essere ricondotto a due diversi ambiti. Da un lato quello, per la nostra mentalità attuale più immediato, della divisione dei poteri (e da lì si scivola senza difficoltà nel XVIII secolo e nella storia di quella costituzione scritta che non per nulla i *révolutionnaires* francesi definivano "acte de partage des pouvoirs"); dall'altro quello della razionalità delle leggi contrapposta all'arbitrio umano o (detto altrimenti e pur nella estrema varietà di soluzioni escogitate a tal fine nel corso dei secoli) della inesausta lotta della *iurisdictio* contro il *gubernaculum*.

Per quanto concerne il terzo caso, il discorso si fa per certi versi un po' più delicato. Non credo si possa infatti oggi come oggi sottrarsi a una riflessione sulle fonti di cui è opportuno avvalersi per tentare delle ricostruzioni storiche. E la storia costituzionale non fa eccezione: con questo ha a che fare la terza accezione che qui propongo, quella di storia costituzionale 'largamente' intesa. Un certo tasso di rigore scientifico è stato per decenni associato dagli storici delle istituzioni politiche all'impiego di uno spettro molto ristretto di fonti: in sostanza quasi esclusivamente quelle documentali. C'erano buone ragioni per farlo. Ne andava del sano svezzamento di una disciplina ancora vulnerabile nella sua debolezza di neonata. Ma non possiamo non accorgerci che quella disciplina è ormai cresciuta, è matura, si è rafforzata. E sempre più pressanti alternative metodologiche le si pongono di fronte.

Conviene intendersi: se riconduciamo la storia costituzionale all'interno della contemporaneità il problema si pone perché le fonti che consentono di comprendere un tempo segnato da una continua e clamorosa rivoluzione comunicativa sono del tutto peculiari e vanno troppo spesso oltre il confine dei meri documenti scritti strettamente connessi all'amministrazione del potere (leggi, ordinanze, provvedimenti...). Se la storia costituzionale che prendiamo in considerazione è quella 'propriamente' intesa, il problema si pone poiché, procedendo più all'indietro nel passato, ci si trova ripetutamente sfidati da quadri tanto incompleti da rendere irragionevole non prestare ascolto anche al minimo sus-surro che un materiale storico sia in grado di indirizzarci per raccontare il tempo di cui è stato testimone. In definitiva: vogliamo ricostruire come il potere politico si è organizzato nel corso della storia o – per converso – come si è cercato di limitarlo: esiste oggi qualche valido motivo per riservare attenzione a qualche fonte e trascurarne altre? Non credo. Così come nego che si possa procedere in questa direzione con superficialità e avventatezza. La cautela e l'accortezza scientifico-metodologica rappresentano un tratto del DNA della nostra disciplina e devono restare il nostro punto di forza.

### *3. Strada fatta e da fare*

Ma qui – non possiamo nasconderci dietro un dito – balza evidente nella nostra agenda programmatica di specialisti della storia del potere politico una sfida decisiva, dalla quale dipende la nostra stessa vitalità e

credibilità nelle vesti di operatori culturali. Non siamo – o comunque non vogliamo essere, spero – semplici sacerdoti di esoterici e elitari riti accademici, nascosti agli occhi dei non adepti. Sono i nostri codici comunicativi, le nostre modalità espositive, i nostri stilemi narrativi a venire in gioco. Fatta salva la conservazione e il perfezionamento costante del linguaggio proprio della comunità scientifica, dobbiamo metterci in condizione di trasmettere le nostre conoscenze cariche di tutta la vibrante passione che la epocale lotta per il potere ha in sé. Le aule dove facciamo lezione devono vibrare anch'esse, in emozionata risonanza. Ma dobbiamo poter parlare anche al di fuori di quelle aule, e saper essere comprensibili, e avvincenti. Diversamente, la storia delle istituzioni politiche rischia di rimanere alla fine soffocata dalla polvere che si deposita ogni giorno, inesorabile sabbia di una clessidra di cui potremmo non saper più infrangere le deformanti pareti, sugli archivi che la alimentano.

Pensare con aristocratico distacco che un simile compito vada assolto solo da quegli storici più generalisti che maneggiano argomenti alla moda, pronti per essere divulgati nei formati *prêt-à-porter* della banalizzazione televisiva o dei fascicoli illustrati (soprattutto contemporaneisti, che trovano bell'e pronti nella loro cassetta degli attrezzi materiali più leggeri e attraenti come fotografia, cinema, televisione, romanzi, fumetti e quant'altro), sarebbe il peggiore dei peccati. Proprio la specializzazione disciplinare e il rigore scientifico, al contrario, dovrebbero salvarci da ogni presunzione. O, per converso, da ogni banalizzazione. La storia costituzionale, in particolare e probabilmente più di altre branche del nostro sapere, può fare molto in proposito, per-

ché il suo patrimonio genetico è ancipite: fa di essa – come si è cercato di mostrare nei due casi precedenti – ad un tempo una storia della contemporaneità e un percorso di comprensione che si addentra nel nostro passato via via più lontano, fin nell'antichità.

Piace rammentare che il "Giornale di storia costituzionale" (e soprattutto il suo più determinato fondatore, Roberto Martucci) ha saputo precocemente essere in ciò lungimirante, permettendo alla materia di cui si occupava di ridurre il distacco che accusava da questi punti di vista nei confronti di altri rami della storiografia quando non, addirittura, di sopravanzarli. Una veste grafica ricercata e suggestiva, il copioso sostegno di immagini (di volta in volta eleganti, scherzose, evocative), una forte vocazione interdisciplinare, l'apertura verso gli eventi posti alle spalle delle rivoluzioni costituzionali settecentesche e verso le vicende non occidentali, una rassegna bibliografica di impostazione accattivante (un vero, piccolo colpo di genio il titolo "Librido") e punteggiata di "Letture diaboliche" che rendessero quello scoppiettante senso delle sana polemica intellettuale oggi ormai quasi estinto in Italia, rubriche innovative come "Testi e pretesti" o "Camere con vista", laboratori di sperimentazione per fonti letterarie e cinematografiche.

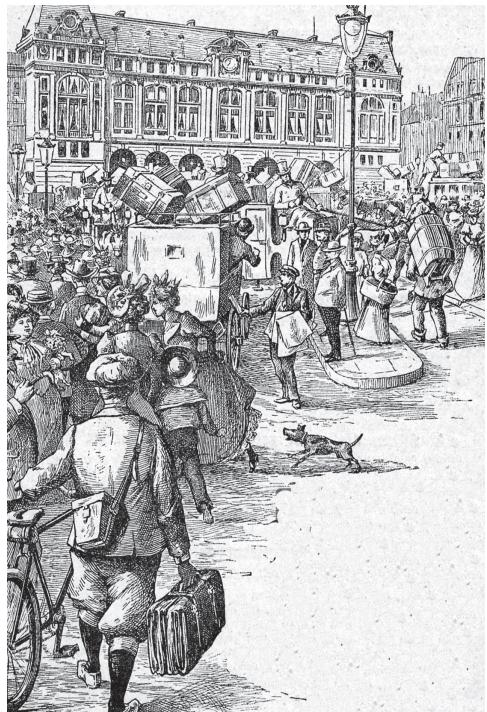
Non si avverte timore di piaggeria, nel dirlo: dieci anni di attività del "Giornale" hanno disseminato di segnali fondamentali per orientarsi le piste di ricerca della storia costituzionale, anche le meno battute. È bello, e incoraggiante, voltarsi indietro e vederli lì, che marcano la strada percorsa e additano quella che resta da fare. Ma non c'è progetto di ricerca scientifica che trovi un significato nel suo arrestarsi. Ogni pun-

to d'arrivo è, fin ovviamente, un punto di partenza.

Via. C'è così tanto da fare.

*On the road again.*







# Crisis de la monarquía católica y regeneración de su constitución

MARTA LORENTE SARIÑENA

## 1. Planteamiento

F. Tomás y Valiente afirmó hace ya bastantes años que la

historia constitucional termina donde comienza la historia del constitucionalismo, salvo en aquellos países donde esa última no existe por no haber tenido ni tener una Constitución escrita [Tomás y Valiente 1993-1994, p. 1255].

El contenido material de esta afirmación se compadece mal con sus escasas consecuencias terminológicas, ya que, como bien dijera el propio Tomás y Valiente, el castellano no declina o declina mal el término «constitución», el cual, en todo caso, sirve indistintamente para calificar tanto las antiguas cuanto las nuevas constituciones. Si he traído a colación esta propuesta es porque con independencia de que se acepte o no, remite en último extremo a una importante convención compartida –esta sí – por casi la totalidad de historiadores y juristas, a saber: por lo que a España se refiere, esa «historia del constitucionalismo» entendida como

historia del moderno concepto de Constitución a la que se refiriera Tomás y Valiente arranca con la *Constitución de la Monarquía Española* promulgada en Cádiz en Marzo de 1812.

Sin embargo, si hay algo que viene caracterizando en los últimos tiempos a la historiografía preocupada por el análisis del constitucionalismo doceañista es la insistencia en el análisis de su carácter bihemisférico, el cual casa mal con la imagen peninsular a la que en un principio remite el término España. Y es que en el momento gaditano, la España de la Constitución se identificó con la plurisecular Monarquía Católica, la cual, durante siglos, fue peninsular, europea, americana, filipina e, incluso, un poco africana, siendo así que, además, para la Constitución Monarquía y Nación españolas fueron una misma cosa, por lo que ésta última poco o nada tuvo que ver con esa comunidad imaginada que se construyó con gran dificultad a lo largo del siglo XIX en la Península.

En otro orden de cosas, muy vinculado sin embargo al anterior, tampoco el aparato institucional imaginado en Cádiz puede situarse en los orígenes de lo que los historiadores suelen denominar "Estado liberal" decimonónico. Bien al contrario, el constitucionalismo doceañista se movió en un ámbito de concepciones e instituciones eminentemente corporativas, ajenas en todo caso a la estructura deseada por el Estado estrictamente peninsular que sucedió al constitucionalismo gaditano después de la muerte de Fernando VII.

Todo ello permite afirmar que en Cádiz no se encuentran los orígenes de un mundo, sino el final de otro perdido para siempre. La historia del constitucionalismo español que sucederá al fracasado experimento doceañista se expresará en términos muy distintos a los gaditanos, olvidando sus principios y pretensiones a la par que desechandolos mecanismos institucionales imaginados para hacerlos posibles. Con todo, la exclusión del constitucionalismo gaditano de la historia del estrictamente español tiene algo de exagerada por cuanto que sólo se mantiene si se conviene también en una interpretación del mismo en términos de *constitucionalización de la Monarquía Católica*, cuyas líneas básicas serán las que brevemente trataré de exponer aquí<sup>1</sup>.

## 2. La regeneración constitucional de la monarquía. Caracteres básicos

Desde el mismo momento en que las gacetas circularon la noticia de los vergonzosos sucesos de Bayona, todos supieron que hecho en sí resultaba una rabiosa novedad.

Como bien se encargaron de recordar Azanza y O'Farrill, la *memorable transacción política de Bayona* puso fin a la dinastía reinante desde Don Pelayo mediante cesión realizada voluntariamente por sus mismos poseedores, lo que dejó al reino sin cabeza que sirviese de punto de reunión y sin cuerpo constituido que pudiera representarlo (de Azanza, O'Farril 1815, pp. 66 y 196). No obstante, la solución bonapartista por la que apostaron estos insignes afrancesados escandalizó a muchos, que se lanzaron a la formulación de propuestas a uno y otro lado del Atlántico. Y es que hasta el advenimiento definitivo de las independencias americanas, todos los territorios de la Monarquía soportaron un terremoto que se llevaría por delante no sólo los fundamentos de una plurisecular legitimación del poder (Garriga 2004, pp. 13-44), sino muchas de las concepciones, instituciones y hombres que venían gestionándolo desde antiguo (Hespanha 1990, pp. 445-455).

Se ha dicho, y con razón, que la magnitud del seísmo no alcanzó a destruir los patrones económicos y sociales, raciales y culturales, que habían conformando las sociedades hispánicas desde la unidad de Coronas que asistió a la conquista, no obstante lo cual nadie pone en duda que las sociedades hispánicas asistieron a una auténtica *revolución*<sup>2</sup>. Con independencia de la acumulación de disfunciones y malestares de todo tipo, dicha revolución, sin embargo, respondió a tres diferentes factores, a saber: un simple hecho, las renuncias de Bayona; una situación fáctica, esto es, la guerra o las guerras que, asolando los diferentes territorios, alteraron en profundidad el orden institucional establecido, y, finalmente, una profunda transformación

en el seno del discurso político identificable con el proceso de formación, extensión o asimilación de lo que, por ahora, definiremos como liberalismo gaditano (Serrano Ortega 2001). De este conocido conjunto de cuestiones puede inferirse una primera y elemental reflexión: todos los conflictos, incluso los armados, se expresaron en una terminología de signo *constitucional*<sup>3</sup>. Llegados aquí, el problema, si se acepta que puede llegar a serlo, consiste no sólo en localizar las diferencias entre todos estos lenguajes *constitucionales*, sino en determinar cuándo y cómo se fueron formalizando en un determinado sentido, y, sobre todo, si éste coincidió o no con lo que ahora contemplamos como un *nuevo concepto de constitución*.

Pero antes de entrar en todo ello conviene recordar que en el arranque de la crisis hispánica, el término constitución se vinculó a la idea de regeneración del cuerpo de la Monarquía tanto por la propaganda napoleónica<sup>4</sup> como por los "patriotas" de ambos lados del Atlántico<sup>5</sup> quienes demostraron indistinta e inequívocamente el deseo de establecer puentes entre la nueva situación y el antiguo estado de cosas. Sin embargo, el componente nacionalista de la historiografía peninsular y americana obligó durante años a predicar rupturas en uno u otro sentido: así, por ejemplo, la comprensión de la – mal llamada – Guerra de la Independencia como partera de la nación española impedía ver que los proyectos josefino y gaditano estuvieron en su día no sólo muy vinculados sino también muy cercanos a concepciones e instituciones propias de la Monarquía Católica<sup>6</sup>, de la misma manera que la obsesión por prestar las Independencias ocultó el hecho de que la mayoría de los

proyectos constitucionales americanos se expresaron en un principio en términos de "autonomía" y no de independencia (Rodríguez 1998; Portillo 2006).

En todo caso, las diferentes manifestaciones de lo que bien puede denominarse "primer constitucionalismo hispánico"<sup>7</sup>, pusieron de relieve, en primer lugar, que el descabezamiento de la Monarquía desestructuró el orden corporativo dando lugar a una dispersión de los antiguos cuerpos a ambos lados del Atlántico y, en segundo, que resultó ser condición necesaria para obrar la formalización de aquel lenguaje constitucional de signo regenerador al que vengo refiriéndome (Martínez Marina 1988, p. 156).

Ahora bien, ¿cuál fue su naturaleza?

No es éste lugar para repensar los caracteres básicos del moderno concepto de Constitución producto de esos procesos revolucionarios que coagularon en un poder constituyente redactor de Constituciones escritas. Baste saber que la mutación de sentido del término Constitución producida a finales del Setecientos encontró un también un espacio en los diferentes territorios de la antigua Monarquía Católica, obligando a los principales protagonistas políticos a plantearse los términos en los que debía expresarse la relación entre las *antiguas constituciones*, que reflejaban en su integridad la situación de una comunidad política, y los nuevos textos normativos, que legitimaban el poder organizándolo en función de la garantía de los derechos de los ciudadanos (Grimm 2006). Pues bien, planteadas así las cosas, tengo para mí que la muy particular experiencia constitucional hispánica estuvo marcada por la firme voluntad de ordenar la convivencia entre dos conceptos antagónicos de constitución,

entendiendo por tal no sólo pugna de comprensiones, sino la pervivencia de principios e instituciones que sirvieron para fundamentar en términos historicistas la legitimidad de las experiencias constitucionales hispánicas.

Podría recordarse que la anterior afirmación no aporta nada nuevo, pues de todos es conocido que las primeras respuestas a la acefalía del poder creada por las renuncias de Bayona se expresaron en un lenguaje antiguo que remitía una y otra vez a la historia. Sin embargo, resulta potencialmente polémico el uso del calificativo historicista en relación con la obra constitucional gaditana, ya que ésta ha venido y viene siendo puesta en relación desde su misma publicación con el modelo proporcionado por el primer constitucionalismo francés, colocado por sus críticos y/o estudiosos muy lejos del modelo historicista en el que sin embargo creo debe insertarse el constitucionalismo gaditano (Fioravanti 1996; 2000). Pues bien, así las cosas, lo que aquí se sugiere aquí es que la fundamentación historicista que en un principio compartieron si no la totalidad, sí la mayoría de los discursos constitucionales regeneradores de la Monarquía también se trasladó a la obra doceañista, arrojando con ello una serie de consecuencias que rebajaron su condición *moderna* por cuanto tocaron directamente varios extremos fundamentales para la misma, a saber: (i) la debilidad del carácter constituyente, (ii) las dificultades en la construcción de la Nación, (iii) la concepción de la ley y de su interpretación y (iv) la peculiar lectura del principio de separación de poderes basada en una también peculiar comprensión de la responsabilidad de quienes ejercían potestades públicas.

### 3. *El poder constituyente*

#### 3.1. *¿El punto de partida? Un antiguo legado: juzgar sin ser juzgado*

En su *Derecho Público Hispánico* (1751) Pérez Valiente criticó duramente a quienes hablaban de una doble “majestad” del rey y del reino, sosteniendo que había una sola «cuyo sujeto propio e inmediato es el rey y común y mediato el pueblo que, junto con su príncipe, constituye el cuerpo perfectísimo de la monarquía» (Pérez Valiente 2000).

Alasalturas de 1808 constituían multitud quienes afirmaban que las sociedades civiles perfectas eran las ciudades o repúblicas – a su vez compuestas por otras simples y menos perfectas – porque, entre otras muchas cosas, esta lectura describía con exactitud la malla institucional hispánica<sup>8</sup>, siendo así que a nadie debe extrañar que la famosa transferencia de soberanía del pueblo al Príncipe se usara como argumento en toda la Monarquía cuando ésta quebró<sup>9</sup>.

No obstante, es bien sabido que en las sociedades corporativas el Príncipe se topaba con bastantes dificultades a la hora de reclamar exclusividad normativa (Costa 1969; Vallejo 1992; Hespanha 1986), aun cuando, eso sí, se singularizaba por no soportar censura sobre sus acciones. No es por casualidad que los acontecimientos posteriores a 1808 vinieron a dar la razón a quienes, como Pérez Valiente, señalaban que si algo caracterizaba al Príncipe era no admitir contra sí mismo el crimen de majestad que le imputase el pueblo, puesto que el principal obstáculo con el que tuvieron que lidiar todos aquellos cuerpos que ocuparon el vacío de poder fue el de que se aceptara la no sindicación de la conducta de sus miembros. Los individuos que

formaron la Junta Central, los miembros del Cabildo mexicano o los mártires quiteños sufrieron en sus propias carnes el problema, pero lo que verdaderamente resulta relevante aquí no es la narración de conocidos acontecimientos sino simplemente resaltar que en el arranque de la dispersión y creación de cuerpos producidas por las renuncias de Bayona, el primer objetivo de los agentes políticos no fue tanto el de hacer cuadrar la ecuación soberanía=legislación, cuanto la de soberanía=no sindicación.

Con ello no se quiere afirmar que los cuerpos que se pretendían soberanos desdeñaran ocuparse de la tarea normativa, sino que la cuestión tratada por Pérez Valiente se convertirá en una problemática endémica del primer constitucionalismo hispánico. Éste trató de darle salida imaginando estrategias institucionales destinadas a asegurar la responsabilidad de las diversas autoridades públicas, lo que a su vez determinó el diseño y articulación de los diversos modelos constitucionales. Sin entrar por ahora en su análisis, quede, no obstante, apuntado, que esa deriva de naturaleza jurisdiccional que impregnaba la soberanía estuvo presente desde el mismo momento en que se declaró la crisis (Martínez 2006b, pp. 79-97).

### 3.2. *La debilidad del poder constituyente*

Qué duda cabe, sin embargo, que a lo largo del este periodo abierto en 1808 la legitimación del poder sufrió una brusca mutación. Sobre una situación de hecho se formalizaron una serie de declaraciones que venían a confirmar no sólo que la soberanía

había retornado a los nuevos y viejos cuerpos –perfectos o imperfectos– que componían el complejísimo de la Monarquía<sup>10</sup>, sino también que aquélla debía identificarse con el derecho reservado a la nación de establecer sus leyes fundamentales. No obstante, hubo un camino tan corto como intenso que conviene transitar en orden a tratar de entender los caracteres de esa importante mutación de sentido, el cual, en mi opinión, nos conduce a un terreno situado bajo la expresión que intitula el presente epígrafe, siempre y cuando, eso sí, por poder constituyente entendamos no sólo voluntad sino conciencia de no estar constreñidos por ningún orden de cosas previo.

Esta última concepción se situó muy lejos de la sostenida por los redactores de la obra constitucional doceañista, plasmada con bastante claridad en el proemio de la primera norma gaditana:

Las Cortes generales y extraordinarias de la nación española, bien convencidas, después del más detenido examen y madura deliberación, *de que las antiguas leyes de la Monarquía, acompañadas de las oportunas reformas y providencias, que aseguren de un modo estable y permanente su entero cumplimiento, podrán llenar debidamente el grande objeto de promover la gloria, la prosperidad y el bien de toda la nación, decretan la siguiente Constitución [la cursiva es mía].*

Aunque ya a nadie le sorprenda que las diferentes argumentaciones puestas al servicio de la justificación del trasvase o retorno de la soberanía del Rey a los diferentes cuerpos estuvieran trufadas de referencias a la legislación histórica tanto en la Península como en América – es decir, a un orden previo cualesquiera que éste fuese –, sí conviene subrayar que el uso

de este tipo de argumentos ni fue entonces gratuito, ni puede hoy ser preferido por el historiador (Goldman 2007, pp. 169-186). De entre todas las consecuencias posibles, aquí se hará hincapié en dos: en primer lugar, deberíamos abandonar de una vez por todas la idea de que hubo una estrategia liberal consistente en aprovechar la legitimación historicista con objeto de distorsionarla en función de la consecución de unos nuevos – y claramente (pre)determinados – fines que presuponían el establecimiento de una nueva Constitución. Y, en segundo, que la fundamentación historicista de todos, o por no exagerar, de casi todos los discursos regeneradores de la Monarquía sirvió para (re)legitimar la vigencia de los antiguos cuerpos normativos que o bien atesoraban normas ¿generales? de la Monarquía, o bien guardaban los concretos privilegios de los diferentes cuerpos que la componían, fueran estos los que fueran (Rojas 2008, pp. 287-324).

Así las cosas, no resulta extraño, por ejemplo, que el artículo 6 de la Constitución quiteña aceptase el mantenimiento de la vigencia de las «las Leyes Patrias que hasta el presente han gobernado», que el Ayuntamiento de Puebla jurase la constitución comprometiéndose sus miembros a guardar «los fueros, privilegios y órdenes de esta nuestra ciudad» (Tecuanhuey Sandoval 2007, p. 342), que muchas autoridades públicas tuvieran que consultar si tal o cual disposición del Fuero Juzgo o de la Novísima Recopilación estaba derogada por la Constitución, o que, finalmente, las Generales y Extraordinarias se esforzaran en identificar las “antiguas leyes” que estaban reformando hasta el punto de que esta actividad llegó a molestar a muchos diputados quienes recordaron

la condición de «cuerpo constituyente» de las Cortes<sup>11</sup>. Y es que la argumentación historicista no sólo militaba en contra de la formalización de un concepto prescriptivo de constitución en la medida en que rebajaba, o, incluso, anulaba buena parte de la violencia que le era consustancial, sino que además vehiculaba una forma de pensar que afectaba al valor y calidad de las normas o, dicho de otro modo, a la situación de la ley en el nuevo orden de cosas (Clavero 1996a, pp. 419-346).

La debilidad del poder constituyente resultó ser un mal que debe situarse en la misma raíz de una muy notable – y propia – característica del constitucionalismo hispánico, cuál fue su incapacidad de identificar el término ley con su expresión formal en exclusiva (Martínez 2006a, pp. 65-83). A su vez, este punto de partida arrojaría consecuencias muy notables que se arrastrarían a lo largo de una cronología que los historiadores hacen coincidir con la de la formación del Estado liberal. La primera, sin duda, puede ponerse en relación con las enormes dificultades sufridas por el movimiento codificador tanto en la Península como en América a lo largo de todo el siglo XIX, unas dificultades que además deben explicarse en términos de rechazo a la violencia que conllevaba la implantación misma del Código en espacios comunitarios culturalmente ajenos a la política del derecho que aquél sintetizaba (Clavero 2000, pp. 141-233). En segundo, la apuesta historicista arrastró tanto en la Península como en toda América el de una cultura jurídica que bien puede identificarse con una suerte de *ius commune* crepuscular, y no precisamente con el o los arranques de una nueva ciencia jurídica dependiente de

un orden de legalidad que, sin embargo, se proclamó a uno y otro lado del Atlántico.

En definitiva, la fundamentación historicista que debilitaba la noción de poder constituyente sirvió para legitimar el mantenimiento –sin revisión– de una buena parte del orden antiguo, por lo que, con posterioridad, muchos extremos del mismo pudieron seguir jugando, no sin problemas, dentro de los nuevos marcos creados por los diferentes Estados más allá de la derogación de la Constitución doceañista. Expresado con las palabras de un muy conservador jurista:

La nuestra, después de casi treinta años de Revolución, no solamente de armas, sino de costumbres, gobierno y estado, lamenta y resiente mas que otra la compilación, diversidad e incertidumbre de las leyes. Las monárquicas de diversos siglos y códigos mezcladas con las constitucionales españolas, con las recopiladas y las no recopiladas de Indias, con las de la forma federal y con las de la central, las unas vigentes, en parte alteradas, en parte acomodadas: con nomenclaturas de autoridades, corporaciones y causas que han desaparecido, como virreyes, corregidores, intendentes, consulados, etc., y cuyas atribuciones se han distribuido, según naturaleza, entre los poderes legislativo, ejecutivo y judicial, forman caos tenebroso, retardan la administración de justicia, dificultan el despacho y el acierto de las autoridades, e impiden la instrucción (...)<sup>12</sup>.

### 3.3. Derechos y privilegios: un apunte

Sabido es que la operación individualizadora del sujeto obrada en el curso de las revoluciones rompió con el plurisecular concepto de *persona* acercando el término derecho a los individuos de carne y hueso (Clavero 1990, pp. 153-171).

También sabemos, sin embargo, que el primer constitucionalismo convivió sin hacer grandes aspavientos con la esclavitud, la servidumbre, el mantenimiento de la disciplina doméstica o, en otro orden no muy distanciado de cosas, con la negación del reconocimiento a pueblos enteros (Clavero 2008). Con todo, tanto en los Estados Unidos como en Francia se generó lo que podríamos denominar una *lógica de derechos*, en principio opuesta a otra antigua basada en el binomio petición/concesión de privilegios (Hunt 2009).

Esta última, sin embargo, estuvo muy presente en el experimento constitucional doceañista. El más ligero análisis nos demuestra que no fue sólo la norma general –Constitución incluida– la que disponía un orden de cosas, sino que a la espera de las reformas, o en pleno proceso de discusión de las mismas, se pudo seguir reclamando privilegios para grupos y no precisamente “extensión” de los derechos individuales a otros sujetos. Y es que si algo entretuvo a las Cortes Generales y Extraordinarias fue la tramitación de una auténtica avalancha de reclamaciones de “privilegios” para los cuerpos peninsulares o americanos, por lo que la lógica del privilegio anuló la del derecho individual aunque ahora el destinatario de las peticiones fuera la Nación representada y no el Rey (Hespanha 1993).

Los ejemplos se podían multiplicar hasta el infinito, pero si hay un episodio que en mi opinión da cuenta de la paralización, cuando no ahogamiento, de la lógica nueva por la antigua es el protagonizado por los Diputados americanos una vez que la vuelta de Fernando VII anuló todo lo realizado por las Cortes privando a los Diputados de su condición en 1814. Como ocurriera



*"Le Roi Philippe V d'Espagne et sa famille"*, autore Louis-Michel Van Loo, 1745

con muchos peninsulares, algunos fueron perseguidos y encarcelados, no obstante lo cual la mayoría de los americanos solicitaron al Monarca que se les permitiera promover ciertos asuntos que les habían encargado sus "representados", esto es, aquellos que en principio les habían otorgado poderes e instrucciones en el momento de su elección como Diputados a las Cortes de la Nación<sup>13</sup>. Fernando VII consideró conveniente "aprovechar" los conocimientos de sus súbditos americanos, por lo que las antiguas instrucciones se convirtieron en peticiones de justicia y gracia que serían tramitadas de forma tradicional, esto es, mediando consulta de los recuperados Consejo y Cámara<sup>14</sup>.

Sin duda, la "conversión" en peticiones degradó en su momento el valor político de las primitivas instrucciones, pero nos permite hoy (re)leerlas en un determinado sentido, a saber: tanto en el momento constitucional como en el absolutista, las instrucciones/peticiones se ajustaron a la lógica del privilegio corporativo y no a la de los derechos individuales. Por más que la Constitución doceañista afirmase que a la nación soberana le correspondía el derecho de establecer leyes fundamentales destinadas a conservar y proteger los derechos de los individuos que la componían, no hizo tabla rasa del pasado jurídico e institucional permitiendo que una serie de prácticas se (re)instalaron en el seno del experimento

constitucional gaditano. El vigor de la que se corresponde con lo que vengo denominando lógica de privilegios nos da cuenta de la limitada individualización del sujeto alcanzada por el constitucionalismo gaditano, y, por tanto, de la – difuminada, pero no por ello ausente – pervivencia de la antigua dualidad persona/individuo.

#### 4. «Revolución de nación»<sup>15</sup>. *La nación representada*

##### 4.1. *De elecciones y juramentos*

La convivencia de concepciones constitucionales a la que vengo refiriéndome también afectó a otros términos de importancia capital para la fijación de un nuevo lenguaje político.

En su versión centralizada, la soberanía se atribuyó a la Nación legisladora a pesar de lo cual ésta tuvo mucho de entelequia de difícil comprensión, puesto que la “reunión de los españoles de ambos hemisferios” necesitó de la articulación de su *representación* (Portillo 2008, pp. 99-134). Sin dudar de la relevancia de aquella declaración, que trastocaba por completo la atribución real por intercesión divina hasta entonces esgrimida, lo cierto es que la única depositaria real o material de la misma sólo pudo ser la *nación representada*, cuyo análisis, en mi opinión, no puede limitarse a la reproducción e interpretación de la discusión constituyente como a menudo se presenta. No obstante, sin salir por ahora de este terreno textual, recordaré que según la Constitución, ni todos los habitantes de los territorios hispánicos eran españoles, ni todos los españoles estuvieron llamados

a elegir o ser elegidos. Se ha dicho, y con razón, que la miopía metropolitana anuló el valor de su generosa concepción de la ciudadanía con la negación de la condición de españoles a los “originarios de Africa”, a lo que debe sumarse que tanto una serie de exclusiones – las de la mujer, el esclavo, el estado de sirviente doméstico, los trashumantes – como el velado mantenimiento de la tutela sobre los «indios infieles» (Clavero 2006; Junto, Luzón 2006, pp. 101-133), suspendieron la ecuación individuo=español/ciudadano (Clavero 2000, pp. 77-107) que se consignaría en otros textos hispánicos coetáneos<sup>16</sup>.

Las anteriores no son las únicas limitaciones a tener en cuenta a los efectos de valorar el proceso de individualización política de unos sujetos/españoles cuyo conjunto se supone conformaba la nación moderna. Ya en su momento el tipo de sufragio indirecto en cuatro grados por el que se decantó el constitucionalismo gaditano fue criticado por muchos que lo compararon en términos negativos con la simplicidad de los dos grados franceses (Salas 1982, pp. 187-200), no obstante lo cual en esto resultó ser similar otros americanos tales como el insurgente (Guedea 1991, pp. 201-249), o el mexicano que le sucedería (Barragán Barragán 2008).

Pero es que, además, si por algo se caracterizó dicho constitucionalismo fue por establecer una serie de filtros que distanciaron enormemente a los parroquianos/españoles de sus representantes en las Cortes, de tal manera que entre la declaración constitucional sobre la nueva ciudadanía, y la atribución en concreto de la condición de ciudadano, medió todo

un universo de caracteres premodernos. Expresado sintéticamente, aun cuando un tanto burdamente, ¿quiénes fueron en concreto ciudadanos – activos o pasivos – para el constitucionalismo gaditano? Más allá de las limitaciones consignadas en el propio texto constitucional, ciudadanos fueron quienes consiguieran ser incluidos en un censo<sup>17</sup>, y reconocidos como tales por las Juntas parroquiales correspondientes<sup>18</sup>, las cuales, a su vez, fueron instruidas unas Juntas preparatorias dotadas de un – casi – incontrolable poder reglamentario capaz de distorsionar o, incluso, anular lo dispuesto en la primera norma<sup>19</sup>.

La historiografía viene insistiendo en la identificación de la ciudadanía doceañista con la antigua vecindad (Herzog 2006), así como comprobando sobre el terreno su *adecuación* a las diversas tradiciones y circunstancias comunitarias. Sin embargo, lo que resulta más relevante a efectos de comprender uno de los pilares institucionales del constitucionalismo gaditano es la *dejación absoluta* de la concesión de la condición de ciudadano en múltiples manos, más que la inteligencia restrictiva y/o extensiva que éstas dieron a la constitucional voz ciudadanía en los diferentes lugares y momentos en los que se produjeron las elecciones<sup>20</sup>. A. Annino ha calificado dicha *dejación* como delegación (Annino 1995, p. 193), y, más extensamente, como «desliz de la ciudadanía», entendiendo por tal la conquista por parte de los pueblos de la nueva ciudadanía liberal en virtud de las «brechas institucionales que favorecieron la acción de los pueblos» contenidas en la Constitución de Cádiz (Annino 1999, pp. 63-93; 1995, pp. 143-176). Mas el término *dejación* remite expresamente al mecanismo que permitió

la existencia de múltiples interpretaciones de la normativa electoral<sup>21</sup>, o, dicho de otra manera, articuló la posible convivencia de las “constituciones” y la Constitución<sup>22</sup>, aun cuando la aplicación de la moderna primera norma supusiera en ocasiones la anulación de las antiguas<sup>23</sup>. Podemos seguir discutiendo hasta el infinito cuáles fueron las limitaciones que a la moderna ciudadanía impuso la Constitución, si se entendió que aquella última coincidía o no con la antigua vecindad, si las reaccionarias Audiencias o los nuevos, y muchas veces militares, jefes políticos bloquearon las diversas elecciones, si las antiguas repúblicas de indios utilizaron o reinterpretaron la Constitución con objeto de lograr un reforzamiento de las mismas, si las viejas oligarquías fueron o no desplazadas en virtud de la pugna electoral... pero no cabe duda de que fue la propia Constitución la que diseñó un derecho sin garantía, configuró institucionalmente la determinación/concesión comunitaria y católica de la condición de ciudadano y fió todo el control de todo ello a la *constitucionalización de la vieja responsabilidad de los ocupantes de los oficios*, con independencia de que, en última instancia, fueran las Cortes, y no sólo el Rey, quienes pudieran exigirla.

La Constitución de 1812 se extendió en la reglamentación minuciosa de los procedimientos electorales, siendo así que, andando el tiempo, este tipo de normativa dejará de tener espacio en los textos constitucionales tratándose de forma exenta. Así vistos, esto es, dando cuerpo material al contenido del término Nación, los mecanismos electorales adquieren una trascendental relevancia por cuanto que en ellos se materializa uno de los más importantes ejemplos de constitucionalización de concepciones

antiguas, si por tales entendemos las que vehiculan comprensiones antiindividualistas, ya que organización en grados del sufragio pone de relieve que el dato natural sobre el que recaían los beneficios del nuevo constitucionalismo seguían siendo aquellos cuerpos perfectos de los que nos hablara, entre tantos otros, Pérez Valiente. Con todo, no se pretende aquí desdeñar la importancia de la revolución que supuso tanto el diseño como el ejercicio en sus diferentes momentos y modalidades del sufragio, sino simplemente subrayar que el primer constitucionalismo no sólo seguía marcado por una impronta conceptual de signo corporativo o comunitarista, sino que la reprodujo (re)inventando una serie de mecanismos que sirvieron para fortalecerla en la medida en que la dotaba de nueva legitimidad<sup>24</sup>.

Este primer constitucionalismo no se caracteriza precisamente por establecer una relación directa entre la Nación y la Nación representada, por lo que con independencia de la modernización que supuso la reglamentación de las elecciones, la pirámide de cuerpos a la que se refería Guerra al tratar de las primeras realizadas a la Junta Central se reprodujo en sus perfiles más gruesos (Guerra 1992).

Consecuentemente, el mecanismo ideado para demostrar la fidelidad o acatamiento a la obra constitucional fue la institución del juramento constitucional, el cual, en principio, puede comprenderse como una versión de las antiguas juras regias (Rojas 2005); sin embargo, el juramento constitucional fue una (re)invención gaditana formulada por primera vez en los decretos de circulación y jura de la Constitución que tendría una extraordinaria floración en América más

allá del corte que supuso la independencia. Del juramento constitucional se han venido diciendo muchas cosas: versión católica de la fiesta revolucionaria, ceremonia barroca... (Morelli 1997 pp. 133-176). Sin embargo, debe hacerse hincapié en dos importantes extremos que no suelen ser tratados por la historiografía: en primer lugar, el juramento tuvo naturaleza corporativa, y en segundo y sobre todo, permitió formalizar la convivencia entre dos conceptos antagónicos de Constitución a la que vengo refiriéndome.

En definitiva, la ceremonia del juramento sirvió para aceptar la constitución moderna mediando contraste con la antigua corporativa, ya en numerosos lugares la primera norma se entendió como texto que debía sumarse al conjunto de los que formaban los privilegios de los cuerpos que juraban. La antigua lógica de la acumulación normativa, y, por ende, el escaso valor de la derogación quedaron bien asentadas, articulándose una convivencia entre dos conceptos constitucionales en la que primaba, sin duda, la preeminencia del antiguo sobre el nuevo<sup>25</sup>.

#### *4.2. De la persistencia de los cuerpos*

La inexistencia de vínculos directos entre la nación y la nación representada pone de relieve retrospectivamente el débil carácter estatal del aparato institucional de la Monarquía, y, con ello, el escaso calado de sus últimas reformas ilustradas. La lógica constitucional reprodujo la esencia de otra institucional propia del Antiguo Régimen mediante la cual se cedió a las corporaciones la organización y gestión

de las elecciones, así como del mismo reconocimiento del texto constitucional que se supone imponía un nuevo orden, aun cuando todo ello no significara que aquellos perfectos cuerpos no tuvieran que responder ante el tribunal de la Nación. Repárese en que, de no incluir esta última cuestión que entraña directamente con una reformulación constitucional del «*juzgar sin ser juzgados*» al que se refería Pérez Valiente, el constitucionalismo no habría supuesto la sustitución de una pirámide por otra, sino que la imagen se hubiera metamorfoseado en una suerte de mastaba albergadora de una confederación de cuerpos multitudinaria.

Sin embargo, las imágenes no son más que eso, imágenes, que en todo caso deben ser contrastadas con la realidad – textual –. Situados en ese plano, puede afirmarse que la primera norma gaditana trató de constitucionalizar una determinada estructura del Estado en la medida en que reguló la organización municipal y provincial. Sin embargo, a diferencia de lo que se suele admitir, el diseño consignado en el texto no fue cerrado ya que alojó en su seno una auténtica bomba de relojería, cual fue la regulación de un procedimiento consignado en el art. 310, por el que se concedía condición de municipio constitucional a cualquiera agrupación humana superior a mil almas. Éste es sin duda uno de los aspectos más tratados por la historiografía americanista, que nos viene hablando tanto de la importancia de las diputaciones provinciales como de revolución municipalista (Benson 1955; Annino, Guerra 2003), no obstante lo cual conviene detenerse en la valoración crítica de algunos lugares comunes.

El primero de ellos es el referido al carácter centralista que suele ser atribuido al texto y normativa gaditana referidos a la organización territorial, lo que permite valorar como transgresiones a su espíritu todas aquellas manifestaciones que pueden ser leídas en sentido contrario<sup>26</sup>. Ahora bien, si atendemos al carácter electivo de los cuerpos municipales y provinciales, a su valor estructurante del andamiaje nacional y, sobre todo, al derecho, que no concesión, de constituir municipios superadas las mil almas, deberíamos concluir que la vocación centralista que sin duda se infiere de muchos discursos pronunciados en las Generales y Extraordinarias tuvo mucho de voluntarista, por cuanto que se contradecía abiertamente con el procedimiento constitucionalizado en la primera norma (Muñoz de Bustillo 1998, pp. 179-214).

El segundo es que el compete a la naturaleza administrativa de los cuerpos locales y provinciales, que suele ser leída un tanto alegremente en términos de apoliticidad, lo que en principio contrasta con aquellas atribuciones electorales de las que antes dimos cuenta. Pero es que, además, si hay un campo indeterminado en el seno del constitucionalismo gaditano es el referido al de la Administración – con mayúsculas – por lo que resulta sensato preguntar(nos) retrospectivamente qué se entendió por tal y si cuestiones como las reguladas en el art. 321 (salubridad, comodidad, orden público, administración de bienes propios, escuelas, hospitales, caminos, montes, obras publicas, agricultura, industria, comercio...) no son hoy las que ocupan por excelencia el campo de lo político. Deberíamos, creo, *desnapoleonizar* un tanto nuestra mirada para entender lo que Cádiz constitucionalizó

(Mannoni 1995): el famoso – y antiguo – gobierno interior de los pueblos, que si bien pudo considerarse apolítico en el seno de una cultura que lo era por definición, dejó inmediatamente de serlo en el marco de otra eminentemente voluntarista como era la constitucional (Clavero 1996, pp. 419-465).

Y, finalmente, el tercero es el que se recrea en establecer distinciones respecto de lo ocurrido en la Península y en América, entendiendo que la lejanía, además de otras particularidades, mutó la lógica institucional deducible del texto de la primera norma. Sin despreciar en absoluto las distancias que en su día mediaron entre los diferentes territorios, la lógica institucional deducible de la puesta en planta de la normativa gaditana fue única, siendo así que lo que se produjo fue diferencias de grado y no de naturaleza. Pocos ejemplos resultan más oportunos que el de la suerte corrida por la justicia; relevantes estudios nos han enseñado que en muchas partes de América los nuevos ayuntamientos se arrogaron atribuciones jurisdiccionales más allá de las reconocidas por el texto gaditano (Morelli 2005); sin embargo, algo similar pasó en la Península, como bien puede documentarse en los espacios señoriales a los que el Decreto de reversión de los señoríos jurisdiccionales privó de justicias nombrados por el señor, siendo así que los ayuntamientos se atribuyeron la resolución de las causas en las que actuaban al mismo tiempo como parte.

En definitiva, y como bien afirma hoy un importante sector de la historiografía, fue el constitucionalismo gaditano y no ninguna inercia procedente del pasado de la Monarquía el que sentó las bases de una

suerte de neocorporativismo político de corte municipal que tendrá un esplendoroso futuro americano, puesto que se extendió mucho más allá de la derogación de la primera norma de 1812 determinando tanto la formación de los nuevos Estados cuanto sus más importantes reglas de juego.

## 5. *De las leyes y de su interpretación*

### 5.1. *La ley gaditana: Un brindis al sol*

Solamente la tiranía calculada de los mandarines españoles podía hacer gobernar tan inmenso territorio por unas mismas leyes á pesar de la diferencia enorme de climas, de temperamentos, y de su consiguiente influencia,

rezaba el Discurso preliminar de la Constitución mexicana de 1824. Queda muy lejos de mi intención tratar de rehabilitar a mis antepasados mandarines, pero no puedo estar en absoluto de acuerdo con la crítica transcrita por cuanto en su día medió un abismo entre deseo y realidad. El primero, sin duda, estaba consignado en el texto de la Constitución y consistía, como bien señalaba el discurso preliminar mexicano, en dotar de una única legislación a toda la Monarquía; sin embargo, la segunda resultó ser la consecuencia de esa inadecuación de instrumentos de la que se viene dando cuenta y, que en este concreto punto, adquiere unas dimensiones extraordinarias.

En vano se buscará a lo largo del texto constitucional doceañista una declaración comparable a la que recoge el art. 6 de la Constitución de Antioquia (1812):

Siendo la ley la expresión de la voluntad general, todas ellas deben ser unas reglas,

cuyos objetos sean universales y que no miren a un hombre como individuo, o a una acción determinada [...]

o la contenida en términos similares en el Decreto de Apatzigan:

La ley es la expresión de la voluntad general en orden a la felicidad común: esta expresión se enuncia por los actos emanados de la representación nacional.

Frente a éstas u otras similares formulaciones, la Constitución gaditana evitó definir la ley aunque por supuesto hablará de cómo debía de formarse, añadiendo, como ya se señaló, que unos sólo Códigos deberían regir en toda la Monarquía. Podemos seguir pasando las cuentas de un rosario interminable, valorando en términos comparativos las novedades que apuntaron en el primer constitucionalismo hispánico –nuevo concepto formal de ley, que implicaba igualdad ante la misma y que pretendía la generalidad a través de la Codificación–, pero si aplicamos el expediente del análisis cruzado de declaraciones e instituciones diseñadas para hacer aquéllas posibles el cuadro comienza a abombarse, o, si se me permite, a perder credibilidad (Martínez 2000).

