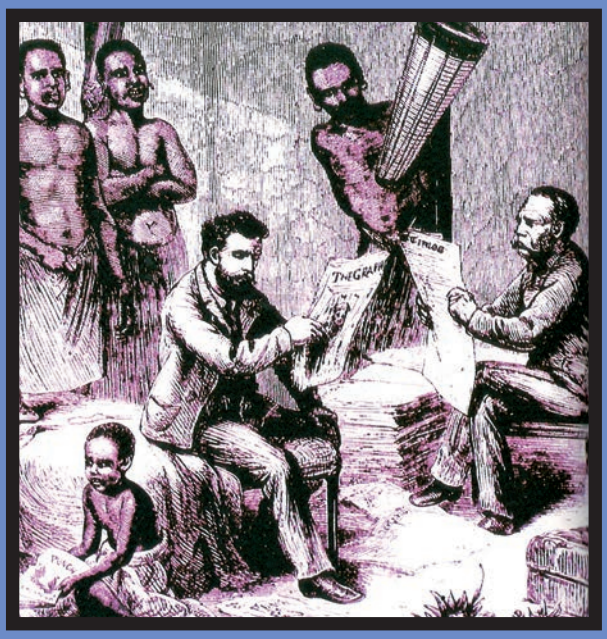


Journal of Constitutional History

Giornale di Storia Costituzionale

25

Colonies and Constitutions
Colonie e Costituzioni

Giulio Abbate
Gianluca Bascherini
Antonella Bettoni
Bernard Durand
Marco Fioravanti
Sandro Guerrieri
Manuel Guţan
Luigi Lacchè
María Nieves Saldaña Díaz
Julia Solla Sastre
Giorgio Stamboulis
Elio Tavilla
Gian Paolo Trifone

I semester 2013
I semestre 2013

Giornale di

Storia costituzionale

n. 25 / I semestre 2013

Colonie e Costituzioni

Colonies and Constitutions

eum > edizioni università di macerata

Giornale di Storia costituzionale / Journal of Constitutional History
n. 25 / I semestre 2013 Issue n° 25 / 1st semester 2013

Chief Editors
Luigi Lacchè, Roberto Martucci, Luca Scuccimarra

International Board
Bruce Ackerman (University of Yale), Vida Azimi (CNRS-Cersa, Paris II), Bronislaw Backo (Université de Genève), Olivier Beaud (Université Paris II, Panthéon-Assas), Giovanni Busino (Université de Lausanne), Bartolomé Clavero (Universidad de Sevilla), Francis Delperée (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 Schefold (Universität zu Bremen), Michael Stolleis (Max-Planck-Institut für Europäische Rechtsgeschichte, Frankfurt am Main), Michel Troper (Université de Paris Ouest-Nanterre-La Défense), Joaquin Varela Suanzes-Carpegna (Universidad de Oviedo), H.H. Weiler (New York University), Augusto Zimmermann (Murdoch University).

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

Editors' Assistant
Antonella Bettoni

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:
Scopus – Elsevier; Heinonline; Historical Abstracts – EBSCO; Summon by Serial Solutions (full-text dal 01.01.2005); Google Scholar; DoGi (Dottrina Giuridica) – ITTIG (Istituto di Teoria e Tecniche dell'Informazione Giuridica)-CNR; BSN (Bibliografia Storica Nazionale); AIDA (Articoli Italiani di Periodici Accademici); Catalogo Italiano dei Periodici – ACNP; Casalini Libri; EUM (Edizioni Università di Macerata).

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://eum.unimc.it

Distribuited by PDE
ISBN 978-88-6056-362-0
ISSN 1593-0793

Tipografia / Printer
Global Print S.r.l., Gorgonzola (MI)

La rivista è pubblicata con un finanziamento del Ministero dei Beni Culturali. Questo numero è stato finanziato con i fondi della ricerca PRIN "*La dimensione costituzionale della giustizia e i paradigmi del processo politico nello Stato liberale*" (2009 – prot. 2009LKRCFE_001).
This Journal is published thanks to the financial help of the Italian Ministry of Culture. This issue was funded by the PRIN "*La dimensione costituzionale della giustizia e i paradigmi del processo politico nello Stato liberale*" (2009 – prot. 2009LKRCFE_001).

In copertina: Stanley e Livingstone leggono la stampa inglese nel cuore dell'Africa

Finito di stampare nel mese di giugno 2013
Printed in the month of June 2013

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 IT91 R060 5513 4010 0000 0021 373 BIC BAMAIT3AXXX

Please remit amount due in Euro drawn on Banca delle Marche, IBAN IT91 R060 5513 4010 0000 0021 373 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. 25 / I semestre 2013
JOURNAL OF CONSTITUTIONAL HISTORY n. 25 / I semester 2013

Colonie e Costituzioni / *Colonies and Constitutions*

5 Introduzione. Dilemmi della costituzione coloniale / *Introduction: Dilemmas of colonial constitution*
LUIGI LACCHÈ

Itinerari

13 Schiavi avvelenatori. Resistenze alla schiavitù e giurisdizioni penali straordinarie nelle Antille francesi della Restaurazione / *Slave Poisoner: Resistance to Slave Order and Extraordinary Penal Jurisdictions in the 19th century French Caribbean*
MARCO FIORAVANTI

35 Ordinamenti formali e pratiche di polizia nell'India britannica (1817-1882) / *Legal System and Police Practices in British India (1817-1882)*
GIULIO ABBATE

61 "Cuando las provincias de allende los mares sean llamadas por la Constitución" (Acerca del estatus constitucional de Cuba, Puerto Rico y Filipinas, 1837-1898) / *"When the overseas provinces are called by the Constitution" (About the constitutional status of Cuba, Puerto Rico and the Philippines, 1837-1898)*
JULIA SOLLA SASTRE

79 La Constitution de 1875 et les Colonies françaises: de la perplexité républicaine aux soupçons d'Empire / *The Constitution of 1875 and the French colonies: from republican perplexity to fear of "imported imperialism"*
BERNARD DURAND

117 Ancora in tema di cultura giuridica e colonizzazione. Prime note sul *Corso di diritto coloniale* di Santi Romano / *On colonization and legal thought. An approach to Santi Romano's* Corso di diritto coloniale
GIANLUCA BASCHERINI

137 Il crimine politico nel Regno Unito: leggi eccezionali e teoria coloniale in

Irlanda del Nord / *Political crime in United Kingdom: emergency law and colonial theory in Northern Ireland*
ANTONELLA BETTONI

Fondamenti

161 Sovranità e leggi fondamentali: alla ricerca di una dimensione costituzionale nell'Europa moderna (secc. XV-XVIII) / *Sovereignty and fundamental Laws: in search for a constitutional dimension in modern Europe (15th-18th centuries)*
ELIO TAVILLA

181 El ensayo fundacional de la libertad de prensa en la tradición constitucional euroatlántica: la *Areopagitica* de John Milton. Repercusión e influencia en la Inglaterra de su tiempo, 1644-1674 / *The Founding Text of Press Freedom in the Euro-Atlantic Constitutional Tradition: John Milton's* Areopagitica. *Impact and Influence in the England of his time, 1644-1674*
MARÍA NIEVES SALDAÑA DÍAZ

Ricerche

203 La Rivoluzione francese e la Grecia. Quattro scritti di propaganda filofrancese di Korais / *The French Revolution and Greece. Four pro-French propaganda writings of Korais*
GIORGIO STAMBOULIS

223 The Challenges of the Romanian Constitutional Tradition. I. Between Ideological Transplant and Institutional Metamorphoses / *Le sfide della tradizione costituzionale rumena. I. Tra trapianto ideologico e metamorfosi istituzionali*
MANUEL GUȚAN

253 «Colmare il baratro». Il 'pericolo socialista' secondo Emile de Laveleye e Manfredi Siotto Pintor / *«To fill the abyss». The 'socialist risk' through the opinions of Emile de Laveleye and Manfredi Siotto Pintor*
GIAN PAOLO TRIFONE

273 La genesi di una rappresentanza sovranazionale: la formazione dei gruppi politici all'Assemblea comune della Ceca (1952-1958) / *The genesis of a supranational representation: the formation of political groups at the Common Assembly of the ECSC (1952-1958)*
SANDRO GUERRIERI

Librido

Primo piano / *In the foreground*
291 Maria Sofia Corciulo legge Eugenio Di Rienzo / Maria Sofia Corciulo *reads* Eugenio Di Rienzo, *Il Regno delle Due Sicilie e le potenze europee (1830-1861)*

297 Ventidue proposte di lettura / *Twenty-two reading proposals*

313 Autori / *Authors*

315 Abstracts

Introduzione. Dilemmi della costituzione coloniale / *Introduction: Dilemmas of colonial constitutions*

LUIGI LACCHÈ

Non è semplice né abituale associare le esperienze della colonizzazione al termine-concetto costituzione. Per certi versi questo accostamento sembrerebbe configurare un ossimoro. Il costituzionalismo identifica infatti quel percorso fatto di esperienze concrete e di elaborazioni dottrinali che conduce, pur attraverso una pluralità di manifestazioni, alla figura dello Stato costituzionale di diritto e alla sua funzione di limitazione del potere sovrano a vantaggio dei diritti e delle libertà dei cittadini. La "costituzione dei moderni" vuole governare lo snodo fondamentale che unisce e mette in tensione la decisione politica, la libertà dei soggetti, il principio di eguaglianza. Questo percorso è, a sua volta, parte integrante dell'idea moderna della civilizzazione occidentale.

La colonizzazione e i discorsi coloniali sono stati invece rappresentati come spazi immuni, soggetti al dominio, all'assoggettamento, alla differenziazione, all'esclusione, alla gerarchia. La loro *costituzione* poggia sul potere di fatto del principio della civilizzazione, "mite" o forte che sia[1]. La loro *costituzione* coincide in maniera organica con la costruzione di spazi di eccezione, quindi con il contrario dell'idea della costituzione come civiltà.

Le esperienze coloniali diventano, specie nel corso del XIX secolo, laboratori al cui interno opera in modo strutturale un tempo *pre-costituzionale*. Ciò che il costituzionalismo sembra (o crede di) aver delimitato, "marginalizzato" nelle nazioni colonizzatrici (spazi temporali di eccezione), nelle colonie pervade ogni fenomeno ed è appunto costitutivo in quanto regola dell'eccezione. Le figure dello Stato assoluto o dello Stato patrimoniale ritrovano valenza paradigmatica, possono essere recuperate in chiave operativa. Ma tipicamente costituzionale è il problema del "governo delle colonie". Chi le governa? È il potere legislativo dei parlamenti? È la Corona e/o il potere esecutivo del governo? È una forma mista? È l'ampia delega che i Parlamenti danno al potere esecutivo? Ogni scelta ha precise conseguenze. Insomma, appare or-

mai chiaro che la retorica del discorso coloniale attorno al paradigma dei due mondi separati, "estranei" (metropoli e colonia) deve essere riconsiderata, a cominciare dalla dimensione culturale e letteraria[2]. Le colonie si rivelarono, anche drammaticamente, terreni di applicazione e di sperimentazione (basti pensare al dibattito sulla razza e sull'inferiorità dei popoli incivili) che non mancarono di produrre effetti di retroazione sul "dentro" degli Stati colonialisti[3].

Questo numero del «Giornale di storia costituzionale» riunisce alcuni saggi che, pur da diversi angoli visuali e con diversi approcci, rinviano al problema della tensione costituzione/colonia. Il tema della giustizia e della sua amministrazione ha certamente un rilievo particolare. Marco Fioravanti ci presenta il caso di un cortocircuito tra l'esperienza della giustizia coloniale in Martinica e nelle Antille francesi e i modelli di "antico regime" delle giurisdizioni straordinarie. Il tempo delle colonie si conforma al modello inquisitorio, alle differenze di status e ad una giustizia senza garanzie. Ma quando un giurista e avvocato liberale di fama come François-André Isambert interviene negli anni 1820 per difendere una donna libera di colore accusata del reato capitale di veneficio, allora si vede come la rivendicazione dell'effettività della costituzione metropolitana può produrre risultati non trascurabili in un territorio coloniale[4]. La complessa *costituzione giudiziaria* delle colonie[5] si rivela un importante cantiere per cogliere le tensioni, le contraddizioni e i conflitti tra forme differenziate di giustizia. Così l'uso della tortura e della coercizione illegale da parte delle polizie locali nel sistema pluralistico indiano offre, nella ricerca di Giulio Abbate, un saggio di un conflitto "costituzionale" tra la dimensione metropolitana del *common law* e il ricorso a pratiche di giustizia "pre-costituzionali" nel contesto delle prerogative sovrane esercitate dalla *East India Company*. Questa vicenda si inquadra in quella che può essere considerata la più grande rivoluzione costituzionale dell'assetto "imperiale" britannico dopo la guerra di indipendenza americana. Nel 1858 l'India fu infatti posta sotto il dominio diretto della Corona (ma con una forma peculiare di governo "misto", tra gabinetto politico e *Council*) e sottratta al controllo diretto degli *intermediate bodies* dell'*East India Company*[6].

La costituzione della colonia non può prescindere dalla sua naturale geografia "costituzionale". Julia Solla ci fa vedere come nel corso dell'Ottocento ciò che rimane del grande impero spagnolo è sempre più invisibile alla costituzione metropolitana, tanto più dopo il 1837. Fallita l'idea che la costituzione – con il suo portato di "futuro", di diritti e libertà – potesse tenere uniti i possedimenti alla madrepatria, si affermava definitivamente il principio della specialità. La costituzione "geografica", conforme *naturaliter* all'ordine sociale indigeno, appariva come l'unica via per conservare un ordine *storico*, tradizionale, che solo il tempo avrebbe potuto modificare.

Bernard Durand offre un'ampia ricostruzione del complesso universo coloniale francese tra Otto e Novecento visto attraverso il problema della "costituzionalizzazione" dei territori d'Oltremare. Emerge con grande rilievo la ricchezza e l'instabilità delle esperienze costituzionali che caratterizzano la Francia dopo la Rivoluzione e con esse del diritto costituzionale coloniale. Come interpretare il dettato costituzionale? Quale "posto" per le colonie? E che senso dare ai si-

lenzi e alla lacune? I giuristi e i giudici hanno provato a dare qualche risposta ma senza mai raggiungere una soluzione definitiva, almeno sino al 1946. Sullo sfondo, ovviamente, troviamo la contraddizioni tra il principio di assimilazione delle colonie, l'effettività del principio repubblicano dell'indivisibilità e il timore di vedere le colonie usare le istituzioni francesi contro la metropoli.

Questi problemi hanno sollecitato il formarsi di un ramo "specializzato" del diritto, la scienza giuridica coloniale. Che un giurista di grande valore come Santi Romano pubblichi un corso di diritto coloniale nello stesso anno dell'edizione unitaria de *L'ordinamento giuridico* non deve meravigliare, come ci ricorda Gianluca Bascherini[7]. Colonialista disincantato, Romano coglie la dimensione fittizia della missione civilizzatrice delle nazioni europee, funzionale alle logiche di assoggettamento dei popoli. Su questa base elabora la sua riflessione sulla differenziazione dei soggetti nel territorio coloniale e fonda la categoria della specialità. La colonia è spazio premoderno, patrimoniale, dove la statualità è esercitata in forma assoluta, immune dalle tensioni e dalle crisi ormai visibili nei territori metropolitani.

Il tema del "dominio" coloniale riaffiora, conclusivamente, anche in una vicenda tutta europea, quella del rapporto tra l'Irlanda del Nord e la Gran Bretagna. Territorio che si intreccia costantemente con la storia dell'isola inglese e che diventa parte integrante del Regno. Eppure – ci ricorda qui Antonella Bettoni – l'argomento "coloniale" è stato spesso richiamato dagli autonomisti nordirlandesi per denunciare la dimensione del potere britannico. Da parte inglese si è risposto facendo riferimento all'unione e alla struttura quasi-federale del legame politico. Il ricorso al *direct rule*, alla militarizzazione, alla specialità sembrava invece poter legittimare l'uso dell'aggettivo "coloniale", tanto più si inaspriva, per rispondere al movimento politico-militare dell'*Irish Republican Army*, la politica repressiva del governo dell'Ulster e della madrepatria britannica. Il riferimento al concetto di *internal colony* poteva svolgere una efficace funzione di propaganda, riproponendo più in generale il problema, diverso ma non del tutto estraneo alle logiche del colonialismo, della neutralizzazione delle minoranze[8].