Y es que, de entrada, recuérdese lo ya dicho sobre las consecuencias normativas de la historicista: no emergencia de un concepto formal de ley, dificultades en la derogación del legado histórico y, por tanto, acumulación normativa acompañada de un uso indiscriminado del viejo instrumento de la consulta. A todo ello debemos añadir que el mantenimiento de los mecanismos de circulación y publicación de las normas permanecieron intactos, siendo así que la publicación material de las normas, necesitada de

bandos, dejaba espacio a la interpretación de las autoridades responsables, como bien se puede comprobar, por ejemplo, en la famosa suspensión de la libertad del imprenta realizada por el Virrey de la Nueva España con objeto de paralizar la propagación del Plan de Iguala. Certo es que los entre los primeros decretos de las Cortes reiteraran una y otra vez que el continuismo en el terreno de la publicación no implicaba el de la aceptación del correspondiente a los mecanismos de rechazo, pero la acumulación de amenazas, tema por cierto muy conocido en el mundo antiguo, pregonaba que el recién nacido concepto de ley tenía dificultades para crecer y desarrollarse en un universo en el que muchos seguían considerando que el bando o la sobrecarta formaba cuerpo con la voluntad soberana de la nación representada. De nuevo, aquellos decretos nos hablan de las garantías imaginadas por el primer constitucionalismo, coincidentes sin más con la regulación de la responsabilidad por incumplimiento de las normas, por lo que, en consecuencia, así se trató la actuación de aquel Virrey, que fue denunciado ante las Cortes como infractor de la Constitución por la Diputación Provincial de la Nueva España.

Para poner orden en este panorama normativo que sin embargo reclamaba codificación se requería de instrumentos, siendo así que el primero de ello debería haber residido en la reforma del aparato de justicia y de sus modos o formas de hacer, que hasta entonces pivotaban sobre el arbitrio entendido como elemento estructural del gobierno de la justicia (Meccarelli 1998). Pues bien, es precisamente aquí cuando el cuadro gaditano comienza a dejar de ser creíble.

### 5.2. *De leyes y jueces*

El constitucionalismo doceañista mantuvo la vieja proscripción de motivar sentencias, despreció la instalación de cualesquiera mecanismos nomofilácticas, apenas reformó los cuerpos superiores de administración de justicia como bien se deduce de las Ordenanzas de las Audiencias de 1821, mantuvo la imagen antigua del juez de calidades añadiéndole simplemente las políticas y, en fin, fracasó en la instalación de jurados apostando fuertemente por la justicia de conciliación puesta en manos de los alcaldes y en el recurso de nulidad como medio de disciplinamiento del aparato de justicia basándose en el cuidado de las formas procesales sin atender al contenido de las sentencias.

De la Constitución y de las normas reformadoras del aparato de justicia se deduce que la justicia gaditana seguía siendo, porque podía, una justicia de hombres y no de leyes, silenciosa y por tanto no vinculada a la ley, atenta a las formalidades y despreocupada de las soluciones y, por supuesto, responsable (Martínez 1999). Así pues, el juez doceañista, heredero natural del juez perfecto, no tuvo como tarea la aplicación estricta de la ley, sino que debió seguir buscándola, consultando sobre su inteligencia a diversas instancias y, en definitiva, ateniéndose a unas formas que no habían sufrido demasiadas transformaciones excepto en el terreno que afectaba a las garantías penales consignadas en la Constitución (Alonso 2007, pp. 209-242). Este panorama se mantuvo inalterado en España a lo largo de todo el siglo XIX, y algo parecido, si no idéntico, sucedió en los territorios americanos que como ya señalé se mostraron tan resistentes como

el peninsular a la Codificación a lo largo de todo el siglo XIX.

Si hay algo en lo que el primer constitucionalismo hispánico fracasó incluso en el diseño fue en el correspondiente al aparato de justicia vinculado a la ley, lo que conllevaba una auténtica desprotección de la misma, tuviera ésta la formación y el ámbito territorial que tuviera. A su vez, todo ello arrastró una sustancial rebaja tanto de la dignidad como de la calidad de la ley general, cerró las puertas a la planificación y las abrió, si cabe un poco más, a la composición o al conflicto, esto es, a la resolución casuística tan bien conocida en la historia de la Monarquía Católica (Tau 1992). No es de extrañar que el primer constitucionalismo recurriera a ese instrumento antiguo del que vengo hablando una y otra vez: en ausencia de otras más adecuadas, la garantía de la ley se residenció en organización de la exigencia de responsabilidad de las autoridades públicas, la cual, a su vez, determinó la comprensión del principio de separación de poderes.

## 6. *De la separación de poderes: lo contencioso y lo gubernativo*

### 6.1. *El modelo*

En el mismo momento de su instalación, las Cortes Generales y Extraordinarias declararon que no resultaba "conveniente" que los poderes estuvieran reunidos<sup>27</sup>, lo que se tradujo en una serie de habilitaciones y prohibiciones a las instituciones que se entendían – por el momento – constituidas<sup>28</sup>. La ruptura constitucional

gaditana implicó que, en principio, ni las Cortes ni el Rey – o sus agentes – podían juzgar, sino solamente legislar y ejecutar lo legislado; sólo a los jueces y tribunales les era dable solucionar los conflictos, esta declaración afectó de plano al universo de lo contencioso, que en la experiencia jurídica inmediatamente anterior lo había ocupado todo o, por no exagerar, casi todo<sup>29</sup>.

Como ya he señalado, un sector importante de la historiografía ha venido haciendo hincapié en la deuda contraída por el constitucionalismo gaditano con el francés (García de Enterría 1992), que estableció claramente un campo autónomo al que denominaría administrativo dotándole de jurisdicción propia<sup>30</sup>, no obstante lo cual también la historiografía afirma inequívocay contradictoriamente, la vocación judicialista del constitucionalismo gaditano. Pues bien, tengo para mí que en también este punto la obra constitucional gaditana se ajustó al tejido institucional hispánico, aun cuando, en esto sí, creo que puede apreciarse algunas diferencias notables entre la creación peninsular del "modelo" y su puesta en planta en los territorios americanos.

Por de pronto, ni en la Constitución ni en la normativa gaditanas encontramos nada que permita hablar de otra jurisdicción que la común, con independencia de que se mantuvieran los fueros militar y eclesiástico. A ello debe añadirse que el Consejo de Estado creado por la primera norma en nada se asemejaba al napoleónico: en palabras de F. Martínez, dicho Consejo se concibió como una sombra del legislativo, aun cuando su vinculación con este último se siguió instrumentando a través de las conocidas "consultas" de tan larga tradición en la historia de la polisinodia

hispánica (Martínez 2006, pp. 557-580). Pero, sobre todo, si hay algo que desconoció el constitucionalismo doceañista fue la bomba de relojería que se alojaba en el artículo 75 de la Constitución del año VIII<sup>31</sup>: frente a la irresponsabilidad de los agentes y eclesiásticos franceses, que arrastraba el (des)conocimiento judicial de los conflictos entablados entre los ciudadanos y la Administración, el constitucionalismo doceañista radicó su garantía precisamente en lo contrario, esto es, en la exigencia de responsabilidad a los empleados públicos. Todos ellos, eclesiásticos incluidos, pudieron ser denunciados no sólo ante sus superiores sino ante las Cortes o el Rey exigiendo que se les abriera causa para deducir la responsabilidad que conllevaba haber infringido cualquiera de los 384 artículos que formaban la Constitución<sup>32</sup>, siendo así que tanto las unas como el otro estuvieron obligados a tramitar y fallar todos los recursos, anulando actos inconstitucionales y abriendo causa a los declarados infractores ante la instancias judiciales competentes.

Si bien desde los mismos comienzos de la revolución francesa se desencadenó una lógica que apuntaba a la conversión de todo lo tocado por los agentes en cuestión administrativa en la que jueces y tribunales no podían entrar aun cuando el asunto deviniera contencioso, la puesta en planta del modelo constitucional gaditano propiciará otra por completo distinta: todo lo tocado por las autoridades pudo convertirse en una infracción constitucional o en una causa por responsabilidad. La mera existencia del procedimiento por infracciones impidió la consolidación de cualquier jerarquía institucional en lo que respecta al cumplimiento de órdenes debido

a que nunca se pudo oponer la excepción de "obediencia debida" a los superiores, al mismo tiempo que la universalización de la exigencia de responsabilidad penal por parte de las Cortes a cualesquiera empleados o autoridades públicas desdibujó por completo la figura de los Secretarios de Estado y del Despacho. En resumidas cuentas, no es casualidad que la normativa doceañista hablase siempre de empleados públicos, de alcaldes constitucionales, de jefes políticos o, en fin, de administraciones provinciales o municipales, sin recurrir nunca al término Administración.

En otro orden de cosas, el procedimiento por infracciones dio un nuevo cauce a la inmanejable litigiosidad proveniente del Antiguo Régimen<sup>33</sup>; los antiguos "agravios" – de los individuos o de las corporaciones (Garriga 2009, pp. 45-111) – se tradujeron en infracciones a la Constitución y, con el tiempo, en simple responsabilidad por quebrantamiento del orden normativo tanto nuevo como viejo. Como ocurriera antaño, todos los asuntos gubernativos pudieron siempre convertirse en contenciosos, siendo así que, además, en cualquier momento de la tramitación de un expediente o causa se pudo plantear una denuncia por infracciones a la Constitución ante un abanico de instituciones en cuya cúspide estuvieron las Cortes. Desde la imposición de una multa o cobranza de un tributo a la privación de libertad, pasando por la organización de las elecciones, la atribución de competencias a una u otra autoridad o corporación y llegando al funcionamiento de la maquinaria judicial... todas las actuaciones de las autoridades se convirtieron en posibles causas por infracciones, aun cuando si bien la competencia para declarar su existencia

correspondió en última instancia a las Cortes, fueron los jueces y tribunales los que posteriormente debían seguir el proceso al infractor que respondía con su vida y su hacienda particulares.

Como ya he afirmado, la historiografía conviene en que el modelo constitucional gaditano respondió judicialmente a la cuestión de los contenciosos de la Administración, no obstante lo cual muchos autores advierten respecto de la existencia de una tendencia a sustraer de la jurisdicción comunes los asuntos gubernativos devenidos contenciosos. Pero aun cuando en principio se pueda suscribir esta tesis, la contraposición entre asuntos gubernativos y contenciosos con su correspondiente dualidad jurisdiccional resulta por completo irrelevante de quedar abierta la vía proporcionada por la exigencia de responsabilidad a los empleados públicos. Actuando así, las Cortes se convirtieron en una suerte de juez negativo de las conductas de las autoridades, pero las consecuencias de sus decisiones tuvieron un aroma muy antiguo puesto que de lo que se ocuparon fue de exigir la responsabilidad personal de los que al no obrar bien el oficio, quedaban desposeídos del mismo convirtiéndose en simples particulares.

Debe subrayarse que la *constitutionalización* de la responsabilidad de los nuevos titulares de los también nuevos oficios tuvo una consecuencia de capital importancia, puesto que bloqueó por completo la posibilidad de erigir una jurisdicción administrativa, lo cual, andando el tiempo, se convertirá en una marca común de todos o casi todos los nuevos Estados americanos. Yes que, sin duda, solo en América se aprecian verdaderamente las consecuencias de esa determinada

concepción de la responsabilidad que caracterizó como ninguna otra cosa el constitucionalismo gaditano.

## *6.2. La explosión jurisdiccional: el caso de la Nueva España*

A los estudiosos de la estructura corporativa americana no les extraña que muchos de los mecanismos diseñados por el constitucionalismo doceañista no repugnaran en la otra orilla del Atlántico. Por lo que respecta a la cuestión que ahora me ocupa, la Nueva España se comportó de manera si no distinta, sí particular a lo largo de los años en lo que de forma intermitente estuvo vigente el experimento constitucional doceañista. Un primer dato resulta altamente significativo: a diferencia de lo sucedido en la Península, los jueces de letras reclamados en la Constitución tardaron en llegar, o mejor, no llegaron nunca. Esto no quiere decir que en la Península su instalación fuera inmediata o perfecta, sin embargo, la generalización de las ausencias, sumada a la multiplicación de Ayuntamientos, fortaleció sin duda una lógica de dispersión que no resulta comparable a la peninsular.

Dado el contexto, no parece que el principal problema americano fuera delimitar los ámbitos de la justicia y de la administración, sino muy por el contrario el del reparto y control del espacio. No es por casualidad que en su historia del derecho administrativo Mannori y Sordi identifiquen el fin del mundo antiguo con la invención del espacio administrativo, haciendo coincidir este con la cancelación de la historicidad del territorio obrada por

la revolución (Mannori, Sordi 2003). Sin embargo, frente a la radical cirugía gala, la introducción en el mundo hispánico de una nueva lógica representativa permitió multiplicar los conflictos entre los cuerpos municipales que expresaron en un lenguaje tan viejo como conocido.

Y es que, en América, lo que se demandaron cuerpos y no su abolición: las provincias reclamaron la erección de Audiencias, Consulados, Obispados, Universidades y, sobre todo, Diputaciones; las ciudades también, además de pretender la concesión de diferentes títulos; los pueblos su ayuntamiento, y, en fin, todos o casi todos basaron sus demandas en el debido reconocimiento de sus méritos corporativos, fueran éstos patrióticos, heroicos, geográficos, económicos o simplemente paisajísticos. Por más que se dijese que sólo a la Nación representada correspondía la decisión de hacer una nueva división cuando se pudiera, en el ínterin, que resultará definitivo, la lógica de la redistribución del espacio seguía siendo la de la composición, marcada además por una conflictividad sin precedentes.

Esta última también tocó al principal elemento comisarial gaditano, el Jefe Político, enfrentado en numerosas ocasiones a los nuevos cuerpos que se fueron constituyendo. Quienes en principio debían ser los primeros agentes de la administración no contaron precisamente con mucha ayuda para obrar una renovación radical: colocados en la cúspide de un espacio que se mantenía abigarrado a la vez que cada vez más confuso por cuanto las nuevas líneas convivieron con las antiguas, los Jefes políticos, nuevos remedos de viejas autoridades de la Monarquía, no introdujeron novedad alguna en lo

que respecta a la gestión del gobierno económico y político de los cuerpos provinciales y municipales. Es más, en la medida en que estos últimos pretendieron reasumir la jurisdicción de las primeras instancias entrando en conflicto con los antiguos aparatos, los Jefes Políticos – entre otros – tuvieron que gestionar la conflictividad deducible de este nuevo foco de confrontación.

De forma un tanto grosera, la problemática de la historia de la diferenciación de los campos contencioso/gubernativo en tierras americanas se podría focalizar en el desarrollo de dos cuestiones, a saber: de un lado, en el seguimiento del realojo, si lo hubo, de los antiguos expedientes; de otro, en la identificación de las instancias resolutivas de los conflictos de atribuciones y sus correspondientes formas de proceder. Aun cuando pudiera parecer que la esta propuesta resulta apriorística a la vez a la vez que en exceso formal, lo cierto es que procede de una lectura de las *Actas de la Diputación del Yucatán*, verdadero pozo de información para los interesados por la problemática política e institucional deducible de la implantación del experimento constitucional en aquel territorio<sup>34</sup>. De las mismas se deduce que el mantenimiento de los antiguos cuerpos de justicia, las Audiencias, conllevó que la puesta en planta de la normativa que vehiculaba la separación de poderes se identificase, sin más, con el traslado y reparto de los expedientes que obraban en sus salas de gobierno. Repárese en que, de nuevo, esta distribución no implicaba que los dichos expedientes no pudieran volver una vez devueltos contenciosos, pero lo que reflejan las actas es que el traslado se efectuó.

No obstante, estas últimas dan cuenta de una problemática mucho más interesante

si cabe, cual es la de la nueva conflictividad generada por la aplicación de la normativa constitucional gaditana. Además de las consabidas peticiones respecto de la formación de ayuntamientos, así como las que corresponden a la demanda de cuerpos de todo tipo, las actas demuestran que la lógica constitucional descrita también se desarrolló al otro lado del Atlántico, aunque se expresó en términos muy particulares. La legitimación representativa de las Diputaciones, además del explícito encargo constitucional, las convirtió en la instancia natural de tramitación de los recursos por infracciones a la Constitución. Sin embargo, no parece que estuvieran muy seguras de su capacidad; una y otra vez, la Diputación del Yucatán preguntó sobre cómo debía resolver los expedientes, a pesar de que lo primero que hizo nada más constituirse fue integrar una comisión de infracciones. Expresado de otra manera: aquella Diputación abusó de la consulta y despreció el uso de los nuevos instrumentos recogidos en la normativa constitucional, por lo que no resulta extraño que en el Yucatán se redujese el ámbito de las infracciones a la materia política, siendo así que muchos de los conflictos que en la península se tramitaron por vía de infracciones siguieron entendiéndose en términos antiguos, esto es, muchos agravios siguieron siendo agravios y no devinieron en infracciones a la Constitución.

Si hubo un lugar refractario a la constitución de un espacio administrativo ése fue América<sup>35</sup>, en donde la lógica de composición que había dominado la gestión institucional no sólo se mantuvo, sino que se reformuló en virtud de las complicaciones introducidas por la aparición de nuevos sujetos y de algunas – pocas – nuevas reglas de juego. Si de nuevo

recurrimos a una imagen un tanto grosera, ésta nos diría que allí no se separaron los poderes, sino que se repartieron y redistribuyeron entre la multitud de viejos y nuevos cuerpos que convivieron en el experimento constitucional doceañista.

De aceptarse esta interpretación un tanto apresurada, la consecuencia resulta clara: la matriz jurisdiccional del constitucionalismo gaditano alcanzó proporciones desmesuradas al otro lado del Atlántico. Otra cosa distinta es como esta realidad, si así se me permite calificarla, se formalizaría en el constitucionalismo posterior, pero esta cuestión cae por completo fuera de la responsabilidad de estas páginas y de la competencia de quien las escribe<sup>36</sup>.

#### *7. Recapitulación*

He tratado de condensar hasta aquí las principales consecuencias que lleva aparejada una forma de ver el constitucionalismo. Aplicada al estudio de la primera experiencia constitucional doceañista, aquélla se basa esencialmente en los siguientes puntos: (i) Comprensión en sentido fuerte de su – declarado – carácter bihemisférico; (ii) valoración historicista de su fundamentación; (iii) localización del sujeto – corporativo – del primer constitucionalismo; (iv) estudio de los mecanismos de desprotección de la ley y de sus consecuencias; (v) análisis, también en sentido fuerte, de la garantía constitucional por excelencia, la responsabilidad y de sus consecuencias en orden (vi) a la determinación de la composición o versión gaditana de la separación de poderes y articulación de jurisdicciones correspondientes.

Todo ello me lleva a concluir que si nos creemos las palabras de nuestros antepasados, el primer constitucionalismo pivotaba en torno a la exigencia de responsabilidad entendida como garantía, lo que también de nuevo me lleva a concluir que la versión hispánica del moderno concepto de constitución concentró en aquella una buena parte de sus esfuerzos. No quiero decir que los diversos mecanismos de exigencia de responsabilidad funcionasen a satisfacción de todos, sino que el o los modelos constitucionales pueden verse desde ese concreto observatorio y que éste, a su vez, no resulta ser otra cosa que una constitucionalización de elementos bien conocidos: la petición de derechos, el reclamo de agravios y la exigencia de responsabilidad a quienes actúasen mal el oficio.

Dicho de otra manera, las deficiencias de la ley general moderna, atribuibles tanto al proceso de su formación cuanto a la insuficiencia de instrumentos para ponerla en planta, dejaron libre el espacio para que se reprodujeran las lógicas consensuales y conflictuales que habían caracterizado el funcionamiento de la corporativa Monarquía Católica durante siglos, no obstante lo cual la formalización constitucional operada sobre las mismas no resultó ser cuestión baladí, sino que por el contrario se convirtió en una pieza fundamental de la historia del constitucionalismo hispánico.

## Bibliografía

P. Alonso

[2007] *Las reglas de juego: herencia procesal y constitucionalismo*, en M. Lorente (coord.), *De la justicia de jueces a la justicia de leyes. Hacia la España de 1870*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, pp. 209-242;

J. Álvarez Junto, J. Moreno Luzón

[2006] (coords.), *La Constitución de Cádiz: historiografía y conmemoración*, Madrid, CEPC;

A. Annino

[1995] *Cádiz y la revolución territorial de los pueblos mexicanos 1812-1821*, en Id. (coord.), *Historia de las elecciones en Iberoamérica, siglo XIX*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, pp. 143-176;

[1999] *Ciudadanía 'versus' gobernabilidad republicana en México*, en H. Sábato (coord.), *Ciudadanía política y formación de las naciones. Perspectivas históricas de América Latina*, México, Fondo de cultura Económica / El Colegio de México, pp. 62-93;

[2008] *Imperio, constitución y diversidad en la América Hispana*, en «Historia mexicana», LVIII, 1 (Julio-Septiembre), pp. 179-227, también en <<http://nuevomundo.revues.org/33052>>;

A. Annino, F.X. Guerra

[2003] *Inventando la Nación. Iberoamérica, siglo XIX*, México, Fondo de Cultura Económico;

M. Artola

[1959] *Los orígenes de la España Contemporánea*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 2 vols.;

A. Ávila

[2008] *Las revoluciones hispanoamericanas vistas desde el siglo XXI*, en <[http://revistahistoria.universia.cl/pdfs\\_revistas/articulo\\_80\\_1224648339921.pdf](http://revistahistoria.universia.cl/pdfs_revistas/articulo_80_1224648339921.pdf)>;

M.J. de Azanza, G. O'Farril

[1815] *Memoria sobre los hechos que justifican su conducta política, desde marzo de 1808 hasta abril de 1814*, París, P. N. Rougeron;

J. Barragán Barragán

[2008] *Idea de la representación y la democracia en las Cortes de Cádiz*, en «Anuario Mexicano de Historia del Derecho», 20, pp. 19-73; también en <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/hisder/cont/20/cnt/cnt3/htm>>;

J. Barrientos

[1996] *Régimen de excepción y recursos de protección ante la jurisprudencia chilena*, en C. Peña González, *Práctica constitucional y derechos fundamentales*, Santiago

de Chile, Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, pp. 353-423;

N.L. Benson

[1955] *La Diputación provincial y el federalismo mexicano*, México, El Colegio de México;

G. Bigot

[1999] *L'autorité judiciaire et le contentieux de l'Administration. Vicissitudes d'une ambition (1800-1872)*, Paris, LGDJ;

[2002] *Introduction historique au droit administratif depuis 1789*, Paris, PUF;

C. Argüelles

[1809] *Observaciones sobre las Cortes de España y su organización*, Valencia;

B. Clavero

[1984] *La gran dificultad. Frustración de una Ciencia del Derecho en la España del siglo XIX*, en «Ius Commune», XII, pp. 91-115;

[1990] *Almas y cuerpos Sujetos de Derecho en la Edad Moderna*, en AA.VV., *Studi in memoria di Giovanni Tarello*, 1, Milano, Giuffrè, pp. 153-171;

[1995] *Tutela administrativa o diálogos con Tocqueville (a propósito de Une et indivisible de Manni)*, Sovrano tute de Manni, y un curso mío, en «Quaderni fiorentini», XXIV, pp. 419-465;

[1996] *Imperio de la Ley y Rule of Law: léxico jurídico y tópica constitucional*, en «Quaderni fiorentini», XXV, pp. 419-436;

[2000a] *Ama Llunku, Abya Yala: Indígena y Código Ladino por América*, Madrid, CEPC;

[2000b] *Cádiz como Constitución*, en *Constitución política de la Monarquía española, promulgada en Cádiz a 19 de marzo de 1812. Estudios*, vol. II, Sevilla, Universidad de Cádiz, Ayuntamiento de Cádiz, Casino Gaditano, pp. 77-107;

[2006] *Hemisferios de ciudadanía: Constitución española en la América indígena*, en J. Alvarez Junco, J. Moreno Luzón (coord.), *La Constitución de Cádiz, historiografía y conmemoración: homenaje a Francisco Tomás y Valiente*, Madrid, CEPC, pp. 101-142;

[2008] *El orden de los poderes*, Madrid, Trotta;

B. Clavero, P. Grossi, F. Tomás y Valiente

[1990] (coords.), *Hispania. Entre derechos propios y derechos nacionales: Atti dell'incontro di studio Firenze, Lucca, 25, 26, 27 maggio 1989*, Milano, Giuffrè;

L.M. de Lahaye Cormenin, vicomte de

[1819] *De la responsabilité des agents du gouvernement, et des garanties des citoyens contre les décisions de l'autorité administrative*, París, Baudoin frères;

- P. Costa  
 [1969] *Iurisdictio. Semantica del potere politico medioevale (1100-1433)*, Milano, Giuffrè;
- P. Cruz Villalón  
 [2008] *Una nota sobre Bayona en perspectiva comparada*, en E.Á. Conde, J.M. Vera Santos (coords.), *Estudios sobre la Constitución de Bayona*, Madrid, Wolters Kluwer, pp. 65-80;
- M. Fioravanti  
 [1996] *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las Constituciones*, Madrid, Trotta;
- [2000] *Constitución. De la Antigüedad a nuestros días*, Madrid, Trotta;
- E. García de Enterría  
 [1992] *La lengua de los derechos. La formación del Derecho Público europeo tras la Revolución francesa*, Madrid, Alianza Editorial;
- C. Garriga  
 [2004a] *Las Audiencias: Justicia y Gobierno de las Indias*, en F. Barrios (coord.), *El Gobierno de un mundo. Virreinatos y Audiencias en la América Hispánica*, Cuenca, Universidad de Castilla-La mancha, pp. 711-795;
- [2004b] *Orden jurídico y poder político en el Antiguo Régimen*, en «Istor: Revista de Historia Internacional», IV, 16, pp. 13-44;
- [2009] *Gobierno y Justicia: el gobierno de la Justicia*, en M. Lorente (coord.), *La jurisdicción contenciosa en España. Una historia de sus orígenes*, Madrid, CGPJ, pp. 45-111;
- C. Garriga, M. Lorente  
 [2007] *Cádiz, 1812. La Constitución jurisdiccional*, Madrid, CEPC;
- G. De Enterría  
 [1992] *La lengua de los derechos. La formación del Derecho Público europeo tras la Revolución francesa*, Madrid, Alianza Editorial;
- G. García  
 [1971] (coord.), *Documentos históricos mexicanos*, t. II, Nendeln/Liechtenstein, Kraus Reprint;
- N. Goldman  
 [2007] *El concepto de 'Constitución' en el Río de la Plata (1750-1850)*, en «Araucaria. Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades», 17, pp. 169-186;
- M.R. González  
 [1988] *El derecho civil en México (Apuntes para su estudio)*, México, UNAM;
- D. Grimm  
 [2006] *Constitucionalismo y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta;
- V. Guedea  
 [1991] *Los procesos electorales insurgentes*, en «Estudios de Historia Novohispana», 11, pp. 201-249;
- F.X. Guerra  
 [1992] *Modernidad e Independencias. Ensayos sobre las revoluciones hispánicas*, Madrid, MAPFRE;
- A. Hernández  
 [1993] *La tradición republicana del buen gobierno*, México, El Colegio de Michoacán/FCE;
- T. Herzog  
 [2006] *Vecinos y extranjeros. Hacerse español en la Edad Moderna*, Madrid, Alianza Editorial;
- A.M. Hespanha  
 [1986] *Visperas del Leviatán. Instituciones y poder político (Portugal, siglo XVII)*, Madrid, Taurus;
- [1990a] *'Dignitas Numquam Moritur'. On a durabilidad do poder no Antigo Regime*, en AA.VV., *Centralismo y autonomismo en los siglos XVI-XVII. Homenaje al Profesor Jesús Lalinde Abadía*, Barcelona, Universidad de Barcelona, pp. 445-455;
- [1990b] *Justiça e Administração entre o Antigo Regime e a Revolução*, en B. Clavero, P. Grossi, F. Tomás y Valiente (coords.), *Hispania. Entre derechos propios y derechos nacionales: Atti dell'incontro di studio Firenze. Lucca, 25-26, 27 maggio 1989*, Milano, Giuffrè, pp. 135-203;
- [1993] *La gracia del Derecho. Economía de la cultura en la Edad Moderna*, Madrid, CEC, 1993;
- L. Hunt  
 [2006] *La Diputación Provincial de Yucatán. Actas de sesiones, 1813-1814, 1820-1821*, México, Instituto Mora;
- [2009] *La invención de los derechos humanos*, Barcelona, Tusquets;
- A. Lempérière  
 [2003] *De la república corporativa a la nación moderna (1821-1860)*, en A. Annino, F.-X. Guerra (coords.), *Inventando la Nación. Iberoamérica. Siglo XIX*, México, FCE, pp. 316-346;
- [2004] *Entre Dieu et le Roi, la République. Mexico, XVI<sup>e</sup>-XIX<sup>e</sup> siècles*, París, Les Belles Lettres;
- [2005] *¿Nación moderna o república barroca? México 1823-1857*, en «Nuevo Mundo Mundos Nuevos», BAC, también en <<http://nuevomundo.revues.org/index648.html>>;
- A. Lira  
 [1983] *Comunidades indígenas frente a la ciudad de México. Tenochtitlan y Tlatelolco, 1812-1919*, Zamora, Mich, El Colegio de México/El Colegio de Michoacán;
- [2004] *Orden público y jurisdicción en el siglo XIX. El contencioso administrativo español visto desde el constitucionalismo mexicano*, en «Istor: Revista de Historia Internacional», 16, pp. 195-206;

## Lorente Sariñena

M. Lorente

- [1988] *Las infracciones a la Constitución de 1812. Un mecanismo de defensa de la Constitución*, Madrid, CEC;
- [2001] *La Voz del Estado. La publicación de las normas (1810-1889)*, Madrid, CEPC;
- [2007] (coord.), *De la justicia de jueces a la justicia de leyes. Hacia la España de 1870*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid;
- [2010] *La Nación y las Españas. Estudios sobre el constitucionalismo gaditano*, Madrid, UAM;
- [en prensa] *División de Poderes y contenciosos de la Administración*, México, Instituto Mora;
- [en prensa] *Esencia y valor del constitucionalismo gaditano*, México, FCE;

M. Lucena

- [2010] *Naciones rebeldes. Las revoluciones de independencia latinoamericanas*, Madrid, Taurus;

L. Mannori, B. Sordi

- [2003] *Storia del Diritto Amministrativo*, Roma-Bari, Laterza;

A.P. Marqués de Bajamar

- [2002] *Discursos al Consejo de Indias*, (edición y estudio preliminar de M<sup>a</sup> Soledad Campos Díez), Madrid, CEPC;

F. Martínez

- [1999] *Entre confianza y responsabilidad. La Justicia del primer constitucionalismo español (1810-1823)*, Madrid, CEPC;
- [2002] *Ley expresa, clara y terminante. Orden normativo y paradigma jurisdiccional en el primer constitucionalismo español*, en «Historia Constitucional», 3, también en <<http://www.seminariomartinezmarina.com/ojs/index.php/historiaconstitucional/article/view/171/153>>;
- [2006a] *Comercio y producción normativa en la crisis del antiguo régimen hispano. Examen histórico jurídico de la orden apócrifa de 1810*, en «Opinión jurídica», V, 10, Medellín Colombia, Universidad de Medellín, pp. 65-83;
- [2006b] *Juzgar sin ser juzgado: El constitucionalismo gaditano como constitucionalismo jurisdiccional*, en M. Chust (coord.), *Doceañismos, Constituciones e Independencias*, Madrid, Mapfre, pp. 79-97;
- [2006c] *La función consultiva y el Consejo de Estado gaditano*, en «Historia Contemporánea», 33, pp. 557-580;

E. Martiré

- [2000] *La Constitución de Bayona entre España y América*, Cuadernos y Debates 101, Madrid, CEPC-BOE;

M. Meccarelli

- [1998] *Arbitrium. Un aspetto sistematico degli ordinamenti giuridici in età di diritto commune*, Milano, Giuffrè;

F. Morelli

- [1997] *La publicación y el juramento de la Constitución de Cádiz en Hispanoamérica. Imágenes y valores, 1812-1813*, en J.M. Scholz, T. Herzog (eds.), *Observation and Communication: The construction of Realities in the Hispanic World*, Frankfurt, Vittorio Klostermann, pp. 133-176;
- [2005] *Territorio o Nación. Reforma y disolución del espacio imperial en Ecuador, 1765-1830*, Madrid, CEPC;

C. Muñoz de Bustillo

- [1998] *Los 'otros' celadores del orden constitucional doceañista: diputaciones provinciales y ayuntamientos constitucionales*, en J.M<sup>a</sup> Iñurritegui, J.M<sup>a</sup> Portillo (coords.), *Constitución en España. Orígenes y destinos*, Madrid, CEPC, pp. 179-214;

V. Peralta Ruiz

- [2008] *El impacto de las Cortes de Cádiz en el Perú. Un balance historiográfico*, en «Revista de Indias», LXVIII, 242, pp. 67-96;

J. Pérez Valiente

- [2000] *Derecho Público Hispánico*, (estudio preliminar de P. Fernández Albaladejo y traducción de M<sup>a</sup> Angeles Durán), Madrid, CEPC;

R. Polo

- [2008] *Absolutismo, afrancesamiento y constitucionalismo. La implantación del régimen local liberal (Salamanca, 1808-1814)*, Valladolid, Junta de Castilla y León;

J.M. Portillo

- [1998] *Crisis atlántica. Autonomía e Independencia en la crisis de la Monarquía española*, Madrid, Fundación Carolina/Marcial Pons;
- [2000] *Revolución de Nación. Orígenes de la cultura constitucional en España, 1780-1812*, Madrid, Boletín Oficial del Estado;
- [2006] *Crisis atlántica, autonomía e independencia en la crisis de la monarquía hispana*, Madrid, Marcial Pons;
- [2008] *Crisis e Independencias. España y su Monarquía*, en «Historia mexicana», LVIII, 1, pp. 99-134;

J.E. Rodríguez

- [2006] *The Independence of Spanish America*, Cambridge, Cambridge University Press;

J.N. Rodríguez de San Miguel

- [1991] *Pandectas Hispano-Mexicanas*, (estudio introductorio de María del Refugio González), t. I, México, UNAM, , pp. XI-XII;

B. Rojas

- [2007] (coord.), *Cuerpo político y pluralidad de derechos. Los privilegios de las corporaciones novohispanas*, México, CIDE/Instituto Mora;

- [2008] *Las ciudades hispanas ante la crisis: entre la antigua y nueva Constitución*, en «Historia mexicana», LVIII, 1, pp. 287-324;
- R. Salas  
 [1982] *Lecciones de Derecho Público constitucional*, Madrid, CEC, (edición que reproduce la publicada en Madrid: Imprenta del Censor, 1821);
- J.A. Serrano Ortega  
 [2001] *Jerarquía territorial y transición política. Guanajuato, 1790-1836*, México, El Colegio de Michoacán/Instituto Mora;
- I. Simón Ruiz  
 [2004] *Los actores políticos poblanos contra el centralismo. Contribuciones a la formación del primer federalismo mexicano. 1808-1826*, Ayuntamiento de Cádiz, Fundación Municipal de Cultura/Exmo, p. 130;
- F. Suárez  
 [1982] *El proceso de convocatoria a Cortes (1808-1810)*, Pamplona, EUNSA;
- V. Tau  
 [1992] *Casuismo y sistema*, Buenos Aires, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho;
- A. Tecuanhuey Sandoval  
 [2007] *Puebla, 1812-1825*, en J. Ortiz Escamilla, J.A. Serrano Ortega (coords.), *Ayuntamientos y liberalismo gaditano en México*, Zamora Michoacán, El Colegio de Michoacán, Universidad Veracruzana, p. 342;
- F. Tomás y Valiente  
 [1993-1994] *Dos libros para una misma historia*, en «Anuario de Historia del Derecho Español», 63-64, pp. 1255-1256;
- J. Vallejo  
 [1992] *Ruda equidad, ley consumada. Concepción de la potestad normativa (1250-1350)*, Madrid, CEPC.
- <sup>1</sup> Este texto resume una serie de propuestas interpretativas procedentes de investigaciones realizadas con anterioridad: Lorente 1988; 2001; 2010; Garriga, Lorente 2007; Lorente 2007. Asimismo, en prensa se encuentran dos trabajos: "División de Poderes y contenciosos de la Administración" (México, Instituto Mora) y "Esencia y valor del constitucionalismo gaditano" (Méjico, FCE). Finalmente, estas páginas son un resultado del proyecto de investigación SEJ2007-66448-Co2-02.2.; De Azanza, O'Farril 1815, p. 66.
- <sup>2</sup> Ávila 2008; Lucena 2010; Annino 2008.
- <sup>3</sup> Uno de los más importantes ejemplos de "explosión" de lenguaje constitucional fue la respuesta a la *Consulta al País* lanzada por la Junta Central. Sobre la misma, vid. Artola 1959; Suárez 1982 (debe subrayarse que en estas obras no se hace referencia a la gestión que de la consulta se hizo en tierras americanas).
- <sup>4</sup> Cfr. por ejemplo la famosa proclama contenida en el Real Decreto de 25 de Mayo de 1808, en el que dando cuenta de las renuncias se convocaba una asamblea en Bayona: *Gaceta de Madrid*, 3 de Junio de 1808, n. 53, p. 530 (el texto en francés en *Gazette Nacional ou le Moniteur universel*, 18 de Junio de 1808, n. 13, trimestre I, pp. 221-231).
- <sup>5</sup> Para la banda peninsular, cfr. la famosa Centinela de Capmany (utilizo la edición digital: <<http://www.cervantesvirtual.com/FichaObra.html?Ref=1191>> y, para la americana, «Memoria postuma del Sindico del Ayuntamiento, Lic. D. Francisco Primo de Verdad y Ramos, en que, fundando el derecho de soberanía del pueblo, justifica los actos de aquel cuerpo (12 de Septiembre de 1808)», en García 1971, t. II, p. 158.
- <sup>6</sup> Un ejemplo coetáneo en Argüelles 1809, pp. 53-70. La repercusión del texto de Bayona en Martíre 2000, pp. 99-108. Sobre el papel de Bayona en el conjunto constitucional napoleónico, Cruz 2008, pp. 65-80.
- <sup>7</sup> Reglamento constitucional provisorio chileno de 1812, Constituciones de Cartagena, Tunja o Cundinamarca, Constitución quiteña de 1812, Constitución federal venezolana de 1811, Constitución de Cádiz de 1812... Textos accesibles en: <<http://www.cervantesvirtual.com/portal/constituciones>>.
- <sup>8</sup> Lempérié 2003, pp. 316-346; 2005, <<http://nuevomundo.revues.org/index648.html>>; 2004. Vid. también la interesante colección de textos en Rojas 2007.
- <sup>9</sup> Cfr. Portillo 2006, *passim*.
- <sup>10</sup> La identificación de la Monarquía como una república de repúblicas estaba muy viva en el pensamiento hispánico prerrevolucionario. Un ejemplo en el famoso "Discurso exhortatorio pronunciado en el Supremo Consejo de las Indias el día 2 de Enero de 1785", por

- el Exmo Sr Marqués de Bajamar 2002, p. 40.
- <sup>11</sup> DD.SS., s. de 25 de Agosto de 1811.
- <sup>12</sup> Rodríguez de San Miguel 1991, t. I, pp. XI-XII. Sobre esta cuestión, vid. también González 1988, 197 pp. (y, en especial, las dedicadas al análisis del "Derecho de transición", pp. 115-136). Sobre la baja calidad de la ciencia jurídica española decimonónica, vid. Clavero 1984, pp. 91-115.
- <sup>13</sup> Archivo General de Indias, (=AGI), Indiferente, leg. 1354.
- <sup>14</sup> Dejando un rastro documental que hoy se conserva en AGI, Indiferente, leg. 1355.
- <sup>15</sup> La expresión procede de Portillo 2000.
- <sup>16</sup> Art. 13 de la Constitución de Apatzingán: «Se reputan ciudadanos de esta América todos los nacidos en ella».
- <sup>17</sup> Los eclesiásticos fueron los censos o padrones más utilizados, lo que arrastró la permanencia de una serie de valoraciones o clasificaciones respecto de las calidades de los sujetos que poco o nada tenían que ver con el nuevo concepto de ciudadanía: así, por ejemplo, términos tales como gentes de razón, ciudadanos honrados, buenos católicos, hijos legítimos... y un largo etcétera, tuvieron cabida en los listados electorales.
- <sup>18</sup> La utilización de censos eclesiásticos en las Provincias Interiores y México en Benson, 1955, p. 29 y Lira 1983, p. 57.
- <sup>19</sup> Recogido en el art. 9 de la *Instrucción conforme á la cual deberán celebrarse en las provincias de ultramar las elecciones de Diputados de Cortés para las ordinarias del año próximo de 1813*. Un relato de las "inconstitucionales" consecuencias en: Simón Ruiz 2004, p. 130.
- <sup>20</sup> Hernández 1993, pp. 25-26 afirma que en las elecciones realizadas en Cuahtla, Amilpa y Yantapéc, a excepción de los esclavos, votaron todos – mulatos, negros...
- <sup>21</sup> Sobre el tratamiento historiográfico de las mismas en el espacio peruano se pronuncia Peralta Ruiz 2008, *passim*.
- <sup>22</sup> Aunque con limitaciones: sobre la problemática de antiguos y nuevos poderes Clavero, "Intrigas de Trifón y Anastasio", op. cit., pp. 236-243.
- <sup>23</sup> Este fue el caso de las algunas de las parcialidades indígenas de la ciudad de México que fueron absorbidas por el Ayuntamiento perdiendo con ello la capacidad de autogestión de su patrimonio. Lira 1983, op. cit. p. 28.
- <sup>24</sup> Por todos, vid. Portillo 2000.
- <sup>25</sup> Así, por ejemplo, el Ayuntamiento de Puebla juró la constitución comprometiéndose sus miembros a guardar también «los fueros, privilegios y órdenes de esta nuestra ciudad». Tecuanhuey Sandoval 2007, p. 342.
- <sup>26</sup> Un ejemplo reciente en Polo 2008.
- <sup>27</sup> *Diario de Sesiones de las Cortes Generales y Extraordinarias, - 1810*. N. 1 (24-09-1810) al N. 96 (31-12-1810), Cádiz, [s.n.], 1810-1813, p. 3, <[www.cervantesvirtual.com](http://www.cervantesvirtual.com)>.
- <sup>28</sup> Decreto I. *Colección de los decretos y órdenes que han expedido las Cortes Generales y Extraordinarias desde su instalación en 24 de septiembre de 1810 hasta igual fecha de 1811*, Cádiz: Imprenta Real: 1811, <<http://www.cervantesvirtual.com>>.
- <sup>29</sup> Hespanha 1990, pp. 135-203. Una perspectiva americana en Garriga 2004, pp. 711-795.
- <sup>30</sup> Bigot 2002, 1999. En términos más generales, Mannori, Sordi 2003.
- <sup>31</sup> Un análisis coetáneo en De Lahaye, vicomte de Cormenin 1819.
- <sup>32</sup> Arts. 372 y 373 de la Constitución.
- <sup>33</sup> Un ejemplo en Barrientos 1987, pp. 353-423.
- <sup>34</sup> *La Diputación Provincial de Yucatán. Actas de sesiones, 1813-1814, 1820-1821*, Instituto Mora, México, 2006.
- <sup>35</sup> Un desarrollo posterior en Lira 2004, pp. 195-206.
- <sup>36</sup> La vinculación entre los dispositivos imaginados por el constitucionalismo gaditano y la posterior articulación del juicio de amparo mexicano ha sido puesta de relieve en numerosas ocasiones por J. Barragán Barragán.



# El constitucionalismo español en su contexto comparado

JOAQUÍN VARELA SUANZES-CARPEGNA

## 1. *De Bayona a Cádiz: la huella francesa*

Durante el reinado de Carlos III (1759-1788) comienza ya en España un debate sobre la Constitución, espoleado por la difusión del pensamiento constitucional, sobre todo el francés y el británico. Las Sociedades de Amigos del País, la prensa y los cada vez más frecuentes viajes al extranjero por parte de la élite ilustrada, son los principales medios de penetración de las nuevas ideas, que no se detiene, aunque sí retrocede, tras la toma de la Bastilla. Manuel de Aguirre, León Arroyal, Valentín Foronda, Cabarrús y Jovellanos son algunos de los principales protagonistas de este primer debate constitucional.

Pero sólo tras la invasión napoleónica se intentó construir en España un Estado constitucional. La primera Constitución que lo hizo no fue la de Cádiz, como es frecuente afirmar desde un inequívoco prejuicio nacionalista, sino el Estatuto aprobado en la Bayona francesa el 6 de julio

de 1808, con el que se pretendió legitimar el nuevo orden político creado un par de meses antes por la abdicación de Carlos IV a favor de Napoleón, quien, en uso de su soberanía, designó poco después a su hermano José Rey de las Españas y de las Indias.

En la redacción del Estatuto intervino una Junta de notables españoles (los llamados «afrancesados» o, con más rigor, «josefinos»), la mayor parte de ellos afectos al despotismo ilustrado, como el influyente Azanza, que veían en la ocupación militar francesa una posibilidad de modernizar la monarquía española sin los peligros de la revolución. El margen de maniobra de esa Junta fue ciertamente muy escaso, pues, tras sólo una semana de debate, se limitó a dar el visto bueno a un texto redactado previamente por Maret y por el propio Napoleón, en el que apenas se introdujeron algunas reformas con el fin de darle una pátina más española. El principal modelo del Estatuto fue la Constitución francesa del año VIII, de acuerdo con las innovaciones

que introdujo en ella el Senado-Consulto del año XII (1804). Un modelo que, sin estas innovaciones, se había implantado ya en otros territorios dominados por Napoleón, como Holanda, Nápoles, Westfalia y el Gran Ducado de Varsovia.

El Estatuto se inspiraba en el principio monárquico, que recogía de forma explícita su preámbulo:

en nombre de Dios Todopoderoso: Don Josef Napoleón, por la gracia de Dios, Rey de las Españas y de las Indias: habiendo oído a la Junta Nacional... Hemos decretado y decretamos la presente Constitución.

En coherencia con este principio, la mayoría de la Junta de Bayona concibió el Estatuto como una Carta otorgada, que emanaba en exclusiva de la voluntad del rey. Sólo una minoría sostuvo su carácter pactado, más acorde con el tradicional derecho público español, que incluso parecía recoger también el preámbulo cuando se refería a la nueva norma como una "ley fundamental" y como la base de un pacto que unía a los "pueblos" con el Rey y a éste con aquéllos. Pero con estas palabras no se quería aludir al acuerdo entre dos sujetos supuestamente co-soberanos, sino al Rey como único soberano y a sus súbditos, desde una consideración quasi patrimonial del Estado. Un Estado en cuyo centro el Estatuto situaba el monarca, auxiliado por unas Cortes estamentales y meramente consultivas.

A pesar de su carácter autoritario, el Estatuto reconocía la libertad individual frente a detenciones arbitrarias, la libertad de imprenta, la igualdad fiscal y de fueros, la inviolabilidad de domicilio, la abolición del tormento, la supresión de privilegios y la promoción de los funcionarios de acuerdo con su mérito y capacidad. La

protección de la libertad individual y de la libertad de imprenta se encomendaba al Senado, que, pese a su nombre, no era un órgano legislativo. Se trataba de otro órgano consultivo del Rey, al que se atribuía también, en consonancia con lo que Sieyes había sustentado, la defensa de la Constitución, para lo que podía fiscalizar la labor de los Secretarios del Despacho, designados y destituidos libremente por el monarca.

El Estatuto de Bayona sólo se aplicó en la España ocupada por los franceses y aun así de forma muy imperfecta, debido a la guerra. Además, su artículo 143 prescribía la gradual entrada en vigor de esta Constitución a través de sucesivos edictos regios, que nunca llegaron a aprobarse. En realidad, aunque su cauto autoritarismo reformista fuese acogido posteriormente por el sector más conservador del liberalismo español, la principal contribución del Estatuto a la historia de España consistió en haber alentado la aprobación de la Constitución de 1812. Su contrapunto "patriótico" y liberal.

Esta Constitución la elaboraron, en medio de los cañonazos franceses, las Cortes reunidas primero en la Isla de León a partir del 24 de septiembre de 1810 y pocos meses después en la ciudad de Cádiz, la más liberal y cosmopolita de España. Descartado el modelo constitucional de los Estados Unidos de América, que a lo sumo resultaba atractivo de forma muy parcial a algunos diputados procedentes de la América española, tan sólo había dos modelos constitucionales válidos para los diputados liberales, en quienes descansó de manera principal el proceso constituyente: el británico y el francés de 1789-1791. Algunos aspectos del primer modelo, como el Jurado y la libertad de Imprenta,

suscitaban entre ellos alta estima, pero había otros que resultaban incompatibles con su proyecto revolucionario, como la extensión de la prerrogativa regia (entonces no se conocía bien la transferencia de poder de la Corona a un Gabinete responsable ante los Comunes) y el carácter aristocrático de la Cámara de los Lores. Los diputados liberales no eran, pues, propiamente anglófilos, a diferencia de Jovellanos, quien desde la invasión francesa había apostado por vertebrar en España una monarquía similar a la británica, la gran aliada contra Napoleón, de acuerdo con las sugerencias de Lord Holland y de su colaborador el doctor Allen. Una alternativa anglófila que también defendió José María Blanco-White desde las páginas de «*El Español*», publicado en Londres, aunque desde una anglofilia constitucional más fiel a la realidad política británica que la del ilustrado gijonés.

En realidad, las ideas nucleares de Argüelles, Toreno y Juan Nicasio Gallego, por mencionar tan sólo a algunos destacados diputados liberales, procedían del iusnaturalismo racionalista (Locke, Rousseau, Sieyes), de Montesquieu, una autoridad también para los diputados realistas, sobre todo por su doctrina de los cuerpos intermedios, y de la cultura enciclopedista (Voltaire, Diderot). Esta influencia foránea se mezcló con la del historicismo nacionalista medievalizante, desde el que se pretendía engarzar las nuevas ideas constitucionales con los códigos medievales de los reinos hispánicos, como afirmaba el discurso preliminar a la Constitución de 1812, redactado por Argüelles bajo el influjo de Martínez Marina. En algún caso, como el de los clérigos Muñoz Torrero y Oliveros, estos dos veneros doctrinales

se mixturaron con el de la neoescolástica española del Siglo de Oro, mientras que en Argüelles, que había vivido en Londres entre 1806 y 1808, enviado por Godoy, se detecta el eco de utilitarismo de Bentham. De esta manera los diputados liberales defendieron en las Cortes de Cádiz una alternativa constitucional sustancialmente igual a la que habían defendido los "patriotas" en la Asamblea francesa de 1789-1791, pero con un lenguaje a veces muy distinto. En lugar de las invocaciones al pacto social y a los derechos naturales (que tampoco dejó de hacer Toreno), la mayor parte de los diputados liberales prefirió traer a colación las restricciones a la autoridad regia reconocidas en las leyes castellanas, navarras y aragonesas, y exaltar las libertades de los españoles antes de que la "monarquía gótica" fuese arrumbada por el "despotismo ministerial" de Austrrias y Borbones.

No resulta extraño, por todo ello, que para estos diputados el más influyente modelo constitucional extranjero, aunque se cuidasen mucho de reconocerlo, fuese el que se había vertebrado en Francia a partir de la Declaración de Derechos de 1789 y de la Constitución de 1791, basado en la soberanía nacional y en una concepción muy rígida de la división de poderes. Dos principios que se recogieron en el primer Decreto expedido por las Cortes de 1810 y en la Constitución de 1812. De acuerdo con ellos, este código convertía al monarca (cuya ausencia es fundamental para entender el atrevimiento con que se limitaron sus poderes seculares) en siervo de unas Cortes unicamerales, elegidas por un amplio cuerpo electoral (la intervención del pueblo en la Guerra de la Independencia no hubiera permitido otra cosa), aunque de

modo indirecto. A estas Cortes se atribuía de manera primordial la dirección política del Estado en ciernes.

Ahora bien, la Constitución de Cádiz no fue un mero trasunto de la de 1791, como se ponía de relieve en el mismo preámbulo, que además de reiterar el deseo de engarzar la Constitución con los viejos códigos de la Monarquía medieval española, un historicismo por completo ajeno a la Constitución francesa, invocaba a «Dios todopoderoso, Padre, Hijo y Espíritu Santo», como «Autor y Supremo Legislador de la Sociedad». En realidad, esta Constitución estaba impregnada de un fuerte contenido católico, inexistente en el de la nación vecina. El código doceañista carecía, además, de una declaración de derechos. No fue un olvido involuntario. Se rechazó expresamente una declaración de esta índole para no dar lugar a nuevas acusaciones de «francesismo» por parte de los diputados realistas, muy eficaces en aquel contexto bélico. No obstante, la Constitución de Cádiz reconocía a lo largo de su articulado algunos derechos individuales consustanciales al constitucionalismo liberal. Así, el artículo cuarto, de claro sabor lockeano, obligaba a la nación a «conservar y proteger por leyes sabias y justas la libertad civil, la propiedad, y los demás derechos legítimos de todos los individuos que la componen». Otros preceptos, en los que se evidenciaba el legado de Filangieri y Beccaria, reconocían algunas garantías procesales estrechamente conectadas a la seguridad personal, como los derechos al juez predeterminado por la ley y a dirimir contiendas por medio de jueces árbitros, el *habeas corpus* y la prohibición de tormento. Este código proclamaba también la inviolabilidad de domicilio,

la libertad de imprenta, la igualdad de todos los españoles ante la ley y el derecho de petición. Todos estos derechos se concebían, como había ocurrido en la Francia de 1789, como «naturales», sólo transformados en derechos «positivos» mediante el necesario concurso del futuro legislador. Con lo cual las mencionadas garantías procesales quedaban reducidas a meras «formalidades» que las Cortes podían suspender.

Pero lo que importa ahora señalar es que un derecho de tanta importancia como el de libertad religiosa, reconocido entonces en el constitucionalismo inglés, americano y francés, no aparecía por parte alguna en el código doceañista. Antes al contrario, su artículo 12 consagraba la confesionalidad católica del Estado de manera rotunda y excluyente: «la religión de la Nación española es y será perpetuamente la católica, apostólica, romana, única verdadera. La Nación la protege por leyes sabias y justas, y prohíbe el ejercicio de cualquier otra». Este precepto no era fruto de un peculiar liberalismo español, partidario de la intolerancia religiosa, como a veces se afirma. Si así fuese no podría hablarse de liberalismo español en Cádiz, pues el liberalismo y la intolerancia religiosa son incompatibles. Se trató pura y simplemente, como testimoniaron Argüelles y Toreno en sus posteriores exilios, de una dolorosa concesión de los diputados liberales, incluidos los clérigos, a los diputados realistas y, en realidad, a los sentimientos mayoritarios de los españoles, con el propósito de asegurar la pervivencia de la Constitución frente a una reacción absolutista, auspiciada por el clero. Aunque de poco sirvió tal concesión.

## 2. Los exilios, el Trienio y el nuevo constitucionalismo europeo

Si Luis XVIII decidió otorgar una Carta constitucional el 4 de junio de 1814, a la vuelta de su largo exilio inglés, el regreso de Fernando VII a España, en marzo de ese mismo año, trajo consigo la restauración de la monarquía absoluta e incluso el incremento de sus rasgos más reaccionarios, pues al fin y al cabo Carlos III y, con menos firmeza, Carlos IV habían venido apoyando buena parte del programa de la Ilustración, al menos hasta 1789.

El restablecimiento del absolutismo provocó un primer exilio, que se prolongó hasta 1820, durante el cual destacados liberales, como Álvaro Flórez Estrada, se refugiaron en Inglaterra, donde fundaron algunos periódicos, como «*El Español Constitucional*», mientras que otros, como Toreno, prefirieron trasladarse a Francia. Durante este primer exilio ya se manifiesta un alejamiento de la Constitución de Cádiz por parte de algunos liberales en contacto con las nuevas ideas imperantes en el resto de la Europa occidental tras la derrota de Napoleón. Buena prueba de ello es el interesante proyecto constitucional que en 1819 redactó Juan de Olavarría en el marco de un plan político más amplio, que incluía una conspiración militar, luego fallida.

El Pronunciamiento de Riego, en enero de 1820, logró acabar con el absolutismo y restablecer la Constitución de Cádiz. Durante el llamado «Trienio Constitucional» (1820-1823) se puso de relieve la extrema dificultad de vertebrar la monarquía prevista en el código doceañista. Si entre 1812 y 1814 el poder ejecutivo lo había ejercido una Regencia, que las Cortes lograron dominar, en el Trienio la

monarquía hubo de articularse en presencia de Fernando VII. Un rey que hasta ese momento no había dejado de perseguir a los defensores de la Constitución, algunos de los cuales formaron parte de los Gabinetes y de las Cortes del Trienio. El enfrentamiento entre éstas, el Rey y los ministros resultaba inevitable, agravado por la rígida separación de poderes que establecía la Constitución. A la inestabilidad política contribuyó también de manera decisiva la división que se produjo en el seno del liberalismo entre los «moderados», partidarios de llegar a un acuerdo con los sectores menos cerriles de la nobleza y del clero, y los «exaltados», dispuestos a radicalizar la revolución. A todo ello hay que añadir que la situación internacional era muy adversa para el mantenimiento del Estado constitucional en España. Pero sobre este extremo conviene extenderse un tanto.

A este respecto es preciso tener presente que Fernando VII comenzó a conspirar contra el código de 1812 al poco de ser restaurado, para lo que no dudó en recabar el apoyo de la Santa Alianza, integrada por Rusia, Austria, Prusia y Francia. Unas naciones que no veían con buenos ojos un código tan revolucionario como el doceañista, que tampoco agradaba al Gobierno *tory* de Lord Liverpool. La Gran Bretaña, en realidad, no tenía demasiado interés en que se consolidase el Estado Constitucional español, no tanto por prejuicios ideológicos cuanto porque la inestabilidad política de España favorecía la emancipación de la América hispana. Un vasto territorio codiciado por el comercio británico, aunque los Estados Unidos no estaban dispuestos a permitir que en el continente americano volviesen a ondear las enseñas de ninguna nación europea, como

advertiría con toda claridad el Presidente Monroe en 1823. Ni a la Santa Alianza ni a la Gran Bretaña podían complacer tampoco la admiración que suscitaba el texto doceañista fuera de España. En Portugal, en el reino de las Dos Sicilias y en el Piamonte, en efecto, la Constitución de Cádiz no tardaría en adoptarse como bandera propia, al igual que pocos años más tarde harían los *decembristas* rusos. Esta Constitución se convirtió, así, en un hito decisivo en la historia del constitucionalismo.

Es necesario tener en cuenta también que durante el Trienio se difundieron las ideas políticas en boga en la Europa post-napoleónica, auspiciadas por el historicismo romántico, el utilitarismo y el positivismo sociológico. Corrientes muy diversas entre sí pero que coincidían en la necesidad de sustituir el iusnaturalismo revolucionario, que había servido de principal fuente de la Revolución francesa de 1789 y también en gran medida de la española de 1808, por una aproximación al constitucionalismo más pragmática y circunscrita a un determinado marco nacional. Si Marcial Antonio López tradujo el *Curso de Política Constitucional*, de Benjamín Constant, Ramón de Salas y Toribio Núñez se encargaron de traducir y comentar a Jeremy Bentham. Un autor cuya influencia fue particularmente notable en Toreno, Agustín Argüelles y Canga Argüelles, con los que el publicista inglés mantuvo una relación epistolar. Salas tradujo también a Destut de Tracy y publicó en 1821 unas *Lecciones de Derecho Público Constitucional para las escuelas de España*, en las que se ponía de manifiesto de forma diáfana la crisis en la que había entrado la teoría constitucional revolucionaria de origen francés y por consiguiente los supuestos ideológicos en los que se

apoyaba la Constitución de Cádiz. Con mucha más coherencia que Salas, un grupo de antiguos "afrancesados", capitaneados por Alberto Lista, Sebastián Miñano y José Mamerto Hermosilla, difundió la nueva teoría político-constitucional europea a través de *El Censor*, en cuyas páginas se ensalzaban las ideas de Constant, se elogiaba a Royer-Collard, se comentaban complacientemente varias obras de Guizot, de Savigny, del Conde de Saint-Simon y del "primer Bentham", esto es, el conservador y crítico de la Revolución francesa, no el demócrata radical de sus últimos años, desconocido entonces en España.

Tras el restablecimiento del absolutismo en septiembre de 1823, con la inestimable ayuda de los "Cien Mil Hijos de San Luis", el éxodo liberal fue mayor que el de 1814. El contingente más numeroso de exiliados se dirigió a Inglaterra, país en el que se refugiaron Calatrava, Flórez Estrada, Mendizábal, Istúriz, Alcalá Galiano y Argüelles. Otros liberales bien significativos, como Toreno y Martínez de la Rosa, buscaron asilo en Francia, adonde se trasladó casi al completo en 1830, con el triunfo de la revolución de Julio, la colonia liberal asentada al otro lado del Canal de la Mancha. Un número bastante menor de españoles se repartió por Bélgica, Portugal, especialmente a partir de 1826, cuando don Pedro otorgó una Carta Constitucional muy parecida a la francesa de 1814 y más todavía a la brasileña de 1824, y América, la hispana y la anglosajona.

Este segundo exilio liberal, más todavía que el primero, supuso un auténtico puente cultural entre Europa y España, a cuyo través continuaron penetrando las nuevas corrientes del pensamiento post-revolucionario. Y junto a ellas las nuevas

prácticas constitucionales, como las que acompañan al sistema parlamentario de gobierno (tan distinto del que había cristalizado en la Constitución de Cádiz), que los refugiados españoles tuvieron la oportunidad de conocer sobre todo en Inglaterra, pero también en Francia y en Bélgica.

### *3. El espejo británico: 1834-1923*

La experiencia del Trienio y la de los dos exilios modificaron de manera considerable el programa constitucional del grueso del liberalismo español. Así, tras la muerte de Fernando VII, en septiembre de 1833, la mayoría de los liberales, tanto moderados como progresistas, manifestó sin ambages la necesidad de llevar a cabo una profunda reforma del código de 1812, con el objeto de acompasar el rumbo político del país al nuevo "espíritu del siglo". La entrada en 1834 de la España liberal en la Cuádruple Alianza, junto a Gran Bretaña, Francia y Portugal, apuntaló su plena inserción en el escenario europeo durante estos años, en los que los defensores de la libertad libraban en la Península Ibérica una feroz batalla contra Don Carlos y Don Miguel.

Pero el fenómeno del exilio no desapareció del todo en España. Aunque con menos intensidad, las forzadas emigraciones políticas siguieron siendo a lo largo del siglo XIX una vía de entrada de las ideas y prácticas constitucionales vigentes en el resto de Europa occidental. Francia y en menor medida Inglaterra fueron casi siempre el destino de esos exilios. Las estancias académicas de destacados profesores en ambos países y en Alemania

(adonde ya acudió en 1843 Sanz del Río, el introductor del krausismo en España) contribuyeron también a la recepción de las nuevas ideas, incluidas las constitucionales, procedentes de la Europa más avanzada. Esas estancias se multiplicaron desde 1907 hasta 1939, gracias a la ingente labor de la Junta para Ampliación de Estudios, heredera de los principios de la Institución Libre de Enseñanza.

Salvo un brevísimos paréntesis republicano, del que luego se hablará, en España se mantuvo la monarquía constitucional desde 1834 hasta 1923. Durante esos noventa años la Gran Bretaña se convirtió en el principal referente constitucional. Algo común al resto de Europa hasta la Primera Guerra Mundial. Aunque muchas veces las instituciones y las ideas de origen británico se introdujeron en España a través de Francia. De la anglofilia constitucional participaron tanto los moderados y sus herederos conservadores, desde Alcalá Galiano hasta Cánovas, como los progresistas y los demócratas, desde Olózaga hasta Azcárate. La interpretación del modelo británico por parte de los liberales españoles no fue, sin embargo, coincidente. Los moderados y más tarde los conservadores, autores del Estatuto Real de 1834 y de las Constituciones de 1845 y 1876, que descansaban en la soberanía del Rey y las Cortes, pilar de una supuesta Constitución histórica o "interna" de España, veían en la Gran Bretaña una monarquía constitucional, en la que la dirección política del Estado recaía en el monarca y en las dos Cámaras del Parlamento. Los progresistas y los demócratas, que impulsaron las Constituciones de 1837, 1856 y 1869, fieles al principio de soberanía nacional, del que se desprendía una concepción racional-

normativa de Constitución, consideraban, en cambio, que la Gran Bretaña era una monarquía parlamentaria, en la cual las riendas del poder estaban en manos de un Gobierno responsable sobre todo ante los Comunes y en definitiva ante el cuerpo electoral.

Los primeros insistían, así, en el derecho constitucional escrito desde la revolución de 1688, que había configurado una monarquía calificada de mixta y equilibrada por autores como Bolingbroke y Blackstone, ya conocidos en España por Jovellanos. Los segundos tenían en cuenta primordialmente las convenciones o prácticas políticas que desde principios del siglo XVIII habían ido reduciendo el poder de los monarcas en beneficio del Gobierno y de los Comunes, dando lugar a un *cabinet system*, ensalzado por Walpole y Burke en el siglo XVIII y descrito en la centuria siguiente por Stuart Mill y Bagehot. Dos autores de considerable influencia en España desde el último tercio del siglo XIX.

En cualquier caso, es preciso reconocer que en España nunca llegó a articularse una auténtica monarquía parlamentaria, ni siquiera durante el reinado de Amadeo I de Saboya. Un rey neutral pero al que obligaron a ser un rey activo. En la Corona siguió residiendo en buena medida la dirección política del Estado, desde Isabel II hasta Alfonso XIII, siendo su confianza decisiva para la formación de los sucesivos Gobiernos, quienes, por otra parte, no dejaron de amañar las elecciones para asegurarse en las Cortes una mayoría parlamentaria afín.

En lo que concierne a la posición constitucional del monarca, e incluso a la organización del Parlamento, la Constitución belga de 1831 resultó asimismo muy

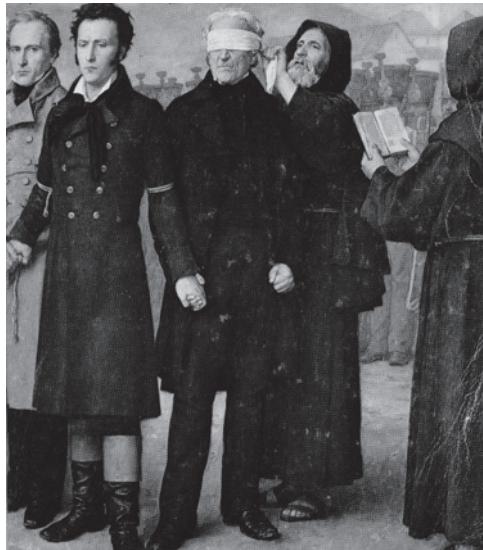
atractiva para los progresistas y demócratas españoles del siglo XIX, al conciliar algunos principios de la revolución francesa, como el desoberanía nacional, con otros enraizados en la Gran Bretaña, como la monarquía parlamentaria. La Constitución belga tuvo un notable influjo en los constituyentes de 1837, junto a la Carta francesa de 1830, y fue un punto de referencia constante en las Cortes que surgieron de las jornadas revolucionarias de septiembre de 1868, al lado del constitucionalismo inglés, tal como se había venido desarrollando desde la aprobación de la *Reform Act* de 1832. Una ley electoral que había abierto el camino a la consolidación del sistema parlamentario de gobierno, sobremanera tras el acceso al trono de la Reina Victoria, en 1837, en el que permaneció hasta 1901.

La organización del Senado, introducido en la mayor parte de los países europeos del siglo XIX como un remedio más o menos fiel de la Cámara de los Lores, fue también un asunto que separó a las dos corrientes del liberalismo español, pero sin que ninguna de ellas pusiese en entredicho su existencia, excepto una minoría radical que siguió defendiendo la solución unicameral de la Constitución de Cádiz, por la que se decantó también la avanzada Constitución francesa de 1849. Mientras que los moderados y conservadores se inclinaban por reforzar el papel de la Corona en la designación del Senado y en potenciar la presencia en él de la nobleza y de la jerarquía eclesiástica, los progresistas y los demócratas preferían convertirlo en una Cámara electiva. Aunque a veces triunfaran soluciones eclécticas, como en la Constitución de 1876, que estableció una vía media entre los textos constitucionales de 1845 y 1869.

Otro asunto muy debatido fue la extensión del sufragio. Y en este punto también fue la Gran Bretaña un espejo en el que mirarse, tras las reformas electorales de 1832 y 1867. Esta última auspiciada por Disraeli, adalid de un nuevo e inteligente conservadurismo popular. Durante la monarquía isabelina se articuló en España un sufragio directo y censitario. El sufragio universal masculino fue la gran conquista de la "gloriosa" revolución de 1868, que tanto recuerda a la francesa de 1848, pero se abolió en 1876, para volver a introducirse en 1890, bajo un Gobierno presidido por Sagasta.

Un nuevo punto de fricción entre moderados y conservadores, de un lado, y progresistas y demócratas, de otro, residía en la concepción de la JUDICATURA. Mientras para los primeros debía ser una mera Administración de Justicia, subordinada al ejecutivo; para los segundos, más cerca del modelo británico, se trataba de un auténtico Poder independiente, además de reivindicar el Jurado para ciertos delitos. Una institución de hondas raíces anglosajonas.

En lo que atañe a los derechos individuales y a las libertades públicas, los moderados y conservadores, eran partidarios de unas políticas restrictivas, sobre todo en materia religiosa y de libertad de imprenta, mientras que los progresistas y demócratas se manifestaron a favor de una mayor amplitud, aunque la libertad de cultos no se consiguió plasmar en un texto constitucional hasta el de 1869. En los debates y en el articulado de este texto se percibe, además, el influjo de la Constitución de los Estados Unidos de América en lo que concierne a la concepción de los derechos fundamentales como derechos naturales



"El fusilamiento de Torrijos", autore Antonio Gisbert

e ilegislables. Una concepción que en las Cortes constituyentes de 1876 combatieron los seguidores de Cánovas, para quienes los derechos reconocidos en la Constitución carecían de valor jurídico alguno hasta que no fuesen regulados por el legislador.

A los moderados y conservadores españoles su peculiar anglofilia no les impidió adoptar un modelo administrativo muy centralizado. Sin duda enraizado en la tradición española de los Corregidores e Intendentes, pero que se inspiraba también en Francia al establecer en el ámbito de la Administración local la dicotomía entre los órganos activos de composición individual (Alcaldes y Jefes Políticos de Provincia o Gobernadores Civiles) y órganos consultivos colegiados (Ayuntamientos y Diputaciones Provinciales). Un modelo centralizado (en el que se enmarca la creación de la Guardia Civil), a cuyo desarrollo contribuyeron de manera decisiva el antiguo afrancesado

Javier de Burgos, autor de la división provincial de 1833, y los primeros tratadistas de la Ciencia de la Administración, embrión del posterior Derecho Administrativo, como Pedro Gómez de la Serna, Manuel Ortiz de Zúñiga, Francisco Agustín Silvela, José Posada Herrera y Alejandro Oliván.

Los progresistas y los demócratas, además de exigir el mantenimiento de la Milicia Nacional, eran partidarios de que los alcaldes fuesen elegidos por los pueblos y no un simple apéndice del poder ejecutivo. El empuje del catalanismo a comienzos del siglo XX llevó a algunos de esos demócratas a reivindicar también la autonomía regional, como hizo el Partido Reformista, fundado por Gumersindo de Azcárate y Melquíades Álvarez en 1912. Pero la única experiencia descentralizadora anterior a la proclamación de la Segunda República fue la de la Mancomunidad catalana de Diputaciones Provinciales, auspiciada por Enric Prat de la Riba, que se mantuvo desde 1914 hasta 1925.

En realidad, en 1873 hubo un intento descentralizador mucho más ambicioso: el de articular una República federal, que se plasmó en un proyecto de Constitución que se debatió durante unos pocos días de agosto de ese año. Lo redactó una Comisión presidida por Nicolás Salmerón y de la que formaba parte, entre otros, Emilio Castelar. Estaba inspirado en la Constitución de los Estados Unidos de América, como se reconoce expresamente en su preámbulo, en donde se alude a «los grandes fundadores de la Federación en el mundo moderno», aunque divergía de ella en diversos aspectos muy relevantes, como la posición del Senado, la estructura y competencias del Ejecutivo y el modo de controlar la constitucionalidad de las leyes.

Las novedades más importantes de este proyecto, aparte de su carácter republicano y federal, consistían en proclamar la soberanía popular, en establecer una nítida separación entre la Iglesia y el Estado, en articular un Senado como cámara de representación territorial, pero con mucho menos peso que el Congreso, y un ejecutivo dual, compuesto por un Presidente de la República, nombrado por una Junta elegida por los electores de cada uno de los Estados miembros de la Federación, y por un Presidente del Consejo de Ministros, designado por aquél. Al Tribunal Supremo federal se le atribuía en exclusiva un control de constitucionalidad de las leyes aprobadas por el Parlamento.

La frágil República federal española fue liquidada en enero de 1874 por el general Pavía, aunque había perdido casi todo su apoyo por la insurrección cantonalista que se había desatado meses antes, alentada por una versión del federalismo, la pactista de Pi Margall, seguidor de Proudhon, que se llevó a la práctica con el respaldo del incipiente movimiento anarquista. Una versión bien distinta a la del federalismo organicista que sustentaron algunos krausistas.

El estrecho ligamen entre España y el resto de la Europa occidental desde 1834 a 1923 es también patente en la reflexión académica sobre la Constitución, aunque siguiese unos derroteros muy distintos aquí y allá. Como en el resto de Europa, esa reflexión se produce en España a partir de la segunda mitad del siglo XIX, cuando, consolidado el Estado constitucional, son los profesores, más que los políticos, los que preferentemente se ocupan de meditar y escribir sobre el Estado constitucional, pero ahora con pretensiones científicas. En los principales países europeos el peso de

esa tarea intelectual recayó en los adalides del positivismo jurídico: Gerber, Laband y Jellinek en Alemania, en donde los frutos fueron particularmente brillantes; Orlando en Italia; Dicey en la Gran Bretaña; y, más tardíamente, Esmein y Carré de Malberg en Francia. Y desde el positivismo jurídico se articuló un Derecho Constitucional que aspiraba a interpretar el ordenamiento jurídico vigente desde el ordenamiento mismo, no desde la realidad política y social, y por tanto con categorías exclusivamente jurídicas. En España, en cambio, pese a que todos estos autores eran conocidos e incluso parcialmente traducidos, el rechazo del positivismo jurídico, fomentado por el predominio de un concepto material de Constitución (histórico o sociológico) impidió vertebrar la Ciencia del Derecho Constitucional y mantuvo en su lugar un enciclopédico Derecho Político. Los ejemplos de Colmeiro, Vicente Santamaría de Paredes y Adolfo Posada son bien elocuentes al respecto.

#### *4. La Segunda República y el constitucionalismo de entreguerras*

La caída de la Dictadura de Primo de Rivera (en cuya legislación y doctrina se había hecho patente la influencia de la Italia fascista) llevó consigo la de la monarquía. Tras la proclamación de la Segunda República, el 14 de abril de 1931, comenzó un nuevo proceso constituyente. Todos sus protagonistas coincidían en la necesidad de elaborar una Constitución que, sin desconocer la deuda contraída con el constitucionalismo español más progresista, tuviese como principal punto

de referencia las Constituciones extranjeras nacidas durante o tras el fin de la Primera Guerra Mundial. Unas Constituciones que Adolfo Posada se había encargado de dar a conocer, a veces con la ayuda de su joven discípulo Nicolás Pérez Serrano, con quien editó en 1927 un libro titulado las "Constituciones de Europa y América", en las que se recogían y comentaban, entre otras muchas, cuatro que servirían de modelo a los constituyentes de 1931: la mexicana de 1917, la alemana de 1919 – la llamada Constitución de Weimar –, la austriaca de 1920 y la checoslovaca de ese mismo año.

De acuerdo con esos textos, los constituyentes españoles, que abrieron sus sesiones un 14 de julio, en homenaje a la gran Revolución del país vecino, se propusieron afianzar el Estado de Derecho. Con tal propósito vertebraron por vez primera en España una jurisdicción constitucional (sólo esbozada en 1873), según las pautas establecidas en la Constitución estadounidense de 1787, aunque pasadas por el tamiz kelseniano. Si el artículo 121 de la Constitución facultaba al Tribunal de Garantías Constitucionales para conocer del recurso de inconstitucionalidad de las leyes, el 100 obligaba a todos los tribunales de justicia que hubiesen de aplicar una ley que estimasen contraria a la Constitución a suspender el procedimiento y dirigirse en consulta al mencionado Tribunal de Garantías. Con tales preceptos se situaba a la Constitución, y no a la ley, en la cúspide del ordenamiento jurídico y se reforzaba la protección de los derechos reconocidos en el texto constitucional. Algunos de los cuales gozaban incluso de una garantía añadida, tomada del derecho mexicano: el «recurso de amparo», que se substanciaba

ante el mismo Tribunal de Garantías. En consonancia también con el Estado de derecho la Constitución republicana regulaba la libertad de conciencia y de cultos a partir de una estricta separación entre la Iglesia y el Estado (su artículo tercero señalaba que el Estado carecía de religión oficial), aunque los artículos 26 y 27 restringían de forma considerable esa libertad y también la de educación.

La Constitución de 1931 definía a España como una «República democrática de trabajadores de toda clase», atribuía la soberanía al pueblo y, además de los derechos de reunión, manifestación y asociación, reconocía, por vez primera en nuestra historia, el sufragio activo y pasivo a las mujeres. Merced a una radical concepción del principio de igualdad, la Constitución suprimía las distinciones y títulos nobiliarios, equiparaba los hijos habidos dentro y fuera del matrimonio y abría la puerta al divorcio, que regularía la ley de 2 de marzo de 1932. En aras de la democracia la Constitución suprimía el Senado y reconocía, también por vez primera vez, el referéndum y la iniciativa legislativa popular. El Estado monárquico y dictatorial, daba paso, así, a un nuevo Estado democrático y republicano. Un Estado, además, con una decidida vocación social. Quizá en este punto, más que en ningún otro, los constituyentes acogieron con mayor nitidez las tendencias constitucionales más vanguardistas de la época, encarnadas en la Constitución mexicana de 1917 y en la de Weimar, y se distanciaban netamente del constitucionalismo español y europeo del siglo XIX. El Capítulo II del Título III de la Constitución de 1931 (que llevaba el rótulo «Familia, Economía y Cultura»), consagraba una concepción

intervencionista del Estado, acorde con los programas del liberalismo social y del socialismo democrático en los que se basó la filosofía política de los constituyentes republicanos, en virtud de la cual se reconocía un conjunto de derechos económico-sociales, que se traducían en una serie de prestaciones a cargo del Estado en el ámbito de la salud, de la educación y del derecho laboral.

El Estado que edificaron los constituyentes republicanos se definía en el artículo primero de la Constitución como un «Estado integral, compatible con la autonomía de los Municipios y las Regiones». Con el concepto de «Estado integral», tomado de Hugo Preuss, de Rudolf Smend y de Hermann Heller, los constituyentes quisieron huir tanto del centralismo como del federalismo pimargalliano. Fórmulas ambas que consideraban caducas. De acuerdo con ese concepto, la Constitución permitía acceder al autogobierno regional a aquellas provincias cuya voluntad autonómica quedase demostrada tras superar determinados requisitos. La norma constitucional distinguía entre las materias exclusivas del Estado, las materias sobre las que éste legislaba pero cuya legislación podían ejecutar las regiones autónomas, las materias exclusivas de éstas y, en fin, las restantes materias, que en principio se reputaban del Estado, aunque éste podría transferirlas mediante ley. Sólo Cataluña, el País Vasco y Galicia llegaron a aprobar sus Estatutos de Autonomía, siendo la primera la única que antes del 18 de julio de 1936 pudo poner en planta sus instituciones autonómicas: Parlamento, Presidente de la Generalidad y Consejo Ejecutivo.

La forma de gobierno del nuevo Estado republicano estaba en consonancia con

el «parlamentarismo racionalizado» de entreguerras, según la expresión que había empleado Boris Mirkine-Guetzevicht en 1928, en virtud del cual la Constitución de 1931 regulaba de forma detallada los mecanismos destinados a exigir por parte de las Cortes la responsabilidad del Gobierno, tanto la penal como la política, como el voto de censura, del que se ocupaba el artículo 64 de la Constitución. Por su parte, el artículo 75 señalaba que el Presidente de la República – elegido por un sistema semiindirecto – debía separar a los ministros si las Cortes les negaban de modo explícito su confianza. Se trataba, pues, de un «voto de desconfianza», que en la práctica sustituyó e incluso anuló el voto de censura previsto en el artículo 64. Así, en efecto, el 3 de octubre de 1933, el Presidente Alcalá-Zamora se vio obligado a destituir al primer Ministro Lerroux como consecuencia de un “voto de desconfianza” interpuesto por las Cortes a tenor del artículo 75 y no mediante un voto de censura previsto en el artículo 64. Se trató, en todo caso, de la única caída gubernamental por medios parlamentarios. Las demás crisis ministeriales se produjeron por discrepancias entre el Jefe del Estado y el Presidente del Gobierno, cuyas competencias no delimitaba muy correctamente la Constitución – como ocurría con la facultad de disolver las Cortes – o bien por disensiones internas de los partidos que formaron las sucesivas coaliciones ministeriales. Unas disensiones que eran consecuencia en no pequeña medida de la atomización del sistema de partidos imperante durante la Segunda República, trasunto de la desgarrada fractura de la sociedad española de la época.

La naturaleza de la Constitución de 1931 como norma jurídica por encima de todas

las demás del ordenamiento, custodiada por un Tribunal de Garantías, en la que insistió de manera muy aguda y temprana Niceto Alcalá Zamora, era sin duda un estímulo para, por fin, edificar a partir de ella un auténtico Derecho Constitucional en España. Pero, dejando a un lado que la mayor parte de los republicanos españoles, como Manuel Azaña, el más brillante de todos ellos, o el penalista Luis Jiménez de Asúa, presidente de la Comisión Constitucional, concebía la Constitución como un instrumento destinado a plasmar la voluntad de una mayoría parlamentaria y no el acuerdo entre todas las minorías del Parlamento, los cultivadores del Derecho Político no estaban por la labor de entender en términos primordialmente jurídicos la Constitución ni por tanto de articular el Derecho Constitucional en el seno de la Ciencia del Derecho. Buena prueba de ello es el tantas veces mencionado Posada, quien en la quinta y última edición de su muy influyente *Tratado de Derecho Político* (1935) mostró el mismo desinterés hacia el análisis jurídico de la Constitución de 1931 que el que había mostrado hacia la de 1876. Lo que no fue óbice para que en 1932 dedicase a aquélla una monografía en francés, prologada por Joseph Barthélémy y Boris Mirkine-Guetzévicht. Una actitud no muy distinta es patente en la obra de Carlos Ruiz del Castillo, influida por Maurice Hauriou, así como en Nicolás Pérez Serrano, director de la prestigiosa «Revista de Derecho Público» (1932-1936), incapaz de superar el concepto sociológico de Constitución y la naturaleza miscelánea del Derecho Político, legados por su maestro Adolfo Posada y de honda raigambre en la tratadística española del XIX. Y lo mismo puede decirse de otros jóvenes constitucionalistas españoles de

la época, en los que se acusa la acentuada huella de las corrientes antipositivistas alemanas, muy críticas sobre todo con Hans Kelsen, un jurista cuyo influjo se detecta de modo muy notable en la obra de Luis Recasens Siches. Entre esos jóvenes resulta evidente la influencia de Rudolf Smend, cuyo conocimiento es manifiesto en el libro de Eduardo Llorens, *La autonomía en la integración política* (1932); la de Carl Schmitt, cuya *Verfassungslehre* tradujo Francisco Ayala en 1934; y la de Hermann Heller, muerto en el Madrid de 1933, huyendo del nazismo. El ascendente de estos tres autores se trasluciría también en la obra, en este caso posterior, de Manuel García Pelayo y de Javier Conde, de orientación política, por otra parte, bien distinta.

##### *5. Las fuentes europeas de la Constitución de 1978*

Los partidos políticos democráticos que actuaron de manera clandestina bajo la dictadura de Franco (un régimen que, sobre todo hasta 1945, no fue ajeno doctrinalmente al fascismo italiano ni en menor medida al nacionalsocialismo alemán) tuvieron siempre como referente a la Europa occidental, en cuyo seno deseaban integrarse económica y políticamente. Nunca como durante esos años fue más cierto el célebre *dictum* orteguiano: «España es el problema y Europa la solución». Incluso el Partido Comunista, el más activo dentro de la oposición antifranquista, fue aceptando desde 1956 y más todavía desde 1968 la democracia liberal como marco irrenunciable en el que defender sus ideas

en el futuro, distanciándose, como su homólogo italiano, del llamado socialismo real tutelado por la URSS.

En el ámbito intelectual, la conexión entre España y la Europa democrática nunca se rompió durante la dictadura franquista, ni siquiera durante la fase de mayor aislamiento internacional del Régimen tras la derrota del Eje. La cultura jurídica, en particular, siguió manteniendo sus estrechos lazos con Europa y, en el campo del Derecho Público, sobremanera con Alemania e Italia. Los dos países cuyos ordenamientos, instituciones y doctrinas más tuvieron en cuenta las Cortes constituyentes de 1978, en las que desempeñaron un relevante papel algunos profesores de Teoría del Estado, Derecho Político y Filosofía del Derecho, como Manuel Fraga Iribarne, Jordi Solé Tura, Gregorio Peces-Barba y Miguel Herrero, miembros todos ellos de la Ponencia que elaboró la Constitución. Otros constituyentes eran también Catedráticos de Derecho Político, como los diputados Enrique Tierno, Raúl Morodo y Óscar Alzaga, y los senadores Carlos Ollero y Luis Sánchez Agesta.

Nos sorprende por ello que la Constitución de 1978 se inspirase de modo muy particular en la Ley Fundamental alemana de 1949 y, en menor medida, en la Constitución italiana de 1947. El decisivo influjo de la primera no se explica sólo, claro está, por la germanofilia de muchos iuspublicistas españoles, sino principalmente porque algunos rasgos básicos de su ordenamiento constitucional resultaban muy adecuados para la joven y frágil democracia española de entonces. Deseosa tanto de recuperar los derechos tan largo tiempo negados como de conseguir la estabilidad política

de los futuros Gobiernos. Así ocurría en lo relativo al reconocimiento de los derechos fundamentales (un concepto que procede de Alemania) y sus garantías frente a todos los poderes públicos, incluido el legislador. Reconocimiento y garantías que se plasman en el extenso Título I de la Constitución Española. También su Título IX, en el que se regula la jurisdicción constitucional, se percibe con claridad la huella alemana, al igual que en la regulación de las relaciones entre las Cortes y el Gobierno, moción de censura constructiva incluida, que se extendió posteriormente al ámbito autonómico y local. Todo ello sin perjuicio de que la mayor parte de los mecanismos de control parlamentario, regulados en el Título V, tengan un más lejano origen en el constitucionalismo británico. Un constitucionalismo en general de escasa influencia en España desde los años treinta del pasado siglo.

En lo que concierne a la Constitución italiana, su influjo se pone de relieve en el complicado sistema de fuentes (por ejemplo en la regulación de la legislación delegada y de urgencia), en la articulación de un Consejo General del Poder Judicial como órgano de gobierno de la Judicatura y en la configuración del Estado autonómico. En este último punto, sin embargo, la influencia se ejerció a través de la Constitución republicana de 1931. Un texto que había servido de referencia a los constituyentes italianos de 1947 a la hora de organizar territorialmente el Estado, en buena medida gracias al empeño de Gaspare Ambrosini. La Constitución de 1931 fue, en realidad, la única española que los constituyentes tuvieron en cuenta, excepto en lo relativo a la Corona. Al fin y al cabo ambas acogen un Estado social y

democrático de derecho y un Estado unitario con potencialidad descentralizadora.

Aunque la concreción de estos principios no es la misma en uno y otro texto, ni desde luego el consenso político y social con el que se elaboraron. Mucho más amplio en 1978 que en 1931. Sobre todo en lo que atañe a la siempre delicada cuestión religiosa y a la libertad de educación.

Además de la alemana y la italiana, el constituyente español de 1978 tuvo en cuenta la entonces muy reciente Constitución portuguesa de 1976 en lo que atañe a la inclusión de algunos principios rectores de la economía, recogidos en el capítulo III del Título I; así como la francesa de 1958 en lo que se refiere a la introducción de la ley orgánica, una categoría especial dentro de las fuentes del derecho estatal y, más en particular, de la ley de Cortes. La influencia del constitucionalismo sueco se percibe en la figura del Defensor del Pueblo, previsto en el artículo 54 de la Constitución y en la mayor parte de los Estatutos de Autonomía.

Una vez aprobada la Constitución de 1978, la Europa democrática siguió siendo, incluso con más ahínco, el principal referente de la joven democracia española, sin menoscabo de las estrechas relaciones con los países iberoamericanos. La incorporación de España a la Comunidad Europea, en 1986, fue un hito de gran relevancia en su constante vocación europea, que, pese a haber decaído un tanto durante los últimos años, aunque menos que en otras naciones, se puso de relieve el 20 de febrero de 2005 cuando el electorado español se convirtió en el primero en refrendar el «Tratado por el que se establece una Constitución para

Europa». Una norma que, como es bien sabido, no llegaría a entrar en vigor.

Pero el constitucionalismo no se compone sólo de normas e instituciones, sino también de doctrinas y conceptos, además de ser el objeto de estudio de una rama del Derecho. Desde este último punto de vista, la aprobación de la Constitución de 1978 supuso para España el nacimiento del Derecho Constitucional. Una disciplina jurídica que, como queda dicho, no fue posible articular durante el siglo XIX ni durante la Segunda República. Tampoco desde luego durante el franquismo. Un régimen que carecía de Constitución, en el sentido liberal democrático del término, y que en contrapartida se rigió por un conjunto de "Leyes Fundamentales". Una legislación cuyo estudio llevaron a cabo los cultivadores del Derecho Administrativo más que los del Derecho Político, muchos de los cuales prefirieron centrar su atención en los sistemas constitucionales extranjeros o en la historia del pensamiento y de las instituciones políticas nacionales, desde una perspectiva más propia de la Ciencia Política que del Derecho Público. El influjo de Schmitt entre los más conservadores de esos especialistas, muy intenso en los años cuarenta y cincuenta, y del marxismo entre los más progresistas, sobre todo a partir de los sesenta, junto a la notable influencia en esa década y en la siguiente de algunos sociólogos de la política (anglosajones o franceses, como Duverger y Burdeau) apuntaló el desdén hacia el estudio jurídico del Derecho y del Estado. Este panorama fue cambiando desde 1978 cuando el grueso de los cultivadores del Derecho Político (una centenaria denominación que a partir de 1984 se transforma en «Derecho Constitucional») comenzó a

estudiar el nuevo Estado democrático desde una perspectiva eminentemente jurídica y, por tanto, a partir del ordenamiento y de la jurisprudencia, sobremanera la del Tribunal Constitucional. Y en este nacimiento del Derecho Constitucional, por el que venían pugnando desde mediados de los años setenta Francisco Rubio Llorente e Ignacio de Otto, el referente alemán e italiano fue constante y decisivo, aunque también fue cobrando gran relevancia el estadounidense. Todo ello sin perjuicio del estrecho y fructífero contacto científico con constitucionalistas de otros países, muy en particular, dados los estrechos vínculos históricos, con los de Iberoamérica. Una vasta región en la que el impacto de la vigente Constitución española resulta evidente. Esta juridificación (y en cierto modo judicialización) del Derecho Político y su transformación en un auténtico Derecho Constitucional, pese a sus riesgos y carencias, en las que ahora no voy a entrar, resultó en líneas generales positiva, además de ser una prueba más de la normalización (o europeización) intelectual de España.