***

It is not easy nor usual to associate colonisation experiences to the term-concept constitution. For certain aspects, this association could represent an oxymoron. Constitutionalism identifies indeed that path, made of real experiences and doctrinal elaborations, that brings – by way of a plurality of manifestations – to the constitutional *Stato di diritto* / *Rechtsstaat* / Rule of Law and to its function of limiting the sovereign power to the advantage of the rights and freedoms of the citizens. The "constitution of the moderns" wants to rule the fundamental junction point which unites and subjects political decision, freedom of people, principle of equality to tension. This path is, in its turn, an integrating part of the modern idea of western civilisation.

Colonisation and colonial discourses have been instead represented as immune spaces, subjected to dominion, subjugation, differentiation, exclusion, hierarchy. Their *constitution* lays on the de facto power

of the principle of "gentle" or "strong" civilisation[9]. Their *constitution* coincides, in an organic way, with the construction of spaces of exception, therefore with the contrary of the idea of the constitution as civilisation.

Colonial experiences become, especially during the 19th century, laboratories within which a *pre-constitutional* time operates in a structural way. That which the constitutionalism seems to have circumscribed, "marginalised" in the colonizer nations (temporal spaces of exception), pervades every phenomenon in the colonies and is precisely constitutive in that it is a rule of exception. The figures of the absolute State or of the patrimonial State find their paradigmatic worth: they can be recuperated in an operational key. However the matter of the "government of the colonies" is typically constitutional. Who rules them? Is it the legislative power of parliaments? Is it the Crown and/or the executive? Is it a mixed form? Is it the wide delegation of powers that parliaments confer to the executive? Every choice has precise consequences. In short, it appears by now clear that the rhetoric of the colonial discourse about the paradigm of the two separate, "unrelated" worlds (mother country and colony) must be reconsidered, starting from the cultural and literary dimension[10]. The colonies revealed themselves, dramatically too, as fields of application and experimentation (just think of the debate on race and inferiority of uncivil people) which didn't fail to produce effects of retroaction "within" the colonialist States[11].

This issue of the Journal of Constitutional History gathers some essays that, though from different viewpoints and with different approaches, refer to the matter of the tension constitution/colony. The theme of justice and its administration certainly has a particular importance. Marco Fioravanti explains us the case of a short-circuit between the experience of colonial justice in the Martinique and the French Caribbean and the "Ancien Régime" models of extraordinary jurisdictions. The colony season conforms itself to the inquisition model, to the differences of status and to a justice with no guarantees. However, when a famous liberal jurist and lawyer as François-André Isambert intervenes in 1820 to defend a native free woman charged with the capital crime of poisoning, then we can see how the claiming of the effectiveness of the metropolitan constitution can produce non-negligible effects in a colonial territory[12]. The complex judiciary constitution of the colonies[13] reveals itself to be an important workshop in order to understand tensions, contradictions and conflicts between differentiated forms of justice. In such a way the use of torture and of illegal coercion by local police in the pluralistic Indian system offers, in the research essay of Giulio Abbate, an example of "constitutional" conflict between the metropolitan dimension of the common law and the recourse to practices of "pre-constitutional" justice in the context of the sovereign prerogatives exercised by East India Company. This series of events fits into that which can be considered the biggest constitutional revolution of the British "imperial" layout after the American war of independence. In 1858 India was placed under the direct dominion of the Crown (with a peculiar form of "mixed" government between political Cabinet and Council) and taken away from the direct control of the intermediate bodies of the East India Company[14].

The colony constitution cannot leave its natural "constitutional" geography out

of consideration. Julia Solla describes how during the Nineteenth century that which remains of the great Spanish empire is more and more invisible to the metropolitan constitution, all the more after 1837. The idea that the constitution – with its outcome of "future", rights and freedoms – could keep the possessions united to the mother country having failed, the principle of exception affirmed itself definitively. The "geographical" constitution, *naturaliter* consistent with the indigenous social order, appeared as the only way of keeping a traditional *historical* order, which only time could modify.

Bernard Durand offers a wide reconstruction of the complex French colonial universe between the Nineteenth and the Twentieth century, seen through the question of the "constitutionalisation" of the oversees territories. The richness and instability of the constitutional experiences which characterised France after the Revolution surface with great evidence together with the colonial constitutional law. How can the constitutional text be interpreted? Which is the "place" for the colonies? And what meaning can be given to the silence and gaps of the law? Jurists and judges tried to provide for some answers without ever reaching a definitive solution, at least until 1946. In the background, obviously, we find the contradictions between the principle of colony assimilation, the effectiveness of the republican principle of indivisibility and the fear of seeing the colonies using the French institutions against the mother country.

This issues urged the birth of a "specialised" branch of law, the colonial juridical science. The fact that a jurist of great worth as Santi Romano publishes a course of colonial law in the same year he published the unitary edition of *L'ordinamento giuridico* should not surprise us, as Gianluca Bascherini remind us[15]. Romano, a disenchanted colonialist, grasps the fictitious dimension of the civilising mission of the European nations, which was functional to the logics of subjugating people. On this basis, he elaborates his reflections on the differentiations of the subjects in the colonial territory and establishes the category of exception. The colony is a pre-modern, patrimonial space, where State power is exercised in a form which is absolute, immune from tensions and crises by then visible in the metropolitan territories.

The theme of the colonial "dominion" emerges, finally, also in an all European series of events, that of the relationship between Northern Ireland and Great Britain. A territory which is constantly intertwined with the history of the English Island and which becomes integral part of the Kingdom. Nevertheless – remind us here Antonella Bettoni – the "colonial" issue is often recalled by the Northern Irish autonomists in order to denounce the dimension of the British power. The British side answered referring to the union and the quasi-federal structure of the political bond. The recourse to direct rule, to militarisation, to emergency law seems to be able to instead legitimise the use of the adjective "colonial", all the more so as the repressive policy of the Ulster government and of the British mother country became harsher in order to oppose the political military movement of the Irish Republican Army. The reference to the concept of internal colony could carry out an effective function of propaganda, more generally reviving the issue, which is different but not far away from the logics of colonialism, of neutralisation of minorities[16].

[1] M. Koskenniemi, *The Gentle Civilizer of Nations. The Rise and Fall of International Law 1870-1960*, New York, Cambridge University Press, 2001; L. Nuzzo, *Origini di una Scienza. Diritto Internazionale e colonialismo nel XIX secolo*, Frankfurt am Main, Klostermann, 2012.

[2] E. Said, *Culture and Imperialism*, New York, Knopf, 1993.

[3] Fondamentale è la vasta e approfondita ricognizione, su scala globale, curata da Pietro Costa per i «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», numero monografico, *L'Europa e gli "Altri". Il diritto coloniale fra Otto e Novecento*, XXXIII/XXXIV, 2004/2005.

[4] M. Fioravanti, *Il pregiudizio del colore. Diritto e giustizia nelle Antille francesi durante la Restaurazione*, Roma, Carocci, 2012.

[5] P. Costa, *Il fardello della civilizzazione. Metamorfosi della sovranità nella giuscolonialistica italiana*, in «Quaderni fiorentini», cit., pp. 205 ss.

[6] M. Piccinini, *The Forms of Business. Immaginario costituzionale e governo delle dipendenze*, in «Quaderni fiorentini», cit., pp. 73-114.

[7] Di cui si veda anche *La colonizzazione e il diritto costituzionale. Il contributo dell'esperienza coloniale alla costruzione del diritto pubblico italiano*, Napoli, Jovene, 2012.

[8] Cfr. G. Bascherini, *Cultura giuridica e vicenda coloniale*, in I. Rosoni, U. Chelati (a cura di), *Votare con i piedi. La mobilità degli individui nell'Africa coloniale italiana*, Macerata, eum, 2012, p. 63.

[9] M. Koskenniemi, *The Gentle Civilizer of Nations. The Rise and Fall of International Law 1870-1960*, New York, Cambridge University Press, 2001; L. Nuzzo, *Origini di una Scienza. Diritto Internazionale e colonialismo nel XIX secolo*, Frankfurt am Main, Klostermann, 2012.

[10] E. Said, *Culture and Imperialism*, New York, Knopf, 1993.

[11] On this regard the wide and in-depth survey, on a global scale, edited by Pietro Costa for a monographic issue of the periodical «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», is fundamental: *L'Europa e gli "Altri". Il diritto coloniale fra Otto e Novecento*, XXXIII/XXXIV, 2004/2005.

[12] M. Fioravanti, *Il pregiudizio del colore. Diritto e giustizia nelle Antille francesi durante la Restaurazione*, Roma, Carocci, 2012.

[13] P. Costa, *Il fardello della civilizzazione. Metamorfosi della sovranità nella giuscolonialistica italiana*, in «Quaderni fiorentini», cit., pp. 205 ss.

[14] M. Piccinini, *The Forms of Business. Immaginario costituzionale e governo delle dipendenze*, in «Quaderni fiorentini», cit., pp. 73-114.

[15] Of the same author please see as well: *La colonizzazione e il diritto costituzionale. Il contributo dell'esperienza coloniale alla costruzione del diritto pubblico italiano*, Napoli, Jovene, 2012.

[16] Cf. G. Bascherini, *Cultura giuridica e vicenda coloniale*, in I. Rosoni, U. Chelati (a cura di), *Votare con i piedi. La mobilità degli individui nell'Africa coloniale italiana*, Macerata, eum, 2012, p. 63.

Schiavi avvelenatori. Resistenze alla schiavitù e giurisdizioni penali straordinarie nelle Antille francesi della Restaurazione

MARCO FIORAVANTI

Premessa

Questo articolo si propone di presentare i primi risultati di una ricerca – condotta principalmente presso le *Archives Nationales* di Parigi, le *Archives Nationales d'Outre-Mer* d'Aix-en-Provence e le *Archives départementales de la Martinique* di Fort-de-France – dedicata all'amministrazione della giustizia coloniale francese nel XIX secolo, tesa ad approfondire le conoscenze sul tema, finora poco studiato, della schiavitù e del sistema penale coloniale durante la Restaurazione[1].

1. *Giurisdizioni penali straordinarie*

L'ordinamento francese d'*Ancien Régime*, come è noto, prevedeva, all'interno del pluralismo giurisdizionale (giustizia ecclesiastica, signorile e regia), alcuni organismi d'eccezione. Con questa espressione, nel periodo precedente alla Rivoluzione francese e all'affermarsi dello Stato di diritto, ci si riferiva a una serie di organi giudicanti cui non spettava una competenza generale e che erano specializzati in determinati settori. Il grado più basso della giustizia regia – che in una prima fase si affiancò a quella signorile e feudale fino a sostituirle progressivamente – era rappresentato dalle corti di *prévôtés*, quelle di *baillages* e le *sénéchaussées*, mentre al vertice dell'ordinamento regio figuravano le corti sovrane dei Parlamenti[2].

Per quanto riguardava la *police*, ovvero il mantenimento dell'ordine e il controllo della vita dei sudditi[3], ne erano incaricati i *prévôts* – letteralmente «agenti di polizia militare»[4] – e le *prévôtés des maréchaux*, che avevano funzioni sia militari che giudiziarie e si occupavano principalmente di mantenere la legalità nelle campagne e di reprimere i reati riguardanti il vagabondaggio, la diserzione, le agitazioni popolari[5]. Ad eccezione degli illeciti commessi da vagabondi e da soldati, i *prévôts* non erano

competenti nelle città dove risiedevano, al punto da definire la giustizia da loro esercitata come "rurale": la *déclaration royale* del 5 febbraio 1731 escludeva dai casi attribuiti ai *prévôts*, i furti compiuti nelle città e nei *faubourgs*[6]. In particolare sia l'*ordonnance criminelle* del 1670[7] che il testo del 1731 mantennero queste giurisdizioni speciali, con l'attribuzione ai magistrati della competenza su ogni crimine commesso dai vagabondi e dalla cosiddetta *gens sans aveau*. Le pene inflitte erano particolarmente severe e non erano previste forme di ricorso: le sentenze si eseguivano sul campo senza possibilità di appello, secondo il titolo I, art. 14 dell'ordinanza penale di Colbert.

Questi tribunali, soppressi insieme ad altri con carattere d'eccezione dalla legislazione rivoluzionaria, furono reintrodotti in epoca napoleonica con lo scopo di reprimere i reati politici, tra i quali il banditismo, inteso come una forma moderna dei crimini perpetrati da vagabondi durante l'*Ancien Régime*[8]. Napoleone infatti, in seguito a un fallito attentato nei suoi confronti, istituì, con la legge del 18 piovoso anno IX (7 febbraio 1801), tribunali penali speciali, composti da tre magistrati ordinari, tre militari e due civili designati dal primo console. Tali organismi, stabiliti in 27 dipartimenti da un *arrêté* del 4 ventoso anno IX (23 febbraio 1801), avrebbero deciso privi della giuria, in unica istanza, senza la possibilità di ricorrere in Cassazione[9].

Successivamente la legge del 25 dicembre 1808 stabilì che i crimini compiuti da vagabondi e marginali fossero giudicati dalle *Cours prévôtales*. Il periodo napoleonico fu caratterizzato dall'utilizzo di una molteplicità di giurisdizioni penali straordinarie sia in Francia che presso i territori occupati in Europa, oltre che nelle colonie, giustificati in alcuni casi dal ricorso allo stato d'assedio e a quello di guerra[10]. In particolare operarono per i reati politici le *Cours de justice criminelle spéciale*, una sorta di commissioni militari straordinarie, istituite nei territori occupati dall'esercito napoleonico[11]. Il *code d'instruction criminelle* del 1808 introdusse agli artt. 553-599, come ulteriore istanza, le Corti speciali, giurisdizioni composte da giudici civili e militari con competenza molto ampia e prive di giuria, per la repressione dei reati commessi da vagabondi o mendicanti, da condannati a pene afflittive o infamanti (art. 553). A queste fattispecie l'art. 554 aggiunse i crimini di contrabbando, falsificazione monetaria, attentato commesso da truppe armate, ribellione all'esercito, omicidi perpetrati da gruppi dotati di armi.

Dopo il Congresso di Vienna, la possibilità di ricorrere a tribunali speciali era stata limitata nella Francia della Restaurazione con l'entrata in vigore della *Charte* del 1814. L'art. 62 infatti stabiliva che nessuno poteva essere sottratto al proprio giudice naturale ed escludeva la creazione di commissioni e tribunali straordinari. Tuttavia, *ex* art. 63, il testo costituzionale manteneva la possibilità di creare giurisdizioni speciali, denominate *cours prévôtales*, composte da magistrati civili e militari, istituite *post factum*, in violazione del principio della naturalità del giudice[12]. Successivamente la Camera *ultra-royaliste*, la cosiddetta *Chambre introuvable*, eletta nell'agosto 1815 e sciolta nel settembre 1816, votò severe misure repressive con lo scopo di perseguire reati di tipo politico (ribellione e sedizione) e di tipo sociale (vagabondaggio e devianza)[13].

Durante la Restaurazione, nonostante le conclamate intenzioni di allontanarsi dal modello napoleonico di giurisdizioni

speciali prive di garanzie, si tornò a un'amministrazione della giustizia che prevedeva ampie deroghe alle procedure ordinarie. Più in generale nell'Ottocento, considerato in dottrina il secolo della giustizia d'eccezione e dei processi politici, si assiste a una considerevole commistione tra giustizia e politica, attraverso l'utilizzo sia di organi costituzionali sia di giurisdizioni speciali[14]. Numerosi furono i casi di giustizia politica nel corso della Restaurazione, ma alcuni emergono come paradigmatici. Si pensi al processo al maresciallo di Francia Michel Ney, il quale aveva appoggiato il rientro di Napoleone dall'Elba, condannato a morte dalla Camera dei Pari, per alto tradimento e attentato alla sicurezza dello Stato, *ex* art. 33 della *Charte* del 1814 o al processo ai deposti ministri di Carlo X nel 1830, messi in stato d'accusa dalla Camera dei Deputati e condannati da quella dei Pari, *ex* art. 56 del testo costituzionale, in base al modello anglosassone dell'*impeachment*[15].