## Bibliografía

### Obras generales y metodológicas

L. Sánchez Agesta

[1984<sup>4</sup>] *Historia del Constitucionalismo Español*, Madrid, CEPC;

J. Varela Suanzes-Carpega

[1998] *Las cuatro etapas de la historia constitucional comparada*, en Id. (coord.), *Textos Básicos de la Historia Constitucional Comparada*, Madrid, CEPC;

[2007] *Política y Constitución en España. 1808-1978*, prólogo de F. Rubio Llorente, Madrid, CEPC;

[2007] *Algunas reflexiones metodológicas sobre la historia constitucional*, en «Historia Constitucional», 8,

<[www.historiaconstitucional.com](http://www.historiaconstitucional.com)>, y «Teoría y Realidad Constitucional», 21, 2008, pp. 411-425. Hay traducción francesa en «Revue Française de Droit Constitutionnel», 68, 2006, pp. 675-689, italiana en «Giornale di Storia Costituzionale», 12, 2006, pp. 15-28, y portuguesa en «Revista do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro», a. 169, 44º, 2008, pp. 9-28;

### De Bayona a Cádiz: la huella francesa

J.-R. Aymes

[2003] *Le débat idéologico-historiographique autour des origines françaises du libéralisme espagnol: Cortes de Cadix et Constitution de 1812*, en «Historia Constitucional», 4, <[www.historiaconstitucional.com](http://www.historiaconstitucional.com)>;

I. Fernández Sarasola

[2007] *La Constitución de Bayona*, vol. I de la colección «Constituciones Españolas», dirigida por M. Artola, Madrid, Iustel;

J. Varela Suanzes-Carpegna

[1982] *La Teoría del Estado en los orígenes del constitucionalismo hispánico (las Cortes de Cádiz)*, prólogo de I. de Otto, Madrid, CEPC, (2ª edición, 2010, en prensa);

[1995] *Los modelos constitucionales en las Cortes de Cádiz*, en F.-X. Guerra (coord.), *Revoluciones Hispánicas, Independencias Americanas y Liberalismo Español*, Madrid, Universidad Complutense, pp. 243-268, así como en «Ambiente Jurídico», 10, Medellín, Facultad de Derecho de la Universidad de Medellín, Colombia, 2009, pp. 138-166;

### Los exilios, el Trienio y el nuevo Constitucionalismo europeo

I. Fernández Sarasola

[2000] *La Constitución española de 1812 y su proyección europea e iberoamericana*, en J. Varela Suanzes-Carpegna (coord.), *Modelos Constitucionales en la historia comparada*, en «Fundamentos. Cuadernos monográficos de Teoría del Estado, Derecho Público e Historia Constitucional», 2, Oviedo, Junta General del Principado de Asturias, pp. 359-466;

C. Morange

[2006] *Una conspiración fallida y una Constitución nonnata (1819)*, Madrid, CEPC;

J. Varela Suanzes-Carpegna

[1995] *El pensamiento constitucional español en el exilio: el abandono del modelo doceñista (1823-1833)*, en «Revista de Estudios Políticos», 87, pp. 63-90; trad. fr. A. Lempérière, G. Lomné, F. Martínez et D. Rolland

(éds.), *L'Amérique latine et les modèles européens*, Paris, Editions L'Harmattan, Maison des Pays Ibériques, 1998, pp. 163-195;

[1996] *La monarquía imposible. La Constitución de Cádiz de 1820 a 1823*, en «Anuario de Historia del Derecho Español», LXVI, pp. 653-687;

[2007] *El debate sobre el sistema británico de gobierno en España durante el primer tercio del siglo XIX*, en Id., *Política y Constitución en España. 1808-1978*, Madrid, CEPC, pp. 279-307;

### El espejo británico: 1834-1923

I. Casanova Aguilar

[2008] *Los proyectos constitucionales de 1856 y 1873*, vol. 5 de la colección «Constituciones Españolas», dirigida por M. Artola, Madrid, Iustel;

J. Oltra

[1972] *La influencia norteamericana en la Constitución Española de 1869*, Madrid, Instituto de Estudios Administrativos;

M. Sierra

[2009] *El espejo inglés de la modernidad española: el modelo electoral británico y su influencia en el concepto de representación liberal*, en «Historia y Política», 21, pp. 139-167;

J. Varela Suanzes-Carpegna

[2007] *¿Qué ocurrió con la Ciencia Española del Derecho Constitucional en la España del siglo XIX?*, en Id., *Política y Constitución en España. 1808-1978*, Madrid, CEPC, pp. 121-180;

[2007] *Constitución, Estado y Derechos fundamentales en España desde la Restauración canovista a la actualidad*, en Id., *Política y Constitución en España. 1808-1978*, Madrid, CEPC, pp. 517-580;

[2009] *La Constitución de 1876*, vol. 7 de la colección «Constituciones Españolas», dirigida por M. Artola, Madrid, Iustel;

[2010] *Estudio preliminar a La Constitución Inglesa, de Walter Bagehot*, Madrid, CEPC, pp. IX-LXXI (en particular el epígrafe «El influjo de Bagehot en España»);

[2010] (en presa) *La doctrina de la Constitución histórica de España*, en I. Fernández Sarasola, J. Varela Suanzes-Carpegna (coords.), *Conceptos de Constitución en la historia*, en «Fundamentos. Cuadernos monográficos de Teoría del Estado, Derecho Público e Historia Constitucional», 6, Oviedo, Junta General del Principado de Asturias;

*La Segunda República y el constitucionalismo de entreguerras*

J.L. Cascajo Castro

[1978] *Kelsen y la Constitución de 1931*, en «Revista de Estudios Políticos», 1, pp. 243-255;

J. Corcuerda Atienza

[2000] *La Constitución española de 1931 en la historia constitucional comparada*, en «Fundamentos: Cuadernos monográficos de teoría del estado, derecho público e historia constitucional», 2: *Modelos Constitucionales en la historia comparada*, coord. J. Varela Suanzes-Carpegna, pp. 629-696;

F. Tomás y Valiente

[1988] «*El Estado integral*: nacimiento y virtualidad de una forma poco estudiada», en Id., *Obras Completas*, vol. III, Madrid, CEPC, pp. 2041-2054;

J. Varela Suanzes-Carpegna

[2006a] *Adolfo Posada y la Constitución de 1931. Estudio Preliminar a Adolfo Posada, La Nueva Constitución Española. El Régimen constitucional en España. Evolución, Textos, Comentarios*. Madrid, Instituto Nacional de la Administración Pública, pp. VII-XLVI;

[2006b] *El Derecho Político en Adolfo Posada*, en Id., *Asturianos en la política española. Pensamiento y acción*, Oviedo, KRK, pp. 481-542;

[2007] *La Constitución española de 1931. Reflexiones sobre una Constitución de vanguardia*, en Id., *Política y Constitución en España. 1808-1978*, Madrid, CEPC, pp. 581-597;

Mª del Pilar Villabona

[1983] *La Constitución mexicana de 1917 y la española de 1931*, en «Revista de Estudios Políticos», 31-32 (monográfico sobre la II República española), pp. 199-208;

*Las fuentes europeas de la Constitución de 1978*

P. Bonn

[2003] *La Constitución española de 1978 en el marco del constitucionalismo contemporáneo*, en «Revista española de derecho constitucional», 69, pp. 13-29;

I. de Otto y Pardo

[2010] *Memoria de Cátedra sobre el objeto, método y fuentes del Derecho Político* (1977), en Id., *Obras Completas*, edición y presentación de R. Punset, F. Bastida y J. Varela, coordinación de I. Fernández Sarasola, Oviedo/Madrid, CEPC/Servicio de Publicaciones de la Universidad de Oviedo;

L. Mª Díez Picazo, A.E. Perales

[2008] *La Constitución de 1978*, vol. 9 de la colección «Constituciones Españolas», dirigida por Miguel Artola, Madrid, Iustel;

F. Rubio Llorente

[1973] *Nota Preliminar a E. Stein, Derecho Político*, Madrid Aguilar;

J. Varela Suanzes-Carpegna

[2007] *La Constitución de 1978 en la historia constitucional española*, en Id., *Política y Constitución en España. 1808-1978*, Madrid, CEPC, pp. 599-633.

# *Legal historians* e dottrina costituzionale inglese: una egemonia intellettuale

ALESSANDRO TORRE

Poiché la materia della sua indagine si inserisce in un quadro di costituzione pluralista, evolutiva e sedimentaria (in altri termini, in un regime di costituzione non scritta e formata da fonti tanto eterogenee da rendere un'impresa quanto mai ardua la compilazione di un codice costituzionale), ogni buon costituzionalista britannico deve saper dimostrare di essere, almeno in parte, anche un affidabile *legal historian*.

Poiché il suo compito nel Regno Unito non è glossare o interpretare un singolo documento costituzionale che agisca, come si disse negli Stati Uniti con il *Chief Justice Marshall*, come «*supreme law of the land*», ma ricostruire, spesso seguendo cercando indizi che si definiscono in base più all'effettualità politica che alla volontà giuridica, numerosi elementi di costituzionalità e possibilmente porli tra loro in relazione per studiarne e comprenderne i nessi, e in tal modo costruire un'idea di costituzionalità, si potrebbe anche aggiungere che il costituzionalista deve essere anche un passabile *political theorist*, e con ciò – ovvero ponendo

in sequenza non solamente contenutistica, ma se si guarda al loro affacciarsi sul proscenio, anche cronologica, le immagini del *legal historian*, del *political theorist* e del *constitutional lawyer* – si sarà completata la rassegna dei principali protagonisti che in Gran Bretagna hanno animato il panorama culturale degli interpreti del diritto pubblico nell'Ottocento e nei decenni della transizione post-liberale.

Questa ripartizione in diverse categorie di interpreti era stata chiaramente tracciata proprio dall'antesignano dei *constitutional lawyers* britannici, l'oxfordiano Albert Venn Dicey, il quale esordiva nella *Introduction to the Study of the Law of the Constitution* (1885) sottolineando come i rispettivi contributi fossero certamente da considerare metodologicamente distinti in quanto agli elementi culturali messi in campo, ma non poi così rigidamente da separare. A tutti il *constitutional lawyer* avrebbe dovuto rendere omaggio, e non solo per prudenza accademica o per una tutta inglese adesio-

ne alla tradizione, ma per utilità scientifica. Accumunati tutti (e ciò anche nel caso di Walter Bagehot, che Dicey include nel suo piccolo *pantheon* non senza mostrare di considerarlo il più sbarazzino lettore della costituzione del Regno) da una condivisa formazione giuridica di *common law*, i *legal historians*, i *political theorists*, o *philosophers*, e infine i *constitutional lawyers*, che con Dicey debuttavano sulla scena della cultura giuspubblicistica, prendevano invariabilmente le mosse da un metodo non precostituito astrattamente ma pragmaticamente commisurato alla materia trattata, che nel caso era la *unwritten Constitution*, e pertanto nel quadro delle loro conoscenze non poteva mancare, seppure contenuta in diverse misure, la matrice storiografica. A cavallo tra rifiuto della immaterialità conoscitiva della *common law* si era posto un precursore di Dicey, autore di un tentativo di superamento della non scrittura costituzionale: tale il Jeremy Bentham, già allievo di Blackstone ad Oxford, che elaborando il *Constitutional Code* (1820-1827) aveva positivisticamente contestato quella configurazione evolutiva e non scritta del sistema costituzionale che ha formato la materia della riflessione diceyana. Su tale premessa antipositivistica lo stesso Dicey, nella sua opera costituzionalistica dava fondamento alla moderna scienza del diritto costituzionale britannico, ammetteva che per lungo tempo la storiografia, e in particolare la storiografia di produzione inglese di cui erano esponenti sommi il Blackstone appassionato cultore della costituzione ereditaria e fondatore del moderno concetto del mandato parlamentare come forme di rappresentanza politica, e diversi storici della sua contemporaneità liberale, aveva dettato il metodo e le sue modalità di applicazione

allo studio del diritto costituzionale, a cui anche il giuspubblicista quale "nuovo" cultore era tenuto a uniformarsi, suo impegno essendo l'operare secondo lo stile «*neither of a critic nor of an apologist, nor of an eulogist, but simply of an expounder*» se è vero che il compito del giurista è «*neither to attack nor to defend the constitution, but simply to explain its laws*». Si definiva in tal modo un metodo di neutralità interpretativa e di *understatement* che tuttavia non sempre avrebbe caratterizzato le argomentazioni di Dicey soprattutto nei passaggi in cui egli ha enunciato, contro ogni evidenza in una fase storica che era ormai definitivamente caratterizzata dall'emersione della *premiership* di governo, la dottrina della sovranità parlamentare, ma che almeno nelle intenzioni implicava una programmatica misurazione di distanze rispetto a quella storiografia che, accanto all'approccio antiquario che era necessario per dare ragione dello sviluppo del convenzionalismo, delle consuetudini parlamentari e della stessa *common law* come sedimentazione di elaborate prassi processuali, era spesso sconfinata in una esplicita *laudatio* della saggezza costituzionale del Regno d'Inghilterra, con ciò alimentando e contribuendo a radicare quel profondo senso di autostima che per lungo tempo ha caratterizzato, e tuttora caratterizza, il pensiero giuridico britannico. Forte di una lunga tradizione di metodo, la storiografia inglese dominante aveva pertanto perpetuato la consapevolezza che fare la storia del Regno d'Inghilterra era tutt'uno con il narrare la storia delle sue istituzioni politiche e, pertanto, la storia di una forma costituzionale sviluppatasi per riempimento di interstizi e mediante una ininterrotta risoluzione di antinomie che nondimeno non era condizione sufficien-

te per evitare l'insorgere di altre forme di contraddizione, che a loro volta richiedevano altri interventi risolutivi, e quindi nuovi passaggi evolutivi in un gioco senza fine che solamente in una fase, quella dell'*Instrument of Government* (1653-1660) di Oliver Cromwell (unico episodio di costituzione scritta nella storia costituzionale inglese, unanimemente demonizzato dai *legal historians* inglesi) si avvalse della formalizzazione in una fonte riepilogativa dell'ordine delle istituzioni configurando con ciò non un momento di risoluzione definitiva bensì la più stridente delle antinomie. Se tale era l'approccio ricorrente nella storiografia che aveva alimentato le visuali costituzionalistiche di Dicey, non stupisce che una acuta percezione dell'inevitabilità delle antinomie abbia caratterizzato le chiavi di lettura di molti *legal historians*, e tra queste in particolare quella che pone a confronto le concezioni centralistiche della monarchia, lo sviluppo delle libertà fondamentali e la parallela evoluzione del parlamentarismo. Questa linea di pensiero ha caratterizzato le opere di chi, nel nutrito novero degli storiografi dell'età liberale, ha indagato sulle origini e sviluppi del sistema costituzionale egemone nelle Isole britanniche, ovvero l'inglese, e così facendo nell'età vittoriana ha occupato *manu militari* il cuore della cultura costituzionalistica contribuendo alla formazione di una consolidata tradizione intellettuale in cui l'osservazione dei caratteri del sistema di governo si era sostanzialmente risolta in una attività ricostruttiva e per molti versi, talvolta non senza qualche forzatura interpretativa, in una ricostruzione antiquaria. Di certo l'apprezzamento intellettuale diretto verso le interpretazioni dell'Illuminismo delle università scozzesi, ove si segnala

il metodo storico applicato da Ferguson alla scrittura dell'*Essay on the History of Civil Society* (1768), e verso le concezioni conservatrici dell'Edmund Burke autore delle note *Reflections on the Revolution in France* (edite nel 1790), e l'eco originato dalle riflessioni in tema costituzionale contenute in popolariissime opere francesi come l'imponente e molto citata *Histoire d'Angleterre* di Rapin de Thoyras (apparsa in sette volumi nel 1724), l'*Esprit des Lois* di Montesquieu (1748), la *Constitution d'Angleterre* di Lolme (1771) e il libro II dedicato alle istituzioni inglesi nel *De l'étude de l'histoire* di Mably (1775), avevano dissodato uno spazio molto propizio per lo sviluppo della storiografia inglese del periodo liberale.

Giova ricordare in proposito quali siano i contributi di grandi storici citati da Dicey, ovvero da un precursore dello studio del diritto costituzionale in chiave prettamente giuridica (può sembrare tautologico discorrere di studio in chiave "giuridica" del diritto costituzionale, ma questa precisazione si commisura proprio alla questione dell'autonomizzazione della *constitutional law* rispetto alle interpretazioni egemoni dei *legal historians*) come importanti punti di riferimento sotto il profilo della cultura costituzionalistica liberale, quali il W.H. Hearn di *The Government of England. Its Structure and Its Development* (1867); l'E.A. Freeman di *The Growth of the English Constitution from the Earliest Times* (1872) e il Gardiner dei dieci imponenti volumi della *History of England* apparsi intorno agli anni Ottanta del secolo. Ma anche, andando con il pensiero ancora più indietro nel tempo quando ancora la Regina Vittoria non aveva dato inizio al suo lungo regno, Dicey non manca di dedicare un pensiero particolare all'Hallam di *The Constitutional History*

*of England from the Accession of Henry VII to the Death of George II* (1827), il che induce a rammentare che, traendo un indubbio vantaggio, piuttosto che dall'esistenza di una sola carta costituzionale altamente formalizzata, da una dovizia di fonti giuridiche e metagiuridiche mutuate dalla cultura di *common lawyers* (della cui schiera facevano parte, se non per professione almeno per formazione intellettuale, sia gli storici del diritto sia i cultori del diritto pubblico), la dottrina costituzionale britannica ha attinto con larghezza, e con approccio filologico spesso altamente sofisticato, alla storia e alla preistoria delle istituzioni del Regno d'Inghilterra. Proprio il riferimento ad Hallam, autore prediletto da Dicey, aiuta a individuare un altro tratto distintivo di una corrente della storiografia che non si discosta dal contesto culturale generale del proprio tempo, ma che in qualche modo se ne distingue per la selettività dei propri parametri valutativi della significatività storica: da ciò la necessità di focalizzare i meccanismi evolutivi della forma costituzionale inglese ha prodotto una sorta di ricerca della modernità che implica la estrapolazione di punti di ripartenza in un itinerario costituzionale che la storiografia di *ancien régime* tendeva a rappresentare come armonico e ininterrotto, e che invece era costellato di cesure. In tale ottica, è sintomatico che Hallam abbia misurato l'ingresso del sistema costituzionale inglese nella modernità a partire dalla monarchia di Enrico VII, ovvero di quel re Tudor che diede vita a una nuova stagione politica sorta dalle ceneri dell'antica aristocrazia. La posizione dottrinale di Hallam e degli altri autori che ne avrebbero seguito il metodo cronologicamente selettivo può essere grosso modo illustrata sottolineando che

essi, scegliendo l'impostazione della ricerca storiografica che delimita il campo d'osservazione all'interno di eventi dinastici ben precisi e scalati in quanto a essi viene attribuito un particolare valore fondante nell'ambito dell'evoluzione costituzionale: ma così facendo si individuano anche delle cesure che in qualche misura scandiscono nettamente la storia delle istituzioni del Regno d'Inghilterra e scalfiscono il mito dell'ininterrotta evolutività e del gradualismo. Come appunto Hallam ha circoscritto la sua più importante opera storiografica nel periodo che si include tra l'instaurazione nel 1487 della monarchia Tudor (una monarchia che, riappacificando il paese dopo la Guerra delle Due Rose, immette sangue nuovo, in sostituzione di quello abbondantemente versato nei decenni precedenti, nell'aristocrazia e avvia un inedito rapporto con il Parlamento segnando la transizione da un ordine costituzionale medievale a un ordine rinascimentale), anche gli autori di orientamento liberale che ne hanno tratto diretta o indiretta ispirazione non hanno rinunciato a scegliere le proprie cesure: così, per esempio, il T. Babington Macaulay in un vasto lavoro in più volumi che lo ha reso celebre, la *History of England from the Accession of James the Second* (1848-1859), nella quale si analizzavano a fondo l'accidentato cammino delle libertà fondamentali e, attraverso il mito fondatore della Gloriosa Rivoluzione del 1688-1689, l'ascesa della moderna forma di governo a base parlamentare – e non si potrà non rammentare, in proposito, un intervento a impostazione più monografica, ma non meno pregnante per quanto concerne l'analisi degli eventi rivoluzionari, quale certamente è il saggio di G.M. Trevelyan, *The English Revolution, 1688-1689* (1938).

Proprio prendendo spunto dalla premessa diceyana si può osservare come anche un *constitutional lawyer* di stretta osservanza non possa trascurare ciò che intuitivamente i *legal historians* avevano ammesso nello svolgimento delle loro erudite indagini ricostruttive, ovvero che l'ordinamento britannico non può essere compreso appieno se non ricorrendo all'analisi storica, e all'analisi storica dell'ordine costituzionale così come esso, prevalendo sul resto del territorio britannico, si è sviluppato in terra inglese. L'anglocentrismo difatti configura la cifra caratterizzante la quasi totalità degli studi degli storici dell'età liberale, tant'è vero che solamente a partire dalla fine del XIX secolo la storiografia costituzionale e, ultima arrivata, la scienza della *constitutional law* hanno iniziato timidamente a discorrere in termini britannici nel tentativo di contribuire anch'esse alla costruzione di un'idea unificante di nazione. Anche se il baricentro dell'ordinamento costituzionale dell'intera Gran Bretagna – l'Irlanda, sottoposta al regime semicoloniale, o coloniale *tout court*, che nel periodo di massima virulenza politica dei nazionalismi interni al Paese è stato efficacemente descritto da M. Hecther nel controverso saggio *Internal Colonialism. The Celtic Fringe in British National Government, 1536-1966* (1975), aderirà forzosamente nel 1800-1801 – è sempre collocato, nella storicità così come nell'attualità, nei corpi politici di Westminster, è stato con l'Unione parlamentare anglo-scozzese del 1707, a cui dedicavano importanti studi J. Mackinnon in *The Treaty of Union of Scotland and England* (1896) e, più avanti, lo stesso Dicey in tandem con l'allievo R.S. Rait nei *Thoughts on the Union between England and Scotland* (1920) – che il Regno Unito si formava sul

versante costituzionale, con ciò i suoi governanti iniziando a disegnare i lineamenti di quell'idea di *Britishness* che ha formato il nerbo ideologico dell'Impero e che più di recente diverse interpretazioni critiche, come ha osservato L. Colley in *Britons. Forging the Nation 1707-1837* (1992), hanno posto seriamente in discussione. Tutte focalizzate su ricostruzioni separate, cui elemento comune sembra essere una relativa sottovalutazione della dimensione britannica della storia costituzionale del Regno Unito e una concentrazione dell'analisi su quadri nazionali autoreferenziali, sono infatti (tanto per limitarsi alla sola Gran Bretagna) le storiografie inglesi e scozzesi. Non mancano inoltre le opere di diritto costituzionale puro elaborate in tali aree culturali ove si sono storicamente formati due differenti sistemi giuridici, la *common law* di impianto autoctono e la *Scots law* a configurazione mista. Per esempio, un manuale di diritto pubblico scozzese entrato nella classicità, che dedica molto spazio a un'accurata ricostruzione della storia costituzionale e giuridica pre-unitaria e a una analisi critica dell'Unione del 1707, è la monumentale *Introduction to the Law of Scotland* di Gloag e Henderson (1927), senza dire della gran quantità di pubblicazioni prodotte fin dalla prima metà del XX secolo dalla *Stair Society* (sodalizio che si ispira all'opera del Visconte Stair, autore delle *Institutions of the Law of Scotland* apparse a Edimburgo nel 1681) e tra queste in particolare la *Introduction to Scottish Legal History* (1947-1958), annuario cui hanno contribuito numerosi autori; del piccolo ma pregnante volume di A. Dewar Gibb, *Law from Over the Border. A Short Account of a Strange Jurisdiction* (1950); e in seguito anche dello studio di J.G. Kellas, che si colloca a cavallo tra diritto costituzionale,

scienza della politica e storiografia, *Modern Scotland* (1980).

Ma, tornando alla direttrice mediana del discorso che qui si sta svolgendo, non è chi non veda come anche trattando della costituzione dell'intero Regno Unito le maggiori opere storiografiche del periodo liberale tendessero a descrivere piuttosto una forma costituzionale di pura matrice inglese ignorando gli effetti uniformanti dell'Unione. In realtà, se anche con una certa attenzione si guarda all'apporto costituzionale che la Scozia ha offerto al neo-costituito Stato unitario (*nulla quæstio* per il Galles, pienamente omologato all'Inghilterra dal lontano 1536: la sua differità resterà confinata quasi esclusivamente al dato culturale e linguistico), si sono registrati effetti molto scarsi e poco appariscenti, e la storiografia se ne è occupata solamente in maniera marginale, occupandosi della Scozia e del Galles come di zone costituzionalmente poco significative ai sensi della formazione dell'unità statuale e ben più affascinanti sotto il profilo folclorico come luoghi di romantiche storie celtiche e di evocativi simboli culturali – che tuttavia sono stati messi a nudo nella loro relativa artificialità in due saggi inclusi nella celebre rassegna, curata da E. Hobsbawm e T. Ranger, *The Invention of Tradition* (1992). Questo *deficit* di senso ha superato il limite che lo separava dalla dimensione costituzionale allorché il *revival* dei nazionalismi dell'età tardo-vittoriana e le connesse rivendicazioni degli *home rulers* irlandesi e scozzesi non hanno posto perentoriamente in risalto le ragioni delle nazionalità interne a fronte di un ordine costituzionale che, dopo la sequenza di riforme elettorali verificatasi nel corso dell'intero XIX secolo, era ormai solo apparentemente monopolitico

e non più omogeneo e deferente così come esposto, al termine della *Palmerston age* descritta da Briggs, da Walter Bagehot nella celeberrima *The English Constitution* (1867). Non c'è dubbio che il modello istituzionale di Westminster abbia informato di sé l'evoluzione dell'intero Regno Unito e che la lettura classica, che discorreva di costituzione "inglese" con ciò intendendo "britannica", o di costituzione "britannica" significando la sola costituzione di produzione inglese, non fosse lontana dalla realtà dei fatti storici: almeno finché gli *home rulers* non intervennero a modificare la percezione collettiva, tale era la convinzione corrente di cui si ha chiara evidenza in numerosi scritti dell'intero XIX secolo, tra cui spiccano i *Principles of British Government* (1854) di Homersham Cox e i *Fifty Years of the English Constitution, 1830-1880* (1880), con cui una nuova generazione di *legal historians* non timorosi di essere contaminati dai *political theorists* (o forse si trattava di *political theorists* non consapevoli di agire come *legal historians*, o – perché no? – di *legal historians* già trasformati in *political theorists*?) si misuravano, non senza disdegnare le consuete premesse ricostruttive soprattutto nel soffermarsi sulle evoluzioni delle libertà fondamentali e del ruolo del Primo ministro, con l'attualità costituzionale. Il testo di *The Governance of England* (1904) di Sidney Low, tipico prodotto della percezione post-vittoriana, avrebbe dimostrato che la contaminazione era andata oltre e che la ricostruzione storica ben si avvantaggiava della lettura giuridico-politologica, e viceversa. I tempi culturali erano mutati, e la crisi parlamentare del 1909-1911 avrebbe aggiunto molti nuovi elementi a tale configurazione ibrida dell'analisi costituzionalistica, se è vero che – come le cronache

dell'epoca testimoniano – la forte politicizzazione del *people's budget* di Lloyd George (in ciò la chiave di lettura del *political theorist*) aveva indotto il Gabinetto liberale in carica a ricorrere a nuove elezioni e a minacciare, usando un'antica prerogativa della Corona traslata sul piano dell'Esecutivo, un'inornata di nuovi Pari (questa l'analisi del *constitutional lawyer*) per costringere all'obbedienza una riottosa Camera alta, e tutto ciò per ottenere il rispetto di un'antica convenzione risalente all'età medievale (qui un evidente *memento* del *legal historian*) e per portare a buon fine il *Parliament bill* che avrebbe introdotto un regime di bicameralismo stavolta legalmente, e non più solo convenzionalmente, paritario (di nuovo l'analisi costituzionalistica).

Il declino di molte certezze dell'età liberale e vittoriana aveva trasformato l'approccio metodologicamente puro dei *legal historians* e dei costituzionalisti in un approccio multistrato: del resto, il tentativo di Dicey di dare fondamento a una lettura puramente giuridica del sistema costituzionale britannico anglocentrico, se diede prodotti duraturi sul piano dei principi-guida (convenzionalismo, *sovereignty* parlamentare e *rule of law*), non altrettanto ottenne nel senso della purezza dottrinale: il *constitutional lawyer*, cedendo terreno al *political theorist*, avrebbe lasciato ampio spazio al cultore del *government*. Per loro conto, gli storiografi proseguivano nella loro speculazione, diventando buoni – anzi ottimi – compagni di strada dei costituzionalisti, come dimostra il sodalizio, anche personale, intercorso tra Dicey, James Bryce che nel 1901 diede alle stampe i celeberrimi *Studies in History and Jurisprudence* (1901) e il F.W. Maitland autore nel 1888 della scettica prolusione *Why the History of English Law Is Not Written: An*

*Inaugural Lecture*, ma soprattutto della *Constitutional History of England* (1908) in cui, pur non abbandonando il metodo della ricostruzione storica delle istituzioni dell'attualità, e anzi riconfermandone il valore in termini di utilità interpretativa, ne dichiarerà la complementarietà rispetto al registro culturale del *constitutional lawyer*.

L'osservazione a questo punto si può spostare sulla questione dei miti fondatori della costituzione inglese. Ogni sistema costituzionale ne ha di propri, e a maggior ragione si può dire del britannico che, nella sua vetustà storica, ne abbia a disposizione un intero catalogo: del resto la selettività di cui alcuni autori diedero prova assumendo dati eventi costituzionali come termini iniziali di importanti opere storiografiche (l'avvento della monarchia Tudor, il regno di Giacomo II, la "Gloriosa rivoluzione", il *Great Reform Act* del 1832, e così via dicendo: curiosamente, manca del tutto il 1707 in cui venne siglato l'*Act of Union*, ma è molto probabile che tra un centinaio di anni la data di adozione degli atti di *devolution* sia inclusa nel catalogo) dimostra che v'è abbondanza di scelta. Nondimeno, tornando alla storiografia costituzionale che in Gran Bretagna si usa considerare classica se non altro perché le grandi opere dei *legal historians* hanno fatto parte della formazione intellettuale di chiunque affrontasse studi superiori nelle *humanities* a Oxford e a Cambridge (ove d'altronde la maggior parte di tali storiografi occupava prestigiose cattedre) si può osservare che comunemente essa ha cristallizzato quale fondamentale punto di partenza della costituzionalizzazione in terra inglese, il mito fondatore della conquista normanna (1066).

Come si legge tra le righe dell'opera dell'oxfordiano Sir David Lindsay Keir, *The*

*Constitutional History of Modern Britain, 1485-1937* (1938) – altro *legal historian* che collocò il suo scientifico punto di partenza nella svolta Tudor – la qualità di un evento che sia indiscutibilmente epocale consiste nell’essere stato produttivo di una nuova struttura di governo: non di una singola istituzione o di un singolo congegno costituzionale, ma di un intero corpo organico di istituzioni e di connessioni. Questa annotazione ben si adatta al 1066, anno del confronto tra due culture della monarchia e del potere che vide prevalere sul campo le ragioni del Duca di Normandia: ovviamente il sistema di governo non nacque all’improvviso, ma di certo esso, almeno nei suoi elementi essenziali, fu formato in tempi straordinariamente brevi. Fin dall’origine esso si definì attraverso una considerevole (se paragonata a quanto si andava realizzando in Europa continentale) centralizzazione del potere monarchico temperata da un radicato spirito assemblearistico; un forte controllo fiscale, concretizzato con l’istituzione nel 1085 del *Domesday Book* assicurava vieppiù tale concentrazione del potere, che si consolidò ulteriormente mediante l’attività dei giudici itineranti e delle prime Corti di giustizia, la concentrazione dei corpi assembleari nella sala capitolare di Westminster avrebbe prodotto l’istituzione parlamentare, come documentavano il pre-vittoriano T.H.B. Oldfield, nei sei imponenti volumi della *Representative History of Great Britain and Ireland* (1816); il già citato magistrato Homersham Cox nell’ampio studio *The British Commonwealth: Or a Commentary on the Institutions and Antient Parliamentary Elections* (1868); e Alpheus Todd, autore di *Parliamentary Government in England* (1887-1889). A tutto ciò si aggiungeva, occupando spazi complementari di potere, una fitta

rete di autonomie locali che avrebbe prodotto una struttura di *local government* basata sul binomio contea-borough e tuttora caratterizzata, pur attraverso numerose episodi evolutivi, da tale basilare dualismo che ha origini remote, come si legge nei tre volumi di H.A. Merewether e A.J. Stephens, *The History of the Boroughs and Municipal Corporations of the United Kingdom* (1835); e, già in piena transizione edoardiana, nel *Local Government in England* (1903) di J. Redlich e F.W. Hirst, e in *Municipal Origins* (1911) di F.H. Spencer. Il sistema nella sua interezza poteva considerarsi composto già verso la metà del XIII secolo, e il quadro trovava completamento nell’invenzione della *common law*, sistema giuridico eminentemente procedimentale basato sull’attività delle Corti: questo richiamo al *legal system*, che tecnicamente potrebbe non avere molti rapporti con il *constitutional system*, e che invece ne ha molti dal momento che molti giudici delle Corti erano anche i legisti del sovrano e i commentatori (e produttori, se si considerare che diversi *books of authority* da essi scritti sono, in tutto o in parte, fonti costituzionali) dell’ordine costituzionale. Gli studi di Sir W.S. Holdsworth, e in particolare *A History of English Law* (1923) offrono ampie argomentazioni in tema, ma anche, risalendo ai grandi contributi del XX secolo, non si può omettere di considerare Sir W.R. Anson e i due ampi volumi del suo *The Law and Custom of the Constitution* (1887 e 1897). Se questi sono gli elementi costruttivi della forma costituzionale a noi storicamente nota come Regno d’Inghilterra, ebbene la Conquista normanna ne è stato il momento seminale, e di certo non sono lontani dalla realtà delle cose quegli storiografi che fanno risalire al 1066 l’origine della forma di governo inglese, come

tra i molti si rileva nel già menzionato E.A. Freeman con la *Growth of the English Constitution from the Earliest Times* (1872); nel Sir T. Erskine May della *Constitutional History of England* (1875) e nell'H. Taylor, autore di *The Origin and Growth of the English Constitution* (1895).

Ma, guardando alla preistoria delle istituzioni inglesi, ovvero all'epoca pre-normanna, di certo non mancava chi, come il vescovo William Stubbs, che fu *Regius Professor* di storia moderna a Oxford e autore di una celebrata *Constitutional History of England* (1874-1878), contribuiva ad enfatizzare la cultura del radicamento pre-normanno non disdegno di collocare nell'antica statualità anglosassone quelle essenziali premesse politiche che, dopo l'avvento al trono del Duca di Normandia, nel quadro di una pregressa cultura delle libertà, degli assemblearismi e delle autonomie, consolidato dalla tradizione nazionale, avrebbero reso possibile il successo dell'innesto della feudalità di stampo nord-europeo e preventivo, ad ogni suo ripresentarsi, il rischio delle formazione di un potere imperiale o assoluto, creando un sistema di governo dalle caratteristiche uniche e irriproducibili che ha tratto i suoi fondamenti dalla *rule of law* e dalla graduale affermazione dell'influenza parlamentare sulle altre istituzioni. Nella misura in cui attinge alla preistoria anglosassone questa chiave di lettura non è priva di fondamento; essa rivela motivi di considerevole interesse soprattutto se si guarda a quelle raccolte di fonti che non solamente in Inghilterra ma anche negli Stati Uniti – come si ravvisa nelle vaste ed erudite compilazioni elaborate da Benjamin Thorpe in *Ancient Laws and Institutes of England* (1840), da W. Stubbs nei diciannove tomi dei *Selected*

*Charters and Other Illustrations of English Constitutional History from the Earliest Times to the Reign of Edward the First* (1870), e in seguito nella più sintetica raccolta delle *Sources of English Constitutional History* di Stephenson e Marcham (1937) fanno risaltare ai *dooms*, *charters* e *writs* emanati diversi secoli prima dell'avvento normanno i primi elementi di quella che sarebbe diventata una coerente evoluzione delle istituzioni e del diritto inglesi: una tesi, questa, che appare confermata anche dalla principale raccolta di fonti anglosassoni prodotta in Germania, e tenuta in molta considerazione dagli storici del diritto soprattutto stutunitensi, il *Die Gesetze der Angelsachsen* di Felix Liebermann, edito in tre volumi tra il 1903 e il 1916. A questa attività di raccolta e talvolta di glossazione delle antiche fonti giuridiche che tende a dimostrare quanto peso abbiano avuto le preesistenze giuridico-istituzionali dell'epoca anglosassone sul successivo sviluppo della costituzione inglese è stato più di recente dedicata un'interessante raccolta di studi, a cura di D.G. Scragg e P.E. Szarnach, apparsa a Cambridge nel 1994 con il titolo *The Editing of Old English*.

Tuttavia un simile modo di intendere la natura pluridocumentaria e gradualistica dell'ordinamento costituzionale inglese risalendo alle antiche forme giuridiche non è stato privo di forzature indotte dall'enfattizzazione dell'influenza delle antiche, pluralistiche forme giuridiche sulle successive evoluzioni della modernità: una modernità che già, se si guarda alla coerenza dell'artigianato ordinamentale prodotto da una trice forma di centralizzazione (del potere monarchico, del potere giudiziario e del potere parlamentare), può essere considerata raggiunta nel XIII secolo. La legittimità

di questa enfatizzazione trova peraltro sostegno nei contributi di diversi padri nobili del pensiero giuridico che, pur senza essere consapevoli della propria importanza come costituzionalisti – la figura del *constitutional lawyer*emergerà a tutto tondo solamente nella tarda età vittoriana con A.V. Dicey e con le sue lezioni oxfordiane raccolte nella *Introduction to the Study of the Law of the Constitution* (1885) – ma “semplicemente” dei legisti e/o dei magistrati di eccezionale levatura, hanno sviluppato una pregnante riflessione sul governo del Regno d’Inghilterra avvalendosi della ricerca, della catalogazione e del commento, il più delle volte apologetico, delle fonti. È infatti noto che una spiccata venerazione, anche se in alcuni casi non disgiunta da un senso critico che ha incoraggiato una lettura istituzionalista del sistema di governo che non pone in primo piano le sue remote radici storiche ma privilegia la forma moderna della costituzione, ha accomunato i *legal historians* e i costituzionalisti inglesi nel loro incontro intellettuale con alcuni *common lawyers* di alto lignaggio che furono punti di riferimento fondamentali per i cultori pratici del diritto ma anche ispiratori di meditazioni costituzionalistiche. Alcuni tra questi affondano nella leggenda e diventano, nella percezione del giurista pratico e del cultore scientifico, vere e proprie ipostasi della fase formativa del diritto inglese: si pensi al *common lawyer* dell’epoca di Enrico I Rannulf de Glanville, o più comunemente “il Glanvill” (?-1190) cui con qualche approssimazione si attribuisce la paternità del *Tractatus de Legibus et Consuetudinibus Regni Angliae* (c.1188) circolante per secoli in manoscritto e dato alle stampe nel 1554, tradotto in inglese nel 1812 da John Barnes; e all’Henry de Bracton (c.1210-1268) autore

del *De Legibus et Consuetudinibus Angliae*, celebre *book of authority*, e creatore della distinzione tra *gubernaculum* e *jurisdictio* che ha tanto impressionato, in tempi a noi più vicini, Charles Howard McIlwain in *Constitutionalism: Ancient and Modern* (1940). Per inquadrare storicamente l’opera di questi due fondamentali *common lawyers* può essere oltremodo utile la lettura della *History of English law before the Time of Edward I* (1898), mentre per una rilettura delle istituzioni di governo alla vigilia della svolta Tudor, ovvero poco prima di quell’evento che diversi storiografi dell’età liberale hanno considerato come il mito fondatore del profondo rinnovamento della monarchia inglese, non resta che rinviare al giurista lancasteriano John Fortescue (1385-1476), che nel *De laudibus legum Angliae* (1468-1471) sviluppava la comparazione tra i concetti di *dominium regale* e *dominium politicum*. Tutti questi scritti sono disponibili in pregevoli ristampe anastatiche, e perfino consultabili in forma telematica. Quanto poi alla dottrina delle preesistenze, senza dire della diatriba storiografica che essa provocò nel periodo (1660-1689) della Restaurazione e della Gloriosa Rivoluzione allorché sul tema si confrontarono i sostenitori dell’illimitato potere del Re e i sostenitori della supremazia del Parlamento, essa non ha mancato di dominare lungamente la storiografia costituzionale di matrice inglese, le interpretazioni dei maggiori protagonisti delle vicende giudiziarie e politiche (spesso tra loro connesse) e i *common lawyers* delle generazioni più moderne. È in tale prospettiva che vanno considerati i contributi di Sir Edward Coke, il cui impegno di alto giudice, *parliamentarian* e scrittore di trattati giuridici si pose al centro della controversia tra Re e Parla-

mento contribuendo all'elaborazione della *Petition of Right* (1628) e pubblicando gli antiassolutistici *Institutes of the Laws of England* (1628-1644); e di William Blackstone, primo titolare ad Oxford della cattedra di *common law* che in seguito sarebbe stata occupata da Dicey, e autore dei monumentali *Commentaries on the Laws of England* (1765-69). Dopo essere passata attraverso il filtro della scuola tedesca – le cui interpretazioni trovano una adeguata *summa* nell'opera di Rudolph von Gneist *Das englische Verteilungsgesrecht* (1867) e in successivi suoi scritti dedicati alla comparazione tra la forma costituzionale inglese e la germanica – e francese – così in E. Boutmy, *Le Développement de la Constitution et de la Société politique en Angleterre* (1887) e in E. Glasson, *Histoire du Droit et de les Institutions politiques, civiles et judiciaires de l'Angleterre* (1882) – ed essere pertanto esportata anche nella percezione dell'Europa continentale, la dottrina delle preesistenze è giunta pressoché intatta anche in Italia: per tutti, giova rammentare le osservazioni di Costantino Mortati in *Le forme di governo. Lezioni* (1973).

In conclusione di questa breve e inevitabilmente incompleta ricostruzione di alcuni passaggi intellettuali della storiografia costituzionale inglese e dei suoi rapporti con altre forme di conoscenza, qualche evidenza deve essere data all'apporto dei *political theorists*, produttori di una riflessione inizialmente asistematica ed eterogenea, ma anche culturalmente meno vincolata dalle visuali manieristiche di molti *legal historians*. Questa nuova categoria di analisti del sistema costituzionale inglese, anch'essa molto legata agli stilemi anglocentrici e tendenzialmente poco attenta a quanto si andava preparando in Irlanda e in Scozia, ha occupato per l'inte-

ra parte dell'Ottocento che fa seguito alla pubblicazione della *English Constitution* di Bagehot, un'area culturalmente mediana tra la storiografia classica e la stagione genetica della figura del *constitutional lawyer*, formando un importante *trait d'unione* fra le due dimensioni del pensiero giuridico anche se tendenzialmente scevra da suggestioni giuridicizzanti, come si evince, tra i molti, nel saggio di J.R. Seeley *The Growth of English Policy* (1877) e nella raccolta a cura del medesimo (e in cui compariva un contributo del giovane Dicey), *Essays of Reform* (1867) in cui si analizzavano le conseguenze costituzionali della seconda grande riforma elettorale dell'Ottocento. Anche il *political theorist* o *philosopher* ha dei padri nobili che hanno invero diretto le proprie speculazioni verso prospettive teoriche spesso eccentriche rispetto ai punti gravitazionali del pensiero giuridico dei *common lawyers* e degli storici, ma che della storia – anche se di un'interpretazione della storia tendenzialmente eterodossa – hanno comunque fatto un imprensindibile punto di partenza: a dimostrazione che lo scienziato inglese della politica non è un semplice *parvenu* intellettuale, se ne ricorderanno illustri antenati non solo negli Utopisti come Harrington, autore di *The Commonwealth of Oceana* (1651) e del *Politicaster* (1659), ma anche nell'Hobbes del *De Cive* (1642), del *Leviathan* (1651) e del *Behemoth* (1679); del Locke dei *Two Treatises of Government* (1690); nel Bolingbroke dei *Remarks on the History of England* (1730-1731), della *Dissertation upon Parties* (1733-1734) e soprattutto dal *The Idea of a Patriot King* (1738 e 1749); e nelle nuove formule costituzionalistiche del Paine di *Common Sense* (1776) e *The Rights of Man* (1791-1792). Tali intermediazioni, spesso dissacratorie, si

apprezzano sotto il duplice profilo del metodo e delle questioni problematiche, così come ancora oggi si ravvisa nel pensiero degli studiosi del *government* che adottano, leggendoli alla luce dell'effettualità politica, spunti presi dalla storia delle istituzioni e dal diritto costituzionale, ma ciò facendo restano comunque disancorati sia dal proiezionismo storico sia dalla giuridicità della *constitutional law* a tutto vantaggio di una maggior attenzione nei riguardi delle connessioni esistenti tra politica, società e istituzioni.