Infine, un esempio emblematico dell'amministrazione della giustizia durante la Restaurazione e di particolare rilievo per questa ricerca fu l'instaurazione in Francia, tra il 1816 e il 1818, di *cours prévôtales*, istituite per «rassurer les bons français» e per sterminare «l'hydre révolutionnaire» e la «tyrannie napoléonienne»[16] e, meno retoricamente, per reprimere reati commessi da devianti ed emarginati, oltre che dalle disciolte truppe napoleoniche. Istituite con la legge del 20 dicembre 1815, uno dei provvedimenti che formavano l'armatura del cosiddetto "terrore bianco legale", già dalla loro denominazione esse rimandavano a una filiazione da quelle d'*Ancien Régime*[17] – *prévôts des maréchaux*, giurisdizioni speciali abolite nel 1790 – e rappresentavano un'aperta violazione del principio del giudice naturale[18].

Le *cours prévôtales* erano composte da cinque magistrati provenienti dal tribunale di prima istanza, e da un militare, denominato *prévôt*, con il grado di colonnello, avente funzione istruttoria. La decisione della Camera di non comporre la nuova giurisdizione speciale di magistrati di rango elevato e di grande esperienza, non diede molto prestigio alla Corte, e creò alcuni conflitti tra il magistrato militare di grado superiore e i giudici civili[19]. In base agli artt. 9 e ss. del titolo II della legge istitutiva, la loro competenza riguardava i reati di ribellione armata, riunioni sediziose, scritti e discorsi sovversivi, ma altresì assassini e furti con violenza sulle grandi strade di campagna (le interpretazioni giurisprudenziali sulla definizione di *grands chemins* furono divergenti)[20]. Oltre ai reati già previsti dal codice di procedura penale napoleonico, comparivano nella legge istitutiva delle *cours prévôtales* anche reati di carattere strettamente politico come l'affissione o la distribuzione in luoghi pubblici di scritti contro il governo, l'esposizione di una bandiera diversa da quella bianca o le grida ostili emesse nel palazzo o al passaggio del sovrano. Queste disposizioni costituivano un sistema di repressione di ogni manifestazione politica considerata sovversiva. Il reato di complotto, invece, non rientrando pienamente nell'esercizio della violenza pubblica, fu posto fuori dalla competenza delle giurisdizioni speciali[21]. Le decisioni della Corte non erano passibili di ricorso in Cassazione, ma solo di richiesta di intervento del Guardasigilli nei casi più evidenti di incompetenza, e la procedura rispondeva a esigenze di celerità in quanto la sentenza era esecutiva entro ventiquattro ore.

Sebbene la funzione principale per la quale erano state istituite fosse quella di reprimere reati di tipo politico, di fatto le *Cours prévôtales* perseguirono, nella grande maggioranza dei casi, reati di diritto comune[22]. Tra il 1816 e il 1818 furono istruite circa 2280 cause, la maggioranza delle quali riguardavano crimini commessi da vagabondi, delinquenti recidivi, militari, mentre solo una minoranza avevano carattere politico (grida, scritti e discorsi sediziosi)[23]. Tra i delitti politici ricorrono le condanne per urla o tumulti, esposizione di bandiera tricolore, riunione armata. La maggioranza delle Corti iniziò a funzionare con un certo ritardo dall'aprile 1816, principalmente a causa della lentezza nelle nomine dei magistrati da parte del governo, creando la situazione paradossale di una giurisdizione d'eccezione, pensata per operare in maniera celere e sbrigativa, che cominciava a rilento a svolgere le proprie funzioni[24].

Le fonti archivistiche si sono rivelate di fondamentale importanza per ricostruire il concreto funzionamento di questi organismi. Significativi appaiono, ad esempio, alcuni casi[25]. Una sentenza del 15 giugno 1816, emanata dalla *Cour prévôtale* del dipartimento dell'Aude, sede di Carcassonne, condannava, in esecuzione della legge del 9 novembre 1815 e dell'art. 368 del *code d'instruction criminelle*[26], alla deportazione a vita di un soldato che avrebbe pronunciato minacce, non seguite da vie di fatto, contro la persona del re. Altri processi "prevotali" furono istruiti nei confronti di alcuni uomini che avevano redatto testi contro il regime vigente o altri che avevano auspicato, oralmente o per iscritto, il ritorno di Bonaparte e furono posti a giudizio certi repubblicani che avevano affisso coccarde tricolore con la scritta *Liberté, égalité, vive l'empereur, à bas les royalistes*[27]. Altri presunti movimenti insurrezionali nel dipartimento del Rhône portarono all'imputazione da parte della locale *Cour prévôtale* di ventuno individui[28]. Ma nella documentazione archivistica compaiono anche atti di processi per reprimere crimini di diritto comune, terminati con pene particolarmente severe. Il 26 maggio 1816 la Corte di Nancy inflisse, per tentativo di furto, la pena ai lavori forzati per vent'anni a un fornaio, Jean-Baptiste Laurent, il quale fu anche marchiato ed esposto al supplizio sulla pubblica piazza di Toul[29]. A Dijon, con una sentenza del 20 giugno 1816, si condannò alla deportazione un coltivatore per aver distribuito uno scritto contenente provocazioni dirette e indirette al capovolgimento del governo legittimo, in esecuzione della legge del 9 novembre 1815 e dell'art. 368 del codice di procedura penale. Una causa particolarmente controversa fu quella svoltasi a Carcassonne, dove, il 20 luglio 1816, furono condannati alla pena capitale Jean Beaux, chirurgo, Jeaques Gardey, ex militare, e François Bonnery, coltivatore, per il tentativo di evasione dalla prigione della stessa città, dove erano rinchiusi per altri crimini, e per organizzazione di banda armata con scopi sediziosi[30]. L'accusa di reato proveniva da una lettera anonima sospetta e vi erano forti dubbi se si trattasse di un caso riconducibile alle fattispecie di delitti previsti dalla legge. La *Cour prévôtale* del dipartimento della Nièvre, sede di Nevers, con una sentenza del 14 giugno, inflisse ad alcuni imputati per furto la pena ai lavori forzati a vita, mentre il 13 luglio la stessa Corte emise una sentenza di deportazione contro autori di scritti, e il 6 agosto 1816 venivano condannati a vent'anni

di lavori forzati alcuni sospetti di furto[31]. Non essendo previste forme giurisdizionali di ricorso nei confronti delle sentenze, vi furono numerose richieste di grazia o di clemenza[32]. Molte di queste ultime erano inoltrate da detenuti che si trovavano nella prigione di Mont-Saint-Michel, la maggior parte dei quali avevano commesso reati di diritto comune[33].

Queste giurisdizioni speciali, che lasciarono uno dei peggiori ricordi nella storia della giustizia francese[34], furono soppresse in Francia nel 1818 ma vennero mantenute, anche se in forme diverse, in alcune realtà d'oltremare. Manca tuttavia uno studio d'insieme sul sistema delle Corti speciali in Francia, sebbene si disponga di numerose ricerche particolari sui singoli dipartimenti. Ancora più lacunosa e incompleta è la ricostruzione della realtà coloniale[35]. Solo recentemente stanno apparendo studi, da parte di autori francesi e anglosassoni, sull'amministrazione della giustizia d'oltremare, interpretata in particolare nel rapporto con la madrepatria, anche se l'attenzione maggiore è ancora rivolta agli anni successivi alla conquista dell'Algeria, coincidenti con il periodo di maggiore sviluppo del colonialismo francese[36].

2. *La* Cour prévôtale *per la repressione del veneficio*

In Martinica, il reato di avvelenamento era stato già disciplinato sia dall'ordinanza regia del 3 febbraio 1724 che prevedeva la pena di morte per i colpevoli e i complici[37], sia da quelle coloniali del 4 ottobre 1749 e del 12 novembre 1757. Inoltre nel 1803 (24 vendemmiaio anno XII), era stata introdotta una giurisdizione *prévôtale* dal capitano-generale Louis Thomas Villaret de Joyeuse, in quanto la colonia si trovava in stato d'assedio a causa della guerra, ed essa scomparve, dopo aver pronunciato più di cento pene capitali, con la fine delle ostilità senza la necessità di abolirla formalmente. Ma solo con l'ordinanza del 12 agosto 1822 si istituì una *Cour prévôtale* per la repressione del veneficio[38]. L'istituzione di questo tribunale in Martinica rispondeva alla necessità di reprimere un reato che, secondo i funzionari coloniali, si era moltiplicato in maniera allarmante. Il governatore dell'isola, generale François-Xavier Donzelot[39], e il procuratore generale, Pierre-François-Honoré Richard de Lucy, ritenevano che la giustizia ordinaria contrastasse con la necessità di perseguire un reato così grave e diffuso, come quello di avvelenamento. Malgrado le richieste da parte del Ministero della giustizia di mantenere le garanzie processuali e le libertà individuali previste dal diritto francese, la giurisdizione straordinaria, composta da giudici militari e civili – reclutati tra le élite dei proprietari di piantagioni – senza una sede stabile, rimase in funzione fino alla fine del 1826. Una nota manoscritta del Ministero della marina e delle colonie precisava che, malgrado le similitudini, le Corti della Martinica non erano paragonabili a quelle della madrepatria:

> La Cour prévôtale créée à la Martinique ne ressemble aux Cours prévôtales de France, ni par la composition, ni par la manière dont se règle la compétence, ni pour les garanties accordées à l'accusé. Il est vrai que la justice ordinaire rendue, conformément à l'ordonnance de 1670, a été, jusqu'ici, insuffisante pour réprimer les crimes d'empoisonnemens[40].

Piuttosto che il *prévôt de maréchaussée* che operava nella Francia rurale d'*Ancien Régime* come giurisdizione straordinaria, il modello preso dai coloni fu quello del tribunale speciale per la repressione del brigantaggio istituito in Francia nel 1803, e introdotto in Martinica. La Corte coloniale però, a differenza di quelle marziali della metropoli, non era formata da magistrati professionisti e la sua stessa composizione denotava la commistione tra poteri pubblici e privati[41].

Nelle colonie vigeva il modello di tipo inquisitorio, che prevedeva la segretezza e la scrittura della procedura e il mantenimento del sistema delle prove legali, mentre nella madrepatria esso era stato progressivamente abbandonato a vantaggio del principio del libero convincimento del giudice e di un processo orale con un contraddittorio pubblico[42]. Per esempio, la testimonianza di uno schiavo, anche di un testimone oculare, non valeva come prova piena in tribunale, ma veniva considerata solo come indizio[43]. All'interno del sistema delle prove legali, dunque, la procedura rimaneva segreta e la tortura giudiziaria, in disuso in Francia già dal Settecento e abolita da Luigi XVI il 24 agosto 1780, veniva mantenuta[44]. Gli schiavi infine non potevano adire la Corte di cassazione ma soltanto chiedere atti di clemenza al sovrano[45].

Inoltre in Martinica, e in altre colonie centro americane come la Giamaica, i proprietari partecipavano in qualità di giudici non professionisti al processo contro i loro schiavi[46]. I padroni esercitavano una giustizia privata, che rimandava ai metodi dell'Europa d'*Ancien Régime*, o meglio una giustizia domestica che si affiancava a quella di Stato[47]. Nelle colonie infatti, resistevano elementi tipici della realtà giuridica premoderna[48], come la distinzione in *status*, la pluralità delle giurisdizioni e le forme private di amministrazione della giustizia. In particolare all'interno delle piantagioni i proprietari amministravano direttamente la giustizia sui propri schiavi, in un "regime disciplinare" che non prevedeva l'intervento di magistrati e di procedure: «c'est le maître seul qui, lorsqu'il estime que son esclave a commis une faute, ordonne qu'il soit châtié, et fait exécuter le châtiment»[49]. Come raccontò l'ex schiavo Frederick Douglass – che nel 1837 fuggì dal suo padrone e divenne un *leader* abolizionista e si sarebbe battuto anche per i diritti delle donne[50] – la piantagione era «un piccolo Stato a sé, con la sua lingua, le sue leggi, regole e costumi. I problemi e le controversie che sorgevano lì non venivano risolte dai poteri civili dello Stato»[51] Il sorvegliante, secondo la ricostruzione di Douglass, svolgeva le funzioni di accusa, giudice, giuria, avvocato e giustiziere.

Il potere dei proprietari si esercitava sugli schiavi in maniera quasi assoluta – «la loi s'arrête au seuil de l'habitation»[52] – attraverso quella che è stata definita una sovranità domestica[53]. L'amministrazione della giustizia nelle colonie, dunque, era caratterizzata da una sorta di "illegalismo" e sottoposta all'arbitrio dei padroni i quali decidevano sia i capi di imputazione sia le pene da infliggere e le poche norme che tutelavano gli imputati non venivano applicate. Emergeva dunque una confusione di poteri pubblici e privati: da un lato nel corso del Settecento furono inflitte pene, anche severe, compresa quella di morte, nei confronti di schiavi sospettati di avvelenamento e si affermò la prassi di statuire in via extragiudiziaria per piccoli reati commessi da schiavi e liberi di colore, sen-

za possibilità di appello[54]; da un altro si verificò anche una confusione tra i poteri, testimoniata dai numerosi casi di intervento del potere pubblico – con arresti e detenzioni – in esecuzione di una semplice richiesta del padrone: «châtiment infligé à la geôle, emprissonnement, condamnation à la chaîne, déportation: toutes peines infligées par le pouvoir public, à la demande du maître, sur de simples présomptions»[55].

Ancora nel 1838, in un *Recueil des dispositions réglementaires relatives à la police des esclaves*, elaborato dal *Conseil privé* della Guadalupa, si manteneva il diritto per i padroni di infliggere sanzioni ai fuggitivi[56]. Solo verso la fine della monarchia di Luglio – ordinanza del 25 gennaio 1840 – i magistrati coloniali furono incaricati di ispezionare le piantagioni per verificare come venivano trattati gli schiavi e come i padroni utilizzavano il loro potere disciplinare[57]. Tuttavia in questi anni, anche coloro che erano più sensibili alla causa abolizionista, come Alexis de Tocqueville, difesero questa forma di giustizia, residuo di un'età feudale, come necessaria per il mantenimento dell'ordine pubblico[58].

A tal proposito, il celebre militante Victor Schœlcher, che sarebbe divenuto il simbolo dell'abolizione della schiavitù nelle colonie, ricordava nel 1833 che

> le planteur, maître souverain sur son habitation, est là, tout à la fois, accusateur, juge et bourreau. Personne n'a le droit de lui demander compte, il est tout puissant; l'administration elle-même, imbue des préjugés coloniaux, ne veille pas à l'exécution du peu de lois faites en faveur des esclaves; et celui d'entre eux qui aurait le malheur de porter plainte, pauvre, isolé, faible et méprisé, serait sûr d'avance de succomber en justice devant son redoutable adversaire, et d'expier bientôt sous un joug rendu plus cruel par l'insolance de son inutile tentative[59].

Per quanto riguardava inoltre le poche garanzie giurisdizionali delle quali godevano i neri, continuava il politico parigino: «Les articles de lois qui favorisent les colons sont rigoureusement exécutés; mais les rares dispositions où le législateurs paraît s'être souvenu des esclaves, ne sont pas moins outrageusement méconnues par les maîtres que scandaleusement négligées par les autorités»[60].

Uno dei motivi principali per i quali i padroni esercitavano il loro diritto di punire era proprio la repressione del reato di avvelenamento di uomini e animali, del quale spesso erano accusate donne schiave o nere libere: «Besides armed revolt and *marronage*, women also engaged in poisoning as a form of resistance»[61]. Tale reato aveva un chiaro carattere politico e simbolico in quanto tutti i colpevoli di veneficio appartenevano alla popolazione servile dell'isola, al punto che è stato considerato un «crimine di classe»[62]. I coloni, da parte loro, lo percepivano come un atto rivoluzionario e un proprietario di piantagione, il 4 settembre 1823, sostenne che i neri, di qualunque condizione, che ricorrevano a questo mezzo erano paragonabili ai carbonari in Europa, in quanto si associavano segretamente e tramavano contro l'ordine costituito[63].