Tra le due correnti, quella dei *political theorists* e dei *constitutional lawyers* si sono verificate, nel corso del Novecento, molte più contaminazioni di quante se ne possono rilevare tra questi e i *legal historians*. Dopo Dicey e malgrado Dicey una grande schiera di costituzionalisti, infatti, pur non obliterando del tutto i valori costituzionali provenienti dai tempi passati, ha dedicato attenzione al sistema costituzionale guardando alla fattualità del *government*, e molti scienziati della politica hanno compiuto l'operazione inversa andando alla ricerca dei nessi tra politicità e giuridicità della fennomenologia costituzionale: su un terreno comune sembrano pertanto incontrarsi i contributi di Sir Ivor Jennings, di cui va tenuto presente soprattutto l'ampio studio *Cabinet Government* (1936), e di Harold Laski con i suoi *Parliamentary Government in England* (1938) e *Reflections on the Constitution* (1951), nel cui spirito argomentativo non mancano significative allusioni al lascito costituzionale degli accadimenti della Gloriosa Rivoluzione. Trova pertanto conferma anche in orientamenti intellettuali concorrenti, che non eclissano ma anzi ribadiscono l'importanza della visuale storiografica, l'annotazione con cui Sir D.

Lindsay Keir dava inizio alla *Constitutional History of Modern Britain*:

continuity has been the dominant characteristic in the development of English government. Its institutions, though unprotected by the fundamental or organic laws which safeguard the "rigid" constitutions of most other states, have preserved the same general appearance throughout their history, and have been regulated in their working by principles which can be regarded as constant.

### Bibliografia

- Sir W.R. Anson  
[1887 e 1897] *The Law and Custom of the Constitution*, 2 voll.;
- T. Babington Macaulay  
[1848-1859] *History of England from the Accession of James the Second*;
- W. Baghot  
[1867] *The English Constitution*;
- J. Bentham  
[1820-1827] *Constitutional Code*;
- W. Blackstone  
[1765-1769] *Commentaries on the Laws of England*;
- H. St. J. (viscount de) Bolingbroke  
[1730-1731] *Remarks on the History of England*;  
[1733-1734] *Dissertation upon Parties*;  
[1738 e 1749] *The Idea of a Patriot King*;
- E. Boutmy  
[1887] *Le Développement de la Constitution et de la Société politique en Angleterre*;
- E. Burke  
[1790] *Reflections on the Revolution in France*;
- L. Colley  
[1992] *Britons. Forging the Nation 1707-1837*;
- E. Coke  
[1628-1644] *Institutes of the Laws of England*;
- H. Cox  
[1854] *Principles of British Government*;

## Torre

- [1868] *The British Commonwealth: Or a Commentary on the Institutions and Ancient Parliamentary Elections:*  
[1880] *Fifty Years of the English Constitution, 1830-1880;*
- O. Cromwell  
[1653-1660] *Instrument of Government;*
- H. de Bracton  
[c.1210-1268] *De Legibus et Consuetudinibus Angliae;*
- J.L. de Lolme  
[1771] *Constitution d'Angleterre;*
- A. Dewar Gibb  
[1950] *Law from Over the Border. A Short Account of a Strange Jurisdiction;*
- A.V. Dicey  
[1867] *Essays of Reform;*  
[1885] *Introduction to the Study of the Law of the Constitution;*
- A.V. Dicey, J. Bryce  
[1901] *Studies in History and Jurisprudence;*
- A.V. Dicey, R.S. Rait  
[1920] *Thoughts on the Union between England and Scotland;*
- Enrico I Ranulf, de Glanville ("il Glanvill")  
[1554] *Tractatus de Legibus et Consuetudinibus Regni Angiae* (ms. c.1188) [trad. ingl. J. Bearnes 1812];
- Sir T. Erskine May  
[1875] *Constitutional History of England;*
- A. Ferguson  
[1768] *Essay on the History of Civil Society;*
- J. Fortescue  
[1468-1471] *De laudibus legum Angliae;*
- E.A. Freeman  
[1872] *The Growth of the English Constitution from the Earliest Times;*
- S.R. Gardiner  
[1883-1884] *History of England from the Accession of James I to the Outbreak of the Civil War, 1603-1642*, voll. 10;
- E. Glasson  
[1882] *Histoire du Droit et de les Institutions politiques, civiles et judiciaires de l'Angleterre;*
- M. Gloag, R.C. Henderson  
[1927] *Introduction to the Law of Scotland;*
- R. von Gneist  
[1867] *Das englische Verwaltungsgesetz;*
- H. Hallam  
[1827] *The Constitutional History of England from the Accession of Henry VII to the Death of George II;*
- J. Harrington  
[1651] *The Commonwealth of Oceana;*  
[1659] *Politicker;*
- W.H. Hearn  
[1867] *The Government of England. Its Structure and Its Development;*
- M. Hechter  
[1975] *Internal Colonialism. The Celtic Fringe in British National Government, 1536-1966;*
- T. Hobbes  
[1642] *De Cive;*  
[1651] *Leviathan;*  
[1679] *Behemot;*
- E. Hobsbawm, T. Ranger  
[1992] *The Invention of Tradition;*
- Sir W.S. Holdsworth  
[1923] *A History of English Law;*
- Sir I. Jennings  
[1936] *Cabinet Government;*
- J.G. Kellas  
[1980] *Modern Scotland;*
- H. Laski  
[1938] *Parliamentary Government in England;*  
[1951] *Reflections on the Constitution;*
- F. Liebermann  
[1903-1916] *Die Gesetze der Angelsachsen*, 3 voll.;
- Sir D. Lindsay Keir  
[1938] *Constitutional History of Modern Britain, 1485-1937;*
- J. Locke  
[1690] *Two Treatises of Government;*
- G. Bonnot, (Abbé de) Mably  
[1775] *De l'étude de l'histoire;*
- J. Mackinnon  
*The Treaty of Union of Scotland and England* [1896];
- F.W. Maitland  
[1888] *Why the History of English Law Is Not Written: An Inaugural Lecture;*  
[1908] *Constitutional History of England;*

- C.H. McIlwain  
[1940] *Constitutionalism: Ancient and Modern*;
- H.A. Merewether, A.J. Stephens  
[1835] *The History of the Boroughs and Municipal Corporations of the United Kingdom*, 3 voll.;
- C.-L. de Secondat, (Baron de) Montesquieu  
[1748] *Esprit des Lois*;
- C. Mortati  
[1973] *Le forme di governo. Lezioni*;
- T.H.B. Oldfield  
[1816] *Representative History of Great Britain and Ireland*;
- T. Paine  
[1776] *Common Sense*;  
[1791-1792] *The Rights of Man*;
- J. Redlich  
[1903] *Local Government in England*;
- D.G. Scragg, P.E. Szarnach  
[1994] *The Editing of Old English*;
- J.R. Seeley  
[1877] *The Growth of English Policy*;
- F.H. Spencer  
[1911] *Municipal Origins*;
- Sir J. Dalrymple, (viscount de) Stair  
[1681] *Institutions of the Law of Scotland*;  
[1947-1958] *Introduction to Scottish Legal History*;
- C. Stephenson e F.G. Marcham  
[1937] *Sources of English Constitutional History*;
- W. Stubbs  
[1870] *Selected Charters and Other Illustrations of English Constitutional History from the Earliest Times to the Reign of Edward the First*, 19 voll.;
- [1874-1878] *Constitutional History of England*;
- H. Taylor  
[1895] *The Origin and Growth of the English Constitution*;
- R. de Thoyras  
[1724] *Histoire d'Angleterre*, 7 voll.;
- B. Thorpe  
[1840] *Ancient Laws and Institutes of England*;
- A. Todd  
[1887-1889] *Parliamentary Government in England*;
- G.M. Trevelyan  
[1938] *The English Revolution, 1688-1689*.

# The French-Dutch Heritage of the Belgian Constitution of 1830

ALAIN WIJFFELS

When Belgium acquired its independence in 1830 and adopted its own national constitution, a substantial part of the population and its leaders – at least, those who were in their late thirties or older – had become thoroughly acquainted with the concept and practice of a written constitution. The purpose of this brief contribution is to calendar the succession of French and Dutch constitutions which governed the Belgian territories and population between 1795 and 1830. In both cases, France and the Netherlands had already developed their own traditions of written constitutions, and those constitutions which predated their annexation of Belgium should therefore at least be referred to in this survey.

## *The last years of the Austrian Netherlands*

During the last centuries of the *Ancien Régime*, the legal status of the Southern

Netherlands had been mainly determined by international relations and to that extent by the law of nations<sup>1</sup>. At the Treaty of Utrecht (1713), the transfer from Spanish to Austrian Hapsburg sovereignty was primarily meant to strengthen the role of the country as a protective buffer against French expansionism and an advance defence line of the United-Provinces, but by the second half of the 18<sup>th</sup> century, when the traditional rivals France and Austria were faced with the assertive policies of other great powers which were threatening more directly their positions (England with regard to France, Prussia and Russia with regard to Austria), even that role had become questionable in the realignment of the European balance of power. In the domestic order, the provinces of the Austrian Netherlands remained, as already during the 15<sup>th</sup> century under the dukes of Burgundy, a personal union of distinct provinces. Each province had its own legal system and institutions, notwithstanding a growing central administration and



"Entrée du prince Fredéric d'Orange dans Bruxelles, le 1<sup>er</sup> septembre 1830", stampa coeva

government which tended, in several areas, to enact uniform, or common, legislation in the different provinces. The provinces could rely on their own "liberties and franchises", among which the Joyous Entry in the duchy of Brabant was the strongest legal expression of a particular legal status. It had been granted for the first time in 1356, and was to be reaffirmed – with some changes – by each sovereign (as duke of Brabant) at the beginning of his reign until the very end of the Austrian regime<sup>2</sup>. It was a written privilege and during the 18<sup>th</sup> century, it was not uncommon for it to be referred to as the "Brabant constitution". It also served a practical purpose, because the sovereign court of the duchy (the Council of Brabant) could object to ordinances from the central government (even enacted in the

name of the king or emperor) if the statute were found to be contrary to a provision in the Joyous Entry. The prerogative of the Brabant Council recalls that of the *Parlements* in Ancien Régime France, which could likewise express *rémontrances* against the recording of royal statutes and ordinances, but the similarity should not be drawn too far: the Brabant *représentations*, as they were called (i.e. formal objections against the enactment), could more readily be overruled by the sovereign; and whereas the French Parliaments would rely on unwritten fundamental laws which had been developed by themselves, or on considerations of general interest assessed by themselves, the objections in Brabant had to refer to specific articles of the Joyous Entry, which meant that both the Council

and the government had to take into account more rigid constraints of argumentation and textual interpretation. In any case, the Brabant Council maintained the practice of expressing its opposition to legislation which it deemed in violation of the "Brabant constitution" until the last years of the Ancien Régime<sup>3</sup>.

In the ecclesiastical principality of Liège, which was not incorporated in the Belgian Habsburg territories but remained a separate territory (*Reichsstand*) of the Holy Roman Empire, the Peace of Fexhe (1316) is another example of a medieval privilege which remained a written and formal authority of the subjects' freedoms and rights until the end of the Ancien Régime<sup>4</sup>. It guaranteed the liberties and customs, the due process of law against arbitrary interference from public agents, and the right of the Estates' assembly to revise, when necessary, the laws and customs of the principality. Several other late-medieval and early-modern documents, including (following the practice in the Empire) the "capitulations" agreed by the prince before acceding to his office, were regarded as constitutional acts<sup>5</sup>.

Only very few official written acts of authority can be said to have had a general constitutional significance for the Belgian provinces as a whole (excluding Liège): one of the best examples is probably the «Pragmatic Sanction» of 1549, which may be seen as an implementation of the attempts in 1548 to reform the Holy Roman Empire, when the "Circle of Burgundy" was created. Through the 1549 Act, Charles V established that all the Habsburg territories from the Burgundian heritage were to be governed by the same principles of dynastic succession,

thereby preventing their political division in the future.

### *The French Regime*

The Austrian Netherlands and Liège were annexed by a decree of the French Convention on 9 vendémiaire IV (1 October 1795)<sup>6</sup>. The first two written constitutions of the French Revolution (1791 (*Bart et al.* 1993), and 1793, Year III) were therefore never applicable in the Belgian territories, but the third written constitution, that of 5 fructidor III (22 August 1795) had shortly before been issued (Troper 2006). From 1795 onwards, and until the years 1814-1815 and Napoleon's defeat at Waterloo, the French citizens of the Belgian *départements* were subject to the constitutions of the *Directoire* (1795, Year III), of the Consulate (1799, Year VIII; 1802, Year X), and of the Empire (1804, Year XII).

Before the formal annexation (on 31 August), the Belgian territories had already been divided, along the principles of organisation of the Republic in general, into nine *départements*, subdivided into *cantons*. A Government Council was appointed to oversee the transition from a military occupation regime to the political and administrative incorporation into the *Grande Nation*. The new Constitution was introduced on 6 October, part of the French revolutionary legislation came into force immediately, but in many areas, the existing legislation was provisionally maintained. From 6 December 1796 onwards, the new French legislation became law in the Belgian *départements*, and a selection of some 438 earlier revolutionary statutes (dubbed the

*Code Merlin*) were also introduced. In 1797, the Belgian population for the first time had the opportunity to take part in parliamentary elections (for the partial renewal of the *Corps Légitif*), but the immediate tangible results of those elections, *viz.* a larger proportion of native Belgians holding administrative and judicial offices in their own constituencies were largely swept away by the coup of 18 fructidor V (4 September 1797). As a result of the fructidor coup, the issues which had already caused tensions during the first months of the *Directoire* regime – the continuing military occupation, aggravated by requisitions and conscription, the levying of new taxes, the lack of any effective economic policy, and, not least, anti-clerical measures – were further exacerbated and led to peasants' revolts in various parts of the countryside. The referendum for the Constitution of the Year VIII drew only a small proportion of the Belgian population, as at the time, the French military situation seemed uncertain and a new conquest by the Austrians and their allies could not be ruled out. In general, the Consulate did not bring any substantial improvement with regard to the representation of the Belgians in the central national political institutions in Paris, which remained as before comparatively low. In the Belgian territories, the *préfets* were as a rule native Frenchmen; only at the lower levels of the administration were Belgians more widely represented. The Concordat with the Roman-Catholic Church (1801), the judicial, administrative and tax reforms of the regime were generally welcomed, and the regime gained acceptance and favour after the peaces of Lunéville (1801) and Amiens (1802), but its ecclesiastical policies continued

nevertheless to cause unrest. Like the *préfets*, the bishops and higher clergy were mainly appointed among native Frenchmen, who often favoured a "neo-gallican" interpretation of the Concordat's terms and the controversial *articles organiques* added by the French government. By the time the regime had been converted into an imperial monarchy, however, some of the *Ancien Régime* elites – not least members of the old nobility – were more prone to join the Napoleonic administration. The last years of the regime antagonised both the conservative, pro-clerical segments of society, and the supporters of liberal policies. At the council of 1811, the critical statements from the bishops of Ghent and Tournai led to their arrest and dismissal. The grip of the police state tightened as the military situation worsened, individual freedoms and the press were increasingly subjected to restrictions, and a local *cause célèbre* clearly showed how the separation of powers had to give way when the regime's sense of state security was at stake. The adverse economic situation, the growing pressure of conscription even among the middle classes and higher taxes alienated ever larger groups of Belgian society.

In 1814–1815, before the threat of Napoleon's comeback had been finally averted, the Great Powers' decision to create a middle-sized kingdom combining the Northern and the Southern Netherlands under the Orange dynasty was taking shape. While the constitutional position of the Belgian territories remained uncertain, the conservative classes were putting forward their claims for a return to the "old constitutions", a claim the allied occupying authorities did not gainsay, causing concern among the liberal bourgeoisie. Ultimately,

the geo-strategic considerations of the Allied Great Powers, and foremost of Great Britain, at Vienna prevailed: a reasonably strong state had to be erected in order to form a first line of defence of the estuaries of the Rhine, Meuse and Scheldt against French expansionist policies.

In those circumstances, William Frederic of Orange saw his return to power in Holland as an opportunity to head a modernised centralised state, built on more substantial territorial, demographic and economic foundations than the former United Provinces of the late-eighteenth century. Under his authority, a document known as the "Eight Articles" were drawn up in 1814<sup>7</sup>. By that time, the Northern Netherlands, where French occupation had ended by the end of 1813, had been recreated as a sovereign kingdom with its own national constitution. The Eight Articles were primarily intended to demonstrate vis-à-vis the Great Powers that the Dutch regime was willing and able to work out a political and constitutional settlement which would both meet the strategic aims of the Congress of Vienna and ensure the stability of the enlarged kingdom. The articles provided *inter alia* that the 1814 Dutch constitution would be adjusted so as to organise an appropriate representation of the Belgian population in Parliament and to assuage the opposition of Roman Catholics in the South against what they perceived as Calvinist rule<sup>8</sup>. The issue of the recognition of religious marriages, in that context, became the focus of the tensions between the royal authorities and representatives of the Belgian Roman Catholic Church.

### *The Dutch written constitutions: preliminaries<sup>9</sup>*

By 1815, when the Dutch constitution of 1814 was adjusted to take into account the incorporation of the Belgian territories, the Northern Netherlands had already been acquainted with a variety of modern, written constitutions. During the *Ancien Régime*<sup>10</sup>, the United Provinces did not have a written constitution, though some declarations and treaties were perceived as constitutional acts, such as the Union of Utrecht (1579), the declaration repudiating Philip II as sovereign (*Plakkaat van Verlatinge*, 1581), and the Dutch-Spanish peace at Munster (1648)<sup>11</sup>.

The first written constitution of the Netherlands goes back to the Batavian Revolution in 1795, backed by French military forces<sup>12</sup>, and led to the creation of the Batavian Republic as the first "sister-republic" of Revolutionary France and the adoption of its constitution in 1798 (*Staatsregeling des Bataafsch Volks*, which can be translated more or less literally as: State-Ordination of the Batavian People)<sup>13</sup>. After the departure of the *stadhouder* William V (18 January 1795), the pro-Orange party was banned. The States-General were replaced in 1796 by a National Assembly (the "First National Assembly", 1 March 1796 - 31 August 1797), where three main political currents have been identified: "Unitarians", i.e. supporters of national sovereignty and a centralised government, "Federalists", who favoured the autonomy of the provinces, and "Moderates". A commission produced a first draft constitution (10 November 1796) (De Gou 1975), which was rejected, mainly for not carrying out substantially the

idea of a "single and indivisible" Republic. A new draft (30 May 1797) (De Gou 1983; vol. 2, 1984; vol. 3, 1985), which reflected a long-winded compromise inspired by the Moderates, was dubbed the "fat book" (*dikke boek*), for it contained no less than 918 articles. A referendum (8 August 1797) rejected, by a vast majority, that second draft. In the meanwhile, a new ("Second") National Assembly (1 September 1797–22 January 1798) had been elected and it set up a new commission to draft a constitution. After a French-backed coup (22 January 1798) which gave the Unitarians the upper-hand, the National Assembly was purged and sat as a Constituent Assembly. A new draft constitution was submitted on 6 March 1798 (De Gou 1988; 1990), which was ratified by referendum the following month (23 April). However, the Executive Regime (*Uitvoerend Bewind*) in the Batavian satellite-state of France proved as unstable as the *Directoire* itself and a new coup was staged a few weeks later (12 June). A provisional regime (both Executive and Parliament) was set in place and new elections were organised in order to put together a parliament ("Representative Body") controlled by Moderates. The new Executive Regime endorsed the coup of 12 June and maintained, at least in theory, the 1798 constitution.

Bonaparte's successful bid for power in 1799 resulted in renewed pressures from the French government on the Dutch regime to change its constitution. Within the Republic, calls for change had already been circulating among those who were dissatisfied with the regime's inability to work out the new state institutions upon which the Republic depended to achieve the ambitions of the new political regime.

Because the 1798 constitution ruled out any revision within a period of five years, the Executive held that «The people always retain the power to revise the constitution». When the Representative Body nevertheless opposed the change, a deadlock was only eluded by the decision of the Executive to submit their draft to a referendum. Although the draft was rejected by a majority of those who effectively cast their vote (1 October 1801), the Executive was able to present the referendum as an approval of the text<sup>14</sup> and a new political regime (known alternatively as the Batavian Commonwealth, *Bataafs Gemenebest*, although the style Batavian Republic continued to be used concurrently) replaced the first republican constitutional system (L. de Gou 1995).

Napoleon's strengthening personal rule and, after the pause during the short-lived peaces of Lunéville and Amiens, renewed warfare, also affected France's allies. In 1805, on the French emperor's insistence, the Executive (*Staatsbewind*) was reduced to a single person, R.J. Schimmelpenninck. The latter submitted his draft for a revised constitution to the emperor and, having obtained his approval, to the Batavian Legislative Body (L. de Gou 1997). Once again, the new draft was submitted to a referendum (8–16 April 1805); and, once again, the vast majority of non-voters was added to the number of supporters of the constitution<sup>15</sup>. Schimmelpenninck, as *raadspensionaris* (a somewhat opportunistic use of a title and office which had existed under the *Ancien Régime*), concentrated all the Executive powers, assisted by a State Council (similar to the French *Conseil d'État* during the First Empire), while the Legislative Body lost most of its effective political powers and influence.

Within a year, however, Napoleon had decided to re-establish the Batavian Commonwealth as a Kingdom ruled by his brother Lewis. The Batavian authorities were left no option – in spite of Schimmelpenninck's resistance – but to accept a treaty and the constitutional acts which revised the 1805 constitution. Lewis Napoleon was formally offered the crown of the new "Kingdom of Holland", as the country would now be called, a dignity he accepted on 5 June 1806. Commissions of the Council of State and of the Parliament subsequently wrote a draft of a new constitution for the kingdom, to which a constitutional Act was to be added (L. de Gou 1997). Both texts were voted by the legislative assembly and, on 7 August 1806, promulgated by the king.

The Napoleonic kingdom of Holland was not to be the ultimate stage of the French era for the Netherlands. From December 1809 onwards, the French Empire annexed several southern territories of the kingdom. On 9 July 1810, what was left of the kingdom was incorporated into the Empire as a whole, an annexation which was further confirmed by an enactment (*sénatus-consulte organique*) of 14 December in the same year. French institutions and legislation were introduced, including the constitutional acts of the Empire, *viz.* the constitution of the Year VIII, as amended in 1802 and 1804, and which were supplemented by constitutional (or, following the phrase used in French public law, "organic") enactments. At that stage, the Belgian and Dutch territories were reunited as French *départements* under Napoleon's French imperial rule.

### *The Dutch constitution of 1814*

The departure of the French administrators and troops, during the last months of 1813, paved the way for a provisional government (*Algemeen Bestuur*) which invited the Prince of Orange to accept the sovereignty over The Netherlands – the territorial boundaries of which remained uncertain, pending the outcome of the Congress of Vienna (Luiten van Zanden, van Riel 2000, Chapters 3 and 4). By Proclamation of 2 December 1813, the Prince accepted the sovereignty and promised to give the country a constitution. The new sovereign<sup>16</sup> established a commission which was to take as the starting-point of its proceedings a sketch of constitutional principles written by G.K. van Hogendorp, one of the principal leaders of the movement which had ensured the return of the Prince. At that stage, the issue was raised once more whether the new state would be organised along the lines of the pre-1795 situation, i.e. as a decentralised union with a large measure of provincial autonomy, or rather inspired by the French revolutionary and Napoleonic model of a highly centralised political system. Although the result of the commission's (and later of the drafting committee's) work has been characterised as a compromise, the newly established state was clearly much indebted to the modern notion of a nation-state in which the central institutions, not least the monarchy, enjoyed greater and more permanent powers than the Generality had ordinarily exercised under the Old Regime Republic. The draft constitution was not submitted to a referendum, but to a selection of some 600 prominent members of the Dutch society. On 29 March 1814, 474

members convened in Amsterdam in an assembly deemed to represent the «United Netherlands». A large majority – only 26 delegates voted against the draft – expressed their approval of the constitution. The result of the vote was transmitted to the sovereign, who promulgated the constitution the same day.

The 1814 constitution (Colenbrander 1908) was a combination of modernity (as understood in the immediate aftermath of the Napoleonic regime) and continuity (at least, attempting to maintain a link with the past of the United Provinces). The break with the Old Regime is most clearly expressed through the exclusive concentration of the sovereignty in the hands of the Prince<sup>17</sup> and in the primacy of the institutions, both the Executive and the States-General (the Parliament), which represented the United Netherlands as a whole. Defence, taxes and justice were also areas which the constitution explicitly entrusted to the sovereign state. Although the members of the States-General were to be appointed by the Provincial States (i.e., assemblies), the constitution dictated, in contrast to the rule and practice in the United Provinces and to some extent still during the first years of the Batavian Republic, that they would act and vote independently, without consulting the provincial assembly which had appointed them, nor be bound by any mandate from that assembly. The oath of the members of the States-General clearly also expressed the primacy of the State's interests.

The Provinces were thus no longer, as they had been in the United Provinces, sovereign actors. Their very existence, or at least their representative bodies, was now based on the constitution of the new state<sup>18</sup>. Nevertheless, the status accorded to

the provinces, most of which substantially retained their pre-revolutionary territory (art. 54), was a concession to calls to re-establish the old provincial identities. Even though the authors of the constitution had clearly brushed aside any idea of a (con)federation, retraining the provinces within the constitution as an important level of administration was, in some way, an acknowledgement of provincial particularism. The provincial assemblies, as already noted, designated the members of the States-General, but if they were members of the provincial States, the latter membership ceased, as was any position which would have made them accountable towards the provincial authorities (art. 61). The constitution made it clear that members of the States-General were to represent the Dutch people as a whole<sup>19</sup>. Any ties with the provincial authorities which were reminiscent of the old system where delegates in the States-General were bound by an “imperative mandate” were now abolished. The members of the provincial assemblies were required, witness the oath the constitution imposed, to observe «first and above all» the constitution of the United Netherlands (art. 82). The functioning of the provincial authorities was also to be supervised by the state authorities. The administration of watercourses was deemed to be, as a matter of primary «national» interest (art. 127, one of the rare uses of the phrase «national» in the constitution), and as such it was a prerogative of the sovereign (art. 127 ff.), although a considerable degree of administrative powers was granted to the provinces.

On a few other issues, the 1814 constitution made further concessions

to tradition and harked back to the pre-revolutionary regime: thus, a re-establishment of the status of nobility in the provinces (apart from the sovereign's prerogative, to create nobility, art. 42) was ordered by the constitution (art. 77); for the electoral boards in the cities the constitution referred to the old system as it prevailed in past times (art. 79: «*gelijk van ouds in vele Steden bestonden*»), and the chapter on common defence started with an article referring to the Union of Utrecht (art. 121) and also re-instated the old citizens' associations in charge of maintaining the peace (art. 125). Finally, the sovereign's religion was to remain the reformed Church, which also enjoyed special constitutional protection and benefits, even though the constitution proclaimed that all religions were to be equally protected and that no discrimination could be exercised with regard to access to public offices.

### *The Dutch-Belgian constitution of 1815*

The union of the Belgian territories with the Dutch state founded in 1814 was formally a decision of the allied Great Powers, agreed by separate treaties with the United Netherlands and confirmed in the Final Act of the Congress of Vienna (9 June 1815). The Dutch sovereign, authorised by the allied powers, had already been administering the Belgian territories since June 1814. The revision procedure of the 1814 constitution could not strictly be applied in order to introduce a new constitution which, as required, had to accommodate the specific needs of the Belgian population. The king<sup>20</sup> appointed a committee consisting

of twelve Dutch and twelve Belgian commissioners who reported on 13 July 1815 and submitted a new draft constitution (Colenbrander 1909). The ratification of the text inevitably had to follow a different procedure in the North and in the South. In the United Netherlands, a state already existed, constitutional powers had been institutionalised and functioned. According to the 1814 provisions, the numbers of members in the States-General had to be doubled for a change in the constitution (*viz.* from 55 to 110), and the 101 members attending the Northern constituent assembly accepted the new draft. The situation was more complicated in Belgium, which had no representative body at the time. The administration in the Belgian *départements* appointed 1604 prominent personalities who were called to vote on the same draft. Of the 1323 votes effectively cast, 796 opposed the constitution submitted by the Dutch government. The latter applied a slightly sophisticated variation on the counting techniques already repeatedly used under the French regime: the 281 Belgian non-voters were added to those who had voted in favour of the draft, and the negative vote of 126 representatives who had declared that their vote was inspired by the provisions on religious matters was nullified. Even that "arithmétique hollandaise", as the mode of calculation would be derisively dubbed among Belgian opponents, did not add up to the two-thirds majority which the 1814 text had required for changing the constitution, partly because the vote in Belgium had been entrusted by the Dutch administration to a much larger number than that of the Dutch delegates. In any case, the king declared that a substantial majority of the population in both parts of the country as a whole had

expressed their agreement with the new constitution, which was therefore deemed to be ratified (24 August 1815).

The 1815 constitution<sup>21</sup> strengthened the features of the central state. The state was now styled as Kingdom of the Netherlands with the king as head of state. The latter was no longer explicitly presented as the holder of the sovereignty, a term which appears to have been shunned by the drafters. Thus, whereas art. 1 of the 1814 constitution clearly stated that the sovereignty had been vested in Prince William Frederic of Orange-Nassau, art. 12 replaced the word "sovereignty" by "Crown". In the 1814 constitution, the sovereign's oath formula contained the pledge to honour and uphold the constitution (art. 28); by contrast, in the 1815 version of the oath (art. 53), the King swore that pledge to the Dutch people (*aan het Nederlandse volk*). The Dutch people, according to both constitutions (1814: art. 52; 1815: art. 77), were represented by the States-General. They were now organised in two distinct chambers: a Second Chamber, consisting of 55 representatives from the Northern provinces and 55 representatives from the Southern provinces; the First Chamber was to include between 40 and 60 life peers, appointed by the king. The Second Chamber's sessions were normally to be public (art. 108). The principle of the government being answerable to Parliament («governmental responsibility»), raised during the preliminary Dutch-Belgian discussions of the draft constitution, was opposed by the king and not included in the final text. The king's powers were now listed, in the French version, under the heading of «Royal Prerogative» (art. 56 ff.). Some of the references to the *Ancien Régime* already included in 1814 remained

in the 1815 text; in the chapter on defence, a reference to the "spirit" of the Pacification of Ghent (1576) was added to that to the "principles" of the Union of Utrecht. The new chapter on religion (art. 190 ff.) was more neutral than in the previous version, and no longer referred explicitly to the Reformed Church; the freedom and equal status of all existing religions in the realm was guaranteed.

The growing opposition to William I's rule in the Belgian provinces during the 1820s brought together an unlikely alliance of the mostly conservative Roman Catholics and the more progressive, and largely anti-clerical, liberals. That "monstrous" alliance (*monsterverbond*, i.e. in the sense of a politically unnatural coalition) was able to cooperate on a series of issues which addressed parallel, if not altogether shared, concerns, some of which focused on constitutional principles. Thus, the Roman Catholic Church, which fundamentally distrusted a Calvinist king and rejected the notion of equal status for all religions, was faced with a government policy which, for example on the issue of the seminaries and the appointment of bishops, generated very much the same tensions between Church and State as those which the Church had already faced under Napoleonic rule. It gradually recognised in the constitutionally guaranteed freedom of education a potentially powerful tool to recover some of its former influence on the masses, or at least on the social elites, in its traditional Belgian strongholds. The liberals, who developed during the late 1820s around certain newspapers a more coherent ideology and programme of fostering constitutional liberties, needed the Catholics in order to gain sufficient

leverage for an effective opposition to the Government. Some of their arguments show that their call for constitutionally protected liberties were referring to both an idealised notion of freedoms enshrined in the ancient Belgian charters of medieval times, and to their perception of more contemporary Whig constitutional developments in England. The issue of the government ministers being politically “responsible” to Parliament, which the king saw as an unacceptable infringement of his authority, remained a recurrent source of tension. In addition, the opposition of the late 1820s also increasingly focused on a number of constitutional demands, which the Belgian Constituent of 1830–1831 accordingly met by recognising explicitly the corresponding liberties in the constitution, in reaction to their alleged violation or disregard under the Dutch regime. Among those issues, which were often the subject of petitions to Parliament – the right of petitioning would be another right forcefully recognised by the Belgian Constituent<sup>22</sup> –, the freedom of education, of the press, of the use of language (the French-speakers felt disadvantaged by the official Dutch linguistic policies) (Thonissen 1879, p. 104), and the requirement of an independent judiciary (and, another recurrent call, the re-establishment of the jury<sup>23</sup>) were among the most important demands put forward. The liberal opposition also clashed more generally with the king’s different concept of his royal prerogatives and the implementation of the constitution. The parliamentary experience of the 1820s had also highlighted some crucial weaknesses in the position of Parliament vis-à-vis the Executive: as already mentioned, the king’s refusal

to accept governmental responsibility, but also the subservience of the First Chamber to the king, the ten-year period for which the ordinary budget was voted (combined with the lack of accountability of the public finances’ administration), the restrictions on Parliament’s faculty to propose amendments to bills, and the representation of the nobility as an order, or at least a distinct electoral body.

### *The Belgian National Congress and the Constitution of 1831*

The National Congress, the constituent assembly elected in the Belgian territories which revolted against the Dutch royal rule, was presented with two draft constitutions<sup>24</sup>. The discussions took place from 25 November 1830 until 7 February 1831: a comparatively short space of time, during which several parts of the main draft (written by a commission set up by the provisional government) were easily accepted, and the remaining controversial issues fairly quickly settled<sup>25</sup>. Among the latter, one of the questions for which greatly diverging opinions were expressed was that of the choice for either a single-chamber Parliament, or a bicameral system; and, as a majority opted for a bicameral Parliament (the French revolutionary experience of a unicameral system was still fresh in everyone’s minds), what would be the character of the First Chamber (styled Senate): some representatives were inspired by the English House of Lords, others by the *Chambre des Pairs* of the 1814 French Charter (i.e. Life Peers appointed by the King), still others by the reforms of the latter in the

recent 1830 French Charter. An influential current within the National Congress saw in the establishment of a Senate the means to check any excessively radical tendencies a single Chamber of Representatives might display, but also to develop further the need to maintain a balance between the monarchy and the Lower Chamber. In the end, the outlook of the Belgian senate in the 1831 constitution proved highly conservative, as the conditions for eligibility were such (40 years of age, and a high threshold with regard to the tax-rate) that nationwide only some 700 citizens were qualified.

The at the time comparatively far-reaching liberties guaranteed by the constitution can to a large extent be explained, as already noted, as a reaction against the authoritarian features of the Dutch regime, but also because of the Church's conversion to the idea of the constitutional freedoms of religion, worship and education, which built a common ground with the liberal currents, even though the latter tended to be hostile to the Church. The conversion was probably not overmuch influenced by the liberal orientation represented by Lamennais, but possibly more so by the Church's experiences with the powers of the modern state's control and interference under the French and the Dutch regimes, and the realisation that, freed from such interference, their hold on large segments of the population would be more effectively protected. Even so, the Church's position would remain throughout the 19<sup>th</sup> century hindered by the restrictions on the implementation of the freedom of association, a freedom which entailed in the view of many the risk of a new development of the *mainmorte*.

In contrast to the Dutch constitution, the foundation of the sovereignty was squarely vested in the nation («All powers issue from the Nation», art. 25) and, as a corollary, the king's powers were restricted to those granted by the constitution – no royal prerogative based on an unwritten tradition or body of laws was acknowledged. In addition, the need for parliamentary approval for the annual budget and for the size of the army, also to be determined annually, implied that the government was forced to retain the confidence of a majority in Parliament, and that it was thus politically answerable to Parliament. The cooperation between the Executive and Parliament was ensured by including both in the legislative process.

### *Conclusion*

This brief outlook of the consecutive written constitutions which were introduced in the Belgian territories under the French and the Dutch regimes shows that by the time of their independence, the Belgians had been directly acquainted with a variety of constitutional systems expressing the succession of government systems which had developed in France, and then in the Netherlands, since the mid-1790s. The Dutch constitution of 1815, itself the result of parallel, but distinct, developments which reflected French influences but also specific Dutch political currents, was the first which offered the Belgians a system of government and Parliament in which they had an opportunity to contribute significantly – in spite of the Dutch king's personal rule – to the emergence of

constitutional conventions. Although the Belgian National Congress which acted as constituent included only a relatively small number of representatives who had sat in the Belgian-Dutch Parliament, the experience of the former written constitutions which had governed the country and the political practice during the previous fifteen years played a substantial role in the National Congress's approach to the constitution the commissioners were to draft – if only, as with so many written constitutions since the late 18<sup>th</sup> century, because the new constituent wished to react against what was perceived to be the shortcomings of the regime which had been ousted. These cumulative layers of constitutional experiences ought to be taken into account in order to understand the work of the drafters of the 1831 constitution, without minimizing the importance of their – often, stated – perception of other constitutional systems, to which the Belgians had not been subjected (in particular the American federal and state constitutions, the French constitutions of 1791 and 1793, the French Charters of 1814 and 1830, and, perhaps to a lesser extent, the written constitutions introduced in various German territories from 1814 onwards).

## Bibliography

### G.W. Bannier

- [1936] *Grondwetten van Nederland. Teksten der achtereenvolgende staatsregelingen en grondwetten sedert 1795, met verschillende andere staatsstukken, historische toelichtingen en eenige tabellen*, Zwolle, W.E.J. Tjeenk Willink;

### J. Bart et alii

- [1993] (éds.), 1791. *La première constitution française*, Paris, Economica;

### H.T. Colenbrander

- [1908] (hrsg.), *Ontstaan der Grondwet. Bronnenverzameling*, vol. 1, 1814 [Rijks Geschiedkundige Publicatieën, kleine serie 1], The Hague, Martinus Nijhoff;

- [1909] (hrsg.), *Ontstaan der Grondwet. Bronnenverzameling*, vol. 2, 1815 [Rijks Geschiedkundige Publicatieën, kleine serie 7], The Hague, Martinus Nijhoff;

### C. de Boer, J.W. Sap

- [2007] (hrsg.), *Constitutionele bronnen van Nederlandse rechtsgeschiedenis*, Nijmegen, Ars Aequi Libri;

### L. de Gou

- [1975] (hrsg.), *Het plan van Constitutie van 1796. Chronologische bewerking van het archief van de eerste constitutiecommissie ingesteld bij decreet van de Nationale Vergadering van 15 maart 1796*, [Rijks Geschiedkundige Publicatieën, kleine serie 40], The Hague, Martinus Nijhoff;

- [1983] (hrsg.), *Het ontwerp van Constitutie van 1797. De behandeling van het plan van constitutie in de Nationale Vergadering*, vol. 1, 10 november 1796 - 10 april 1797 [Rijks Geschiedkundige Publicatieën, kleine serie 55], The Hague, Martinus Nijhoff;

- [1984] (hrsg.), *Ibidem*, vol. 2, 11 april - 13 september 1797 [Rijks Geschiedkundige Publicatieën, kleine serie 56], The Hague, Martinus Nijhoff;

- [1985] (hrsg.), *Ibidem*, vol. 3. *Indices, concordanties e.d. en facsimile van het Ontwerp van Constitutie* [Rijks Geschiedkundige Publicatieën, kleine serie 57], The Hague, Martinus Nijhoff;

- [1988-1990] (hrsg.), *De Staatsregeling van 1798. Bronnen voor de totstandkoming*, voll. 1-2, *Bronnen vóór 22 januari 1798* [Rijks Geschiedkundige Publicatieën, kleine serie 65], The Hague, Instituut voor Nederlandse Geschiedenis;

- [1995] (hrsg.), *De Staatsregeling van 1801. Bronnen voor de totstandkoming*, [Rijks Geschiedkundige Publicatieën, kleine serie 85], The Hague, Instituut voor Nederlandse Geschiedenis;

- [1997] (hrsg.), *De Staatsregeling van 1805 en de Constitutie van 1806. Bronnen voor de totstandkoming*, [Rijks Geschiedkundige Publicatieën, kleine serie 89], The Hague, Instituut voor Nederlandse Geschiedenis;

### H. Finger

- [2004] *Der fröhliche Einzug (Blijde Inkomst, Joyeuse Entrée) als Grundlage der Brabander Verfassung*, in J. Engelbrecht et al. (hrsg.), *Festschrift für Hansgeorg Molitor zum 65. Geburtstag*, Bielefeld, Verlag für Regionalgeschichte, pp. 23-40;

### S.J. Fockema Andreeae

- [1982] *De Nederlandse Staat onder de Republiek*, Amsterdam, Noord-Hollandsche Uitgevers Maatschappij;

### R. Fruin [H.T. Colenbrander, ed.]

- [1922] *Geschiedenis der staatsinstellingen in Nederland tot den*

val der Republiek, The Hague, Martinus Nijhoff;

G. Hansotte

[1987] *Les institutions politiques et judiciaires de la Principauté de Liège aux Temps Modernes*, s.l., Crédit Communal;

É. Huytens

[1844-1845] (éd.), *Discussions du Congrès National de Belgique, 1830-1831*, 5 voll., Bruxelles, Société typographique belge, Adolphe Wahlen & Cie;

B. Jacobs, R. Kubben, R. Lesaffer

[2009] (eds.), *In the Embrace of France. The Law of Nations and Constitutional Law in the French Satellite States of the Revolutionary and Napoleonic Age (1789-1815). Acts of the International Conference held at Tilburg University on 27-28 April 2006*, Baden-Baden, Nomos Verlag.

<sup>1</sup> For a general survey of the situation in the Southern Netherlands (and of the principalities of Liège and Stavelot) on the eve of the French annexation, it is still useful to refer the reader to the detailed study of Pouillet 1875. Pouillet offers both a general assessment and a specific outline for each territory. His approach is inevitably to some extent determined by 19th-century constitutional concepts: the book is subdivided thematically, following the major topics and categories of constitutional law as perceived in his day. This categorisation can to a large extent still be used by present-day historiography; moreover, Pouillet's analysis is historically strongly documented through statutory and doctrinal sources (which can be complemented by later Belgian historiography on the history of institutions for a better understanding of political and constitutional practice). For a recent general textbook on the history of public law in Belgium, in a wider European perspective and offering an outline from ancient times until the present day: Martyn, Opsommer 2008.

<sup>2</sup> For the original text: van Bragt 1956; among the many studies, see Van Uytven 1969, pp. 23-30; Finger 2004, pp. 23-40. Also: Pouillet 1863.

<sup>3</sup> The Joyous Entry also played a role

during the 'Brabant Revolution' of 1789-1790 which involved Brabant and several other Belgian provinces. It was spurred on by the reform policy of Joseph II during the 1780s, which was partly directed against traditional secular and ecclesiastical vested interests. The opposition, which was therefore largely inspired and backed by a conservative political agenda, led to an insurgency in the autumn of 1789. In Brabant, the emperor was repudiated by the insurgents for having violated his oath to the Joyous Entry and for having abolished Brabant privileges. Several other provinces joined the revolt and united, early 1790, in a confederation called "États belges unis", comprising Flanders, Brabant, Mechlin, Belgian Gelderland, Hainaut, Namur and Tournai). The independence movement was, however, deeply divided between conservative anti-reformist forces and those who supported the French Revolution. As a result of these divisions, the Austrian forces easily reconquered the Belgian territories by the end of 1790 and re-established the Habsburg regime.

<sup>4</sup> Hansotte 1987.

<sup>5</sup> Contrary to the "Brabant Revolution", the Revolution in Liège of 1789-1791 was mainly inspired by contemporary French revolutionary developments and ideas. In August 1789, a revolt

forced the prince-bishop to repeal a statute of 1684 which had concentrated political power in the hands of the prince, the cathedral chapter and the nobility. The flight of the prince led to a proclamation of a republican regime, which led to an intervention from Prussia acting on behalf of the maintenance of peace within the Empire and the Westphalian Circle. In January 1791, Austrian forces, after having brought down the Brabant insurrection, reinstated the prince-bishop. A «constitutional edict» of 10 August 1791 sought to restore «the ancient and precious constitution» to its state before the revolt. During the following years (1792-1795), the French-Austrian war gave exiles from Liège an opportunity to plead successfully the cause of incorporating the Liègeterritories into France.

<sup>6</sup> A first occupation by French revolutionary forces took place in November-December 1792 and lasted until Austria regained control after the battle of Neerwinden (18 March 1793). The Austrian restoration came to an end after the French victory at the battle of Fleurus (26 June 1794). The transfer of sovereignty was formally recognised in the Treaty of Campo Formio (1797).

<sup>7</sup> See the text (in French) in Colenbrander (éd.) 1909, pp. 27-28.

- <sup>8</sup> The articles ruled out any confederation and anticipated the creation of a unitary state (the «reunification» would be «intime et complète de façon que les deux pays ne forment qu'un seul et même État»), without any internal customs or commercial barriers, and a contribution by the State "in general", i.e. as a whole, to crucial works of defence, whether military or against the sea.
- <sup>9</sup> For a convenient collection of the successive late-18th and 19th-century Dutch constitutions and related texts in a single volume, one may refer to one of the editions of: Bannier 1936, for which I have used my copy of the edition: Zwolle, W.E.J. Tjeenk Willink. For a more recent publication including most relevant texts, but without contextual information: de Boer, Sap (eds.) 2007. For scholarly use, the series of publications of the *Rijks Geschiedkundige Publicatieën* which will be referred to for each (draft) of constitution, and which include the preliminary sources of the drafting, offer the fundamental source-material for any historical research.
- <sup>10</sup> Fruin [H.T. Colenbrander, ed.] 1922; Fockema Andreea 1982.
- <sup>11</sup> For a brief introduction, together with colour pictures of sample pages from these documents (and also from the 1798, 1814 and 1815 constitutions), see *In 21 stappen vrij onvereed. Constitutionele topstukken van het Nationaal Archief* (The Hague, Nationaal Archief; Hilversum, Uitgeverij Verloren, 2009).
- <sup>12</sup> On the French influences on foreign constitutional developments during the French Revolution and the First French Empire, cf. the contributions in Jacobs, Kubben and Lesaffer (eds.) 2009. Of particular interest for the Netherlands are the contributions by J. Roosendaal, *La genèse de la Constitution batave de 1798. un produit français*', pp. 9-14; Kubben, *A Tale of Dwarfs and Giants. The Batavian Republic and the Franco-Anglo Peace*, pp. 151-172; but also, on an important aspect of the Dutch constitutional debate during that period, but which I am not addressing in this paper: B. Jacobs, 'Farewell to the American Dream. Dutch Interest in American Constitutional Developments in the Early Nineteenth Century', pp. 15-30.
- <sup>13</sup> For a recent scholarly status quaestionis of various aspects of the 1798 constitution: Moorman van Kappelen and Coppens (eds.) 2001. See also several contributions in: Moorman van Kappelen and Coppens (eds.) 1997.
- <sup>14</sup> Of the 416,419 citizens who enjoyed the franchise, 52,219 voted against the draft and 16,771 in favour. The Executive did not mention the last figure (votes which had not been cast were counted as vote in favour of the proposed constitution), but announced that only 52,219 votes of the 416,419 strong electorate had opposed the draft.
- <sup>15</sup> The franchise included 353,332 voters, of whom 14,093 voted in favour of, and 136 against the draft.
- <sup>16</sup> The state was perhaps in all but name a kingdom, certainly a hereditary monarchy, but the 1814 constitution avoided designating the state as such; instead, it refers consistently to the country as the "United Netherlands" (*Verenigde Nederlanden*), while the head of state is styled *Souvereine Vorst*, which may be translated as "sovereign prince" or, simply, "sovereign" (the Dutch word *vorst* is commonly translated as "sovereign", which of course becomes inadequate in combination with the epithet "sovereign").
- <sup>17</sup> For a very biased historical and political argument against the *stadholder's* powers written by an influential foreign observer representing the enlightened ideology and agenda on the eve of the French Revolution, cf. Mirabeau's 1788.
- <sup>18</sup> Not only the term "kingdom", the term "national" has also been (mostly) avoided in the constitution. Art. 53 stated that the Dutch people consisted of the inhabitants of the provinces, the list of which, and their territorial boundaries, defined by the constitution (art. 54). Art. 73 created the provincial representative bodies, cf. its use of the future tense: «There will be States [i.e. representative assemblies] of the provinces or countries [*Landschappen*]».
- <sup>19</sup> On the origins of this principle in the Netherlands, and its later constitutional developments: Veen 1994.
- <sup>20</sup> The Dutch sovereign had anticipated the decision of the Great Powers in Vienna and had (with their approval) assumed the title of king on 16 March 1815.
- <sup>21</sup> Of which an official French translation was published. The original version was in Dutch. The French text is included in the edition by Bannier 1936, pp. 285-349.
- <sup>22</sup> The right to submit petitions was already mentioned in the 1815 Constitution (art. 181), which was seen to be inspired by art. 364 of the French Constitution of the Year III. See art. 21 and 43 of the Belgian Constitution (1831), and the commentary by Thonissen 1879, pp. 98-100.
- <sup>23</sup> However, demands to establish a separate jury for indictments was rejected, cf. the brief historical references in Thonissen 1879, p. 295.
- <sup>24</sup> For the transcripts of the National Congress's proceedings: Huytens (ed.) 1844-1845, voll. 5. Many of these documents, as well as a useful bibliography (with some of the essential works partly or entirely reproduced) are to be found on the website [www.unionisme.be](http://www.unionisme.be).
- <sup>25</sup> Apart from the commission's draft, a second draft was

also considered during the discussions. Both drafts and the final text voted by the Congress can be found in: Neut 1842, which reproduces the essential *travaux préparatoires*, but following the sequence of the Constitution's articles.

# L'omogeneità nei sistemi *multilevel*. Cenni sull'attualità di Hugo Preuss tra sviluppo storico, vecchie analisi e nuova terminologia

DIAN SCHEFOLD

## 1. Il concetto di sistema multilevel e la sua attualità

Il diritto costituzionale, anche in collegamento con il diritto amministrativo e il diritto internazionale, è spesso alla ricerca di nuove terminologie. Queste possono essere il risultato di sviluppi tecnici come l'informatica, di sviluppi sociali come forme nuove di lavoro oppure del mutato rapporto tra i sessi. In tali casi il diritto deve adattarsi ai fenomeni nuovi. Ma spesso questi non sono altro che la continuazione oppure la ripetizione di sviluppi già svoltisi nel passato che però appaiono in un'attualità nuova. Allora la terminologia nuova nasconde la problematica preesistente. Certo, un modo di vedere nuovo può interessare. Ma se c'è una continuità del problema, l'analisi ne deve tener conto.

Queste riflessioni possono essere concretezzate per il campo che, oggi, è chiamato sistema *multilevel*. Il concetto, molto attuale in Italia grazie allo sviluppo del de-

centramento, della *devolution*, della l. cost. 3/2001 e delle tendenze di riforme ulteriori, è un concetto chiave per i problemi attuali relativi al regionalismo, al federalismo e all'integrazione europea (Berti, De Martin 2003). I dibattiti sulla materia trascurano però spesso che si tratta di problemi vecchi. Il potere pubblico è sempre esercitato su una pluralità di livelli, dalle amministrazioni locali attraverso diversi livelli d'amministrazione statale fino al livello centrale. Anche poteri amministrativi di organizzazioni internazionali non sono un fenomeno totalmente nuovo, benché molto aumentato negli ultimi decenni e diventati, soprattutto in Europa grazie all'Unione Europea, un fattore importante.

L'inserimento del concetto di sistema *multilevel* nella discussione giuridica è, inoltre, caricato dalla difficoltà che la sua provenienza non è giuridica, ma di teoria dei sistemi, e che è stato poi applicato alle scienze politiche e alle scienze amministrative (Huinkink 1989). I sistemi, come i sottosistemi e i sistemi sovrapposti, ap-

paiono su tanti livelli. Con ciò però non è detto niente sul carattere, le qualità ed i rapporti fra tali sistemi. Pertanto un concetto di sistemi *multilevel* rimane giuridicamente impreciso. Nondimeno, il fatto che, anzitutto nel diritto dell'Unione Europea (Magiera, Sommermann, *White Paper on Multilevel Governance*) e in altri campi si parla sempre di più di sistemi *multilevel*, un chiarimento anche giuridico è un problema urgente. Vedremo che la storia costituzionale può aiutare su questa strada, e le osservazioni seguenti tentano di contribuire a questo compito.

Intanto si tratta, come elementi di un sistema *multilevel*, di rapporti diversi che, per conoscere le differenze e le qualità comuni, devono essere presi in considerazione. Si tratta, concretamente, di cinque rapporti differenti, cioè

1. il rapporto delle autonomie – locali e funzionali – con lo Stato;
2. la sussidiarietà orizzontale nel rapporto tra settore privato e pubblico al rispettivo livello;
3. il rapporto tra enti regionali e federati (Stati membri) con lo Stato centrale;
4. il rapporto tra organizzazioni statali e sovranazionali in comunità regionali, in Europa soprattutto nell'ambito dell'Unione Europea;
5. il rapporto tra Stato e organizzazioni internazionali, soprattutto nell'ambito del diritto internazionale pubblico.

In tutti questi rapporti si può parlare di un principio di sussidiarietà (verticale) del livello superiore in confronto a quello inferiore. Tuttavia questo principio può essere inteso sia come prevalenza del livello inferiore, sia come motivazione secondo cui il livello superiore deve essere attivato per garantire un sufficiente adempimento dei

compiti. Si tratta pertanto di un problema tipico di un sistema *multilevel*, ma non di un principio giuridico generalmente valido per definire i rapporti tra i livelli in questione (Schefold 2008).

## 2. Sistema multilevel e sovranità

C'è però una ragione perché i rapporti menzionati dei singoli livelli non sono spesso stati intesi come elementi di un sistema *multilevel* e non sono stati studiati sotto quest'aspetto. Come motivo decisivo si può constatare che per lo Stato si è rivendicato – e si rivendica sempre – una posizione speciale e unica, perché esso solo è sovrano. Se si definisce la sovranità, secondo la teoria risalente a Bodin e l'opinione dominante del tardo XIX secolo determinata da queste teorie, come capacità esclusiva di autodeterminazione e di auto-vincolo (Jellinek 1913, pp. 435 ss., 481), ne risulta una posizione speciale dello Stato in confronto con gli altri livelli. Mentre lo Stato è sovrano e quindi determina sé stesso, decide e dispone dei vincoli che accetta, gli altri livelli dipendono da lui. Sono perciò determinati da un'altra fonte, non autonomi<sup>1</sup>. È lo Stato che possiede il monopolio del potere.

Ne consegue che i livelli inferiori che dipendono dallo Stato derivano il loro potere dallo Stato stesso. In questo senso soprattutto l'amministrazione delle autonomie è amministrazione statale mediata, derivata dal potere statale. Perciò misure di autorità che presuppongono l'esercizio del potere da parte di organi d'autonomia, soprattutto locali, sono legali solo in quanto ci sia un'autorizzazione esplicita da parte dello Stato. Né il potere d'imperio, né di

coercizione, né penale dei comuni è qualificato come potere comunale proprio. Argomentazioni simili valgono per il settore privato, legittimato da garanzie statali, lo *status negativus* (Jellinek 1905), e in principio anche per gli Stati membri federati in uno Stato federale. La *multilevel governance* non ha, nel nostro contesto, un altro significato che la constatazione che c'è amministrazione e governo mediato anche sui livelli inferiori. Il potere esercitato è sempre quello dello Stato. Per le scienze amministrative una tale analisi può essere utile, ma non produce una rilevanza giuridica del sistema *multilevel*.

Anche per i livelli al di sopra dello Stato, essi derivano la loro legittimazione da chi dispone dei vincoli che intende subire. Il diritto internazionale pubblico è il diritto voluto dalla comunità degli Stati, sia tramite trattati, sia sulla base di consuetudini. Trova il suo fondamento pertanto nella volontà degli Stati partecipanti. In caso di conflitto, è oggetto della loro disposizione. Anzi, le organizzazioni internazionali, organizzate tramite materie di diritto speciale, sono fondate su questa legittimazione, benché questa, in certi casi, non appaia più evidente. Ma se si tenta di auto-fondare un livello sovranazionale, soprattutto nel diritto dell'Unione Europea, interpretare il potere dell'Unione come indipendente da quello degli Stati membri<sup>2</sup>, insistere sul loro diritto di disporre dei trattati costituisce un ostacolo nella prassi forse meno importante, ma in principio quasi insuperabile. Questo è vero soprattutto per la Germania. Le lunghe discussioni sulla protezione dei diritti contro il potere comunitario, surriscaldate dalla pretesa di controllo della Corte costituzionale tedesca contro spostamenti di competenze al livello europeo

e l'esercizio di queste competenze da parte degli organi dell'Unione, ultimamente in occasione dell'adesione tedesca al Trattato di Lisbona, hanno evidenziato i problemi del concetto, essenziale per l'Unione, di un potere auto-fondato dell'Unione. Alla fine sono giunte alla tesi – appena sostenibile – della Corte di qualificare il concetto di sovranità come elemento essenziale del diritto costituzionale tedesco<sup>3</sup>. Pertanto il potere del diritto internazionale pubblico, anche sovranazionale, è ricondotto al potere statale, e quindi negato come livello indipendente (Streinz 2008, pp. 79 ss.).

Verso il basso come verso l'alto, l'accento sul monopolio del potere dello Stato sovrano ammette, è vero, l'esistenza di livelli di *multilevel governance*. Ma il concetto del potere nel diritto statale esclude che questi livelli possano essere comparabili a quello statale. La delegazione di potere statale mediato verso il basso è, anzitutto, potere esecutivo e azione decentrata, non potere proprio. L'adempimento di compiti internazionali ed europei è basato sulla cooperazione dei poteri esteri degli Stati partecipanti che si possono coordinare, ma senza far nascere un livello proprio. Livelli di decentramento come di coordinamento non sono comparabili al livello statale. In tutte le due le direzioni un'omogeneità dei livelli è esclusa.

### 3. Il bisogno di omogeneità

Nondimeno si può constatare nello sviluppo storico un bisogno di omogeneità dei livelli diversi. Ciò contraddice le forme di legittimazione dei governi e le necessità pratiche se i principi determinanti per il governo

sui vari livelli sono differenti. Come può prosperare la democrazia, se si presenta, a livello locale, come governo autoritario, legittimato soltanto – magari nel modo di un “centralismo democratico” – dal vertice? E come può svilupparsi un diritto internazionale pubblico basato non sulla cooperazione dei popoli, ma su accordi diplomatici? La problematica, di rado formulata in questa maniera generale, è vecchia nella sostanza e nei conflitti concreti, come il conflitto tra potere monarchico e democratico nei tempi moderni; basti ricordare il dibattito su un potere locale indipendente nella Francia rivoluzionaria dopo il 1789 (Hintze 1928) e sulla Società delle Nazioni coscientemente chiamata in questa maniera (de Traz 1935).

È vero però che si può evitare questa problematica, sostenendo che, oggi, ogni legittimazione del potere sia fondata sul popolo (Hanschmann, pp. 6 ss.). Su questa via è possibile riferire l’omogeneità non più alla forma di Stato, ma alla struttura interna del popolo. Infatti una parte del dibattito attuale si è spostata in questa direzione<sup>4</sup>. È stata determinata però da una discussione avvenuta fra le due guerre mondiali che, pur parlando talvolta dell’omogeneità come strumento di appianamento sociale (Heller 1992), ha rivendicato soprattutto un monopolio statale nel definire l’omogeneità del popolo, delimitando amico e nemico, e ha reso possibile, su questa via, di eliminare componenti non volute della popolazione – spesso, ma non soltanto minoranze<sup>5</sup>. Con una tale argomentazione si condizionano reciprocamente la legittimazione dal popolo e la definizione dell’omogeneità del popolo, con una conclusione circolare. Perciò un tale concetto di omogeneità è arbitrario e non fa avanzare la teoria della costituzione (così anche Hanschmann 2008, pp. 297

ss.). Ciò non toglie la contraddizione tra sovranità statale e pretese di legittimazione opposte, ma la conferma.

In realtà invece il diritto costituzionale – statale e europeo – conosce sempre una problematica di omogeneità. Ma questa si riferisce all’ordinamento giuridico e all’omogeneità dei sistemi costituzionali. È soltanto questa problematica che interessa nel nostro contesto.

Un tale bisogno di omogeneità è specialmente importante nella discussione sugli Stati composti, soprattutto lo Stato federale. La base era già definita con il Congresso di Vienna di 1814-1815 e la Santa Alleanza. Se questa era basata, secondo le teorie della restaurazione, sull’idea di legittimità monarchica fondata sulla religione, essa doveva essere attenta a far rispettare questo principio in tutta Europa. Questo è vero per gli Stati che hanno firmato l’Atto del Congresso di Vienna e per gli altri poteri europei, ma del pari per il capitolo speciale dell’Atto che contiene l’Atto Federale Tedesco dell’8 giugno 1815. Anche la Confederazione tedesca e i suoi membri dovevano, su tutt’e due i livelli, realizzare il principio di legittimità monarchica, con la sola eccezione delle “città libere”; ma anche la posizione dei loro governi imitava la posizione dei monarchi. Secondo l’Atto Federale Tedesco questa struttura era piuttosto una massima, certo garantita dalla posizione dei “membri” della Confederazione, i principi federati che si garantivano reciprocamente i loro territori. Dopo i primi fenomeni di carattere rivoluzionario furono però emanate, per reprimerle, non soltanto le deliberazioni di Karlsbad, ma anche un Atto Finale di Vienna del 15 maggio 1820, in applicazione del modello. Ora la Confederazione, come “associazione di

diritto internazionale pubblico dei principi sovrani e delle città libere tedesche” (art. 1), doveva servire come garanzia reciproca dell’indipendenza e inviolabilità degli Stati membri e della sicurezza esterna e interna. Questa funzione era disciplinata in dettaglio. All’assemblea federale, cioè l’organo di rappresentanza dei principi dei singoli Stati, erano attribuiti diritti ampi di controllo, interpretazione, decisione e intervento: l’”associazione”, ovvero la Confederazione, garantiva l’ordine interno tramite i rappresentanti dei suoi membri monarchici. È vero che l’Atto Federale (art. 13) aveva garantito, negli Stati singoli, l’istituzione di “costituzioni con ceti”. Questa garanzia, molto contestata nella sua portata (Welcker 1845, pp. 223 ss., contro Gentz 1845, pp. 213 ss.), era mantenuta e fu precisata – limitata secondo il parere di Friedrich Gentz – in alcune direzioni (artt. 53–62 Atto Finale di Vienna). Intanto era importante la garanzia dei diritti dei principi che, tramite la costituzione cetuale, non dovevano essere limitati nella loro posizione come detentori pieni del potere pubblico e nei loro obblighi federali (artt. 57/58).

Le costituzioni emanate in questa cornice dai singoli Stati tedeschi sono rimasti in vigore essenzialmente fino al 1918, e l’Ottocento tedesco è caratterizzato da molti conflitti circa il mantenimento del principio monarchico nei singoli Stati. Anche le costituzioni della Federazione della Germania settentrionale del 1867 e dell’Impero Tedesco del 1871 non hanno modificato il compito dello Stato centrale di garantire l’omogeneità degli Stati federati: erano sempre i principi che si sono associati nell’Impero e che esercitavano, tramite il *Bundesrat*, l’influsso decisivo, anche in caso di violazione di obblighi di

uno Stato (art. 19 cost. 1871) e di conflitti costituzionali in uno Stato membro (art. 76 II° co. cost. 1871).

Secondo questi modelli sembrava ovvio che anche gli Stati federali democratici dovessero essere attenti all’omogeneità dei livelli di Stato federale e degli Stati membri. Già la costituzione statunitense, avendo disciplinato la struttura repubblicana dell’Unione, «shall guarantee to every state in this union, a republican form of government» (art. IV sect. 4 cost. Stati Uniti). Seguì questa strada anche la costituzione federale svizzera a partire di 1848 (art. 6, ora art. 51 cost. fed. del 18-4-1999). Per la ricostruzione democratica della Germania dopo il 1918 a livello centrale era essenziale che nei Länder non vi fossero forme opposte di governo. Perciò l’art. 17 della costituzione di Weimar ordinò, per i Länder e i comuni, certe condizioni repubblicane minime, anticipando il modello dell’attuale art. 28 LF.

Questo sviluppo racchiudeva, per di più, anche altri livelli oltre il rapporto tra Stato centrale e Stati federati, anzitutto i comuni. Infatti il rinnovamento dell’autogoverno comunale, elaborato nelle riforme prussiane degli anni intorno al 1808 dal Freiherr vom Stein, era un elemento estraneo allo Stato monarchico, e i riformatori pretendevano di estendere il modello costituzionale di autogoverno anche ai livelli di *Kreise*<sup>6</sup>, province e all’intero Stato prussiano. Dato il naufragio di queste tendenze durante il periodo della restaurazione, il sistema amministrativo *multilevel* prussiano rimaneva contraddittorio. L’autogoverno dei cittadini prevaleva sui livelli di *Kreise* e province soltanto in maniera imperfetta. Era invece sovrapposto da un’amministrazione statale determinata dalla monarchia,

soprattutto al livello dei distretti governativi (*Regierungsbezirke*), istituiti fra i livelli di *Kreis* e provincia, e al piano centrale, e poi dall'omogeneità della struttura monarchica anche a livello della Confederazione, e più tardi dell'Impero. Questo potere era "prepotente", teneva a guinzaglio le città, le forzava ad inserirsi nello Stato monarchico e ritardava il loro sviluppo. È vero che le città formavano nondimeno un contrappeso alla monarchia, cosicché si poteva parlare di una disgregazione del sistema statale dell'Impero, di una "lotta del cittadino contro il soldato" (Schmitt 1934). Ma era la monarchia che prevaleva in questa lotta fino al 1918. Questa situazione spiega che la costituzione di Weimar doveva prescrivere il principio democratico anche per i comuni, tuttavia rinunciando ad ancorare una responsabilità parlamentare del capo del comune e preferendo, su questa via, in continuità con la disciplina del 1808 e con effetti incisivi fino al presente, la stabilità dell'amministrazione comunale. Dall'altro lato però, la costituzione, disciplinando la vita economica secondo il principio di un "esistenza conforme alla dignità umana di tutti" (art. 151 I° co.), permettendo la "cogestione di tutti gli elementi del popolo lavoratori" (art. 156 II° co.) in un autogoverno economico, e provvedendo a consigli di operai e dell'economia (art. 165) conteneva almeno lo scopo di un'omogeneità di governo politico ed economico, benché ancora poco preciso e conseguente. Ma queste promesse erano la base per le forme di cogestione introdotte poi sotto la Legge Fondamentale.

Da una tale estensione del principio di omogeneità, dato il peso crescente delle organizzazioni internazionali, segue anche la loro legittimazione democratica. Se

il diritto internazionale pubblico classico, come strumento del potere estero degli Stati, della "*federative power*" (Locke, cap. XII, nn. 145-148), era orientato piuttosto verso monarchi ed i loro ministri responsabili, la democratizzazione dei soggetti del diritto internazionale pubblico sollevava il problema di controllare, in via democratica, anche gli organi di politica estera. Un tale controllo spetta agli organi nazionali, sia al governo responsabile dinanzi al Parlamento, sia a quest'ultimo, sia anche al popolo, e crea necessariamente difficoltà nel concludere accordi e cooperazioni internazionali. Pertanto già nel diritto internazionale pubblico generale si pone il compito di concedere capacità di influenza e diritti di controllo alle sfere del pubblico internazionale, soprattutto nelle forme delle organizzazioni non governamentali (NGO). Problemi del genere si pongono ancora di più per l'organizzazione sopranazionale. Per risolverli, la legittimazione democratica delle istituzioni sopranazionali, soprattutto del Parlamento europeo eletto in via diretta, diventa la questione chiave del funzionamento dell'unificazione europea.

#### 4. Sul contributo di Hugo Preuss

Ho elaborato appositamente in maniera generale il testo sin qui presentato, ricordando fatti di storia, anzitutto di storia costituzionale. Argomentando così, non voglio tuttavia negare che la mia impostazione è stata largamente determinata dallo studio delle teorie di Hugo Preuss ed è stata influenzata dai risultati della sua ricerca.

Il concetto di omogeneità sviluppato da Hugo Preuss è però stato formulato, almeno

all'inizio, in maniera più teorica e formale che il concetto usato nella mia argomentazione. Base determinante per Preuss è, dalla sua tesi di abilitazione su "Gemeinde, Staat, Reich als Gebietskörperschaften" (Preuss 1889) in poi, la teoria consociativa sviluppata da Otto von Gierke. Preuss si oppone alle teorie più risalenti dell'impero legate allo Stato patrimoniale e idealizzate durante la restaurazione. Contro questi tentativi, Preuss si pone l'obiettivo di spiegare e legittimare l'impero rispetto alla consociazione e al collegamento di persone singole – individui oppure già persone membro collettive (*Gliedpersonen*) – o ad una persona collettiva (*Gesamtperson*). Facendo così, Gierke e Preuss si avvalgono della tecnica giuridica di attribuire a certi gruppi di persone la personalità giuridica, qualificando questa persona, non il monarca, come soggetto dell'impero. È invece la persona collettiva che coordina e collega le volontà delle persone membro, e che, per questa via, pretende un diritto d'impero su di loro.

La controversia accentua la differenza tra la teoria romanistica, che oppone la persona giuridica come finzione alla persona naturale, e la teoria germanistica che concepisce egualmente come persone l'individuo, la persona membro e la persona collettiva. È vero che si può obiettare, da un punto di vista di teoria moderna, che questa contrapposizione è stata troppo accentuata nel tardo Ottocento tedesco (Jörs, Kunkel, Wenger 1949, § 43 nota 3, p. 74). Ma nondimeno rimane il merito della teoria consociativa, benché forse giuridicamente meno precisa, di descrivere in maniera più esatta il processo di consociazione a persone collettive. In questo modo si riesce a comprendere meglio il coordinamento a persone collettive e pertanto a collegare

fatti sociali e concetti giuridici. Inoltre, se la persona collettiva è qualificata tramite il collegamento con un certo territorio, se ne può dedurre la qualità speciale di ente territoriale (*Gebietskörperschaft*). Questo strumentario di concetti, il metodo e lo scopo del lavoro determinano tutto il lavoro ulteriore di Preuss in maniera costante (Mezzadra 1999, pp. 89 ss.).

Tuttavia l'omogeneità degli enti territoriali, da un lato del comune, dall'altro dello Stato e dell'Impero rimaneva ancora formale, perché Preuss interpretava la posizione dei monarchi del Regno della Prussia come dell'Impero tedesco come organi, rifiutando però l'idea di interpretare i loro diritti di governo come appartenenti ad uno Stato patrimoniale. Del pari, l'idea sostenuta da Preuss fin dall'inizio d'interpretare la comunità internazionale come ente territoriale era condizionata dalle pretese di sovranità degli Stati, benché Preuss, diversamente dal suo maestro Gierke, contestasse la pretesa della sovranità. Ma in tutte le direzioni Preuss sviluppava il suo modello teorico iniziale.

Per quanto riguarda la comunità internazionale, Preuss si oppose già nella tesi di abilitazione (Preuss 1889) e nei primi scritti sul diritto internazionale pubblico (anzitutto Preuss 1891) alle critiche elaborate dai rappresentanti di una sovranità statale assoluta. Dimostrò invece come l'intreccio economico moderno portasse a riconoscere la validità di certe regole garantendo l'effettività del diritto internazionale pubblico. Come Stato e diritto si condizionano reciprocamente, così la necessità di regolamentazioni internazionali e la conoscenza di questa necessità, cioè la coscienza del diritto dei soggetti di diritto, richiede un carattere obbligatorio, vincolante del di-

ritto della comunità internazionale. Questa tesi, orientata verso una limitazione della soluzione bellica di conflitti, influenzava anche la posizione di Preuss durante la prima guerra mondiale. Ne risultava inoltre la prevalenza del diritto internazionale pubblico sul diritto interno dello Stato, secondo l'art. 4 della costituzione di Weimar, il predecessore dell'attuale art. 25 LF (e dell'art. 10 I<sup>o</sup> co. cost. it.), benché le condizioni di queste regolamentazioni non esauriscano l'idea guida di Preuss.

Per il campo interno dello Stato, del pari, Preuss sviluppava man mano una visione più differenziata dell'ente territoriale e dei suoi organi. Oggetti dello studio erano, in questo processo, prima l'attività dell'autonomia locale, poi la ricerca della personalità degli organi, infine i problemi della riforma amministrativa prussiana. La tesi originaria, ancora molto generale, che la persona collettiva eserciti, tramite i suoi organi, imperio sulle persone membro, era confrontata con il problema specifico della scelta degli organi. È vero che Preuss, nella tesi di abilitazione e nelle pubblicazioni di quegli anni, parlava ancora, in maniera molto astratta, di una volontà della persona collettiva e anche di una volontà generale. In seguito però l'argomentazione fu concretamente applicata. Per quanto riguarda la posizione degli organi comunali, poteva essere dedotta dal processo di formazione della volontà nella comunità locale. Se le autorità statali influenzavano questo processo, Preuss qualificava questo intervento come contraddittorio in un sistema di autonomia e riduceva l'influsso, per quanto possibile, a un potere di confermazione secondo le misure ed i criteri della legge (Preuss 1902).

Ma con una tale argomentazione scoppiò il contrasto tra repubblica comunale e mo-

narchia statale, a livello della Prussia come dell'Impero. Preuss ha accettato questa contraddizione per il periodo fino al 1918. Pur criticando i principi degli Stati membri, rifiutando un'interpretazione della monarchia come "patrimoniale" e argomentando in favore di un costituzionalismo, vide nell'Imperatore, in continuità con l'Impero Romano e contro il collegamento della corona imperiale a una famiglia di principi – Habsburg –, ancora nel 1917 un simbolo di speranza per l'unità dell'Impero. Così la funzione dell'Imperatore, concepita nella costituzione della Paulskirche e poi realizzata dalla costituzione di Bismarck, poteva racchiudere la chance di un impero come Stato costituzionale e pertanto di un equivalente all'autonomia costituzionale a livello comunale (Preuss 1917). Vista da oggi, una tale costruzione può sembrare artificiale, ma era una speranza dei liberali nel periodo imperiale.

Ciò nonostante una tale speranza era assolutamente contraddittoria con l'analisi dell'impero monarchico in Prussia che Preuss ha sviluppato, dal 1908, nei suoi scritti sulla riforma amministrativa prussiana. L'idea di Gierke, concretizzata e ampliata da Preuss, sull'autonomia degli enti territoriali a tutti i livelli (Preuss 1910 e pubblicazioni seguenti), era opposta ad elementi essenziali dell'amministrazione e quindi anche alla costituzione prussiana: anzitutto ai forti diritti di intervento nell'amministrazione decentrata sempre appartenenti al governo prussiano; poi all'amministrazione burocratica dei distretti di governo (*Regierungsbezirke*), istituiti tra i livelli di provincia e *Kreis*, con poteri amministrativi importanti; poi agli elementi dell'organizzazione delle province e *Kreise* influenzati da vecchie strutture

feudali, appena conciliabili con le caratteristiche di un ente; poi alla posizione forte e problematica sotto gli aspetti dell'autogoverno dei funzionari statali dirigenti delle province e *Kreise* (*Oberpräsidenten* e *Landräte*); infine alla debolezza dei comuni rurali – disciplinati da una legge soltanto nel 1891 – poco adatti a rendere effettiva l'autonomia dei paesi.

Con tutte queste constatazioni, il modo di vedere di Preuss tendeva a spostarsi. Certo il concetto di ente territoriale, opposto a quello di Stato patrimoniale, rimaneva la categoria fondamentale. Ma l'analisi più dettagliata delle strutture determinanti tutti e due i modelli lasciava apparire come condizione essenziale dell'ente territoriale lo Stato popolare (*Volksstaat*), contro modello dello Stato autoritario (*Obrigkeitsstaat*). I due modelli, l'uno nel comune, l'altro nello Stato, sono radicalmente antitetici. Ma: «Se lo Stato è l'organizzazione del 'national selfgovernment', tutt'e due sono omogenei l'uno con l'altro, e il contrasto essenziale fra di loro non esiste» (Preuss 1912, p. 749). Soltanto se lo Stato popolare, basato sull'autonomia comunale, realizza la stessa struttura anche al livello statale, si può parlare di una vera riforma dello Stato. Su questa via, radicata nei fondamenti della teoria di Hugo Preuss, la tesi è già elaborata prima della prima guerra mondiale. Svolge i suoi effetti nella pretesa di rinnovamento popolare durante la prima guerra mondiale e finalmente nella costituzione di Weimar. È questa la ragione per la quale questa costituzione doveva porre un accento così forte sull'omogeneità di comune, *Land* e Stato (sempre chiamato "Impero"!) centrale. L'omogeneità nella democrazia *multilevel* può pertanto essere intesa come conseguenza centrale della teoria di Preuss,

benché formulata ancora prudentemente nei primi scritti.

### 5. Il rapporto con la teoria di Kelsen

Lo sviluppo della teoria preussiana fino alle formulazioni più esplicite intorno al 1910 deve interessare ancora di più, perché si può datare immediatamente dopo, nel 1911, l'inizio di un conflitto dei metodi e delle tendenze che ha determinato decisamente la dottrina costituzionale tedesca del novecento. Gli scritti di Hans Kelsen, Carl Schmitt, Erich Kaufmann e un po' più tardi di Rudolf Smend e Hermann Heller segnalano una fase nuova di formazione della teoria che doveva determinare le discussioni weimarie (Schefold 1998, pp. 567 ss.). Ma è difficile collocare in questa discussione proprio l'autore di quest'opera costituzionale. Vediamo ora il motivo: la formazione delle sue posizioni risale all'elaborazione nell'ultimo terzo dell'ottocento di una teoria consociativa dello Stato opposta all'influsso romanistico, benché alcune conseguenze diventino attuali soltanto ora. Perciò mi pare più adeguato alla genesi storica inserire Preuss – come Gierke, Laband, Jellinek, Hänel, Rosin – a un precedente conflitto dei metodi e delle tendenze (Schefold 2010). Infatti i rappresentanti delle tendenze sviluppate dopo il 1911 si distaccano dalla vecchia discussione sul positivismo.

In questo senso c'è anche un contrasto profondo tra la descrizione e analisi sociologica degli enti territoriali sviluppata da Preuss e la critica radicale di un fondamento del diritto basato sui fatti da Hans Kelsen (1923). Per questo il giurista austriaco ha

criticato Preuss in maniera acerba. Ma uno sguardo più preciso rivela anche sviluppi paralleli.

Dal suo lato Preuss, descrivendo la genesi della persona collettiva, insiste sul fatto che in questo processo si forma anche il diritto. Intanto lo Stato, per Preuss, diversamente da Kelsen, non è identico al diritto, ma non è pensabile senza il diritto, come il diritto non può esistere senza lo Stato. E c'è di più. Poiché lo Stato è coinvolto nel sistema *multilevel* degli enti territoriali, dal comune fino alla comunità mondiale, si ha l'obiettivo «di stracciare la ragnatela del concetto invecchiato della sovranità, non conforme al presente» (Preuss 1889, p. VI e più esplicitamente pp. 100 ss)<sup>7</sup>. Nessun livello può arrogarsi la sovranità, tutti sono sottoposti al diritto, formato con loro e determinato da loro. Hugo Krabbe, il maestro olandese, aveva descritto questa situazione, anche con riferimento alle idee di Preuss, come «sovranità del diritto» (Krabbe 1906), e Preuss aveva scritto una recensione positiva del libro, fino all'osservazione che il libro «profila meglio il punto saliente» (Preuss 1908, pp. 229-231).

Dall'altro lato, la tesi di Preuss implica un passo decisivo verso la teoria pura del diritto di Kelsen. Questo, è vero, nel suo libro del 1911 ha criticato Preuss e anche Krabbe, e infatti, non si può contestare la differenza metodologica: per Kelsen la costruzione di un ordinamento giuridico unitario come ordinamento di doveri, finalmente riconducibile a una norma fondamentale; per Preuss descrizione della genesi di un ordinamento giuridico anche come elemento dell'essere. Rimane nondimeno, in paralelo con il sistema *multilevel* degli enti territoriali, un sistema delle norme giuridiche da considerare come unitario. Inoltre si

può sostenere che Kelsen, nella sua attività politica e nella motivazione scientifica, ha qualificato la teoria della formazione di una persona collettiva come caratteristica della democrazia, e che ha collegato questa teorie al relativismo dei valori (Kelsen 1929, pp. 11 ss., 98 ss.; Paulson 2007, pp. 1148 ss.). Pertanto anche la teoria kelseniana, vicina a quella di Preuss, può essere determinata da un ordinamento giuridico unitario.

## 6. Conseguenze

Sulla base delle due teorie si può e si deve sostenere oggi che i sistemi *multilevel* hanno bisogno di omogeneità. Questo è vero anzitutto per le autonomie locali e per gli ordinamenti regionali e federali in rapporto all'intero Stato. Pur tenendo conto delle differenze che risultano dalla quantità e dal modo di esercizio dei compiti e dalle particolarità d'organizzazione che ne risultano, ci sono sempre i principi comuni come sono stati ancorati all'art. 17 della costituzione di Weimar e all'art. 28 LF. Questo non esclude differenze risultanti dalla materia: da un lato, il peso più grande dell'amministrazione a livello locale può richiedere una stabilità meglio assicurata e perciò opporsi ad una parlamentarizzazione totale dei comuni<sup>8</sup>. Dall'altro lato, almeno secondo l'opinione prevalente in Germania, sembra più ovvio l'inserimento di elementi di democrazia diretta nelle piccole unità piuttosto che nello Stato. Perciò diminuisce, a livello locale, il bisogno di influssi partitici e del rispetto di un tale influsso, ad esempio nel diritto elettorale; sono meno importanti clausole di sbarramento contro i partiti più piccoli. Poi, per il livello del

potere estero e della rappresentanza dello Stato, il bisogno di un capo dello Stato è più forte sul piano nazionale che su quello degli altri livelli. Infine, in altri ambiti ci sono tradizioni diverse, ad esempio per le materie del riordino territoriale, dell'organizzazione governativa e amministrativa, oppure per la giustizia costituzionale. Tutti questi punti di vista giustificano una politica costituzionale propria a livello di Länder, di regioni e anche del livello locale con una certa autonomia organizzativa, anzi costituzionale. Ma tutte queste differenze hanno la tendenza a diminuire e a perdere di importanza. Non è un caso se la giurisprudenza costituzionale tedesca, ad esempio in materia di diritto elettorale con clausole di sbarramento<sup>9</sup>, tende a irrigidire le misure di controllo riguardo la legittimazione di forme speciali dell'ordinamento democratico, e richiede la prova della necessità per un sistema democratico. L'omogeneità deve servire, oggi, a consolidare l'idea della democrazia.

Questo, in principio, è vero del pari per i livelli internazionale e sovranazionale. Certo, a livello mondiale una tale coscienza è ancora poco sviluppata, nonostante le promesse generose di una democrazia globale dalla fondazione delle Nazioni Unite in poi, le convergenze democratiche dal 1989 e la partecipazione delle organizzazioni non-governative nella formazione di una volontà internazionale. È vero che l'analisi sopra menzionata del diritto internazionale pubblico "al servizio della vita economica", sviluppata da Hugo Preuss nel 1891, non è stata confutata dallo sviluppo novecentesco; rimane importante come tendenza che può essere interpretata, inoltre, anche come ammonimento per la politica. Ma rimane l'obiezione che Preuss, con tutto il suo

realismo e con tutta la prudenza della sua analisi, ha forse sottovalutato le difficoltà, le complicazioni e i ritardi sulla strada per un potere mondiale democratico.

Più probabili sono i progressi negli spazi regionali. Rispondendo alla pretesa dell'integrazione europea di garantire la democrazia e la coerenza democratica in Europa, i trattati europei, dalla fondazione del Consiglio d'Europa e ancora di più della Comunità e poi dell'Unione Europea in poi hanno sempre invocato i principi di omogeneità democratica. Tale legittimazione ha rinforzato, nell'ambito del Consiglio d'Europa, la posizione dei parlamentari nazionali, regionali e locali nelle assemblee, e grazie ai processi di trasformazione nell'Europa orientale, ha influenzato questi sviluppi in misura considerevole.

Ancora più importante, grazie alle competenze più ampie, è però lo sviluppo della Comunità ed ora dell'Unione Europea. Il fatto che la struttura con la Commissione e la Corte di Giustizia, sotto il controllo del Consiglio Europeo e dei Consigli dei Ministri, delegati dai governi degli Stati membri, deve sfociare in un deficit democratico, è un fatto constatato e criticato da decenni, e perciò oggetto continuo di tentativi di riforme. Non senza successi! Dal 1975 esiste il Parlamento Europeo eletto direttamente dai cittadini dell'Unione, con poteri crescenti, benché sempre insufficienti sotto certi profili. Nel passato recente il Trattato di Lisbona ha inserito, nel Trattato sull'Unione, un titolo con alcune regole sui principi democratici (artt. 9-12). Queste regole precisano l'applicazione del principio democratico a livello dell'Unione, fino alle possibilità di un'iniziativa popolare europea e di una partecipazione dei Parlamenti nazionali alle decisioni. In

quest'ambito, è proprio l'Unione che pretende un controllo sui principi democratici negli Stati membri (artt. 2, 6, 7, 49 TUE) assicurando, attraverso questa via, l'omogeneità di tutti i livelli (Hanschmann 2008, pp. 239 ss., vedi sopra, n. 3).

Nondimeno si può sempre parlare di un deficit di democrazia a livello europeo, causato in parte dalle tradizioni, dalle difficoltà più gravi di democratizzare organizzazioni più estese e dalle differenze fra gli Stati membri con popolazioni eterogenee. La critica di questo deficit si collega facilmente al malcontento verso una burocrazia europea lontana dal cittadino e desiderosa di regolamentare. Anche in questa situazione si può e si deve sperare a un ravvicinamento graduale delle strutture di governo nel sistema *multilevel*. Lo sviluppo del mezzo secolo passato può incoraggiare speranze in questa direzione.

Una tale speranza però entra in contraddizione con l'insistere degli Stati membri sulla loro sovranità. Infatti ogni riforma dei trattati sull'Unione presuppone la ratifica da parte degli Stati membri a seguito dell'approvazione secondo le regole delle costituzioni dei singoli Stati (art. 48 TUE, in principio anche per il procedimento semplificato). Per questa via anche l'Unione Europea riconosce la sovranità degli Stati membri, nei quali ogni tanto hanno luogo referendum sulle modificazioni dei Trattati – che possono pure naufragare. Perciò il disegno di un Trattato sulla Costituzione Europea non è stato approvato, e l'entra- ta in vigore del Trattato di Lisbona è stata complicata e ritardata. In questo contesto occorre tener conto della sentenza della Corte costituzionale tedesca del 30 giugno 2009 (BVerfGE 123, 267) che, è vero, afferma la compatibilità del Trattato di Li-

sbona con la Legge Fondamentale tedesca, ma richiede una partecipazione rafforzata di Parlamento e *Bundesrat* alla formazione della volontà sulle materie dell'Unione Europea, e si riserva di verificare se gli atti giuridici dell'Unione, comprese le modificazioni dei Trattati, eccedano i limiti di deleghe speciali su competenze dell'Unione: questa deve rimanere "Staatenverbund"<sup>10</sup>, non deve poter diventare Stato. La partecipazione degli Stati membri – già prevista infatti nei Trattati – deve garantire che la democrazia compensi il deficit democratico constatato, anzi drasticamente enfatizzato dalla Corte costituzionale.

La discussione di questa sentenza, molto forte attualmente in Germania (per tutti: Schönberger 2009, in italiano Palermo, Woelk 2009), non può aver luogo diffusamente in questa sede. Sembra essenziale dire però per il nostro contesto che è compito dell'Unione Europea di ordinare l'omogeneità dei livelli dell'Unione e degli Stati membri. Per quanto i compiti pubblici sono attribuiti al livello dell'Unione, perché questo è più effettivo, adeguato e perciò proporzionale (cfr. art. 5 IV<sup>o</sup> co. TUE) di quanto non possa avvenire ai livelli inferiori, occorre organizzare il livello europeo in tale maniera che corrisponda alla pretesa di strutture democratiche, sostenuta dall'Unione stessa, dagli Stati membri e dal pubblico. Può far parte di una tale organizzazione, accanto a elementi parlamentari e di democrazia diretta, anche la partecipazione di organi, anzitutto parlamentari, degli Stati membri. Ma soluzioni del genere incontrano limiti. Questo è ovvio quando, negli Stati membri, la partecipazione democratica non è meglio garantita che a livello dell'Unione. I deficit menzionati in materia di democrazia diretta a livello fe-

derale tedesco, rivelano una tale problematica. Ma sono del pari i diritti di decisione dei singoli Stati membri che possono bloccare le decisioni a livello dell'Unione restringendo la realizzazione del principio democratico a tale livello; perciò sono disfunzionali in un sistema *multilevel*.

Ne consegue che, per la modificazione dei Trattati europei, il voto decisivo dovrebbe essere pronunciato a livello europeo, anzitutto tramite referendum che può essere inserito, come referendum consultivo, prima della ratifica delle modifiche da parte degli Stati membri. Certo, occorre tener conto anche del diritto di contestazione dei singoli Stati, ma considerato ora, secondo il Trattato di Lisbona, il diritto di recesso dall'Unione secondo l'art. 50 TUE, rimane da chiedersi se questa possibilità non sia sufficiente, e se non basti come strumento di dissenso in caso di decisione con maggioranza qualificata e confermata da referendum consultivo a livello dell'«Unione sempre più stretta dei popoli d'Europa» (art. 1 II° co. TUE).

Da un punto di vista di principio, rimane decisivo il fatto che la responsabilità per l'omogeneità dei livelli, nel nostro caso fra Unione Europea e i singoli Stati, deve essere localizzata in ciascun livello. Perciò il ricorso al principio democratico nei singoli Stati non può sostituire la democratizzazione dei livelli internazionali e sovranazionali – del pari come la democrazia locale non può sostituire la democrazia parlamentare a livello statale. Ogni livello è confrontato col compito di ordinare la democrazia e deve compierlo per la sua sfera.