Fino all'inizio del XVIII secolo il timore dei bianchi di essere avvelenati dai loro schiavi non era molto diffuso nelle Antille francesi, mentre tra Sette e Ottocento si sviluppò una credenza che vedeva nell'avvelenamento di uomini e bestiame la forma più comune di resistenza praticata dagli schiavi con l'ausilio, soprattutto nel rifornimento delle sostanze tossiche, dei liberi di colore. Secondo la retorica dei coloni, i neri avevano appreso nelle loro terre d'o-

rigine le conoscenze necessarie per avvelenarli, motivati dalla voglia di vendetta, per provocare la rovina del padrone o semplicemente spinti dall'istinto. Non a caso la professione di farmacista fu vietata ai neri poiché avrebbe permesso loro di accedere a medicine e pozioni utilizzabili per l'avvelenamento dei coloni e del loro bestiame[64]. Il veneficio, dunque, rappresentava, nella realtà sociale delle Antille francesi, in particolare della Martinica, un reato simbolico ma allo stesso tempo ambiguo: da un lato esso indicava una forma embrionale di resistenza all'ordinamento schiavista, dall'altro servì da pretesto per i coloni nella creazione di un nemico interno.

Il reato era percepito come particolarmente pericoloso al punto che fu necessario utilizzare mezzi straordinari per la sua repressione, in quanto i tribunali ordinari, secondo un'opinione diffusa nella classe dominante coloniale, con procedure lente e articolate, non potevano garantirne la soppressione:

> il est donc nécessaire – si leggeva nel preambolo delle legga istitutiva – de les poursuivre avec une célérité qui, en assurant leur punition, puisse frapper d'une terreur salutaire ceux qui seraint tentés de les imiter; Que la mesure la plus prompte et la plus efficace à employer pour parvenir à ce but est l'établissement d'une Cour prévôtale[65].

Le leggi che attribuivano ai tribunali ordinari la repressione di tale delitto furono sospese e al loro posto fu stabilita una *Cour prévôtale*, la cui giurisdizione si estendeva su tutta la colonia della Martinica, che si sarebbe recata nei luoghi stessi del crimine, esercitando una giustizia itinerante. La Corte era composta da un *prévôt*, che la presiedeva, da un luogotenente della gendarmeria, da un commissario comandante del quartiere, da un luogotenente commissario e da due notabili della stessa zona, nominati dal presidente della Corte, oltre che dal procuratore del re e da un cancelliere (art. 3).

Il governatore dell'isola designava il procuratore del re e il *prévôt*, scelto tra gli ufficiali dell'esercito, il quale aveva a disposizione la gendarmeria e la forza pubblica e poteva far arrestare gli accusati, qualora esistessero gravi indizi. L'art. 17 stabiliva che sia i testimoni che gli imputati sarebbero stati interrogati separatamente, secondo quanto previsto dell'ordinanza del 1670. Nel caso in cui i testimoni fossero schiavi, le lettere di convocazione venivano inviate ai loro padroni i quali erano responsabili della mancata comparizione in tribunale. Qualora uno schiavo fosse stato condannato a una pena che avrebbe privato per sempre dei suoi servizi il padrone, quest'ultimo avrebbe ricevuto un risarcimento in base all'ordinanza dell'11 aprile 1807, come avveniva anche nella Carolina del Nord[66]. Significativa poi, a tal riguardo, fu l'emanazione di un'ordinanza coloniale, da parte del Governatore della Martinica, François-Marie-Michel de Bouillé, il 14 dicembre 1827, relativa alle imposizioni fiscali, che prevedeva, ex art. 4, il risarcimento ai padroni per gli schiavi giustiziati[67].

Secondo l'orientalista Joseph-Elzéar Morenas questa regola era aberrante in quanto alcune sentenze della *Cour prévôtale* spesso riguardavano schiavi anziani, i quali, una volta condannati, avrebbero garantito ai loro padroni una cifra superiore al loro valore reale[68]. Secondo Morenas

> on se tromperait fort, si l'on croyait que ces cruautés reposent sur quelque principe de justice ou sur quelque raison d'utilité générale; elles sont commandées par l'intérêt particulier des principaux colons, qui savent très-bien

> soustraire leurs esclaves coupables au pouvoir de la justice quand cela leur convient, et qui du reste s'inquiètent fort peu qu'un innocent périsse ou qu'un coupable échappe[69].

In effetti la pratica delle espulsioni verso altre colonie francesi, in particolare il Senegal, o verso quelle spagnole del centro America, fu una soluzione di comodo per rimediare ai numerosi abbandoni di schiavi anziani o malati da parte dei propri padroni[70].

L'art. 21, conformemente alla procedura penale d'*Ancien Régime*, in particolare all'ordinanza del febbraio 1724, prevedeva che sia l'avvelenamento sia il tentativo sarebbero stati puniti con la pena di morte. Anche i complici – compresi coloro che avevano fornito la sostanza tossica – sarebbero stati giudicati senza appello e condannati a morte o a pene afflittive, entro ventiquattro ore. La Corte, che *ex* art. 35 della legge istitutiva, sarebbe rimasta in funzione fino a quando le circostanze lo avrebbero reso necessario, esercitò le sue funzioni per cinque anni. Secondo gli studi più recenti, in questo periodo furono condannati più di cento imputati alla decapitazione e quasi altrettanti al carcere a vita, dopo essere stati frustati e marchiati[71]. Non era previsto l'impiego della ghigliottina ma si tornava, come durante l'*Ancien Régime*, al sistema dell'ascia, utilizzata da uno schiavo condannato a morte, che evitava in tal modo l'esecuzione della sentenza. Infine con l'ordinanza del 9 febbraio 1827, i coloni, ossessionati dall'insurrezione dei neri, ottennero il diritto di domandare l'espulsione dall'isola degli schiavi pericolosi, inviati ai lavori forzati in Africa. Tale decisione, presa con atto amministrativo utilizzato in numerose occasioni dal governo coloniale, si presentava come una tecnica di difesa dell'ordine pubblico[72]. In ultima analisi, l'ordinamento coloniale ricorreva al pretesto razziale per fini politici e di ragion di Stato: «la hiérarchie des castes et la séparation radicale entre blancs et noirs est jugée indispensable au maintien de l'ordre public colonial»[73].

Si può sostenere che fenomeni simili di individuazione di categorie o "classi" pericolose di individui si erano verificati in Europa nel corso dell'età moderna, in particolare nei confronti degli Ebrei i quali avevano subito l'accusa di essere avvelenatori di cristiani ed erano stati sospettati continuamente di organizzare complotti per prendere il potere[74]. Questo tipo di pregiudizio rimase presente in Europa, ma trovò un momento di massima espressione nella realtà coloniale, dove gli schiavi subirono una discriminazione razziale che nascondeva la volontà di mantenere l'ordine coloniale e la segregazione dei neri. L'ossessione della «macchinazione ordita contro la società cristiana»[75], che aveva accomunato Ebrei, eretici, devianti e «visibilmente crudeli» nell'Europa moderna, si riversò verso gli schiavi nelle colonie francesi della Restaurazione[76].

3. *Rivolte e "complotti" in America centrale*

Per comprendere l'istituzione del tribunale straordinario è opportuno inserirlo all'interno della situazione sociale delle Antille della Restaurazione. Già nel 1811, durante l'occupazione inglese, si era verificato in Martinica un "complotto" organizzato da liberi di colore e schiavi, che fu represso attraverso l'istituzione di un tribunale straordinario. Inoltre, lo stesso anno, si era

verificata una delle più grandi sollevazioni di schiavi nell'Île Bourbon, anch'essa sotto occupazione inglese[77]. Più in generale durante la prima metà dell'Ottocento furono numerosi i fenomeni di resistenza da parte di schiavi e liberi di colore influenzati dalla rivoluzione di Haiti[78]. Il *Conseil privé*, espressione del governo coloniale, dedicò infatti la sua attenzione principalmente a prevenire eventuali ribellioni e a controllare l'ingresso nella colonia di emissari del governo haitiano[79].

Particolarmente significativo fu un episodio avvenuto tra l'ottobre e il novembre 1822, quando esplose una rivolta di schiavi in Martinica, nota come la *révolte des esclaves du Carbet*, repressa duramente nel sangue dall'esercito, composto sia da bianchi che da liberi di colore, e da una azione giudiziaria particolarmente severa ed esemplare. In particolare i liberi di colore, rappresentanti uno *status* intermedio tra i coloni e gli schiavi, appoggiarono le rivendicazioni dei bianchi contro le richieste di emancipazione dei rivoltosi[80].

La rivolta iniziò il 12 ottobre 1822, quando una trentina di schiavi si riunirono per impadronirsi della cittadina di Saint-Pierre. In seguito all'uccisione di due padroni e al ferimento di sette, dopo un mese di scontri, gli insorti furono catturati dall'esercito. La sommossa, a differenza degli episodi coevi verificatisi negli Stati Uniti, vide contrapposti schiavi ribelli e liberi di colore arruolati per la repressione della rivolta. La partecipazione dell'esercito francese e di compagnie "miste" di bianchi e *gens de couleur*, contribuì all'isolamento dei circa trenta o quaranta schiavi ribellatisi. Subito dopo i primi arresti il governatore convocò la *Cour royale* per istruire la procedura. Con sentenza del 16 novembre 1822 gli schiavi, dopo essere stati sottoposti a tortura nel corso del processo, furono condannati a pene molto severe: ventuno condanne a morte e dieci ergastoli. La sentenza fu resa esecutiva il 19 dello stesso mese a Saint-Pierre[81].

Le rivolte – insieme all'avvelenamento, ai suicidi, all'infanticidio[82], alle evasioni, al *marronage* (fuga dalle piantagioni)[83] – rappresentavano una delle forme di resistenza alla schiavitù sviluppatesi già dal XVI secolo[84]. Esse – avvenute in particolare durante la Restaurazione in numerosi territori coloniali inglesi, spagnoli e francesi, come la Giamaica, Cuba, le isole Barbados o le Bermude – coincisero con il periodo più fiorente della storia della tratta francese, sebbene questa fosse stata abolita formalmente dopo il congresso di Vienna[85].

Per quanto riguardava la repressione del *marronage* la legislazione era molto severa, non solo nelle colonie francesi, al fine di evitare la solidarietà tra neri e il "contagio" da parte delle colonie abolizioniste. Soprattutto dopo la soppressione della tratta da parte dell'Inghilterra nel 1808, si acuì la repressione contro gli schiavi fuggiaschi, diretti in particolare verso le colonie inglesi del centro America, e di coloro che li favorivano. Se l'*arrêté* coloniale del 9 luglio 1827, emanato dal governatore della Martinica, de Bouillé, prevedeva la pena di morte o i lavori forzati a vita per coloro che avessero tentato la fuga[86], il 12 aprile 1830 un altro atto del governatore introdusse una ricompensa in denaro per coloro che avessero catturato un fuggitivo[87]. Ma fu soprattutto in seguito all'abolizione della schiavitù presso le vicine isole inglesi (Montserrat, Saint-Lucie, la Dominique, Antigua) che il fenomeno del *marronage*, già assai diffuso, aumentò considerevol-

mente, fino a riguardare, negli anni Trenta, migliaia di fuggiaschi che crearono comunità indipendenti nelle montagne delle isole caraibiche. In un *pamphlet* coevo di un proprietario terriero, dove si auspicava una rappresentanza per i coloni alla camera dei deputati e politiche economiche più attente alla situazione delle Antille, si chiedeva al governo francese di reclamare la restituzione degli schiavi riparati nelle colonie inglesi, che incoraggiavano la fuga della popolazione servile dalle isole francesi[88].

In particolare in Martinica, nel clima di allarmismo causato dal timore di possibili rivolte e, soprattutto, di un crescente potere economico e sociale dei liberi di colore e di una loro "alleanza" con gli schiavi, l'amministrazione coloniale divenne ancora più rigida. Sebbene numerosi liberi di colore avessero partecipato alla soppressione della sommossa, essi continuavano ad essere percepiti dai coloni bianchi come naturali alleati degli schiavi e nemici del governo coloniale. Una testimonianza di rilievo di questa posizione è fornita da Pierre Dessalles, proprietario di piantagioni dell'isola, uno dei pochi creoli ad aver studiato[89], secondo il quale i liberi di colore miravano a distruggere il sistema sociale e giuridico della Martinica non solo attraverso il loro potere economico ma anche con la somministrazione di sostanze letali. Paradigmatiche alcune lettere scritte da Dessalles, il quale dopo aver sottolineato l'importanza di mantenere l'ordinamento schiavista, deprecava che un abate avesse offerto la comunione a dei liberi di colore che sarebbero stati coinvolti poco dopo in un caso di veneficio[90]. A suo avviso «les gens de couleur, les nègres ne croient aux vérités de la religion, ils n'ont guère qu'une chose en vue et qui fait frémir; c'est la destruction des blancs et le renversement du gouvernement»[91]. Pochi anni dopo, nel 1825, continuava a stigmatizzare negativamente l'alleanza tra schiavi e liberi di colore, coalizzati nel compiere il reato: «on croit que le poison actuel vient des gens libres, qui donnent de mauvais conseils aux esclaves»[92].

Va sottolineato che il caso della Martinica assunse caratteristiche peculiari e diverse da quelle di altri territori americani che si trovarono ad affrontare problemi analoghi. Significativo è al riguardo il confronto con alcune vicende delle ex colonie inglesi[93]. Solo tre mesi prima della rivolta in Martinica, uno dei momenti più intensi della parabola delle lotte abolizioniste, nella South Carolina – dove il commercio degli schiavi era stato fin dalla sua fondazione una delle attività principali, formalizzato nel "codice della schiavitù" del 1690[94] – a Charleston, scoppiò una rivolta di schiavi, con l'appoggio e la solidarietà dei neri liberi. La comunità di questi ultimi nel distretto di Charleston era aumentata considerevolmente dalla fine degli anni Novanta del Settecento e giunsero, secondo un censimento del 1820, approssimativamente a tremilaseicento individui, ai quali si aggiungevano più di cinquantamila schiavi e diciannovemila bianchi. Anche in America i liberi di colore subivano discriminazioni di stampo razzista ed erano considerati come cospiratori[95]. Fu proprio uno di essi, Denmark Vesey, a guidare la rivolta – tra le più importanti dell'epoca – che coinvolse circa novemila schiavi e si concluse con trentacinque esecuzioni[96]. In South Carolina, come in tutti gli stati segregazionisti, all'odio razziale e di classe da parte dei bianchi nei confronti degli schiavi, considerati come pericolosi giacobini, si aggiungeva quello verso gli affrancati. Secondo un

articolo apparso nel 1822 a Charleston gli schiavi (*Negroes*) e i liberi di colore (*Free Blacks*) erano ugualmente pericolosi per l'ordine costituito. Entrambe le categorie erano considerate i nemici interni della società[97].

> the greatest and most deplorable evil with which we are unhappily afflicted. […] Our Negroes are truly the *Jacobins* of the country; that they are the *anarchists* and the *domestic enemy*; the *common enemy of civilized society*, and the barbarians who would, if they could, become the destroyers *of our race*[98].

Sempre negli Stati Uniti del Sud, in Louisiana, nel 1825 era stato pubblicato il Codice civile che, *ex* art. 35, distingueva lo stato delle persone in liberi, affrancati e schiavi, e ribadiva l'inferiorità razziale degli schiavi, considerati come beni[99]. A differenza, dunque, delle coeve insurrezioni avvenute negli Stati Uniti, in Martinica si verificò una insolita e temporanea alleanza tra bianchi e liberi di colore[100].

Essa era dovuta alla particolare struttura sociale che si era andata definendo nei possedimenti francesi centro americani, dove fino agli inizi del XVIII secolo i neri liberi, non avendo subito discriminazioni significative, avevano sviluppato una tacita alleanza con i coloni. Tuttavia tra la prima metà del Settecento e l'inizio della Restaurazione una serie di atti normativi emanati sia in Francia che nelle Antille, contribuì alla creazione e al mantenimento di un ordinamento segregazionista[101]. Alcune ordinanze, solo per citare le più significative, limitavano la possibilità per neri e schiavi di portare armi o di vestirsi in maniera appariscente, in altre venivano indicati quali abiti potessero indossare gli individui di colore e si vietava ai coloni sposati con una nera di essere ufficiali o di avere un impiego nelle colonie[102]. Era vietato ai liberi di colore di esercitare la professione di farmacista o medico[103], o di lavorare presso studi legali o notarili[104]. Una legislazione, dunque, che continuò fino alla metà degli anni Venti del XIX secolo, tesa a discriminare e a creare un ordinamento di carattere razzista e che comportò sia l'affermarsi di un conflitto tra neri e coloni sia l'emergere di forme di resistenza.