## Bibliografia

- G. Berti, G.C. De Martin  
[2003] (a cura di), *Le garanzie di effettività dei diritti nei sistemi policentrici*, Milano, Giuffrè;
- C. Bürger  
[1986] (hrsg.), *Zerstörung. Rettung des Mythos durch Licht*, Frankfurt am Main, Suhrkamp;
- P. Bürger  
[1986] *Carl Schmitt oder die Fundierung der Politik auf Ästhetik*, in Id. (hrsg.), *Zerstörung. Rettung des Mythos durch Licht*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, pp. 170–176;
- F. Gentz  
[1845] *Über den Unterschied zwischen landständischen und Repräsentativ-Verfassungen*, in L. Klüber, K.T. Welcker (hrsg.), *Wichtige Urkunden für den Rechtszustand der deutschen Nation*, Mannheim, 2 ed., (ristampa 1977), pp. 213–223;
- F. Hanschmann  
[2008] *Der Begriff der Homogenität in der Verfassungslehre und Europawissenschaft*, Berlin, Springer;
- H. Heller  
[1992] *Politische Demokratie und soziale Homogenität* (1928), in Id., *Gesammelte Schriften*, 2 ed., vol. 2, Tübingen, Mohr Siebeck, pp. 421–433;
- H. Hintze  
[1928] *Staatseinheit und Föderalismus im alten Frankreich und in der Revolution*, Frankfurt am Main, Deutsche Verlagsanstalt, (nuova edizione Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1989);
- J. Huinink  
[1989] *Mehrebenen-Modelle in den Sozialwissenschaften*, Wiesbaden, Westdeutscher Verlag;
- G. Jellinek  
[1882] *Die Lehre von den Staatenverbindungen*, Wien (ristampa 1969);  
[1905] *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, 2 ed., Tübingen, Mohr, (ristampa 1919, 1964);  
[1913] *Allgemeine Staatslehre*, 3 ed., (ristampa Darmstadt 1960);
- P. Jörs, W. Kunkel, L. Wenger  
[1949] *Römisches Recht*, 3 ed., Berlin, Springer;
- H. Kelsen  
[1923] *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*, 1911, 2 ed., Tübingen, Mohr Siebeck, (ristampa 1960);  
[1929] *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, 2 ed., Tübingen, Mohr Siebeck;

- J.L. Klüber, K.T. Welcker  
 [1845] (hrsg.), *Wichtige Urkunden für den Rechtszustand der deutschen Nation*, 2 ed., Mannheim (ristampa 1977);
- H. Krabbe  
 [1906] *Die Lehre der Rechtssouveränität*, Groningen, Wolters;
- [1908] *Die Lehre der Rechtssouveränität*, in H. Preuss, *Gesammelte Schriften*, hrsg. von D. Lehnert, C. Müller, *Öffentliches Recht und Rechtsphilosophie im Kaiserreich*, Einführung von D. Schefold, Tübingen, Mohr Siebeck, vol. 2, pp. 229-236;
- J. Locke  
 [1956] *The Second Treatise of Government* (1690), Oxford, Blackwell;
- S. Magiera, K.P. Sommermann  
 [2002] (hrsg.), *Verwaltung und Governance im Mehrebenensystem der EU*, Berlin, Duncker und Humblot;
- S. Mezzadra  
 [1999] *La costituzione del sociale. Il pensiero politico e giuridico di Hugo Preuss*, Bologna, il Mulino;
- F. Palermo, J. Woelk  
 [2009] *Germania*, in «Quaderni Costituzionali», 4, pp. 1031-1034;
- S.L. Paulson  
 [2007] Recensione di Hugo Preuss, in *Gesammelte Schriften*, vol. 1, in «Juristenzeitung», pp. 1148-1149;
- H. Preuss  
 [1889] *Gemeinde, Staat, Reich als Gebietskörperschaften*, Berlin, (ristampe 1964, 1999);  
 [1891] *Das Völkerrecht im Dienste des Wirtschaftslebens*, in H. Preuss, *Gesammelte Schriften*, hrsg. von D. Lehnert, C. Müller, *Öffentliches Recht und Rechtsphilosophie im Kaiserreich*, Einführung von D. Schefold, Tübingen, Mohr Siebeck, vol. 2, pp. 426-467;  
 [1902] *Geschichte des Bestätigungsrechts in Preußen*, in H. Preuss, *Gesammelte Schriften*, hrsg. von D. Lehnert, C. Müller, *Öffentliches Recht und Rechtsphilosophie im Kaiserreich*, Einführung von D. Schefold, Tübingen, Mohr Siebeck, vol. 2, pp. 527-553 (= Das städtische Amtsrecht in Preußen, 1902, cap. 7);  
 [1908] *Selbstverwaltung, Gemeinde, Staat, Souveränität*, in H. Preuss, *Gesammelte Schriften*, hrsg. von D. Lehnert, C. Müller, *Öffentliches Recht und Rechtsphilosophie im Kaiserreich*, Einführung von D. Schefold, Tübingen, Mohr Siebeck, vol. 2, pp. 236-269;  
 [1910] *Die Lehre Gierkes und das Problem der preußischen Verwaltungsreform*, in H. Preuss, *Gesammelte Schriften*, hrsg. von D. Lehnert, C. Müller, *Öffentliches Recht und Rechtsphilosophie im Kaiserreich*, Einführung von D. Schefold, Tübingen, Mohr Siebeck, vol. 2, pp. 605-644;
- [1912] *Verwaltungsreform und Staatsreform in Preußen und Österreich*, in H. Preuss, *Gesammelte Schriften*, hrsg. von D. Lehnert, C. Müller, *Öffentliches Recht und Rechtsphilosophie im Kaiserreich*, Einführung von D. Schefold, Tübingen, Mohr Siebeck, vol. 2, pp. 732-749;
- [1917] *Die Wandlungen des deutschen Kaisergedankens*, in H. Preuss, *Gesammelte Schriften*, hrsg. von D. Lehnert, C. Müller, *Politik und Gesellschaft im Kaiserreich*, Einführung von A. Lothar, Tübingen, Mohr Siebeck, vol. 1, pp. 616-627;
- [2007] *Gesammelte Schriften*, hrsg. von D. Lehnert, C. Müller, *Politik und Gesellschaft im Kaiserreich*, Einführung von A. Lothar, Tübingen, Mohr Siebeck, vol. 1;
- [2008] *Gesammelte Schriften*, hrsg. von D. Lehnert, C. Müller, *Politik und Verfassung in der Weimarer Republik*, Einführung von D. Lehnert, Tübingen, Mohr Siebeck, vol. 4;
- [2009] *Gesammelte Schriften*, hrsg. von D. Lehnert, C. Müller, *Öffentliches Recht und Rechtsphilosophie im Kaiserreich*, Einführung von D. Schefold, Tübingen, Mohr Siebeck, vol. 2;
- U.K. Preuss
- [1986] *Zum Begriff des Politischen bei Carl Schmitt*, in C. Bürger (hrsg.), *Zerstörung, Rettung des Mythos durch Licht*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, pp. 147-159;
- D. Schefold
- [1986] *Carl Schmitt und sein Begriff des Politischen*, in C. Bürger (hrsg.), *Zerstörung, Rettung des Mythos durch Licht*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, pp. 160-169;
- [1998] *Geisteswissenschaften und Staatsrechtslehre zwischen Weimar und Bonn*, in K. Acham et alii (hrsg.), *Erkenntnisgewinne, Erkenntnisverluste*, Stuttgart, Steiner, pp. 567-599;
- [2008] *Democrazia e sussidiarietà nell'esperienza tedesca*, in G.C. De Martin (a cura di), *Sussidiarietà e democrazia*, Padova, Cedam, pp. 135-145;
- [2010] *Le costituzioni ed i due conflitti sui metodi e le tendenze*, in A. Cerri et alii (a cura di), *Liber Amicorum Angel Antonio Cervati*, vol. 5, Roma, Aracne, pp. 29-41;
- C. Schmitt
- [1932] *Der Begriff des Politischen*, (edizione ampliata Berlin, Duncker und Humblot, 1979);
- [1934] *Staatsgefüge und Zusammenbruch des Zweiten Reiches*, Hamburg, Hanseatische Verlagsanstalt;
- C. Schönberger
- [2009] *Die Europäische Union zwischen „Demokratiedefizit“ und Bundesstaatsverbot. Anmerkungen zum Lissabon-Urteil des Bundesverfassungsgerichts*, in «Der Staat», 48, pp. 535-558;
- R. Streinz
- [2008<sup>8</sup>] *Europarecht*, München, Beck;

## Schefold

R. de Traz

[1935] *De l'Alliance des rois à la ligue des peuples*, Paris. Grasset; tr. ted. *Vom Bündnis der Könige zur Liga der Menschheit*, Zürich, Jean-Christophe;

*The White Paper on Multilevel Governance*

[2010] Bruxelles, Committee of Regions;

K.T. Welcker

[1845] Zusatz, in J.L. Klüber, K.T. Welcker (hrsg.), *Wichtige Urkunden für den Rechtszustand der deutschen Nation*, 2 ed., Mannheim, pp. 223-242 (ristampa 1977).

<sup>1</sup> Vedi Hugo Preuß (la cui teoria sarà presentata *infra*, n. 4), *Selbstverwaltung* (1908, pp. 236, 239 ss.) che ha identificato questa posizione come punto di partenza dello sviluppo della sua opinione opposta. Vedi la mia introduzione (Preuss, 2009, pp. 56 ss.).

<sup>2</sup> Così prima nelle Comunità Europee, ora nell'Unione Europea dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia Europea, basata sul caso guida (6/64) Costa/ENEL, sentenza del 15-7-1964.

<sup>3</sup> Vedi, sulla protezione dei diritti, prima BVerfGE 37, 271, mitigata soltanto dopo lunghe discussioni da BVerfGE 73, 339. Ma chiedendo il controllo della Corte costituzionale sull'esercizio dei poteri dell'Unione in conformità con i Trattati, la sentenza Maastricht (BVerfGE 89,155) ha riaperto la porta verso la vecchia giurisprudenza, e dopo la relativizzazione pratica di questo verdetto da BVerfGE 102, 147, la recente sentenza sul Trattato di Lisbona, BVerfGE 123, 267 (vedi *infra*, n. 6) tenta di accentrarne di nuovo il controllo delle attività europee dalla Corte costituzionale tedesca.

<sup>4</sup> Così, con ampi riferimenti, il libro citato di Hanschmann, che però (2008, pp. 239 ss.) tratta anche delle regole giuridiche sull'omogeneità secondo gli artt. 6, 7, 49 TUE (che sono completeate dal Trattato di Lisbona, art. 2 TUE), ma da quest'interpretazione passa poi a discutere il problema di una comunità dei valori degli Europei come "popolo". In-

contestabilmente questa discussione è importante, ma non può né disconoscere, né sostituire il dibattito sulle pretese concrete dei Trattati europei riguardo gli ordinamenti costituzionali degli Stati membri.

<sup>5</sup> In questo senso anzitutto Carl Schmitt (1932, ed. Berlin 1979), discusso largamente da Hanschmann, con il risultato (2008, pp. 297 ss.) di un «*Abschied vom Begriff der Homogenität*» (Addio al concetto di omogeneità). Per la mia posizione, mi riferisco a Bürger (1986) e ivi specialmente i contributi di U.K. Preuß (pp. 147 ss.), Bürger (pp. 170 ss.) e mio (pp. 160 ss.).

<sup>6</sup> Lascio la terminologia tedesca. Infatti il secondo livello di autonomia è difficile da tradurre per la Germania con "provincia" perché le dimensioni erano più piccole, mentre le province prussiane erano enti più ampi.

<sup>7</sup> «*das Spinnennetz des veralteten, zeitwidrigen Souveränitätsbegriffs zu zerreissen*».

<sup>8</sup> Desta interesse però il fatto che la Carta europea dell'autonomia locale, nell'art. 3.2, sancisce almeno una responsabilità degli organi esecutivi.

<sup>9</sup> In questo senso caratteristica la sentenza BVerfGE120,82 ss. sulla clausola del 5% a livello locale e, in seguito, la sentenza della Corte costituzionale di Brema del 14-5-2009 – St 2/o8.

<sup>10</sup> Non sembra precisa la traduzione di questo concetto, creato dalla Corte, con "Confederazione di Stati" («*Staatenbund*»): certo,

bisogna distinguere se dai concetti di "Federazione", "Stato federale", ma si tratta di un concetto distinto anche dalla Confederazione classica. Era però proprio questa soluzione intermedia che fu esclusa dalla dogmatica sviluppata da Georg Jellinek (1882, pp. 158 ss e 1913, pp. 737 ss.. 762 ss.).







# Ventitre proposte di lettura

A CURA DI RONALD CAR, SALVATORE CINGARI, LUCA COBBE,  
NINFA CONTIGIANI, LUIGI LACCHÈ, PAOLO MARCHETTI,  
GIUSEPPE MECCA, MARIO PICCININI, MONICA STRONATI,  
MARIA NOVELLA VITUCCI

## A

Theodor W. ADORNO  
*La crisi dell'individuo*

(a cura di Italo Testa)

Reggio Emilia, Diabasis, 2010, pp. 159  
ISBN 9788881036868, Euro 12,00

La selezione di scritti di Adorno (inediti per il lettore italiano) è proposta quale parte della collana *La ginestra* dedicata al tema dell’”individualismo solidale”, inteso, secondo le parole del curatore, come l’insieme di teorie «nelle quali la coesione della società non configge ma va di pari passo con la cura di sé di individui emancipati». I testi inclusi, composti tra il 1940 ed il 1954 (che variano tra saggi, abbozzi, frammenti o annotazioni di carattere aforistico e un dibattito radiofonico regis- tra-

to nel 1950 tra Adorno, Max Horkheimer ed Eugen Kogon), vertono sulla questione della trasformazione dell’individuo, sia in negativo – come descrizione del processo degenerativo cui appare condannata l’esistenza “monadica” dell’io idealizzato del liberalismo, sia in positivo – come ripensamento del potenziale critico del soggetto autonomo da cui ripartire nell’ideazione di forme sociali «più giuste». Il metodo d’indagine adottato da Adorno per rendere “produttiva” la riflessione sull’individuo ai fini di una teoria della società è delineato nel saggio *Sul problema della causalità individuale in Simmel*, posto opportunamente all’apertura della raccolta. Le scelte metodologiche proposte dall’autore rivelano un vero e proprio programma d’azione. Per un autore come Simmel, fedele

ai limiti del neokantismo, la causalità, quale arma principale delle scienze sociali, applicata al caso individuale non può valere che per quel unico caso e, quindi, non è gnoseologicamente produttiva. Per Adorno invece, la causalità individuale può, «in virtù di una teoria» ad essa adeguata, consentirci di associare più fenomeni individuali per condurci a determinare una «necessità secondo l’essenza». Una proposizione metodologica di tale portata assume il carattere di uno spartiacque: il lettore che decide di accettare tale impostazione seguirà l’autore nei tentativi di costruire una «nuova antropologia»; al lettore che non accoglierà l’invito di farsi guidare nell’indagine sociale dall’«essenza», rimane lo stimolo della teoria di Adorno che risulterà illustrata, ma non argomentata,

dalla moltitudine di fenomeni individuali accostati.

R.C.

# B

Walter BAGEHOT  
*La Constitucion inglesa*

(estudio preliminar de J. Varela Suanzes-Carpegna)

Madrid, Centro de estudios políticos y constitucionales, 2010, pp. 257  
ISBN 9788425914751, s.i.p.

Nella prestigiosa collana dei "Clásicos Políticos" del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales è appena uscita la riedizione spagnola (nella traduzione del 1902 di Alfredo Posada) di quello che può essere considerato uno dei più grandi "classici" della tradizione costituzionale britannica. In ritardo (ma con grande merito) questo fondamentale saggio – scritto da un brillante giornalista, ben attento alle vicende della vita economica e finanziaria del grande Impero vittoriano, banchiere e saggista vigoroso – era stato tradotto in italiano solo nel 1995 (il Mulino) a cura di G. Rebuffa. Operazioni preziose, queste, perché mettono a disposizione di qualsiasi lettore un'opera scritta straordinariamente bene e capace di introdurre nella "lettura" della mitica costituzione inglese elementi realistici e analitici fondamentali per andare oltre le "apparenze". Nell'imma-

gine gotica, quasi antiquaria, che si vuol dare della costituzione inglese (attorno all'asse Corona/Camera dei Lords) Bagehot trova stimoli per introdurre quasi una sorta di interpretazione "economica" di quell'insieme di forze, di istituzioni, di congegni che la fanno vivere effettivamente in modo ben diverso da come appare a chi resti abbagliato dalla sua "parte teatrale", "nobile". Bagehot "inventa" – se così si può dire – lo spazio del governo di gabinetto, lo rende evidente, ne mostra il significato profondo, la logica di "fusione" e di complessi equilibri interni tra esecutivo e legislativo che ne offrono il tratto caratterizzante. Nella sua introduzione il curatore Joaquín Varela Suanzes-Carpegna non solo rilegge l'opera di Bagehot alla luce della riflessione anteriore e coeva (in particolare J.S. Mill e soprattutto dell'opera di Park sui dogmi della costituzione), ma ne mostra i percorsi di influenza e di rilettura tra Otto e Novecento, e non solo in Spagna.

L.L.

Grégoire BIGOT  
*L'administration française.  
Politique, droit et société:  
Tome I, 1789-1870*

Paris, Litec, 2010, pp. 361  
ISBN 9782711007141, Euro 36,00

La manualistica francese di storia dell'amministrazione si arricchisce, con questo vo-

lume, di un altro importante strumento di studio e di ricerca. Allievo di François Burdeau, l'autore del libro, professore all'Università di Nantes, rappresenta uno degli esponenti più interessanti e solidi di una più che consolidata *nouvelle vague* che ha prodotto negli ultimi anni ricerche importanti nel campo della storia del diritto pubblico, con particolare riferimento alla storia del diritto e della giustizia amministrativi.

Affrontare un tema come quello dell'"amministrazione francese" è tutt'altro che semplice. È un tema per certi versi *monstre*, tanta è l'importanza in sé del moderno modello francese di amministrazione (sin quasi a diventare, talvolta, un modello astratto e astronomico) e tanto imponente la sedimentazione storiografica. Il primo volume dell'opera di Bigot – che si arresta all'avvio della Terza Repubblica – insiste sulla dimensione "costitutiva" (direi *lato sensu* costituzionale) dell'amministrazione (e dello Stato amministrativo post-rivoluzionario e napoleonico) come dimensione al tempo stesso "nazionale" e "statuale" e capace di tenere insieme e di "governare" questa grande architettura integrata (Stato/nazione/amministrazione) colmando i "vuoti" dell'instabilità costituzionale. Il "pieno" dell'amministrazione nella storia francese diventa così fondamentale

## Ventitre proposte di lettura

per comprendere, con le sue contraddizioni, le forme e i limiti del liberalismo politico e il grande tema della garanzia effettiva dei diritti e delle libertà.

L.L.

Luka BOGDANIĆ  
*Nazione e autodeterminazione. Premesse e sviluppi fino a Lenin e Wilson*

Roma, Aracne, 2009, pp. 379  
ISBN 9788854824935, Euro 22,00

Come promette il titolo, l'analisi offerta dall'autore non si limita a ripercorrere le evoluzioni compiute dal concetto "nazione" e dal suo derivato "autodeterminazione" intesi quali idea-forza che fece deflagrare sia lo *ius publicum* sia lo *ius gentium* della prerivoluzionaria Europa occidentale. Il riferimento a Lenin e Wilson sta infatti a dimostrare la consapevolezza dell'autore della misura in cui i destini dell'Europa novecentesca fossero stati determinati da concezioni formate al di fuori della rassicurante cornice delle "nazioni storiche", in cui videro la luce le teorie dei padri fondatori del giusnaturalismo. Vale quindi la pena di tornare a riflettere sulle posizioni di Lenin che riassumono problematiche emerse nell'Europa centrale ed orientale e della cui complessità testimonia tutto lo spettro di voci presentate dall'autore, da quelle degli austromarxisti e di Kautsky preoccupati

per le derive nazionalistiche assunte dalle rivendicazioni sociali, a quelle di Stalin quale responsabile della questione nazionale di un partito che volle essere "l'avanguardia del popolo", fino all'internazionalismo "dal basso" sostenuto da Rosa Luxemburg. Medesima importanza assume anche l'influenza del Nuovo Mondo e delle peculiarità che caratterizzano la lettura della "nascita di una nazione" fatta propria dall'altro demiurgo dell'ordine postbellico europeo, Woodrow Wilson.

R.C.

Andrea BURATTI, Marco FIORAVANTI (a cura di)  
*Costituenti ombra. Altri luoghi e altre figure della cultura politica italiana (1943-48)*

Roma, Carocci, 2010, pp. XIII-503  
ISBN 9788843054497, Euro 45,00

Il volume si segnala anzitutto per affrontare una questione di metodo. L'ombra evocata nel titolo segnala la necessità di superare una lettura storiografica tralatizia che, se ha avuto il merito di far emergere le vicende interne all'Assemblea costituente e il vivace dibattito dei grandi partiti di massa, induce un atteggiamento eccessivamente semplificatorio della complessa realtà di quegli anni. La messa in ombra dell'opinione pubblica e in generale del dibattito culturale del paese, in un quadro di irrealistica imper-

meabilità dei costituenti, non restituisce la complessità di quella stagione. L'attenzione per i "costituenti ombra" consente una rilettura meno semplificistica di quella esperienza perché, non diversamente da un'opera di Caravaggio – come si suggerisce nel libro – le "ombre costituenti" sono indispensabili per ottenere una rappresentazione viva e intera dell'intero quadro.

M.S.

C

Marina CALAMO SPECCHIA (a cura di)  
*La Costituzione francese. La Constitution française*

Torino, Giappichelli, 2009, 2 voll.  
ISBN/EAN 978834897485, Euro 115,00

I due imponenti volumi raccolgono gli Atti del Convegno internazionale sulla costituzione francese svoltosi a Bari nel maggio 2008 in occasione delle celebrazioni del cinquantenario della costituzione della V repubblica, patrocinato dall'Associazione di diritto pubblico comparato ed europeo, in collaborazione con l'*Association Française de droit constitutionnel*. Curati da Marina Calamo Specchia, una studiosa che alla costituzione francese ha dedicato anche importanti studi storici (dalla Terza Repubblica all'opera di Carré di Malberg sino all'evoluzione più recente), i

volumi fanno il paio, se così si può dire, con una precedente grande impresa del gruppo dei comparatisti e storici baresi, ovvero *La Costituzione Britannica/The British Constitution*, a cura di A. Torre (v. scheda di lettura nel *Giornale di storia costituzionale*, 10/II, 2005, pp. 196-197).

Il primo volume (553 pp.) raccoglie le relazioni che furono presentate a Bari. L'impostazione del volume risponde almeno a tre coordinate: dapprima la necessità di rintracciare un disegno, articolato e complesso, della storia della costituzione francese, muovendo dai temi generali del costituzionalismo e del concetto di sovranità per attraversare poi le vicende storiche, le "invenzioni", i tornanti, i fallimenti di uno straordinario laboratorio costituzionale della modernità, dalla Rivoluzione sino alla IV Repubblica. Il secondo elemento è offerto dall'analisi costituzionalistica, politologica, comparistica della costituzione della V Repubblica, considerata sia nei suoi fondamenti e nei suoi sviluppi francesi, sia nella sua capacità di diventare, per una pluralità di ragioni, un "modello" con il quale, quanto meno, confrontarsi. Infine, va sottolineata la formula compositiva che mette insieme autorevoli specialisti e studiosi italiani e francesi, mostrando percorsi storiografici e concettuali che meritano di essere visti in maniera integrata.

Il secondo volume contiene invece più di trenta comunicazioni, frutto, principalmente, del lavoro di giovani studiosi, non solo italiani. Qui viene meno il disegno architettonico del primo volume, il quadro appare più disordinato poiché svariati sono i temi trattati. Eppure, a ben vedere, non sarà difficile leggere alcuni di questi contributi sia come utili approfondimenti, sia come strumenti "integrativi" rispetto alle geometrie del primo volume.

L.L.

Sabino CASSESE  
*Il diritto amministrativo: storie e prospettive*

Milano, Giuffrè, 2010, pp. x-584  
ISBN/EAN 9788814153853, Euro 60,00

Il volume di uno dei maestri contemporanei del diritto amministrativo, Sabino Cassese, raccoglie in una nuova veste saggi già presentati e pubblicati in varie sedi, disponendoli in ordine cronologico, ma conservando la forma originale. Nelle sei parti in cui è diviso il libro vengono ripercorsi: i modelli amministrativi francesi e inglesi, il diritto e la scienza dell'amministrazione in Italia, la scienza amministrativa americana, il ruolo della comparazione nella crescita del diritto amministrativo, il diritto amministrativo europeo, la crisi e le trasformazioni del diritto amministrativo statuale.

Il filo conduttore è una riflessione sulle origini e sulle trasformazioni del diritto amministrativo che, da un lato, ha dovuto emanciparsi dal diritto costituzionale e dal diritto civile, e, dall'altro, ha conosciuto una forte accelerazione e continui aggiornamenti sia per l'ampia riflessione scientifica che l'ha investito sia per le nuove articolazioni interne, dovute alle materie che si vengono continuamente ad aggiungersi. Infatti, come dice lo stesso Cassese, il diritto amministrativo è «un campo di battaglia»: uno spazio dove la potenza normativa del legislatore si scontra e non sfugge a una "normatività" che promana dalla società e dalla burocrazia e dove operano interessi contrapposti.

Dal volume traspare il bisogno che un grande studioso ha di riflettere sull'oggetto della propria indagine, sugli scopi, sui mutamenti, i possibili sviluppi, sul metodo di ricerca che, come scrive nel contributo più recente, si deve avvalere della compagnia necessaria della storia.

Per certi versi l'argomentare per grandi elenchi e la sinteticità nell'affrontare le singole problematiche rendono il volume anzitutto un valido prontuario per una mappatura dello sviluppo del fenomeno amministrativo considerato nella sua complessa fenomenologia storica e ordinamentale.

G.M.

## Ventitre proposte di lettura

Antonio CHIAVISTELLI (a cura di)  
*Lettere, diritto, storia. Francesco Forti nell'Italia dell'Ottocento. Con un'appendice di lettere inedite*

Firenze, L. S. Olschki, 2009, pp. XIX-193  
ISBN 9788822259202, Euro 24,00

Il volume pubblica i contributi del convegno dedicato a Francesco Forti nel bicentenario della nascita. La "cifra giuridica" di Francesco Forti è presentata come centrale nel saggio di Luca Mannori, benché lo studioso pesciano sia stato, a partire da quella, anche letterato e storico e per questo, seppur in modo indiretto, evochi la figura del 'giurista civile'. Avvocato e poi magistrato, cercò di tenere uniti saperi pratici e saperi accademici, come rimarca Floriana Colao, e per la originalità del suo contributo intellettuale lasciò un segno «negli ambienti della nascente sfera pubblica» italiana a partire dalla collaborazione con G.P. Vieusseux che lo vide tra i protagonisti dell'«Antologia».

Il registro personale delle sue numerosissime recensioni pubblicate nella rivista (Alessandro Volpi) – di opere soprattutto giuridiche, storiche e letterarie (e da qui il titolo della raccolta) – insieme all'esplorazione della sua riflessione economica (Marco Cini) e della circolazione del suo discorso nella cultura politica per la riforma dello Stato (Chiavistelli), mostrano il respiro europeo del giurista, pe-

raltro «sempre attento ai problemi della società» (p. XVII), come si evince dal saggio di Liana Elda Funaro dedicato alla dimensione familiare attraverso fonti per lo più inedite. Una dimensione europea che non è affatto in contrasto con la riscoperta che i concittadini di Pescia fecero del contributo di Forti dopo un decennio dalla morte e che, sottolinea Vincenza Papini, non era del tutto estranea ai progetti di accrescimento del proprio consenso da parte della classe dirigente locale.

N.C.

## D

Mario DE CARO, Andrea LAVAZZA, Giuseppe SARTORI (a cura di)  
*Siamo davvero liberi? Le neuroscienze e il mistero del libero arbitrio*

Torino, Codice, 2010, pp. XIX-206  
ISBN 9788875781569, Euro 14,00

Il tema dell'esistenza del libero arbitrio ritorna d'attualità sull'onda degli ultimi sviluppi delle neuroscienze. Mario De Caro, Andrea Lavazza e Giuseppe Sartori, in questa raccolta di saggi, offrono un interessante panorama sullo stato attuale della questione. La convinzione, basata sul senso comune, che l'agire umano sia frutto di un libero atto della volontà è stata messa in discussione, in questi ultimi anni, da al-

cuni esperimenti condotti da Benjamin Libet e più tardi da John-Dylan Haynes. E sono in fondo questi risultati di laboratorio a rappresentare il fulcro attorno al quale ruotano gli interventi degli autori chiamati a prendere la parola sulla questione.

Dei vari contributi (orientati in senso non sempre convergente) quello di Andrea Lavazza e Luca Sammicheli (*Se non siamo liberi, possiamo essere puniti?*) si mostra come il più attento alle ricadute che la negazione del libero arbitrio, condotta in ambito neuroscientifico, potrebbe avere sul piano del diritto (in particolare quello penale). Gli esperimenti condotti da Libet e Haynes, sostengono gli autori, sembrano dimostrare che la coscienza influenzi poco o nulla il nostro comportamento. Fatto, questo, che non può non toccare – almeno in linea teorica – i fondamenti del diritto per come lo conosciamo. L'idea di colpevolezza, ad esempio, presuppone una concezione di libertà intesa come capacità dell'uomo, almeno entro certi limiti, di autodeterminarsi. Questo assunto cardine del diritto penale, però, sembra offuscato dalle più recenti acquisizioni sperimentali le quali lo relegano nell'ambito delle intuizioni prefilosofiche, riconducibili a soli fatti immediatamente dati dell'esperienza umana. Sulla base di una tale considerazione vi sono già autori (J. Green, J.

Cohen e R. Sapolsky) che vorrebbero disancorare il diritto penale dal sistema *retributivo* per passare ad una concezione *consequenzialista* dei sistemi repressivi, intendendo la pena come un puro strumento per promuovere il benessere sociale attraverso il contenimento delle persone pericolose. Una posizione non del tutto originale, ricordano Lavazza e Sammicheli, perché già presente nelle teorie di Cesare Lombroso e della cosiddetta Scuola positiva sin dagli ultimi decenni del XIX secolo.

Lavazza e Sammicheli richiamano l'attenzione del lettore sulla sentenza pionieristica, in ambito europeo, della Corte d'Assise d'appello di Trieste la quale, nel settembre del 2009, ha accordato una riduzione di pena a un condannato per omicidio anche perché la perizia disposta dalla difesa aveva dimostrato un alterato profilo cromosomico suscettibile di indurre alla violenza sotto specifiche circostanze esistenziali. In ogni caso, ricordano, nella sentenza non si parla di un legame diretto tra profilo genetico-cerebrale e commissione dell'atto criminoso, bensì del riconoscimento di tale deficit come concausa dell'infirmità mentale già contemplata dal codice italiano e che in precedenza veniva accertata soltanto con esami psicologici. La sentenza ha comunque fatto un discreto scalpore. Gli scenari che si aprono infatti,

anche senza voler rifondare il diritto, potrebbero accordare sempre più spazio alle perizie neuroscientifiche a detrimento delle consuete pratiche psichiatriche (che coinvolgono i resoconti verbali dei soggetti interessati).

Tra gli studiosi che si sono interessati delle ricadute dei risultati delle neuroscienze in ambito giuridico, S.J. Morse le ritiene, per ora, ininfluenti rispetto alla responsabilità legale. Pochissime anomalie cerebrali annullano, infatti, quella razionalità minima che il sistema penale ritiene necessaria e sufficiente per attribuire al colpevole la piena responsabilità dell'azione. Patricia Churchland ed altri studiosi, che sostengono una visione naturalizzata dell'essere umano, hanno proposto un modello del *controllo* che costituisce una versione per così dire biologizzata della responsabilità. Si è in *controllo*, se si possiede una *normale*, ovvero media, architettura cerebrale e normali livelli di neurotrasmettitori e dei neuromodulatori, assunti come parametri del funzionamento cognitivo di base. Queste posizioni sono assai lontane nei loro presupposti, ma convergono nel preservare il sistema giuridico dall'impatto frontale con i dati empirici che apparentemente negano la libertà. «Ciò non esclude tuttavia – concludono i due autori – che le neuroscienze cognitive continuino a bussare alle porte delle aule di giustizia e,

un passo alla volta, ottengano di essere ammesse nelle sentenze prima e nei codici poi. Un percorso complesso, controverso e dalle conseguenze rilevanti di cui oggi non si può ipotizzare la direzione, ma che merita di essere attentamente seguito e analizzato».

P.M.

Nicola D'ELIA  
*Delio Cantimori e la cultura politica tedesca (1927-1940)*

Roma, Viella, 2007, pp. 158  
ISBN 9788883342516, Euro 18,00

L'interesse per il dibattito attorno alle ragioni delle drastiche scelte politiche di Delio Cantimori e l'eventuale influenza che queste avrebbero potuto avere sulle sue attività accademiche potrebbe esser spento già dalla lettura della breve ed impietosa autocritica redatta dallo studioso all'indomani del XX Congresso del PCUS, che lo spinse alla conclusione: «Ritirarsi nei propri studi, l'unico rimedio». Senonché, tre anni più tardi sosterrà che «nessun studioso di cose storiche può fare a meno di criteri d'interpretazione o addirittura di una filosofia, o concezione del mondo o ideologia». Ma il dato biografico ricostruito da D'Elia e riguardante l'adesione al fascismo e la fascinazione per i movimenti dell'estrema destra tedesca dell'epoca di Weimar e per il nazionalsocialismo dopo il 1933, conduce anche a riflettere sulla propensione personale

## Ventitre proposte di lettura

di Cantimori verso posizioni di radicale rifiuto della società esistente, identificata come il "mondo borghese" e assimilabile alla posizione degli eretici italiani del Cinquecento che occupavano il polo storico della sua produzione intellettuale. L'allineamento con il regime fascista emerge allora come l'esito paradossale di un'irrequietezza anticonformista in cerca di una "rivoluzione" dai tratti decisamente etico-religiosi, che d'altro canto permetterà a Cantimori di cogliere meglio di altri gli umori e le radici profonde dell'ideologia che infiammava la società tedesca e che sembrava sfuggire ad interpretazioni razionali. Ne sono testimonianza l'eccellenza delle analisi sulla coeva cultura politica tedesca e le collaborazioni con i suoi principali esponenti (Carl Schmitt), ben documentati da D'Elia.

R.C.

Carla De PASCALE  
*Giustizia*

Bologna, il Mulino, 2010, pp. 246  
ISBN 9788815134035, Euro 14,00

L'autrice ripercorre le principali tesi dei fondatori del pensiero politico per fare la storia «necessariamente sommaria, di un termine concetto» (p. 6).

Muovendo dalla giustizia come virtù (cap. I) in Platone e Aristotele si giunge al giusnaturalismo cristiano di Agostino e Tommaso sino all'emersione del principio di sovranità territoriale in Marsilio da Pado-

va, in un'ottica che, in tutto lo scritto, terrà ferma l'attenzione sulla *Weltanschauung* da cui le singole posizioni derivano, coscienti o meno che siano (p. 8). La De Pascale affronta poi il fenomeno della secolarizzazione dell'età moderna (cap. II) la cui chiusura è giustamente segnalata dal principio di uguaglianza affiancato alla giustizia nella concezione di Rousseau, che con «il contrappunto giustizia/istinto» indica la relazione stretta della prima con ciò che all'istinto si contrappone, come la volontà, la ragione o la natura (p. 102). La rottura kantiana apre l'età delle rivoluzioni (cap. III) che passando per la distinzione tra "giustizia formale" e "giustizia materiale", con cui Fichte connette il termine-concetto all'analisi dei *diritti*, fa avvicinare il lettore alle critiche prudhoniane e marxiane della giustizia borghese. Attraversando l'utilitarismo, il positivismo e l'intuizionismo (cap. IV), gli ultimi due colti anche attraverso al figura di Henry Sidgwick, si affrontano Bentham e l'influenza che sul suo pensiero ebbe Adam Smith, per poi attraversare le opere di Austin, Mill, Spencer, Schopenhauer, Nietzsche.

Infine, l'analisi della concezione tipicamente novecentesca di 'giustizia sociale' e diritti (cap. V), costruita attorno alle teorie di Perelman, Kelsen, Rawls, Nussbaum. Nomi che non esauriscono una trattazione inevitabilmente com-

plessa che sfugge al rischio di 'relativismo' tenuto ben presente fin dalle prime pagine, e segnala con l'infinita «gamma delle possibilità» di significato del concetto di giustizia – a noi pare – la peculiarità di una ricerca tipicamente umana.

N.C.

Francesco Di DONATO  
*La rinascita dello Stato.  
Dal conflitto magistratura-  
politica alla civilizzazione  
istituzionale europea*

Bologna, il Mulino, 2010, pp. 619  
ISBN 9788815134370, Euro 38,00

Un libro di grandissima attualità ed utilità è questo di Francesco Di Donato, essendo il conflitto tra politica-magistratura, e più in generale la questione giustizia, almeno in Italia, al centro di aspre polemiche portate all'attenzione dell'opinione pubblica.

Attraverso la ricerca storica-giuridica-istituzionale, l'autore vuole ricostruire l'origine di questo conflitto con lo scopo di indicare una possibile via d'uscita. È, infatti, convinzione dell'autore che «c'è bisogno di una storiografia critica e nel contempo scientifica e politica; una storiografia che aiuti il presente a comprendere i nodi irrisolti e a fornire strumenti di azione». E su questo terreno la storiografia può dare un contributo notevole posto che la lotta attuale tra politica e magistratura è rimasta identica a quella di tre o quattro secoli fa. Infatti,

il potere giudiziario sin dalle proprie origini si presenta come un «potere occulto», cioè invisibile, pensato e voluto invincibile dai giuristi-magistrati che lo esercitano, ma ad alto tasso di politicità e in grado di incidere su scelte e valori della comunità, indirizzando la coscienza sociale. Un potere che nei fatti ha ostacolato l'affermazione del potere sovrano-statuale e/o ha svuotando dall'interno la potenza dello stato monarchico di età moderna, come dimostrano le lotte tra *Parlements* e corona nella Francia di antico regime. La toga ha, dunque, mascherato la sua potenza politica sotto il tecnicismo giuridico, eludendo così ogni forma di responsabilità, e «attraverso questo sottile e abilissimo *escamotage* essa riesce a esercitare, di fatto, una sovranità politica propriamente detta, ancorché sprovvista della legittimazione tipica di questa (che si tratti del diritto divino nell'Antico Regime o di un consenso elettivo oggi)».

L'unica soluzione possibile per superare il conflitto è quella della (*ri*)nascita dello Stato, inteso, non tanto quanto apparato istituzionale o ordinamento giuridico, ma quale momento di «civilizzazione istituzionale» dove troveranno effettività e piena tutela i diritti, ma soprattutto luogo di un «diffuso spirito» delle istituzioni nelle quali i poteri sono legittimati e responsabili.

G.M.

# H

Michael HARDT, Antonio NEGRI  
*Comune. Oltre il privato e il pubblico*

Milano, Rizzoli, 2010, pp. 430  
ISBN 9788817038416, Euro 21,00

Toni Negri e Michael Hardt con l'ultimo lavoro *Comune. Oltre il privato e il pubblico* chiudono la loro trilogia inaugurata da *Impero* e proseguita con *Moltitudine*. Il volume, come lascia intendere il titolo, ruota attorno alla nozione di "comune". Quasi ricollegandosi al precedente libro, scrivono i due autori nella prima pagina della *Prefazione*: «La democrazia della moltitudine è concepibile e possibile nella misura in cui tutti condividono e partecipano insieme al comune». Con il termine comune, avvertono però, non deve essere intesa solo la ricchezza comune del mondo materiale (l'aria, l'acqua, i frutti della terra e i doni della natura), ma anche tutto ciò che si ricava dalla produzione sociale che è necessario per l'interazione sociale e per la prosecuzione della produzione, come le conoscenze, i linguaggi, i codici, l'informazione gli affetti e così via. Questa nuova consistenza della produzione, legata alla sua attuale dimensione biopolitica, spinge Negri e Hardt a reimpostare non solo il piano dell'analisi socio-economica (oltre il comunismo e il capi-

talismo) ma anche quello della stessa azione politica (con un sostanziale abbandono delle tradizionali forme rivoluzionarie, per aprirsi ad una pratica che è simultaneamente insurrezione e istituzione, trasformazione strutturale e sovrastrutturale, all'interno della quale c'è anche spazio per l'appropriazione del concetto di *governance*, sconnesso dal suo legame con l'organizzazione imperiale del mondo e trasformato nell'organo della democrazia e della rivoluzione). La linea filosofica sulla base della quale viene impostato il lavoro è quella consueta, che Negri ed Hardt definiscono come un filone del pensiero occidentale eretico (ed in certo qual modo sino ad oggi perdente), una linea di pensiero che passa da Machiavelli a Spinoza e da questo a Marx, per arrivare sino ad autori contemporanei come Michel Foucault e Gilles Deleuze.

Il libro, diviso in sei parti, inizia con una descrizione dell'ordine costituzionale borghese, definito "repubblica della proprietà", al quale viene contrapposta, anche se non in termini dialettici, la "moltitudine dei poveri" (intendendo la povertà non come mancanza, quanto piuttosto come possibilità). Nella seconda parte gli autori riflettono sulla nozione di modernità e sulle resistenze alle relazioni di potere che questa ha imposto (antimodernità). Per non rimanere impastoati nel-

le aporie dell'antimodernità consigliano, però, di mutare prospettiva e di adottare persino una differente terminologia, definendo la reazione alla modernità "alteromodernità". Con la puntualizzazione che l'alteromodernità non è un'appendice della lunga storia dell'antimodernità, quanto un atto di rottura della rigidità della dialettica tra la sovranità moderna e la resistenza antimoderna. La terza parte è dedicata in maniera specifica alla moltitudine e al suo rapporto con il comune. Centrale, in questo discorso, è il concetto di amore, inteso però nella sua valenza politica e posto al centro della produzione del comune e del sociale. L'amore, infatti, in quanto capace di generare la produzione di reti affettive, schemi di cooperazione, affettività, può essere concepito anche come una potenza economica. Nella quarta parte viene descritto il nuovo ordine politico-economico del mondo caratterizzato dall'esaurirsi dell'egemonia americana e organizzato sulla base di strumenti di governance imperiali. La quinta parte, intitolata appunto *Oltre il capitale?*, mira a evidenziare come le precedenti teorie economiche (liberiste e socialiste) con i loro correlati giuridici (pubblico e privato) siano incapaci oggi di comprendere e mettere pienamente a valore la nuova dimensione biopolitica della produzione caratterizzata dalla nozione di comune (rispetto

alla sfera pubblica e al privato, infatti, il comune sta su un altro piano, fatto che lo rende sostanzialmente autonomo da entrambi). L'ultima parte, dedicata in forma specifica alle modalità dell'agire politico, partendo dal tema delle identità (di cui viene messa luce la natura ambivalente poiché esse possono essere giocate sia sul piano della ribellione che su quello della conservazione, per cui le identità andrebbero affermate per essere abolite) approda a quello della transizione rivoluzionaria ad una nuova organizzazione democratica, ossia quella della moltitudine. Per descrivere questo passaggio Negri e Hardt si avvalgono della nozione gramsciana (con gli adattamenti del caso) di "rivoluzione passiva", cioè di una rivoluzione senza rivoluzione in cui la trasformazione delle strutture politiche e istituzionali avviene senza che al centro di questa dinamica ci sia un vasto e forte processo di produzione di soggettività. Nelle ultime pagine del libro un'altra emozione, ossia la felicità, viene utilizzata sul piano delle categorie politiche (offrendo al lettore anche una ricostruzione genealogica dell'uso fatto di tale emozione in questa chiave). Lo sforzo rivoluzionario, concludono gli autori, per quanto terribile e quasi al di sopra delle capacità dell'umano, sarà caratterizzato dalla felicità e dal riso. Ed al riso sono proprio dedicate le ultime parole del libro. Riferen-

dosi al motto bakuniano (fatto proprio dal maggio francese e dal movimento italiano del '77) concludono Hardt e Negri, alla fine «Tutti saranno sepolti da una risata».

P.M.

Boyd HILTON

*A mad, bad, & dangerous people? England 1783-1846*

Oxford, Oxford University Press, 2008,  
pp. 757  
ISBN 9780199218912, £ 21.00

Interrogandosi sulle cause dell'instabilità sociale inglese fra il 1783 ed il 1846, Boyd Hilton dà alle stampe un pregiato lavoro di sintesi in cui riflessioni di storia del pensiero politico si intrecciano a quelle di storia economica. Dai tempi di Pitt e Fox (1783-1807), fino agli anni di Melbourne e Peel (1833-1846), l'Autore indaga la reazione della società di fronte ai cambiamenti politici ed economici. La terna di aggettivi – *mad, bad, dangerous* – indica l'incendere della instabilità sociale. L'esempio della Rivoluzione francese, a fine Settecento, ed il luddismo nei primi vent'anni del XIX secolo avevano semplicemente incattivito le classi più disagiate nei confronti delle Istituzioni mentre, secondo Hilton, solo con lo sviluppo del movimento cartista il Popolo divenne realmente pericoloso (*dangerous* appunto). Le sessanta pagine di bibliografia, ordinata secondo le tematiche affrontate, costituiscono un aiuto

indispensabile per chi voglia avere una conoscenza generale su questioni di così ampio respiro, ma anche molto specifiche.

M.N.V.

# M

Frédéric F. MARTIN  
*Justice et législation sous le règne de Louis XI.  
La norme juridique royale à la veille des Temps modernes*

(Préface de Corinne Leveleux-Teixeira,  
Clermont Ferrand)  
Paris, Fondation Varenne - LD.G.J.,  
2009, pp. XVII - 575,  
ISBN 9782916606255, Euro 45,00

In questo ampio e documentato lavoro Frédéric F. Martin fa dell'analisi sistematica degli atti regi nella Francia di Luigi XI (1461-1483) il laboratorio di un'indagine sulle trasformazioni del rapporto tra legge e giustizia alle soglie della modernità. Interessato più ai processi che agli scarti e alle censure dell'osservatorio dogmatico, Martin intende sottrarsi sia alla proiezione retrospettica della concettualizzazione moderna della legge, sia alla sua rideterminazione negativa operata per sottrazione (il diverso da qualcosa che scivola nel non ancora qualcosa): gli anni di Luigi XI con la loro coscia e disomogenea attività dispositiva continuano un'attitudine per cui il potere di dire il diritto conserva i caratteri

propri dei secoli precedenti, la *jurisdictio* continua a definire la prerogativa essenziale del re e ne definisce la funzione.