La storiografia degli ultimi anni si è impegnata a individuare le motivazioni che spinsero schiavi e liberi di colore a ribellarsi al dominio coloniale e razziale. In alcuni studi si è sostenuto che le rivolte degli inizi dell'Ottocento assunsero una dimensione diversa rispetto a quelle, altrettanto numerose, dei secoli precedenti. I tumulti avvenuti nel corso del XVII e XVIII secolo nelle Antille – come quelli che caratterizzarono il Mediterraneo antico – guardavano più al passato che al futuro, idealizzando un mondo arcaico equilibrato e senza eccessi dove la schiavitù di tipo essenzialmente domestico non conosceva le atrocità del commercio di massa e della tratta degli schiavi[105]. Viceversa con la fine del XVIII secolo e dopo l'evento traumatico della rivoluzione haitiana, si sviluppò una maggiore coscienza negli schiavi e, soprattutto, presso i soggetti che avevano ottenuto la libertà.

La rivolta di *Mont Carbet*, che si inserisce in questa prospettiva, dimostra come, negli anni Venti dell'Ottocento, fossero frequenti i tentativi di sommossa da parte degli schiavi e fosse diffuso presso i coloni il timore di cospirazioni e complotti, alimentato anche dalle ripetute ribellioni avvenute in quegli anni nelle isole vicine, e dall'ossessione, presente anche in altre realtà coloniali americane, dell'avvelenamento dei bianchi da parte degli schiavi

o dei liberi di colore[106]. Si diffuse sia in Martinica che in Guadalupa, presso i coloni bianchi, un vero "teorema" del complotto, secondo cui i neri di ogni *status* erano pronti a capovolgere l'ordine coloniale: esso era funzionale al mantenimento del sistema segregazionista[107]. La vicenda del monte Carbet contribuì ad alimentare nelle Antille francesi il timore e a diffondere una vera psicosi riguardo al rischio di morte per avvelenamento, al punto che per ogni decesso di cui non si conosceva l'origine – si pensi ai numerosi casi attribuibili a malattie infettive come il colera – si attribuiva la responsabilità agli schiavi[108].

4. *François-André Isambert e l'abolizione delle giurisdizioni straordinarie*

Tra le numerose cause che sorsero in seguito all'attività delle Corti speciali in Martinica, ne è emersa una come paradigmatica. Si trattava di un processo nei confronti di una donna libera di colore, Marie-Louise Lambert, condannata dalla *Cour prévôtale* per il reato di avvelenamento[109], difesa da François-André Isambert, uno dei principali rappresentanti della cultura giuridica liberale di metà Ottocento. Egli, avvocato presso il Consiglio del re e la Corte di cassazione, si distinse nella difesa di numerosi deportati di colore delle Antille francesi e più in generale in vicende di discriminazione razziale[110].

Questo caso, rispetto ai numerosi processi analoghi avvenuti in Martinica negli anni Venti del XIX secolo, fu particolarmente importante in quanto riuscì, grazie soprattutto alla notorietà ed abilità di Isambert, a raggiungere un pubblico molto vasto di giuristi, politici e giornalisti. Tale fu l'eco ottenuta, che esso contribuì all'abolizione della *Cour prévôtale*, suscitando le proteste dei creoli che vedevano limitata l'autonomia delle giurisdizioni coloniali.

Il processo iniziò nel 1823 per il tentativo di avvelenamento compiuto da una schiava di nome Marie-Claire, ai danni della propria padrona, *madame* Buée, una creola domiciliata a Saint-Pierre, in complicità con Joseph, schiavo di *monsieur* La Tuilleire. Marie-Claire fu accusata di aver avvelenato Buée, la sua donna di servizio, altre persone e il bestiame. La schiava confessò il suo crimine ma sostenne che era stata consigliata da una amica, una donna libera di colore di nome Marie-Louise Lambert. Quest'ultima, chiamata di fronte alla giurisdizione straordinaria, sostenne che non aveva alcuna relazione con la schiava e che non aveva mai acquistato il veleno utilizzato da quest'ultima, ma il farmacista chiamato a testimoniare non venne mai ascoltato. La sentenza della *Cour prévôtale* stabilì la pena di morte per l'imputata paragonando il crimine da lei compiuto al parricidio: «la Cour […] condamne la nommée *Marie Claire* à être conduite par l'exécuteur des hautes œuvres sur la place ordinaire des exécutions, et là, comme coupable du crime de *parricide*, puisqu'elle a attenté aux jours de sa maîtresse, y avoir le poing droit et la tête tranchés»[111]. Lo schiavo Joseph, invece, considerato uno strumento passivo nelle mani di Marie-Claire, fu prosciolto, anche in ragione della sua giovane età, e rinviato alla disciplina del proprio padrone, ricorrendo ancora una volta a una forma di giustizia privata. Marie-Louise, invece, fu condannata a essere marchiata, frustata e imprigionata a vita in quanto presunta complice[112].

Secondo l'ordinamento coloniale quest'ultima non aveva diritto alla difesa, tuttavia Isambert scrisse una memoria di carattere difensivo da inviare al Consiglio del re[113]. A suo parere la *costituzione* coloniale, basata principalmente sul *Code noir* del 1685 e sulle successive ordinanze regie, era stata vanificata – «*mis hors la loi*»[114] – dalla legislazione locale[115]. Inoltre la procedura prevista dalla legge istitutiva della *Cour prévôtale* era rapida, senza garanzie e non prevedeva difensori e pubblicità durante il processo. Nello scritto si evidenziava che le accuse rivolte all'imputata non avevano trovato conferma, ma la Corte non si era pronunciata né per la sua innocenza né per la sua colpevolezza e aveva optato per un «*mezzo termine*, qui ne pouvait satisfaire ni la société, ni la justice», dichiarando la donna «fortement soupçonnée d'avoir conseillé l'empoisonnement et fourni le poison»[116]. Egli ricordava che la sentenza si basava su una molteplicità di fonti del diritto tipica del sistema giuridico francese d'*Ancien Régime*, ancora in vigore presso le colonie, in particolare sull'editto del 3 febbraio 1724, che prevedeva la pena di morte per la partecipazione al reato di avvelenamento. La Corte tuttavia optò per il carcere a vita, avendo, come sottolineava Isambert, dei dubbi sulla colpevolezza dell'imputata. In base all'art. 21, titolo XXV dell'*ordonnance criminelle* del 1670, ripreso dall'ordinanza istitutiva della *Cour prévôtale* del 1822, la sentenza doveva essere eseguita lo stesso giorno della sua emanazione. Il 20 agosto 1823 la Corte stabilì che

> Quant à la négresse libre Marie-Louise Lambert, d'après les violens soupçons qui pèsent sur elle, la Cour la condamne à être conduite par l'exécuteur au pied de l'échafaud pour y être fouettée et marquée, et être ensuite conduite sur le continent de la France, pour y être enfermé à perpétuité dans une maison de réclusion[117].

La sentenza, sebbene la condannata a morte avesse ritirato le accuse di complicità, venne eseguita e Lambert fu frustata e trasferita in Francia nel carcere di Rennes. Successivamente Isambert presentò un ricorso in Cassazione che, tuttavia, fu respinto il 25 agosto 1826, in quanto la legge istitutiva della *Cour prévôtale* non lo prevedeva: «d'après l'établissement des Cours prévôtales sous l'empire de la Charte, la voie de cassation n'était ouverte aux termes de la loi du 20 décembre 1815»[118].

Tuttavia l'ordinamento coloniale basato sulla legislazione d'*Ancien Régime*, consentiva di rivolgersi direttamente al sovrano per la revisione o la revoca della sentenza. I motivi che avevano spinto il legislatore a prevedere tale possibilità erano, agli occhi di Isambert, evidenti:

> dans l'ancienne procédure criminelle, le débat n'est ni oral, ni public; point de jury qui prononce sur l'impression résultant des débats; les juges souverains se décident d'après des preuves écrites et muettes; l'erreur sur le fond aussi bien que sur la forme est facile à reconnâitre aujourd'hui comme à l'époque du jugement[119].

Nel suo scritto Isambert evocò, come aveva fatto altre volte, la figura di Jean Calas come esempio di un innocente condannato dalla giustizia dei Parlamenti in base ai pregiudizi dell'epoca e, di fronte a questi arbitri, esaltava la superiore equità della giustizia regia, ricordando che «la justice est la première dette de la souveraineté»[120]. Egli sottopose al governatore dell'isola e al procuratore del re alcune violazioni di legge avvenute durante il processo: la Corte non aveva competenza sulle persone libere; la sentenza era nulla sia perché non

era stata accompagnata da dibattito sia perché il semplice sospetto non poteva servire di base ad alcuna pena afflittiva o infamante e non era suscettibile di esecuzione immediata; infine la pena della frusta era illegale. Inoltre ricordò che il *Conseil supérieur* era stato istituito in Martinica proprio per ridimensionare il potere militare e delle giurisdizioni speciali.

Prima della Rivoluzione francese non erano esistite nell'isola giurisdizioni straordinarie, considerate inutili in quanto la procedura penale prevista dal testo del 1670 funzionava già *prévôtalement*. La sola differenza era che l'ordinanza di Luigi XIV prevedeva due gradi di giudizio, mentre quella del 1822 uno solo. Secondo Isambert, la giustizia aveva bisogno dei suoi tempi e delle sue formalità che le giurisdizioni straordinarie non permettevano. «Mieux vaudrait – continuava laconicamente – exécuter militarement le coupable, sur le lieu du délit, sans forme de procès; du moins on ne profanerait pas la justice»[121]. Secondo l'avvocato «à l'ignorance où sont dans les colonies les magistrats de professions des vrais principes des lois»[122], si aggiungeva quella «absolue» dei giudici militari e, in particolare, del governatore, il quale non aveva colto la possibilità di reprimere legittimamente il reato di avvelenamento basandosi sulla già poco garantista ordinanza del 1670 e sulle altre leggi penali di antico regime vigenti ancora nelle colonie:

> Si le gouverneur avait été éclairé, il aurait vu qu'il n'y avait d'autre différence que la voie d'appel; mais quand on réfléchit que la Cour royale ne recommence pas l'instruction et n'entend pas les témoins, qu'elle ne procéde qu'à un nouvel interrogatoire, et peut prononcer un arrêt de mort en trois jours; était-ce la peine de déroger à l'ordre des juridictions?[123]

Ad avviso della difesa, l'ordinanza del 1670, la *lettre patente* del 3 novembre 1789 registrata nelle colonie e una sentenza della Corte di cassazione del 7 dicembre 1822 prevedevano che l'accusato avesse diritto a una difesa. Secondo Isambert era evidente che, se l'imputata avesse avuto un difensore e se il dibattito fosse stato pubblico, sarebbe stata assolta. Per quanto riguardava invece la mancanza della pubblicità, la prima e la principale garanzia per gli accusati, non era sufficiente appellarsi a quanto previsto dall'ordinanza del 1670, poiché questa era stata modificata nella colonia da un *arrêté spécial* del 9 brumaio anno XII (1° novembre 1803)[124]. La donna, dunque, doveva essere liberata poiché la condanna a suo carico era stata decisa solo in base a un sospetto (*véhémentement soupçonnée*, secondo l'espressione della Corte), basato sulla sola dichiarazione della coimputata.

> Si ces juges ne pouvaient acquérir la conviction de la culpabilité de Marie-Louise Lambert, ils devaient la mettre en liberté et ne pas rétablir, sous une autre forme, l'abominable torture si justement abolie par Louis XVI en 1779, après avoir été introduite dans la colonie, le 20 décembre 1674, par un arrêté du Conseil supérieur[125].

Per quanto riguardava infine l'esecuzione immediata della sentenza, Isambert riportò una dichiarazione regia del 5 maggio 1750, di carattere interpretativo, che ordinava agli ufficiali del Parlamento di Rouen di non rendere esecutive immediatamente le sentenze poiché avrebbero privato il sovrano della facoltà di concedere provvedimenti di clemenza. Respinto il ricorso in Cassazione, Isambert nel settembre del 1826 presentò a nome della sua assistita una richiesta al Consiglio del re affinché il processo, svoltosi di fronte alla

giurisdizione penale straordinaria della Martinica, fosse riesaminato: «ce faisant, que la sentence rendue le 20 août 1823, et l'exécution qui s'en est suivie seront et demeureront rétractées»[126], ma tale richiesta trovò solo una parziale risposta in quanto la pena fu ridotta a venti anni di reclusione.

Tuttavia, come è stato osservato, «this defeat was also in some ways a victory»[127], in quanto attirò l'attenzione di giuristi e intellettuali. Le giurisdizioni speciali introdotte in Martinica avevano già destato alcune perplessità da parte della cultura giuridica liberale e, dopo la vicenda legata al processo Lambert, le critiche si accentuarono, in particolare attraverso numerosi interventi apparsi sulla *Gazette des tribunaux* e interrogazioni presentate alle due camere. In seguito alle proteste avvenute in Francia e all'opposizione sollevata in dottrina contro questa forma di giustizia d'eccezione, il ministro della marina Christophe Chabrol[128] con un decreto del 10 novembre 1826 (recepito in Martinica da un'ordinanza locale del 28 febbraio 1827)[129] soppresse la *Cour prévôtale* e con un'ordinanza del 4 luglio 1827 fu introdotta presso le Antille francesi la pubblicità dei dibattiti e un avvocato d'ufficio per gli schiavi incriminati[130]. Poco dopo, durante il governo del moderato Jean-Baptiste de Martignac, il nuovo ministro della marina e delle colonie, il liberale Jean-Guillaume Hyde de Neuville, con l'ordinanza del 24 settembre 1828 vietò la reintroduzione di tribunali straordinari o giurisdizioni marziali, ad eccezione del periodo dello stato d'assedio. L'art. 297 del titolo IV, *De la Cour prévôtale*, prevedeva infatti che «Lorsque la colonie aura été déclarée en état de siège, ou lorsque sa sûreté interieure sera menacée, il pourra être établi une Cour prévôtale»[131], ma la Corte sarebbe rimasta in funzione per un periodo non superiore ai sei mesi. Un'altra ordinanza regia del 29 ottobre 1828, *ex* art. 5, introdusse il codice penale metropolitano in Martinica e in Guadalupa[132]. Anche in Guyana, il 21 dicembre dello stesso anno, furono stabilite alcune garanzie concernenti l'organizzazione dell'ordine giudiziario e l'amministrazione della giustizia, in particolare, *ex* art. 3, il principio del giudice naturale; l'art. 7 inoltre prevedeva l'introduzione dei cinque codici napoleonici[133]. Tuttavia la maggioranza delle cause che vedevano accusati gli schiavi, rimasero sotto la disciplina dell'ordinanza del 1670[134] e i proprietari di piantagioni, rappresentati nel *Conseil privé*, continuarono a chiedere la reintroduzione di una *Cour prévôtale* per la repressione del reato di avvelenamento[135].

Considerazioni conclusive

Durante la Restaurazione e gli inizi della Monarchia di luglio la Francia intraprese una politica di riforme miranti da un lato a rendere il diritto e la giustizia coloniale coerenti con i principi previsti dalle *Charte*, dall'altro a mantenere i neri in una posizione di discriminazione e inferiorità giuridica e sociale. Dalle ricerche condotte, in accordo con la più recente storiografia francese e anglosassone, è emerso che questo periodo non fu, come è stato sostenuto tradizionalmente, una fase preparatoria all'abolizione della schiavitù, ma un momento in cui, con il coinvolgimento del Ministero della marina e delle colonie, si auspicava una revisione e applicazione del *Code noir* del 1685[136].

[1] Abbreviazioni: *Archives Nationales* di Parigi (AN); *Archives Nationales d'Outre-Mer* d'Aix-en-Provence (ANOM); *Archives départementales de la Martinique* di Fort-de-France (ADM); J.-B. Duvergier, *Collection complète des Lois, Décrets, Ordonnances, Réglemens, Avis du Conseil d'État de 1788 à 1824*, Paris, 1834-1845 (Duvergier, *Collection*); *Code de la Martinique*, 8 voll., Saint-Pierre 1767-1822 (*Code de la Martinique*); M.-L.-E. Moreau de Saint-Méry, *Loix et Constitutions des colonies françaises de l'Amérique sous le vent*, 6 voll., Paris, 1784-1790 (Moreau de Saint-Méry, *Loix et Constitutions*).

[2] Cfr. J.-M. Carbasse, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, Paris, Puf, 2009, pp. 154 ss.; B. Garnot, *Histoire de la justice. France, XVIe-XXIe siècle*, Paris, Gallimard, 2009, pp. 210 ss.

[3] Sulla *police* nell'*Ancien Régime* e sulla sua funzione disciplinare cfr. M. Foucault, *Sécurité, territoire, population. Cours au Collège de France (1977-1978)*, Paris, Gallimard/Seuil, 2004, in particolare *Leçon du 29 mars 1978*, pp. 319 ss.; sul punto si veda P. Napoli, *Naissance de la police moderne. Pouvoir, normes, société*, Paris, Découverte, 2003.

[4] Secondo *Il dizionario giuridico/ Dictionnaire juridique*, a cura di G. Tortora, Milano, Giuffrè, 1994, *ad vocem*.

[5] R. Martucci, *Il modulo inquisitorio nelle «ordonnances» francesi da Colbert alla Costituente*, in «La Leopoldina», 1990, pp. 247-248.

[6] J.-M. Carbasse, *Histoire du droit pénal* cit., p. 155; F. Gaveau, *De la sûreté des campagnes. Police rurale et demandes d'ordre en France dans la première moitié du XIX siècle*, in «Crime, Histoire et Sociétés/ Crime, History and Societies», n. 2, 2000, pp. 53-76.

[7] Ancora valido A. Esmein, *Histoire de la procédure criminelle en France et spécialement de la procédure inquisitoire depuis le XIIIe siècle jusqu'à nos jours*, Paris, Larose et Forcel, 1882, pp. 177 ss.; ora si veda D. Salas, *Du procès pénal*, Paris, Puf, 1992; A. Laingui, Introduzione a *Code Louis*, vol. II, *Ordonnance criminelle*, Milano, Giuffrè, 1996; J.-M. Carbasse, *Histoire du droit pénal* cit., pp. 208 ss.; P. Cipolla, *La giustizia della spada. Origini e ideologia dell'*Ordonnance criminelle, *1670*, *Prefazione* di N. Picardi, Roma, Aracne, 2011.

[8] Cfr. L. Lacchè, *Latrocinium. Giustizia, scienza penale e repressione del banditismo in antico regime*, Milano, Giuffrè, 1988.

[9] J.-P. Royer *et al.*, *Histoire de la justice en France du XVIIIe siècle à nos jours*, Paris, Puf, 2010, pp. 469 ss.

[10] Si veda, per i territori spagnoli, J.-M. Lafon, *Justices d'exception napoléoniennes, militaire et civile, dans l'Espagne occupée: l'exemple de l'Andalousie (1810-1812)*, in «Crime, Histoire et Sociétés/ Crime, History and Societies», n. 2, 2009, pp. 69-87; più in generale R. Martucci, *Emergenza e tutela dell'ordine pubblico nell'Italia liberale*, Bologna, Il Mulino, 1980; C. Latini, *Cittadini e nemici. Giustizia militare e giustizia penale in Italia tra Otto e Novecento*, Firenze, Le Monnier, 2010, pp. 115 ss.; P. Alvazzi del Frate, *Giustizia e garanzie giurisdizionali. Appunti di storia degli ordinamenti giudiziari*, Torino, Giappichelli, 2011, pp. 31 ss.

[11] AN, BB/3/169.

[12] Cfr. A. Paillet, *Les Cours prévôtales (1816-1818)*, in «Revue des Deux Mondes», LXXXI, 1911, t. IV, pp. 123-149; D.P. Resnick, *The White Terror and the Political Reaction after Waterloo*, Cambridge, Harvard University Press, 1966, pp. 83-99; P. Alvazzi del Frate, *Il giudice naturale. Prassi e dottrina in Francia dall'*Ancien Régime *alla Restaurazione*, Roma, Viella, 1999, pp. 187 ss.; L. Lacchè, *La Libertà che guida il popolo. Le Tre Gloriose Giornate del luglio 1830 e le «Chartes» nel costituzionalismo francese*, Bologna, Il Mulino, 2002; Royer *et al.*, *Histoire de la justice* cit., pp. 626 ss.; J. M. Donovan, *Juries and the Transformation of Criminal Justice in France in the Nineteenth and Twentieth Centuries*, Chapel Hill, The University of North Carolina Press, 2010, pp. 55 ss.

[13] Si vedano le considerazioni di un magistrato monarchico parigino favorevole a un inasprimento delle pene e alla soppressione delle garanzie giudiziarie per il reato di ribellione, *Cours Prévôtales. Motifs de quelques amendements qu'il paraît utile de proposer au projet de loi présenté*, Paris, s.e., 1815.

[14] Royer *et al.*, *Histoire de la justice* cit., pp. 626 ss., pp. 619 ss.

[15] Cfr. J. Harsin, *The Escape to Vincennes. Public Narratives and Political Meanings in the Ex-Ministers' Trial of 1830*, in «French Historical Studies», n. 2, 2009, pp. 251-278; sull'evoluzione costituzionale dell'*impeachment* si veda A. Buratti, *Due momenti del costituzionalismo angloamericano: la progressiva definizione delle sanzioni costituzionali tra strutture intellettuali e lotta politica*, in «Diritto Pubblico Comparato Europeo», n. 2, 2009, pp. 981-1001.

[16] Espressioni del colonnello Véreux, riportate da Royer *et al.*, *Histoire de la justice* cit., p. 626.

[17] Garnot, *Histoire de la justice* cit., p. 243.

[18] Sulla giustizia penale straordinaria e sulle commissioni militari si veda l'ampia documentazione archivistica in AN, BB/3/167 à 177.

[19] Paillet, *Les Cours prévôtales* cit., p. 130.

[20] Come ricordato in *ivi*, p. 139; ma anche Martucci, *Il modulo inquisitorio* cit., pp. 245-246.

[21] Paillet, *Les Cours prévôtales* cit., pp. 127-128.

[22] Royer *et al.*, *Histoire de la justice* cit., p. 629 e n.

[23] Paillet, *Les Cours prévôtales* cit., pp. 140 ss.; si vedano le statistiche fornite dal ministero della giustizia nel 1818, AN, BB/3/123-125.

[24] Paillet, *Les Cours prévôtales* cit., pp. 134-135.

[25] AN, BB/3/166.

[26] «L'accusé, ou la partie civile, qui succombera, sera condamnée aux frais envers l'État et envers l'autre partie».

[27] AN, BB/3/166; vi è anche una memoria di un avvocato del 26 giugno 1816: *Mémoire pour le sieur Besnard, négotiant à Rennes, traduit à la Cour prévôtale comme prévenu d'avoir fait partie d'une bande armée, dont le but était de renverser le Gouvernement, et d'avoir recruté cette bande.*

[28] Cfr. *Procès des vingt-huit individus prévenus d'avoir participé aux mouvements insurrectionnels qui ont éclaté dans le département du Rhône, dans les premiers jours de juin 1817*, Lyon, 1817.

[29] In esecuzione degli articoli 386, 2, 19, 20, 22, 36, 56 del Codice penale e dell'art. 368 del Codice di procedura penale.

[30] *Ex* artt. 87, 91, 12, 26, 36 e 55 Cod. pen. e art. 368 di quello di procedura.

[31] AN, BB/3/166.

[32] AN, BB/3/168.

[33] *Mont-Saint-Michel, Maison centrale de détention et de déportation. État des individus condamnés à la déportation pour délits politiques et pour crime*, in *ivi*.

[34] Secondo Royer *et al.*, *Histoire de la justice* cit., p. 628.

[35] Significativo che in uno dei pochi saggi analitici sul tema – Paillet, *Les Cours prévôtales* cit. – non vi sia alcun riferimento alla realtà coloniale; anche nella monumentale opera di Royer *et al.*, *Histoire de la justice* cit., pp. 626 ss., nell'ampia bibliografia sulle *Cours prévôtales*, manca ogni riferimento alle colonie e in particolare alle Antille francesi.

[36] Tra la vastissima bibliografia, fondamentale il riferimento a O. Le Cour Grandmaison, *De l'indigénat. Anatomie d'un «monstre juridique»: le droit colonial en Algérie et dans l'Empire français*, Paris, Découverte, 2010.

[37] *Ordonnance du Roi, sur les vénéfices et poison*, in *Code de la Martinique*, vol. I, pp. 215-222.

[38] *Ordonnance du Gouverneur administrateur portant création d'une Cour prévôtale pour la répression des crimes d'empoisonnement*, in *Code de la Martinique*, vol. VIII, pp. 356-363; il testo manoscritto si trova anche in ADM, *Cour royale de la Martinique*, 10 septembre 1820 - 30 novembre 1825, ff. 99-106. Cfr. Y. Debbasch, *Opinion et droit. Le crime d'empoisonnement aux îles pendant la période esclavagiste*, in «Revue Française d'Histoire d'Outre-Mer», LI, 1963, pp. 137-188.

[39] Su Donzelot, il quale sarebbe stato sostituito da François-Marie-Michel de Bouillé il 18 dicembre 1826, cfr. ANOM, Fonds ministeriels, EE. 722/46, *Dossier François-Xavier Donzelot*; si veda anche la voce *Donzelot (François-Xavier, comte)*, in *Dictionnaire biographique des Généraux et amiraux français de la Révolution et de l'Empire (1792-1814)*, Paris, G. Saffroy, 1934, vol. I, p. 366; F. Thésée, *Le général Donzelot à la Martinique. Vers la fin de l'Ancien régime colonial (1818-1826)*, Paris, Karthala, 1997.

[40] ANOM, Fonds ministeriels, Série géographique, Martinique, Carton 52, dossier 430 e 431.

[41] Cfr. J. Savage, *Between Colonial Facts and French Law: Slave Poisoners and Provostial Court in Restoration-Era Martinique*, in «French Historical Studies», n. 4, 2006, pp. 565-594.

[42] Martucci, *Il modulo inquisitorio* cit., pp. 233-313.

[43] Savage, *Between Colonial Facts and French Law* cit., p. 576.

[44] Nel 1780 fu abolita la *question préparatoire*, poi nel 1788, la *question préalable*; sul punto si veda, almeno, Carbasse, *Histoire du droit pénal* cit., pp. 389 ss.

[45] Cfr. M. Tanger, *Les Juridictions coloniales devant la Cour de cassation (1828-1848)*, Préface de B. Cotte, Paris, Economica, 2007, dove tuttavia si riportano alcuni casi di schiavi che riuscirono ad adire le vie legali per vedere riconosciuti i propri diritti; A. Lauba, *L'accès à la Cour de cassation des esclaves et des libres de couleur: l'élargissement du principe de gratuité de la justice (monarchie de Juillet)*, in «Les Cahiers poitevins d'Histoire du droit», III, 2011, pp. 239-257.

[46] D. Paton, *No Bond but the Law. Punishement, Race and Gender in Jamaican State formation, 1780-1870*, Durham (N.C.), Duke University Press, 2004; J. Robertson, *A 1748 "Petition of Negro Slaves" and the Local Politics of Slavery in Jamaica*, in «William and Mary Quarterly», LXVII, 2010, pp. 319-346.

[47] Debbasch, *Opinion et droit* cit., pp. 137-188; P. Pluchon, *Nègres et Juifs au XVIIIe siècle. Le racisme au siècle des Lumières*, Paris, Karthala, 1984, pp. 178 ss.; Savage, *Between Colonial Facts and French Law* cit., p. 570; C. Jallamion, *Le justicier domestique: le droit du patron sur les esclaves*, in B. Durand, M. Fabre, M. Badji, Lille (sous la direction de), *Le juge et l'outre-mer*, Pubblications du Centre d'Histoire Judiciaire, 2010, vol. V, pp. 217-229; C. Oudin-Bastide, *La dialectique entre justice domestique des maîtres et justice publique du roi (Guadeloupe, Martinique, XVIIe-XIXe siècles)*, in «Droits», n. 51, 2010, pp. 75-90.

[48] Cfr. L. Nuzzo, *La colonia come eccezione. Un'ipotesi di transfer*, in «Rechtsgeschichte», VII, 2006, pp. 52-58.

[49] Jallamion, *Le justicier domestique* cit., p. 217.

[50] *Selections on Women's Rights from* Frederick Douglass' Paper, in *Narrative of the Life of Frederick Douglass. An American Slave* (1845), Oxford, Oxford University Press, 2009, pp. 119 ss.

[51] F. Douglass, *Autobiografia di uno schiavo*, Roma, Savelli, 1978, p. 42.

[52] F. Chauleau, *Etude sur la condition servile à la Martinique (1635-1848). Contribution à l'étude de l'ineffectivité juridique*, Thèse Droit, Paris, 1964, p. 178.

[53] Si veda ampiamente Y. Debbasch, *Au cœur du "gouvernement des es-*

claves": la souveraineté domestique aux Antilles françaises (XVIIe-XVIIIe siècles), in «Revue Française d'Histoire d'Outre-Mer», n. 266, 1985, pp. 31-53.

54 Oudin-Bastide, *La dialectique* cit., pp. 75 ss.

55 Ivi, p. 85.

56 Cfr. N. Schmidt, *La France a-t-elle aboli l'esclavage? Guadeloupe, Martinique, Guyane (1830-1935)*, Paris, Perrin, 2009, p. 52.

57 Jallamion, *Le justicier domestique* cit., pp. 217 ss.

58 A. de Tocqueville, *Sur l'esclavage*, Arles, Actes Sud, 2008, p. 41.

59 V. Schœlcher, *De l'esclavage des noirs et de la législation coloniale*, Paris, Paulin, 1833, p. 22; cfr. N. Schmidt, *Victor Schœlcher et l'abolition de l'esclavage*, Paris, Fayard, 1994.

60 Schœlcher, *De l'esclavage des noirs* cit., p. 22.

61 B. Moitt, *Women and Slavery in the French Antilles, 1635-1848*, Bloomington, Indiana University Press, 2001, p. 139.

62 Debbasch, *Opinion et droit* cit., p. 152.

63 D. Paton, *Punishment, Crime, and the Bodies of Slaves in Eighteenth-Century Jamaica*, in «Journal of Social History», XXXIV, 2001, p. 936; Id., *Witchcraft, Poison, Law, and Atlantic Slavery*, in «William and Mary Quarterly», LXIX, 2012, pp. 235 ss.

64 Il regolamento coloniale dell'11 novembre 1823 vietava «à tous les gens de couleur libres ou esclaves, d'excercer d'une manière quelconque la pharmacie; de vendre ou distribuer aucune drogue ou remèdes secrets, à peine de poursuites extraordinaires» (art. 39); cfr. *Règlement sur l'exercice de la pharmacie dans la Colonie, 11 novembre 1823*, in ADM, Série U, Justice, 2U, *Cour royale de la Martinique*, 10 septembre 1820 - 30 novembre 1825, ff. 232-239; si veda anche il *Règlement* del 13 giugno 1828, *ivi*, novembre 1825 - septembre 1832, ff. 97v-98.

65 *Ordonnance du Gouverneur administrateur portant création d'une Cour prévôtale pour la répression des crimes d'empoisonnement*, in *Code de la Martinique*, vol. VII, p. 356.

66 Cfr. L.M. Friedman, *A History of American Law*, New York, Yale University Press, 1985, pp. 85 ss.

67 *Ordonnance de M. le Gouverneur du 14 décembre 1827, relative aux Impositions*, in ADM, *Cour royale de la Martinique*, novembre 1825 - septembre 1832, f. 71.

68 J.-E. Morenas, *Précis historique de la traite des noirs et de l'esclavage colonial, contenant l'origine de la traite, son progrès, son état actuel*, Paris, Firmin Didot, 1828, p. 323; si stima che uno schiavo, nella seconda metà del XVIII secolo, valesse tra le mille e le duemila lire, A. Girault, *Principes de colonisation et de législation coloniale*, Paris, Larose, 1927, vol. I, p. 221.