Nella prospettiva di Martin tuttavia proprio l'assenza di specificità delle diverse espressioni giurisdizionali, la mancanza di distinzione di ciò che in seguito diventeranno le funzioni normative dello Stato, offre il terreno privilegiato per l'analisi del potere regio come potere normativo. Dalla fine del XV secolo – tra norme di abilitazione, che delegano potere, e norme di contenuto – l'ordine giuridico regio appare, se commisurato agli ordinamenti moderni, come un ordinamento pluralistico, un mosaico di poteri, che contraddice ogni determinazione concettuale della sovranità sia sul piano interno, sia sul piano esterno e dove il monopolio regio della promulgazione non indica più di una rivendicazione teorica non verificata nella pratica. È dunque sulle trasformazioni del *regiustiziare* che Martin concentra l'analisi, in uno spostamento di attenzione che privilegia i modi in cui Luigi XI fa uso del potere normativo come effettivo strumento di governo. Insistere nel volere discriminare gli atti legislativi da quelli che non lo sono non è solo limitativo, ma conduce ad occultare i reali modi di funzionamento del potere normativo alla fine del Medioevo, occorre al contrario indagare nell'esercizio

stesso delle funzioni indistinte le trasformazioni che stanno alla base della progressiva emergenza di una differenziazione degli ambiti di formazioni giuridica.

Articolato in due parti dedicate rispettivamente al *normale* e all'*eccezionale*, il lavoro di Martin fa perno non sull'opposizione di regola ed eccezione, ma sulla loro complementarietà nel produrre l'ordine giuridico. Per un verso la produzione del diritto risulta da un doppio movimento istituzionale. In primo luogo un modello normale di promulgazione si disegna attraverso la regolarità di pratiche reiterate che incessantemente riconfigurano il modello di cui sono in linea di principio l'espressione. In secondo luogo le deroghe che il sovrano autorizza e le interpretazione che i giudici si attribuiscono, costituiscono casi e momenti singolari che, per eccezione, vengono puntualmente, ma incessantemente a flettere e contraddirsi il modello normale di promulgazione. Per un altro verso, la legge continua a sfuggire ai criteri della norma che man mano si stabiliscono attraverso il lavoro della forma degli atti (testi e nozioni). Modalità speculare dell'istituzione del collettivo, essa permette al re di inscrivere nel diritto le condizioni non positive che lo fondano.

M.P.

# N

Antonio NEGRI

*Dentro/contro il diritto sovrano.  
Dallo Stato dei partiti ai  
movimenti della governance*

(a cura di Giuseppe Allegri)

Verona, Ombre corte, 2009, pp. 237  
ISBN 9788895366692. Euro 20,00

Giuseppe Allegri raccoglie, in questo volume, una serie di lavori pubblicati da Antonio Negri (un filosofo del diritto, come lui stesso confessa, che la lotteria accademica spostò verso la Dottrina dello Stato) tra il 1964 e il 2009. Oltre quarant'anni di riflessione, scrive Allegri all'inizio della Prefazione, «che hanno anticipato, e poi accompagnato, l'evoluzione dello Stato costituzionale dei partiti alle forme di governance locale e globale».

Il saggio d'apertura, *Lo Stato dei partiti* (originariamente pubblicato con il titolo *Alcune riflessioni sullo "Stato dei partiti"*, nella «Rivista di diritto pubblico», 1, 1964, pp. 1-60) fu scritto, ricorda Negri nella conversazione posta a chiusura del volume, su sollecitazione di Enrico Opocher, il quale gli aveva consigliato di pubblicare un lavoro su tematiche costituzionalistiche, per confrontarsi con i costituzionalisti che, in occasione del concorso per l'ordinariato accademico, avrebbero dovuto giudicarlo. Nel saggio, pensa-

to negli anni in cui in Italia si consumava un cruciale mutamento socio-istituzionale, segnato dal passaggio politico dal centrismo al centro-sinistra, Negri analizza e critica il progressivo processo di assorbimento delle strutture partitiche nello Stato. Fatto, questo, che riduceva a suo avviso drasticamente gli spazi di autonomia e auto-organizzazione che la società italiana stava, non senza fatica, conquistando dopo l'esperienza fascista.

La raccolta di scritti continua con la presentazione di una selezione di voci curate da Negri ed apparse in *Scienze politiche 1 (Stato e politica)*, a cura di A. Negri, Encyclopædia Feltrinelli-Fischer, Milano Feltrinelli, 1970; e in *Dizionario critico del diritto*, a cura di C. Donati, Savelli Roma, 1980.

Il volume (oltre alla già segnalata conversazione finale tra i due autori, *Dopo il novecento: verso le istituzioni del comune*, posta a chiusura della raccolta) presenta un saggio di recente pubblicazione, *Sovranità, oggi. Vecchie frammentazioni, nuove eccedenze* (apparso in italiano in M. Blecher, G. Bronzini, R. Ciccarelli, J. Hendry, C. Joerges (a cura di), *Governance, società civile e movimenti sociali. Rivendicare il comune*, Roma, Ediesse, 2009, pp. 337-353). In questo lavoro Negri condensa considerazioni presenti nei lavori scritti insieme a Michael Hardt (*Im-*

*pero. Il nuovo ordine della globalizzazione; Moltitudine. Guerra e democrazia nel nuovo ordine imperiale*; ed il recentissimo terzo capitolo della trilogia *Comune. Oltre il privato e il pubblico*). La crisi del concetto di sovranità moderna, sostiene Negri, trascina con sé, e costringe a problematizzare, una certa idea di proprietà (privata e pubblica) e una certa idea della rappresentanza politica sulle quali quel concetto di sovranità trova il suo fondamento. L'analisi complessiva dei sistemi politici e giuridici contemporanei mette in chiaro un processo di frammentazione del mondo normativo che può essere colta ponendo la propria attenzione su "luoghi" d'analisi privilegiati come la teoria dello Stato, la definizione di soggetto giuridico e il tema della rappresentanza politica. In questo contesto, la debolezza progressiva mostrata dal costituzionalismo lascia spazio all'emersione della governance, un nuovo dispositivo di governo che piuttosto che avvalersi degli strumenti della mediazione politica e giuridica sul piano nazionale, per ricomporre l'ordine giuridico, si avvale dei poteri d'eccezione prodotti dall'economia globale. Ma parallelamente a questo processo di frammentazione (anche se in forma non speculare), per Negri, si assiste al sorgere di un'eccedenza costituente. Su questo presupposto l'analisi dell'autore si dirige

verso una prospettiva appunto "costituente" capace di confrontarsi con il dibattito giuridico più avanzato in Europa (a partire da Gunther Teubner e il suo "costituzionalismo senza Stato") e con il pensiero francese, cui Negri ha da sempre riservato una grandissima attenzione.

P.M.

# P

Mario PICCININI  
*Corpo politico, opinione pubblica, società politica.  
 Per una storia dell'idea inglese di costituzione*

Torino, Giappichelli, 2007, pp.132  
 ISBN 9788834875209, Euro 13,00

Il volume raccoglie in connessione unitaria e in versione ampliata e rielaborata i materiali sulla nozione di *body politic* nella riflessione giuridica e politica britannica redatti e discussi dall'autore in questi anni. Insistendo sulle «modalità storicamente e concettualmente diverse di immaginare il legame tra gli uomini», l'autore riesce a far emergere lo specifico contributo dell'esperienza inglese e britannica alla costruzione concettuale della statualità moderna, elemento fin troppo trascurato nelle classiche ricostruzioni della storia del diritto.

Se nel *Policraticus* di Giovanni di Salisbury, al quale è

dedicato il primo capitolo, non siamo ancora alle prese con una perfetta coincidenza tra immagine corporea e nozione di *body politic*, è nondimeno su questo terreno ecclesiologico che si definiscono quelle teoriche del *regno* in cui trova prima espressione compiuta l'immagine del *body politic*. Sono proprio queste ultime l'oggetto del secondo capitolo, dedicato all'opera di John Fortescue e in particolare allo slittamento della sua riflessione sulla legittimità dinastica a favore della *legittimazione*. Un passaggio ulteriormente scandito attraverso l'analisi di una figura "minore" come Edward Forset, che introduce lo scarto tra naturalità e artificio, e che fa del *Coriolano* di Shakespeare l'indicatore della «crisi radicale che incombe sull'organicità armonica delle parti della comunità-corpo». Alla riflessione hobbesiana sul tema corporeo è dedicato il terzo capitolo. La tematizzazione del legame politico tra rappresentanza, sovranità e governo delle opinioni come fondamento della pensabilità dello Stato e come specifica modalità di organizzazione cooperativa tra gli uomini è considerata dall'autore la base per la successiva trattazione del rapporto tra *government* e *society*, sulla quale «paradossalmente è stata costruita l'ipotesi presbite di un'assenza dello Stato dall'esperienza politica britannica». Ed è proprio una «considerazione unitaria del-

la vicenda statuale» la linea sulla quale trovano raccordo le diverse sfaccettature nazionali che vengono analizzate – dopo un cursorio attraversamento degli sviluppi della nozione di corpo politico tra Sette e Ottocento – guardando all'esperienza teorica del pluralismo politico attraverso la figura di Harold Laski e alle riflessioni storico-costituzionali di Frederic W. Maitland.

L.C.

Fausto PROIETTI  
*Louis Blanc nel dibattito politico inglese (1848-1852)*

Firenze, CET, 2009, pp. 151  
 ISBN 8879572970, Euro 12,00

Fausto Proietti ha ricostruito il pensiero politico di Luis Blanc nei primi anni del suo esilio inglese: il torno di tempo, cioè, che avrebbe portato in Francia il secondo impero. Questo studio che, per l'innovatività del contributo legato a fonti finora trascurate, meriterebbe di essere tradotto in Francia e Inghilterra, si inserisce nel filone di ricerca aperto da Salvo Mastellone sul fiorente dibattito sulla democrazia sviluppatosi nell'Inghilterra liberale e "cartista" fra le varie famiglie democratiche e animato da Marx, Engels, Mazzini, John Stuart Mill, Harney, Linton. Di Mastellone, che ha dedicato numerose monografie negli ultimi anni a questo scenario (l'ultima: *La nascita della democrazia in Europa: Carlyle, Harney, Mill, Engels, Mazzini*,

## Ventitre proposte di lettura

*Schapper*, Firenze, Olschki, 2009), Proietti riprende la valorizzazione metodologica di tutta una letteratura secondaria di riviste e quotidiani, ma anche di "Addresses" e "Manifestos", attraverso cui tesse la trama delle polemiche fra le diverse scuole del socialismo e della democrazia europea. Da un lato c'è la sconfitta del '48 e l'emergere dell'antagonismo socialista e comunista, ma dall'altro anche la progressiva degenerazione plebiscitaria ed elitaria della democrazia francese sancita attraverso la procedura elettoralistica, evento emblematico della scollatura fra "forma" e "sostanza".

Proietti è attento a considerare sia il piano della tattica politica, che talvolta condiziona e spiega le prese di posizione sulle questioni elettorali francesi o nel quadro della lotta per l'egemonia sul movimento democratico internazionale, sia lo sforzo teorico e linguistico di dar conto delle differenze venute alla luce fra "socialismo", "comunismo" e "repubblicanesimo". La posizione di Blanc è caratterizzata da un lato da un socialismo da realizzare gradualmente senza *escalation* rivoluzionarie, incentrato sul ruolo attivo dello stato nella società e nell'economia e dall'altro dalla difesa delle istituzioni rappresentativo-parlamentari. Per quanto riguarda il primo aspetto egli entra in rotta di collisione con i mazziniani, che temevano l'attacco alla proprietà privata

e l'enfatizzazione dei "diritti". Di contro ad uno stato interventista e garante di eguali libertà, essi preferivano infatti un mutualismo societario che consentisse pari opportunità di partenza. Blanc si sforzava invece di accreditare il proprio pensiero presso l'opinione pubblica inglese – parimenti diffidente verso il socialismo – come una visione che non minacciava i patrimoni dei più ricchi, ma responsabilizzava quest'ultimi nei confronti della società. "Da ognuno secondo le proprie capacità ad ognuno secondo i propri bisogni" era il motto del socialismo blanchiano, che Mazzini trovava "immorale" nella misura in cui vedeva in ciò una sorta di scatenamento dei desideri individuali a discapito della coesione incentrata sul dovere. L'altro fronte polemico si apriva ovviamente a sinistra, con Marx che rimproverava al francese di considerare lo stato un dispositivo utile per emancipare il proletariato senza rivoluzione violenta, anticipando la contesa che alcuni decenni dopo vedrà impegnato il Lenin di *Stato e rivoluzione* con Bernstein e Kautsky. Nell'opera dell'ottobre del '17 veniva rivendicata l'eredità "centralistica" di Marx nei confronti del prudhonismo: da questo punto di vista anche Blanc si poneva in una posizione critica nei confronti delle ipotesi federalistiche. È interessante come egli enucleasse nell'anti-statalismo una radi-

ce moderata "girondina", nella misura in cui vedeva depotenziato lo strumento in grado di intervenire a riequilibrare le asimmetrie disseminate nella società. È anche in quest'ottica che Blanc difese la democrazia rappresentativa dalle posizioni democratico-radicali di Ledru-Rollin e Considerant che, reagendo agli esiti elettorali della Francia coeva, proponevano una democrazia diretta che restituisse lo scettro al principe popolare. Per Blanc invece – che qui, con singolare capovolgimento, diventava "moderato" –, lo stato socialista doveva essere governato attraverso la rappresentanza parlamentare.

S.C.

R

Pietro Rossi  
*Max Weber: un'idea di Occidente*

Roma, Donzelli, 2007, pp. XVIII-384  
ISBN 9788860361493. Euro 34,00

I saggi raccolti in questo volume presentano la produzione pluridecennale di uno dei più stimati studiosi italiani dell'opus weberiano. I diversi blocchi tematici in base ai quali sono ordinati i saggi – la teoria del metodo nelle scienze storico-sociali, la sociologia della religione, i rapporti tra diritto, politica ed economia ed infine la recezione di Weber nella cultura italiana – sono uniti da un duplice impulso. Da un la-

to, appare manifesto l'intento polemico di Rossi verso correnti di pensiero critiche nei confronti dell'impostazione *wertneutral* della ricerca, proposta da Weber quale unica via epistemologicamente corretta per il pensiero sociale. Meta delle critiche è usualmente la possibilità stessa di selezionare il dato sociale evitando di assegnare peso diverso ai dati in base ad una scala di valori; e laddove ciò fosse possibile, l'esito – sostengono i detrattori – sarebbe un relativismo ravvisabile come "indifferenzismo". Non di relativismo si tratta, insiste Rossi, bensì di un metaforico "politeismo", cui, nelle parole di Weber, è costretto a rassegnarsi chiunque abbia sufficiente esperienza col dato empirico. L'altro filo conduttore – strettamente intrecciato – verte sulla problematizzazione del concetto di "razionalità" operata da Weber: sciolto il concetto unico in due razionalità distinte, quella formale e quella materiale, viene meno il classico europeocentrismo fondato sulle parole chiave "ragione" e "progresso", per sostituirsi non già al relativismo, bensì – di nuovo – ad un "politeismo", che pur consapevole dell'«eterno conflitto tra le divinità» "formali" e "materiali", è capace di offrirci una idea della specificità dell'Occidente e del modo di rapportarlo con il mondo.

R.C.

Paola RUDAN  
*Por la senda de Occidente  
 Republicanismo y Constitución  
 en el pensamiento político de  
 Simón Bolívar*

Madrid, Biblioteca Nueva, 2007, pp. 269  
 ISBN 9788497426800, s.i.p.

Seguendo le orme dell'esperienza pratica e dell'elaborazione dottrinaria del *Libertador* dell'America del Sud Simón Bolívar y Puente, questa ricerca costituisce un ulteriore tassello di quel progetto di ridefinizione delle coordinate dell'Occidente politico e della modernità sul quale si sta concentrando la più recente ricerca storica. Come è già stato per l'esperienza rivoluzionaria americana e per quella francese, anche la lotta di liberazione e i tentativi di costituzionalizzazione delle repubbliche sudamericane a cavallo tra il XVIII e il XIX secolo vengono ora colti all'interno di uno spazio atlantico che si dà come intreccio di discorsi politici, di ideologie e pratiche amministrative irriducibili alle singole esperienze nazionali europee. Su questa scorta, l'analisi di Rudan non si limita a una ricostruzione delle principali matrici culturali di ispirazione del condottiero – tra le quali spicca l'ingombrante figura di Rousseau –, ma tenta di spiegare l'evoluzione interna del suo pensiero e della sua azione politica a partire dalle difficoltà insite al progetto che sin dagli esordi costituisce la sua ragione di vita: la liberazione

dei popoli sudamericani dalla schiavitù dell'impero iberico. L'esperienza della guerra civile, la dittatura commissaria, il naufragio dei tentativi di unificazione delle repubbliche sudamericane e del progetto della Gran Colombia, sono tutte vicende che mettono Bolívar di fronte al problema dell'assenza storica di quel *popolo sovrano* la cui volontà dovrebbe costituire il motore dello stesso movimento emancipatorio. Le contraddizioni interne alle ideologie illuministiche e repubblicane del tempo esplose davanti all'azione della storia mostrano a Bolívar le specificità della condizione sudamericana e i suoi limiti rispetto all'esperienza rivoluzionaria nordamericana. Tutto questo contribuisce alla formazione di un laboratorio nel quale i materiali dell'illuminismo sono rimodulati in una singolare teoria dell'artificio politico che mostra tratti assolutamente innovativi per la lettura della specifica modernità sudamericana.

L.C.

# S

Ignacio Fernández SARASOLA  
*Los primeros parlamentos  
 modernos de España  
 (1780-1823)*

Madrid, Centro de estudios políticos y constitucionales, 2010, pp. 260  
 ISBN 9788425914829, Euro 18,00

## Ventitre proposte di lettura

L'ultimo libro di Ignacio Fernández Sarasola, noto specialist della storia costituzionale comparata della attivissima scuola di Oviedo, ha ricevuto il V premio "Manuel Giménez Abad" per i lavori di ricerca sul Parlamento. Quando si pensa alla Spagna costituzionale – uno dei più importanti laboratori del costituzionalismo europeo contemporaneo – si pensa inevitabilmente a Cadice e alle *Cortes*. Questo riferimento è naturale e non è certo improprio. Tuttavia, come pure rileva l'autore, l'esperienza gaditana – che è la prima esperienza parlamentare realmente nazionale e rappresentativa – è stata caricata nel tempo di una enfasi e di una autentica mitizzazione tali da sottoporla ad un processo di astrazione, quasi isolandola da una cultura parlamentare o pre-parlamentare che l'autore intende prendere in considerazione dagli anni '80 del XVIII passando poi per Bayona. Giunti infine a Cadice, le *Cortes* diventano l'oggetto di una indagine che si avvale opportunamente del metodo comparativo, tra l'esperienza francese post-rivoluzionaria e quella dell'"Inghilterra come modello". Una volta entrati "dentro" il parlamento gaditano Sarasola lo osserva attraverso le grandi categorie del diritto pubblico coevo (sovranità e potere costituente, equilibrio costituzionale e separazione dei poteri, rappre-

sentanza ecc.) per coglierne gli elementi originari di specificità. Se la vita delle *Cortes* riprende significato durante il triennio costituzionale, è vero che il grande tema al centro del dibattito è il parlamento "immaginato": monista, bicamerale, consultivo, federale?

L.L.

Rosalba SORICE

"... *Quae omnia bonus iudex considerabit ...*".

*La giustizia criminale nel Regno di Sicilia (secolo XVI)*

Torino, Giappichelli, 2009, pp. 202  
ISBN 9788834898963, Euro 25,00

Il processo e il diritto penale sostanziale sono gli angoli visuali attraverso cui Rosalba Sorice ricostruisce l'esperienza giuridica e istituzionale del Regno di Sicilia in età moderna. Il libro si apre con la descrizione dell'ordinamento giudiziario siciliano, nel quale riveste un ruolo centralizzante la *Magna regia Curia*, e con la rappresentazione del ceto giudicante, definendo competenze, retribuzione e reclutamento. Nei capitoli centrali (secondo e terzo) è ricostruita la procedura dinanzi alla Gran Corte Regia con particolare attenzione al sistema probatorio. Nell'ultimo capitolo sono, invece, esaminate alcune ipotesi delittuose, quali i *crimina publica*, i *crimina sanguinis*, l'omicidio e le forme più frequenti di delinquenza, con lo scopo di mostrare come le fattispecie sono costru-

ite attraverso un "rapporto osmotico" che si crea tra le previsioni normative regie e la prassi delle aule giudiziarie. Ruolo strategico è ancora rivestito dai *legum doctores*, definiti "abili mediatori", che attraverso competenze e arguzia, collaborano con il potere sovrano, partecipando al momento normativo come *consilium sapientis*. Nel *Regnum*, come in tutta Europa, l'amministrazione della giustizia è uno strumento di governo in grado di rafforzare il potere sovrano. Questa è, secondo l'autrice, l'ottica per comprendere la costante attenzione che la monarchia spagnola presta al *ius puniendi*, che diventerà uno strumento esclusivo del potere monarchico per il controllo dell'ordine pubblico.

G.M.

Angioletta SPERTI

*La responsabilità del Presidente della Repubblica. Evoluzione e recenti interpretazioni*

Torino, Giappichelli, 2010, pp. XII-292  
ISBN 9788834800119, Euro 34,00

Il volume affronta l'evoluzione dell'istituto della responsabilità presidenziale (o dell'irresponsabilità politica e giuridica del Capo dello Stato) nell'odierno contesto sociale, politico e giuridico. Il Presidente della Repubblica incrementa le sue funzioni e contestualmente si espone maggiormente al giudizio dell'opinione pubblica. A fronte di questi fenomeni da un lato

si nota la tendenza verso la "politicizzazione" del ruolo costituzionale del Capo dello Stato e d'altro lato si registra l'assenza di una ricostruzione dei profili dell'irresponsabilità e della necessaria corrispondenza tra responsabilità e potere. L'A. osserva che, oggi, nella difficoltà di far valere una responsabilità giuridica, quella del Presidente della Repubblica sembra diventare una responsabilità politica diffusa. Tuttavia, avverte, si tratta di una responsabilità di "fatto", non certo immune da rischi, soprattutto nell'odierno clima che vede affievolire la convenzione costituzionale volta a sottrarre il Presidente della Repubblica alla critica politica.

M.S.

# Abstracts

Pierangelo Schiera, *Per la storia costituzionale / For constitutional history*

Otto Brunner apre la prospettiva di una "storia costituzionale" che, per essere "nuova" deve essere anche "sociale". In tal modo si supera lo schematismo che può venire dall'applicazione schietta della distinzione tra costituzione "formale" e "materiale". Se si allarga il campo costituzionale ad una dimensione anche "dottrinaria", cioè comunicativa e teorica, lo spazio per una storia costituzionale che comprenda anche il pensiero e il movimento costituzionale si fa ancora più ampio e allettante. In questa visione, è centrale l'esperienza della Verfassungsgeschichte tedesca, ma è importante anche l'azione di Gianfranco Miglio che finirà poi per investire il suo ingegno prevalentemente sulla Scienza della politica, realizzando così l'antico insegnamento di Otto Hintze che voleva quest'ultima assolutamente fondata su una "parte generale" di storia costituzionale. Se si aggiunge a ciò la propensione a considerare l'amministrazione come materia non marginale ma costitutiva dell'unità politica di una popolazione, si vedrà che la storia costituzionale si presenta davvero come approccio multidisciplinare e insieme multitemporale allo studio dell'organizzazione politica degli uomini in Occidente. Ma non solo, nella prospettiva qui adottata la storia costituzionale può anche tornare a essere una via per tentare di dare risposte ai grandi bisogni che la società contemporanea va ogni giorno di più presentando. La proposta finale è di non avere pudore a fare di nuovo ricorso a qualche valore, nell'impostare i nostri studi di storia costituzionale: uno che potrebbe funzionare è forse la solidarietà.

Otto Brunner opens the perspective of a "constitutional history" which, in order to be new, must also be "social". In such a way, the schematism which may derive from the pure application of the distinction between "formal" and "material" constitution is overcome. If the constitutional field is extended to a dimension which is also "doctrinal", that is communicative and theoretical, the space for a constitutional history which includes also the constitutional thought and movement becomes all the more ample and attractive. From this point of view, the experience of the German Verfassungsgeschichte is central, but the activity of Gianfranco Miglio is important as well. He will end up concentrating his mind especially on the Science of politics, in such a way realising the old teaching of Otto Hintze who wanted the Science of politics absolutely founded on a "general part" of constitutional history. If we add to this the tendency to consider the administration as a non marginal

matter, rather as a matter which is constitutive of the political unity of a population, we will see that the constitutional history really presents itself as a multidisciplinary and multi-temporal approach to the study of the political organisation of men in the West. Not only that, in the perspective here adopted, the constitutional history can also become again a path in order to try to answer the great needs which contemporary society presents every day more and more. The final proposal is not to be ashamed to resort again to certain values in outlining our studies of constitutional history: a value which could work is maybe solidarity.

**Parole chiave / Keywords:** storia amministrativa, scienza della politica, valori di riferimento, solidarietà / verfassungsgeschichte, administrative history, science of politics, reference values, solidarity.

Maurizio Fioravanti, *Sulla storia costituzionale / On constitutional history*

La storia costituzionale è intesa come terreno comune per studiosi che appartengono ad aree differenti: storici del diritto e delle istituzioni, giuristi, economisti e studiosi di scienze politiche e sociali. Pertanto la storia costituzionale può essere rappresentata come un insieme dove molte aree di indagine si incontrano. La storia costituzionale è la storia delle forze che hanno fatto la costituzione e del loro convergere verso un principio centrale di unità.

Constitutional history is intended as a common ground for scholars belonging to different areas: historians of law and institutions, jurists, economists, political and social scientists. Constitutional history, therefore, may be represented as a cluster where many different areas of investigation come together. Constitutional history is the history of constitution-making forces and of their converging towards a core principle of unity.

**Parole chiave / Keywords:** storia costituzionale e scienze sociali, identità disciplinari, fattori costituzionali, Stato e Costituzione, principio di unità politica / Constitutional history and social sciences, Identities of discipline, Constitutional factors, State and Constitution, Principle of political unity.

Michel Troper, *L'autonomie de l'histoire constitutionnelle / The autonomy of constitutional history*

Il paper è un tentativo di determinare l'oggetto e la metodologia della Storia costituzionale. Si discute che lo studio della Storia costituzionale non può includere l'organizzazione del potere politico, ma dovrebbe essere ristretto alle regole legali dello Stato moderno. Queste regole non possono essere comprese attraverso una analisi politica, ma piuttosto solo attraverso una specifica analisi giuridica. Questa analisi è specifica con riguardo alla storia politica, ma anche con riguardo alla dogmatica giuridica contemporanea. I suoi concetti non sono quelli che appartengono ai sistemi legali del passato, ma quelli che sono stati individuati dalla moderna teoria giuridica e, diversamente dalla dogmatica giuridica, la Storia costituzionale può usare una analisi causale. L'articolo dà alcuni esempi del modo in cui il diritto può essere analizzato dal punto di vista della causalità.

## Abstracts

The paper is an attempt to determine the object and methodology of Constitutional History. It is argued that the study of Constitutional History cannot include the organization of political power but should be restricted to the legal rules of the modern State. These rules cannot be understood through a political analysis but only through a specific legal analysis. This analysis is specific relatively to political history but also to contemporary legal dogmatics. Its concepts are not those that belong to the legal systems of the past, but those concepts that have been devised by modern legal theory and, unlike legal dogmatics, Constitutional History can use a causal analysis. The article gives a few examples of the way in which the law can be analyzed from the point of view of causality.

**Parole chiave / Keywords:** metodologia, concetti legali, causalità / methodology, legal concepts, causality.

Michael Stolleis, *Concepts, models and traditions of a comparative European constitutional history / Concetti, modelli e tradizioni di una storia costituzionale europea comparata*

Questo articolo riassume le condizioni nazionali e costituzionali dello sviluppo della disciplina "Verfassungsgeschichte" nel diciannovesimo secolo; fornisce le coordinate del presente stato della ricerca in Germania e specifica i punti principali che potrebbero funzionare come supporto all'orientamento riguardante una futura storia costituzionale europea comparata.

This article resumes the national and constitutional conditions of the development of the discipline "Verfassungsgeschichte" in the 19th century; it characterizes the present state of research in Germany and it specifies the main points that could function as orientation aid regarding a future comparative European constitutional history.

**Parole chiave / Keywords:** movimento costituzionale, storia intellettuale, Germania, espansione europea / Constitutional Movement, Intellectual History, Germany, European Expansion.

Paolo Colombo, *On the road again: osservazioni propulsive intorno alla storia costituzionale / On the road again: propositional observations on constitutional history*

Il saggio si propone di ripercorrere i cambiamenti avvenuti all'interno della storia costituzionale italiana nell'ultimo decennio, in coincidenza con l'anniversario della fondazione del "Giornale" creato dal Laboratorio Barnave dell'Università di Macerata. Vi si analizzano i problemi di ordine metodologico che hanno inizialmente segnato questa ancor giovane disciplina – una branca tutt'ora saldamente costitutiva della storia delle istituzioni ma allo stesso tempo segnata dalla interdisciplinarietà e dalla comunanza con altre materie quali, in primo luogo ma non solo, la storia delle dottrine e del pensiero politico – tra cui spiccano la limitazione cronologica imposta dalla nascita delle costituzioni scritte (in una visione eurocentrica, il termine a quo è inevitabilmente il 1789) e la focalizzazione spesso troppo limitata sull'universo delle costituzioni in sé, piuttosto che sui processi plurisecolari che hanno portato alla loro genesi attraverso la costruzione di sistemi di limitazione del potere. Si sottolinea poi come oggi, a distanza di dieci anni, ci si possa invece confrontare fattivamente e serenamente con una storia costituzionale "largamente intesa" nella quale, senza ovviamente venire

meno all'accortezza scientifico-metodologica che ha da sempre distinto la disciplina, possano essere introdotti a pieno titolo non soltanto una anche ampia dilatazione del periodo storico oggetto di studio ma anche un utilizzo più aperto ed innovativo delle fonti. Infine, viene proposto per il futuro un continuo rinnovamento nelle modalità espositive e negli stilemi comunicativi che permetta agli studiosi di storia costituzionale – sulla strada che il "Giornale" ha saputo aprire ed indicare nel corso della sua attività – di trasmettere in modo più facilmente fruibile ed avvincente le proprie conoscenze e riflessioni, segnandole (anche per un pubblico più ampio di quello degli studenti universitari) con quella passione che contraddistingue l'universale ed epochale vocazione del potere ad organizzarsi in forme sempre diverse.

The essay intends to go over the changes that occurred within Italian constitutional history over the last decade, coinciding with the tenth anniversary of the foundation of the "Giornale" created by the Laboratorio Barnave of the University of Macerata. It analyses the issues of methodological nature which have initially marked this still young discipline – a branch which is still strongly constitutive of the history of institutions, but which at the same time is marked by interdisciplinarity and by shared research fields with other subjects like, first of which and but not only, the history of political doctrines and thought – among which above all there are the chronological limit imposed by the birth of written constitutions (within a Eurocentric vision, the starting term is inevitably 1789) and the focus, often all-too limited, on the universe itself of the constitutions, rather than on the centuries-old processes which led to their genesis by way of building systems of power limitation. We then underline how today, after ten years, we can instead actively and serenely face a constitutional history "broadly understood", in which – without obviously losing the scientific methodological shrewdness which always distinguished this discipline – not only an even ample expansion of the studied historical period but also a more open and innovative use of the sources can be fully introduced. Finally we propose, for the future, a continuous renewal of expounding patterns and communicative stylistic features which allows the scholars of constitutional history – along the path that the "Giornale" has been able to open and indicate during its activity – to transmit their own knowledge and thoughts in a more enjoyable and fascinating way, marking them (also for the benefit of an audience wider than university students) with that passion which always marks the universal and epochal vocation of power to organise itself always in different forms.

**Parole chiave / Keywords:** metodología, organización del poder, limitación del poder, costitución, fuentes historiográficas, comunicación del saber / methodology, organisation of power, limitation of power, constitution, historiographical sources, communication of knowledge.

Marta Lorente Sariñena, *Crisis de la monarquía católica y regeneración de su constitución / Crisis of the Catholic Monarchy and regeneration of its constitution*

En esta contribución se ofrece una lectura del bihemisférico constitucionalismo gaditano que recoge las principales propuestas interpretativas suscritas por un sector de la historiografía, el cual viene entendiendo el experimento doceañista en términos de tercera vía del constitucionalismo moderno. A estos efectos, el artículo se detiene en el análisis de una serie de elementos básicos para el orden constitucional doceañista – poder constituyente, representación, derechos, orden normativo, jurisdicción –, proponiendo como vía de acceso al conocimiento del primer constitucionalismo hispánico un análisis cruzado de principios y mecanismos institucionales que permite destacar

## Abstracts

el valor constitutivo de sujetos y prácticas políticas que tuvo su puesta en planta en los diferentes territorios hispánicos. Así visto, el experimento constitucional gaditano ofrece una imagen esencialmente historicista, distanciada de comprensiones historiográficas más tradicionales que tienden a situarlo en la órbita francesa. Sin embargo, aquí se sostiene que el experimento doceañista trató de constitucionalizar una Monarquía Católica de dimensiones bihemisféricas y naturaleza corporativa, por lo que no guardó relación directa con la posterior historia constitucional española, cuyo reducido ámbito peninsular obligó a transformar por completo los presupuestos que fueron manejados por los españoles de ambos hemisferios en el Cádiz de la Constitución.

In this essay we offer a reading of Cadiz constitutionalism, spread over both hemispheres which gathers the main interpretative proposals put forward by a section of historiography, which intends the Cadiz experiment as a third way of modern constitutionalism. To these effects, this article dwells upon the analysis of a series of basic elements of the Cadiz constitutional order – constituent power, representation, rights, legal order, jurisdiction – proposing a cross-analysis of institutional principles and mechanisms, which consent highlighting the constitutive value of political subjects and practices that took place throughout the different Spanish territories, as a driveway to the knowledge of the first Spanish constitutionalism. In such a way, Cadiz constitutional experiment offers an essentially historicist image which is far away from more traditional historiographical understandings that tend to situate it within the French orbit. Although, here we sustain that the Cadiz experiment tried to constitutionalize a Catholic Monarchy with a dimension covering the two hemispheres and with a corporative nature, for this reason it did not keep any direct relation with the successive Spanish constitutional history, whose reduced peninsular sphere forced to completely transform the assumptions which were used for the Spaniards of both hemispheres in the Cadiz constitution.

**Palabras clave / Keywords:** Constitución de 1812, Monarquía Católica, nación española, historicismo, representación, responsabilidad / 1812 constitution, Catholic Monarchy, Spanish nation, historicism, representation, responsibility.

Joaquín Varela Suanzes-Carpeagna, *El constitucionalismo español en su contexto comparado / Spanish constitutionalism in comparison*

En este trabajo se examina el complejo y variado desarrollo del constitucionalismo español (sus textos, instituciones y doctrinas) con el propósito de situarlo en su contexto comparado, muy particularmente el europeo. Se estudian, así, entre otras cuestiones, el decisivo influjo de la Francia revolucionaria en la Constitución de Bayona y en la de Cádiz, la recepción del constitucionalismo inglés y francés post-napoleónico durante el Trienio Liberal y los exilios habidos bajo el absolutismo fernandino, la influencia de la Gran Bretaña y, en menor medida, de Bélgica y de los Estados Unidos en la España constitucional desde 1834 hasta 1923, la huella del constitucionalismo de entreguerras durante la Segunda República y, en fin, las fuentes europeas, sobre todo alemanas e italianas, de la vigente Constitución de 1978. No se pasa por alto tampoco la proyección internacional de la Constitución de Cádiz y, con mucha menos intensidad, de la Constitución de 1931.

In this essay I examine the complex and various development of Spanish constitutionalism (its texts, institutions and doctrines) with the purpose of placing it in a European comparison context. I will study, among other matters, the determinant influence of revolutionary France upon the Constitutions of Bayona and Cadiz, the reception of English and post-Napoleonic French

constitutionalism during the Spanish Civil War from 1820 to 1823 and the exiles ordered under king Ferdinand VII's absolutism, the influence of Great Britain and, on a smaller scale, of Belgium and of the United States of America on Constitutional Spain from 1834 to 1923, the path of constitutionalism between the two world wars during the Second Spanish Republic, and finally European sources, especially German and Italian ones, of the Constitution of 1978 that is in force. Neither will I neglect the international impact of the constitution of Cadiz nor that, in much lesser depth, of the constitution of 1931.

**Palabras clave / Keywords:** Constitucionalismo, España, Europa, siglos XIX y XX / Constitutionalism, Spain, Europe, 19<sup>th</sup> and 20<sup>th</sup> centuries.

Alessandro Torre, *Legal historians e dottrina costituzionale inglese: una egemonia intellettuale / Legal Historians and English constitutional doctrine: an intellectual hegemony*

La persistente influenza degli storici del diritto sulla tradizione intellettuale dei costituzionalisti in Inghilterra può essere principalmente spiegata alla luce della natura non scritta ed evolutiva della Costituzione, ma anche l'eredità dell'autorità degli antichi *common lawyers*, che furono i padri del sistema legale inglese, contribuì fortemente a rafforzare la loro egemonia culturale. Con alcune eccezioni, la loro visione fondamentale delle questioni costituzionali assumeva principalmente la forma di un approccio in un certo modo antiquario alla storia dei corpi politici di Westminster, e l'orditura della costituzione moderna e contemporanea era di concerto spiegata da un sistematico riassunto del passato, e spesso di un passato remoto come accadde nell'età Vittoriana quando molti storici di spicco furono usati per collocare nel diritto Anglosassone le origini dello spirito parlamentare e di quelle libertà fondamentali che furono più tardi elencate nella *Magna Charta*. Inoltre, la scelta di altri storici del diritto fu quella di stabilire alcuni limiti alla loro indagine focalizzando l'attenzione del lettore su alcuni nuovi inizi del sistema costituzionale inglese, fra i quali quanto derivò dalla dinastia Tudor e lo stabilirsi della monarchia rinascimentale, o la Gloriosa Rivoluzione del 1688-1689 e l'inizio del governo parlamentare. Entrambi i gruppi di storici del diritto hanno parlato della costituzione inglese come di un sistema politico in continuo sviluppo: ma il primo credeva in una graduale e lenta evoluzione, mentre l'ultimo suggeriva una crescita fatta di fermate e partenze. Nonostante le loro diverse visioni iniziali, entrambi fondamentalmente concordavano che il sistema costituzionale inglese si doveva intendere come il disegno costituzionale del Regno Unito nel suo insieme, e ponevano nell'ombra il contributo dell'antico lascito costituzionale della Scozia, un regno indipendente con un proprio sistema costituzionale che si fuse con l'Inghilterra nel 1707: lo stesso fecero molti teorici politici il cui ruolo culturale crebbe di pari passo con lo sviluppo intellettuale degli storici del diritto. Alla fine, nel tardo periodo Vittoriano e nella transizione Edoardiana, gli storici del diritto tradizionali subirono pesantemente la competizione di un nuovo tipo di interpreti: i giuristi costituzionalisti, che certamente non rifiutavano la visione storica, ma la inserivano all'interno di un approccio alla costituzione più moderno e tecnico. L'egemonia era tramontata e nell'era post-liberale iniziò un nuovo dialogo tra storia e diritto.

The enduring influence of legal historians on the intellectual tradition of public lawyers in England may be mainly explained in the light of the unwritten and evolutionary nature of the Constitution, but also the heritage of the authority of ancient common lawyers, who were the Fathers of the English legal system, strongly contributed to enforce their cultural hegemony. With some exceptions, their basic

## Abstracts

view of constitutional issues was basically shaped as a somehow antiquarian approach to the history of political bodies in Westminster, and the design of the modern and contemporary Constitution was accordingly explained by a systematic résumé of the past, and often of a remote past as it happened in the Victorian age when many leading historians were used to put in the Anglo-Saxon rule the origins of the parliamentary spirit and of those basic freedoms that were later listed in the Magna Charta. Besides, the option of other legal historians was to put some limits to their survey by focusing the attention of the reader on some fresh starts of the English constitutional system, among which the outcome of the Tudor dynasty and the establishment of the Renaissance monarchy, or the Glorious Revolution of 1688-1689 and the start of the parliamentary rule. Both kinds of legal historians spoke of the English Constitution as an ever developing political system: but the former's belief was about a gradual and slow evolution, and the latter suggested a stop-and-go growth. Despite their different starting views, both basically agreed that the constitutional system of England was to be intended as being the constitutional design of the United Kingdom as a whole, and overshadowed the contribution of the old constitutional legacy of Scotland, an independent kingdom with a constitutional system of its own that merged in 1707; and so did most political theorists whose cultural role grew alongside the development of the legal historians' intellect. At the end, in the late-Victorian age and the Edwardian transition, the traditional legal historians heavily suffered the competition of a new kind of interpreters: they were the constitutional lawyers, who didn't reject the historical view indeed but inserted it within a more modern and technical approach to the Constitution. The hegemony was over and in the post-Liberal age a new dialogue started between history and law.

**Parole chiave / Keywords:** storici del diritto, costituzionalisti, costituzione inglese, storiografia, egemonia intellettuale/legal historians, constitutional lawyers, English Constitution, historiography, intellectual hegemony.

Alain Wijffels, *The French-Dutch Heritage of the Belgian Constitution of 1830 / L'eredità franco olandese della Costituzione belga del 1830*

La costituzione belga del 1831 che fu il risultato dell'indipendenza proclamata l'anno prima, non fu la prima costituzione scritta che governò il popolo belga. A parte differenti regimi costituzionali provinciali durante l'Ancien Régime, che talvolta inclusero atti costituzionali, i belgi furono governati dalle successive costituzioni francesi durante l'annessione dei territori belgi alla Francia fra il 1795 e il 1814/1815, cioè le costituzioni del Direttorio, del Consolato e dell'Impero. Dal 1815 fino al 1830, il Belgio formò un regno unito con i Paesi Bassi. La costituzione belga-olandese del 1815 fu essa stessa il risultato dei diversi regimi costituzionali che sono stati applicabili nella Repubblica Batava, nel Regno d'Olanda durante l'annessione francese, e della costituzione adottata nel 1814 quando i Paesi Bassi furono liberati dalla dominazione francese. Questa rapida e complessa successione di diverse costituzioni nello spazio di 35 anni di dominazione straniera, e la pratica costituzionale durante il periodo 1815-1830, furono parte dei riferimenti (a parte i riferimenti ad altri modelli, quali le costituzioni americana, britannica e francese post-napoleonica) che formarono le concezioni del Costituente belga del 1830-1831.

The Belgian Constitution of 1831 which resulted from the independence proclaimed the year before, was not the first written constitution which governed the Belgian people. Apart from different provincial constitutional regimes under the Ancien Régime, which sometimes included constitutional acts, the Belgians were governed by the successive French constitutions while the

Belgian territories were annexed to France between 1795 and 1814/1815, viz. the constitutions of the Directoire, the Consulate, and the Empire. From 1815 until 1830, Belgium formed a united kingdom with the Netherlands. The 1815 Dutch-Belgian Constitution was itself the result of the different constitutional regimes which had been applicable in the Batavian Republic, the Kingdom of Holland, during the French annexation, and of the Constitution adopted in 1814 when the Netherlands were liberated from the French rule. This rapid and complex succession of different constitutions in the space of 35 years under foreign rule, and the constitutional practice during the 1815–1830 period, were part of the references (apart from references to other models, such as the American, British and post-Napoleonic French constitutions) which shaped the views of the Belgian Constituent in 1830–1831.

**Parole chiave / Keywords:** Belgio, Paesi Bassi austriaci, Costituzione belga (1831), Paesi Bassi, Repubblica Batava, Confederazione Batava, Regno d'Olanda, Costituzioni olandesi (1798–1815), Francia, Costituzioni francesi (1791–1830), Costituzione scritta, Modelli costituzionali stranieri / Belgium, Austrian Netherlands, Belgian Constitution (1831), The Netherlands, Batavian Republic, Batavian Commonwealth, Kingdom of Holland, Dutch Constitutions (1798–1815), France, French Constitutions (1791–1830), Written constitution, Foreign constitutional models.

Dian Schefold, *L'omogeneità nei sistemi multilevel. Cenni sull'attualità di Hugo Preuss tra sviluppo storico, vecchie analisi e nuova terminologia / Homogeneity in multilevel systems. Remarks on the topical interests of Hugo Preuss among historical development, old analyses and new terminology*

I sistemi *multilevel* – un concetto nuovo introdotto dalla teoria dei sistemi – considerano i rapporti, esistenti da molto tempo, fra autonomie, poteri privati, enti regionali o federati, Stato, organizzazioni sovranazionali e internazionali. Se lo Stato è sovrano, questa posizione gli dà una posizione singolare e fa dipendere gli altri livelli da lui. Nondimeno c'è – già dal Congresso di Vienna del 1814/15 in poi – il bisogno di omogeneità tra i livelli, difesa nell'Ottocento contro le pretese democratiche. I sistemi multilevel democratici invece devono tendere ad un'omogeneità democratica. Questa può, come principio, essere basata sulle teorie di Hugo Preuss, applicata agli Stati federali e agli Stati con autonomie così come a livelli sovranazionali e al diritto internazionale pubblico.

Multilevel systems – a new concept introduced by the theory of systems – consider the relationships, which have existed for a long time, between autonomies, private powers, regional or federal bodies, State, supranational or international organisations. If the State is sovereign, this position gives it a peculiar position and makes the other levels depend upon it. Nevertheless there is – already from the Congress of Vienna in 1814/15 onwards – the need for homogeneity among levels which was defended in the Nineteenth century against the democratic pretensions. Democratic multilevel systems, instead, must tend to a democratic homogeneity. This can, as a principle, be based on the theories of Hugo Preuss, be applied to federal States and to States with autonomies as well as to supranational levels and to the international public law.

**Parole chiave / Keywords:** omogeneità, autonomia, federalismo, regionalismo, multilevel, democrazia, Hugo Preuss / Homogeneity, autonomy, federalism, regionalism, multilevel, democracy, Hugo Preuss.





**eum** edizioni università di macerata

ISSN 1593-0793

ISBN 978-88-6056-251-7



9 788860 562517

€ 30,00