69 Ivi, p. 329.

70 Cfr. Schmidt, *La France a-t-elle aboli l'esclavage?* cit., pp. 60 ss.

71 Secondo J.-E. Morenas le condanne a morte emanate dalla *Cour prévôtale* furono seicento (*Précis historique* cit., p. 324), mentre la recente ricostruzione di G. Leti parla di 118 condannati a morte e 90 condannati all'ergastolo (*L'empoisonnement aux Antilles françaises à l'époque de l'esclavage (1724-1848)*, in P. Hrodej (sous la direction de), *L'esclave et les plantations. De l'établissement de la servitude à son abolition. Un hommage à Pierre Pluchon*, Rennes, Pur, 2008, p. 224).

72 Y. Debbasch, *Opinion et droit* cit., p. 184; ora si dispone della fondamentale e originale opera di M.W. Ghachem, *The Old Regime and the Haitian Revolution*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, pp. 135 ss.

73 J.-F. Niort, *La condition des libres de couleur aux Iles du Vent (XVIIIe-XIXe siècle): ressources et limites d'un système ségregationniste*, in «Cahiers Aixois d'Histoire des Droits de l'Outre-Mer Français», n. 2, 2004, p. 85.

74 Sul caso degli Ebrei a Roma nel XVIII secolo si veda M. Caffiero, *Gli ebrei avvelenatori. Una polemica nella Roma del Settecento tra economia e ideologia*, in D. Balani, D. Carpaneto, M. Roggero (a cura di), *Dall'origine dei Lumi alla Rivoluzione. Scritti in onore di Luciano Guerci e Giuseppe Ricuperati*, Roma, Edizioni di storia e letteratura, 2008, pp. 105-123; sullo *status* degli Ebrei nella società cristiana premoderna si veda ampiamente D. Quaglioni, *«Christianis infesti». Una mitologia giuridica dell'età intermedia: l'ebreo come 'nemico interno'*, in P. Costa (a cura di), *I diritti dei nemici*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», n. 38, 2009, pp. 201-224; ma anche Id., *Nell'autobiografia dell'uomo europeo*, in F. Migliorino (a cura di), *Scarti di umanità. Riflessioni su razzismo e antisemitismo*, Genova, Il Melangolo, 2010, pp. 37-46.

75 M. Caffiero, *Legami pericolosi. Ebrei e cristiani tra eresia, libri proibiti e stregoneria*, Torino, Einaudi, 2012, p. 302.

76 P. Pluchon, *Vaudou, sorciers, empoisonneurs. De Saint-Domingue à Haiti*, Paris, Karthala, 1987, pp. 143 ss.; G. Todeschini, *Visibilmente crudeli. Malviventi, persone sospette e gente qualunque dal Medioevo all'età moderna*, Bologna, Il Mulino, 2007.

77 Cfr. F. Vergès, *L'homme prédateur. Ce que nous enseigne l'esclavage sur notre temps*, Paris, Albin Michel, 2011, pp. 107 ss.

78 Sul punto si veda R. Blackburn, *The American Crucible. Slavery, Emancipation and Human Rights*, London-New York, Verso, 2011, in particolare *Haiti and the Idea of Revolution*, pp. 246 ss.

79 Cfr. Schmidt, *La France a-t-elle aboli l'esclavage?* cit., pp. 111 ss.

80 F. Thésée, *La Révolte des esclaves du Carbet à la Martinique (octobre-novembre 1822)*, in «Revue Française d'Histoire d'Outre-Mer», n. LXXX, 1993, pp. 551-584; G. Manceron, *Marianne et les colonies. Une introduction à l'histoire coloniale de la France*, Paris, Découverte, 2003, p. 84;

R.H. Schloss, *Sweet Liberty. The Final Days of Slavery in Martinique*, Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 2009, pp. 93-99.

81 Thésée, *La Révolte des esclaves* cit., pp. 568 ss.

82 E. Dorlin, *Les espaces-temps des résistances esclaves: des suicidés de Saint-Jean aux marrons de Nanny Town (XVIIe-XVIIIe)*, in «Tumultes», n. 27, 2006, pp. 37-51.

83 Cfr. G. Debien, *Les esclaves aux Antilles françaises (XVIIe-XVIIIe siècle)*, Fort-de-France, Société d'histoire de la Guadeloupe et de la Martinique, 1974, pp. 411 ss.; A. Gautier, *Les sœurs de Solitude. La condition féminine dans l'esclavage aux Antilles du XVIIe au XIXe siècle*, Paris, Éd. Caribéennes, 1985, pp. 227 ss.; K. Wilson, *The Performance of Freedom: Maroons and the Colonial Order in Eighteenth-Century Jamaica and the Atlantic Sound*, in «William and Mary Quarterly», n. 1, 2009, pp. 45-86; S. Hahn, *The Political Worlds of Slavery and Freedom*, Cambridge, Harvard Univertity Press, 2009, pp. 24 ss.; L.A. Lindsay, *Il commercio degli schiavi*, Bologna, Il Mulino, 2011, pp. 113 ss.; Vergès, *L'homme prédateur* cit., pp. 129 ss.

84 Debien, *Les esclaves aux Antilles françaises* cit., pp. 393 ss.

85 Cfr. H. Vignaux, *Esclavage et rébellion. La construction sociale des Noirs et des Mulâtres (Nouvelle Grenade – XVIIe siècle)*, Montpellier, Presses Universitaires de la Méditerranée, 2007, p. 115.

86 *Arrêté qui prononce des peines afflictives contre les esclaves s'évadant de la Colonie et contre tous individus qui favoriseraient leurs evasions*, in ADM, Série U, Justice, 2U, *Cour royale de la Martinique*, novembre 1825 - septembre 1832, ff. 56-56v.

87 *Arrêté du Gouvernement en Conseil concernant les primes à accorder pour l'arrestation des esclaves fugitifs*, in ivi, f. 164.

88 P. de Saint-Aurèle, *Du droit des Colonies françaises à une représentation réelle*, Paris, Guiraudet, 1832, pp. 39-40.

89 Secondo G.-G. Marion, *Le Code civil en Martinique: de l'influence du climat*, in J.-F. Niort (sous la direction de), *Du Code noir au Code civil, Jalons pour l'histoire du droit en Guadeloupe*, Paris, L'Harmattan, 2007, p. 255.

90 P. Dessalles, *La Vie d'un colon à la Martinique au XIXe siècle, Correspondance 1808-1834*, présentée par H. de Frémont, s.l., 1980, p. 91 (4 luglio 1823).

91 *Ibidem*.

92 Ivi, p. 143 (18 febbraio 1825).

93 Cfr. Friedman, *A History of American Law* cit., pp. 85 ss.

94 Cfr. H.A. Johnson, *American Legal and Constitutional History. Cases and Materials*, San Francisco-London, University Press of America, 1994; P. Finkelman, *American Legal History*, Oxford, Oxford University Press, 1991, pp. 39-40; A. Gallay, *The Indian Slave Trade. The Rise of the English Empire in the American South, 1670-1717*, New Haven and London, Yale University Press, 2002; J.H. Elliott, *Imperi dell'Atlantico. America britannica e America spagnola, 1492-1830*, Torino, Einaudi, 2010, pp. 154-155.

95 Cfr. G.P. Rawick, *Lo schiavo americano dal tramonto all'alba. La formazione della comunità nera durante la schiavitù negli Stati Uniti*, Milano, Feltrinelli, 1973, pp. 139 ss.; J. Thornton, *L'Africa e gli Africani nella formazione del mondo atlantico (1400-1800)*, Bologna, Il Mulino, 2010, pp. 371 ss.

96 Cfr. R.S. Starobin (ed.), *Denmark Vesey. The Slave Conspiracy of 1822*, Englewood Cliffs (NJ), Prentice Hall, 1970; A. Portelli (con A. Accardo), *Spia nel campo nemico: lo schiavo domestico come nemico interno*, in Id., *La linea del colore. Saggi sulla cultura afroamericana*, Roma, Manifestolibri, 1994, pp. 59-75; L.A. Walker, S.R. Silverman, *A Documented History of Gullah Jack Pritchard and the Denmark Vesey Slave Insurrection of 1822*, New York, E. Mellen Press, 2000, pp. 29 ss.; D.B. Davis, *Inhuman Bondage. The Rise and Fall of Slavery in the New World*, Oxford, Oxford University Press, 2006, pp. 221 ss.; J. O'Neil Spady, *Power and Confession: On the Credibility of the Earliest Reports of the Denmark Vesey Slave Conspiracy*, in «William and Mary Quarterly», n. 2, 2011, pp. 287-304.

97 Sulla categoria di *domestic enemies* a Saint-Domingue si è soffermato a lungo Ghachem, *The Old Regime* cit., pp. 29 ss.

98 Documento riportato in Starobin (ed.), *Denmark Vesey* cit., p. 137; d'ora in avanti, i corsivi nelle citazioni sono degli autori citati.

99 T.N. Ingersoll, *Slave Codes and Judicial Practice in New Orleans, 1718-1807*, in «Law and History Review», n. XIII, 1995, pp. 23-62.

100 E. Ginzburg Migliorino, *L'emancipazione degli Afroamericani. Il dibattito negli Stati Uniti prima della guerra civile*, Milano, Angeli, 1989, pp. 10 ss.

101 «The fear of slave violence had always been a fundamental ingredient of the slave order», Blackburn, *The American Crucible* cit., p. 248.

102 *Ordre du roi* del 7 dicembre 1733, in Moreau de Saint-Méry, *Loix et Constitutions* cit., vol. III, p. 282.

103 *Arrêt de règlement du Conseil du Cap* del 20 gennaio e 11 maggio 1758 che impediva a schiavi e liberi di colore la preparazione di droghe; *Ordonnance* del 30 aprile 1764 che vietava loro di esercitare la medicina e la chirurgia; sul punto si veda L. Elisabeth, *La société martiniquaise aux XVIIe et XVIIIe siècles (1664-1789)*, Paris, Karthala, 2003, pp. 80 ss.; Niort, *La condition des libres de couleur* cit., pp. 72 ss.; R.H. Schloss, *The February 1831 Slave Uprising in Martinique and the Policing of White Identity*, in «French Historical Studies», n. 2, 2007, p. 210.

104 *Arrêt du Conseil souverain de la Martinique*, del 9 maggio 1765.

105 K.R. Bradley, *Slavery and Rebellion in the Roman World, 140 B.C-70 B.C*, Bloomington, Batsford, 1989, in particolare il cap. I, *Slave Resistance in the New World*, pp. 1-17.

[106] Cfr. C.V.H. Maxwell, *"The Horrid Villainy": Sarah Bassett and the Poisoning Conspiracies in Bermuda, 1727-30*, in «Slavery and Abolition», n. 3, 2000, pp. 48-74; Savage, *Between Colonial Facts and French Law* cit., pp. 565-594; Id., *"Black Magic" and White Terror: Slave Poisoning and Colonial Society in Early 19th Century Martinique*, in «Journal of Social History», n. 3, 2007, pp. 635-662; Leti, *L'empoisonnement aux Antilles* cit., pp. 209-227.

[107] Niort, *La condition des libres de couleur* cit., pp. 94 ss.

[108] Debbasch, *Opinion et droit* cit., pp. 143 ss.; Leti, *L'empoisonnement aux Antilles* cit., p. 211.

[109] Si vedano i documenti manoscritti conservati presso l'ADM, Série U, *Justice*, 7U, *Cour prévôtale, 1822-1826*.

[110] Cfr. M. Fioravanti, *Le préjugé de la couleur. François-André Isambert et l'administration de la justice aux Antilles françaises pendant la Restauration*, in «Les Cahiers poitevins d'Histoire du droit», n. IV, 2012, in corso di stampa.

[111] *Séance tenue au bourg du Lamentin le 20 août 1823*, in ADM, Série U, *Justice*, 7U, *Cour prévôtale, 1822-1826*, ff. non numerati.

[112] Ivi.

[113] Oltre la sentenza su Marie-Louise Lambert, si vedano gli altri numerosi giudizi della *Cour prévôtale* per il reato di avvelenamento riportati in *ivi* (per es. 27 novembre 1822; 1° luglio 1823; 9 aprile 1823).

[114] *Séance tenue au bourg du Lamentin le 20 août 1823*, in ADM, Série U, *Justice*, 7U, *Cour prévôtale, 1822-1826*, ff. non numerati; ma anche F.-A. Isambert, *Au roi en son Conseil. Requête pour Marie-Louise Lambert, négresse libre de la Martinique, détenue dans la maison centrale de Rennes*, Paris, Duverger, 1827, p. 3.

[115] Cfr. V.V. Palmer, *Essai sur les origines et les auteurs du Code noir*, in «Revue internationale de droit comparé», n. 1, 1998, pp. 111-140; G. Bigot, *Esclavage*, in D. Alland, S. Rials (sous la direction de), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, Puf, 2003, pp. 638-642; G. Patisso, *Le droit des esclaves. I codici neri del 1685 e del 1724 nei territori della nuova Francia*, in «Giornale di Storia costituzionale», n. 14, 2007, pp. 43-62; L. Sala-Molins, *Le Code noir ou le calvaire de Canaan*, Paris, Puf, 2007 (ed. or. 1987); J.-F. Niort, *Homo servilis. Essai sur l'anthropologie et le statut juridique de l'esclave dans le Code noir de 1685*, in «Droits», n. 50, 2009, pp. 120-141.

[116] ADM, Série U, *Justice*, 7U, *Cour prévôtale, 1822-1826*.

[117] *Ibidem*.

[118] Isambert, *Au roi en son Conseil* cit., p. 36.

[119] Ivi, pp. 9-10.

[120] Ivi, p. 10.

[121] Ivi, p. 14.

[122] Ivi, p. 3.

[123] Ivi, p. 18.

[124] *Arrêté du Grand-Juge, supplémentaire au mode de procedure à suivre par le tribunal spécial (9 brumaire an XII- 1° novembre 1803)*, in *Code de la Martinique*, vol. IV, pp. 637-638.

[125] Isambert, *Au roi en son Conseil* cit., p. 29.

[126] Ivi, p. 34.

[127] Savage, *Between Colonial Facts and French Law* cit., p. 589.

[128] Pari di Francia, Christophe Chabrol de Crousol fu ministro della marina e delle colonie dal 4 agosto 1824 al 3 marzo 1828 e ministro delle finanze dall'8 agosto 1829 al 18 maggio 1830; cfr. G. Antonetti, *Les ministres des Finances de la Révolution française au Second Empire. Dictionnaire biographique (1848-1870)*, Paris, Comité pour l'histoire économique et financière de la France, 2007, vol. II, pp. 235-252.

[129] *Ordonnance portant suppression de la Cour prévôtale, du 28 février 1827*, in ADM, Série U, *Justice*, 7U, *Cour prévôtale, 1822-1826*; si veda anche ADM, *Cour royale de la Martinique*, novembre 1825 - septembre 1832, ff. 48-49.

[130] Ordinanza del 4 luglio 1828, in *Code de la Martinique*, vol. VIII, p. 391.

[131] *Ordonnance du Roi concernant l'organisation de l'ordre judiciaire et l'administration de la justice à l'île de la Martinique et à l'ile de la Guadeloupe et ses dépandences*, in Duvergier, *Collection* cit., vol. XXVIII, p. 375.

[132] Cfr. ADM, *Cour royale de la Martinique*, novembre 1825 - septembre 1832, f. 110v.-111.

[133] *Recueil de lois, décrets et arrêtés concernant les colonies publié par le ministère de la marine et des colonies*, Paris, s.e., 1881, p. 2.

[134] Savage, *Between Colonial Facts and French Law* cit., pp. 590 ss.

[135] ADM, Série K, *Conseil privé*, 5K 6, f. 100, *Mémoire de M. Rivière dans lequel il demande la création d'un tribunal spécial pour la répression du crime d'empoisonnement, 5 octobre 1829*.

[136] Schmidt, *La France a-t-elle aboli l'esclavage?* cit., pp. 15 ss.

Ordinamenti formali e pratiche di polizia nell'India britannica (1817-1882)

GIULIO ABBATE

1. *L'eccezionalità della colonia indiana*

Le logiche della dominazione coloniale appaiono segnate da una forte contraddizione. Durante tutto il corso dell'Ottocento, l'Europa proponeva in colonia il "modello" occidentale di civiltà e, allo stesso tempo, vi sperimentava sistemi regolamentari e di governo incompatibili con le forme dello Stato di diritto. La dottrina colonialista ha cercato di comporre questo conflitto facendo ricorso a chiavi concettuali – come assenza di nazionalità o di sovranità, scarto di civiltà e di temporalità tra l'Europa e l'universo extraeuropeo – che giustificassero l'eccezionalità politica e normativa della colonia[1]. Tuttavia, la stessa elaborazione di un discorso di legittimazione delle pratiche coloniali dava luogo ad esiti teorici paradossali: nella rappresentazione della dottrina ottocentesca, il *deficit* di civiltà delle colonie legittimava le politiche espansionistiche europee ma, allo stesso tempo, impediva che la dimensione metropolitana e quella coloniale condividessero lo stesso ordinamento politico e giuridico. La storiografia ha insistito a lungo sullo status di "eccezionalità" della colonia: la governamentalità coloniale faceva leva su "meccanismi di esclusione" volti a separare la dimensione dei sudditi da quella dei dominatori e a delineare differenti modelli di cittadinanza[2]. Paradossalmente, l'amministrazione coloniale, da un lato, escludeva la comunità indigena «dalle garanzie di diritti riconosciute in patria» e, dall'altro lato, predisponeva spazi istituzionali di legalità in favore dei cittadini europei residenti in colonia[3].

L'esistenza di un doppio livello di cittadinanza, con le sue molteplici implicazioni sul piano giuridico e istituzionale, era particolarmente evidente nei territori dell'India britannica dove, fino agli anni sessanta dell'Ottocento, esistevano due distinti apparati di Corti di giustizia criminale: uno formato dalle Corti istituite nelle città capitali (*Presidency towns*) di Calcutta, Madras e Bombay direttamente dalla Co-

rona britannica (*Supreme Courts of Judicature*), le quali erano competenti a giudicare, da un lato, i sudditi coloniali entro i limiti delle *Presidency towns* e, dall'altro lato, i cittadini britannici ovunque residenti in colonia; l'altro, dai tribunali istituiti dalla *East India Company* per il giudizio dei sudditi nativi residenti nelle aree dell'interno (*mofussil*)[4]. Le *Supreme Courts of Judicature* giudicavano secondo il diritto criminale inglese[5] contribuendo, in questo modo, ad amplificare la separazione tra la dimensione giuridica dei sudditi nativi e quella degli *European-British subjects*[6].

Ed infatti nelle *Presidency towns* la Corona britannica aveva riprodotto le strutture tipiche del sistema giuridico della madrepatria: le *Supreme Courts of Judicature* erano dotate degli stessi poteri del *King's Bench*, giudicavano attraverso il modello del *trial by jury* ed erano competenti ad emanare, a tutela delle libertà personali, *writs* di *habeas corpus*[7]. Il sistema processuale in vigore nel *mofussil*, invece, era apertamente ispirato alle forme di giustizia della tradizione musulmana in uso durante il periodo imperiale Moghol. In primo luogo, i tribunali criminali istituiti dalla *East India Company* erano formati da giudici europei e dai *mufti*, gli interpreti tradizionali della *sharia*[8]. In secondo luogo, il sistema normativo applicabile presso gli organi di giustizia criminale del *mofussil* era costituito dal diritto penale musulmano così come modificato dalle *Regulations* e dagli *Acts* (ovvero dalla legislazione positiva) del governo coloniale[9]: tale sistema, generalmente indicato dalla storiografia con l'espressione *Anglo-Muhammadan Law*, rimase in vigore nell'India britannica fino all'emanazione dell'*Indian Penal Code* (*Act XLV of 1860*). Infine, la gestione delle primissime fasi del procedimento penale era affidata agli ufficiali nativi di polizia i quali godevano di fortissimi strumenti di indagine e di interrogatorio ed erano autorizzati ad operare arresti, esaminare gli accusati, verbalizzarne le eventuali confessioni di colpevolezza[10].

Le ragioni che avevano imposto l'adozione di un modello processuale conforme alle tradizioni dell'India pre-coloniale sono grosso modo note. A partire dalla fine del secolo XVIII l'amministrazione britannica dell'India iniziò, per un verso, a rivendicare per sé prerogative di sovranità sul subcontinente e, per l'altro verso, a negoziare il potere coloniale con le autorità patriarcali e giuridico-religiose indiane: la legittimazione all'attività di governo imponeva il rispetto delle leggi del paese, delle consuetudini locali e delle forme tradizionali di amministrazione della giustizia nonché la tolleranza di quelle pratiche sociali dotate di un forte radicamento religioso[11]. Già agli inizi del secolo XIX, tuttavia, gli ufficiali di giustizia della *East India Company* denunciavano gli innumerevoli difetti del modello processuale sperimentato nel *mofussil*.

In primo luogo, i giudici europei avevano ben poca discrezionalità rispetto agli esiti del giudizio sebbene fossero i soli soggetti processuali a detenere poteri decisori. Ed infatti spettava ai *mufti* indicare la sentenza applicabile secondo il diritto musulmano[12]: una volta assunte le prove gli interpreti nativi erano tenuti a riportare per iscritto sul retro del fascicolo processuale un parere legale sul caso (*fatwa*) sulla base del quale il giudice avrebbe successivamente emanato la sentenza[13]. Questo particolare meccanismo, previsto già dalle primissime *Regulations* relative all'am-

ministrazione della giustizia criminale, comprimeva sensibilmente l'autonomia di giudizio degli ufficiali europei. Nella presidenza del Bengala, ad esempio, i giudici europei potevano disapprovare il parere legale dell'interprete nativo ritenuto contrario alle prove ovvero «ai principi di giustizia»[14]; tuttavia, in questi casi, la causa veniva trasmessa automaticamente alla *Nizamat Adalat*, ovvero la suprema Corte criminale della presidenza, che a sua volta giudicava secondo il rito musulmano[15].

In secondo luogo il sistema probatorio musulmano era tecnico e complicato e prevedeva rigorosissime regole circa l'ammissione e la valutazione delle dichiarazioni testimoniali. È noto, ad esempio, che le accuse di adulterio, violenza carnale, incesto, potevano essere provate in giudizio soltanto attraverso la testimonianza di quattro uomini ovvero attraverso la confessione ripetuta per quattro volte e che, più in generale, l'emanazione di una sentenza di condanna richiedeva la necessaria assunzione di prove predeterminate: due testimonianze concordi rese da soggetti di provata condotta incensurabile, una confessione resa in giudizio secondo precise formalità, una dichiarazione auto-accusatoria debitamente registrata[16]. È noto poi che le regole del diritto musulmano prevedevano numerosi casi di inammissibilità delle dichiarazioni testimoniali, per difetto di forma nell'assunzione della testimonianza ovvero per vizi sulla qualità dei dichiaranti, e contemplavano gradi intermedi di responsabilità criminale[17]. Secondo l'opinione degli ufficiali coloniali tali circostanze intralciavano sensibilmente l'amministrazione della giustizia rendendo, talvolta, «quasi impossibile una condanna penale»[18].

Inoltre il sistema di polizia era del tutto inefficace nella prevenzione dei reati di brigantaggio e, più in generale, dei crimini contro la proprietà. Infine, così come emerge dai documenti coloniali degli anni dieci e venti dell'Ottocento, gli ufficiali nativi di polizia abusavano dei loro fortissimi poteri: in Bengala, ad esempio, tra gennaio 1808 e agosto 1809 ottantaquattro ufficiali nativi vennero rilevati dall'incarico e sette di questi vennero giudicati davanti a corti criminali[19]. Ricordando le incolmabili distanze tra il sistema processuale indiano e quello inglese, gli ufficiali europei della *East India Company* manifestavano, in particolare, non poca insofferenza verso i poteri della polizia nativa,

> [powers] which are of almost equal extent with those of a single justice of the peace under our laws; which never have been confided to any subordinate peace officers in England; and which indeed would not be tolerated for a moment, in that country[20].

La sperimentazione tra *mofussil* e *Presidency towns* di due differenti modelli processuali riflette bene una delle anomalie del rapporto tra l'India e la madrepatria inglese. L'Inghilterra rivendicava per i suoi cittadini le garanzie riconosciute dalla tradizione di *common law* e procedeva al trasferimento in colonia degli istituti tipici di quel sistema; allo stesso tempo proponeva per i sudditi coloniali un modello di processo estraneo alla tradizione della madrepatria e che ricordava, in qualche misura, i sistemi processuali dell'Europa continentale. Tuttavia l'elaborazione di un sistema pesantemente sbilanciato sulle investigazioni di polizia e ricco, come vedremo, di elementi tipici del modello inquisitorio non suscitò significative obiezioni politiche. Dopo tutto, sulla base delle regole processuali, i cittadini

europei residenti in colonia erano immuni dalla giurisdizione delle Corti criminali del *mofussil* e sfuggivano al controllo dell'apparato di polizia rurale.

Come è noto, però, a partire dagli anni trenta dell'Ottocento le autorità della *East India Company* propendevano per una generale riconsiderazione dei meccanismi di amministrazione della giustizia e, in particolare, per l'estensione della giurisdizione delle Corti del *mofussil* ai sudditi di nascita europea. Ed infatti, i meccanismi predisposti dalla Corona britannica per la cattura e il giudizio degli europei erano del tutto insufficienti ad assicurare il controllo delle aree rurali: fino a quando gli *European-subjects* fossero stati soggetti all'esclusiva giurisdizione delle Corti delle *Presidency towns*, l'amministrazione inglese avrebbe avuto scarso controllo su questa turbolenta categoria di sudditi coloniali[21]. Non appena questi privilegi di foro vennero messi in discussione il carattere eccezionale delle procedure del *mofussil* iniziò a costituire uno degli argomenti utilizzati dagli *European-subjects* della colonia per salvaguardare la loro posizione giuridico-processuale. I sudditi di nascita britannica, in particolare, rivendicavano con forza e a titolo di *birthright* il diritto di essere giudicati secondo le regole del *common law* ed elaborarono, per rivendicare i propri privilegi, un discorso che faceva diretto riferimento alle regole non scritte della costituzione d'Inghilterra[22].

Il dibattito sull'opportunità di uniformare le giurisdizioni criminali indiane conobbe una delle sue fasi cruciali in occasione della preparazione, nel 1849, di alcune importanti proposte di legge (come ad esempio, *An Act for Abolishing Exception from the Jurisdiction of the East India Company's Criminal Courts*) le quali suscitarono, in colonia e in madrepatria, fortissime proteste[23]. Tra le voci contrarie all'uniformazione delle giurisdizioni criminali v'era quella di Lord Ellenborough[24], membro della *House of Lords* ed ex Governatore Generale dell'India (1842-1844), il quale bollò come incostituzionali ed eversive le proposte di legge e cercò di dimostrare il carattere tirannico del governo coloniale descrivendo le zone d'ombra del modello processuale del *mofussil*. Nel saggio del 1850 *Tyranny in India! Englishmen robbed of the blessing of Trial by Jury and English Criminal Law* Lord Ellenborough sosteneva che la potentissima polizia coloniale ricorresse a pratiche di tortura (pratiche «che sono state in voga presso la *Star Chamber*») al fine di estorcere confessioni di colpevolezza e che gli ufficiali europei supportassero, a fronte della difficoltà di ottenere prove valide per il giudizio, il ricorso alla coercizione fisica da parte dei loro subordinati nativi[25]. In più denunciava che, contrariamente al sistema inglese, i magistrati coloniali avessero, ad un tempo, poteri di cattura, accusa e giudizio: «It is a maxim of English legislation, that the function of the constable should be kept separate from that of the judge»[26].

Sebbene fortemente divulgativo e pesantemente carico di razzismo coloniale, il saggio di Lord Ellenborough descriveva bene i pericoli insiti nei meccanismi dell'istruttoria criminale indiana e nell'attribuzione di fortissimi poteri investigativi agli ufficiali di polizia. Appena quattro anni dopo la pubblicazione di *Tyranny in India*! un'inchiesta compiuta nei territori del Bengala e di Madras mostrò che la tortura, pratica vietata dalla legislazione coloniale, veniva sistematicamente utilizzata dalla polizia tanto nei procedimenti criminali

quanto nelle procedure di riscossione delle imposte.

Partendo dalla vicenda storica delle indagini compiute nel Bengala e approdando alla ridefinizione del sistema di polizia e del modello processuale avvenuta tra gli anni sessanta e ottanta dell'Ottocento, questo studio cerca di mostrare alcuni aspetti paradossali della governamentalità coloniale indiana[27]. In particolare, è indubbio che il dibattito sulla tortura, che ha impegnato negli anni cinquanta dell'Ottocento le autorità coloniali e il Parlamento d'Inghilterra, abbia avuto un ruolo significativo nel dare impulso alla stagione di riforma del periodo 1860-1880. In questi decenni, tuttavia, l'amministrazione coloniale riprodusse, occultando e rielaborando alcuni elementi discorsivi emersi dal dibattito, i meccanismi processuali già sperimentati nel *mofussil* e confermò i poteri investigativi e le competenze istruttorie della polizia nativa.

2. *Tortura e prelievo fiscale*

Il compito che la *East India Company* aveva affidato alla polizia nativa non era dei più semplici ed era strettamente connesso al raggiungimento di precisi obiettivi: la pacificazione dei territori periferici, l'assunzione del pieno controllo politico della colonia, il disciplinamento dei sudditi nativi[28]. Il conseguimento di tali obiettivi serviva a soddisfare le aspirazioni politiche del governo coloniale.

A partire dalla fine del secolo XVIII la *East India Company* cercò di definire i suoi diritti, poteri, prerogative assumendo il pieno controllo della dimensione della giustizia ed iniziò a rivendicare, anzitutto, il monopolio della sfera del penale[29]. Sebbene gli spazi della giustizia fossero in parte occupati dagli istituti e dalle figure giuridico-religiose del paese, le istanze della *Company* vennero portate avanti attraverso la delegittimazione delle autorità che reclamavano, per tradizione, diritti di giudizio e punizione dei sudditi nativi e la progressiva erosione del sistema di diritto criminale vigente in colonia. A partire dagli anni settanta del Settecento, in particolare, nuove prescrizioni criminali, progressivamente sovrapposte alle regole del diritto musulmano, mutarono profondamente il rapporto esistente tra potere politico e giustizia criminale. Nei territori del Bengala, ad esempio, i privilegi sanzionatori assicurati dagli *status* religiosi, sociali, di genere, iniziarono ad essere progressivamente aboliti in favore di un'applicazione generalizzata ed omogenea della legge penale. Le vendette private (*kisas*) e le compensazioni in danaro (*diya*), legalmente sanzionate dalla *sharia* in caso di omicidio, vennero gradualmente sostituite con punizioni meglio rispondenti al carattere "pubblico" dell'offesa[30].

Questi interventi e, in generale, le riletture strategiche del sistema di diritto musulmano, segnalarono la definitiva intrusione della *East India Company* nella sfera del penale e l'affermazione di una nuova filosofia del giudicare e del punire. Sebbene l'amministrazione coloniale aderisse formalmente alle consuetudini locali e alle forme tradizionali di amministrazione della giustizia, le ridefinizioni del modello processuale riguardarono alcuni degli aspetti caratterizzanti il diritto criminale musulmano – in particolare, le regole probatorie e il sistema sanzionatorio – fino a stravolgerli completamente.

Rispetto al primo ambito, la *East India Company* tentò di forzare i limiti legali imposti dalla *sharia* all'ammissione delle dichiarazioni testimoniali cercando, in questo modo, di attribuire maggiore discrezionalità di giudizio e punizione agli ufficiali di giustizia europei. Dal punto di vista sanzionatorio, poi, gli interventi della *East India Company* mirarono a sostituire alle forme punitive particolarmente cruente (ed espressive, pertanto, della "barbarie" del regime pre-coloniale) pene più conformi alla sensibilità europea e, allo stesso tempo, a valorizzare il potenziale deterrente e simbolico della sanzione criminale. Nei territori del Bengala, ad esempio, esecuzioni spettacolari e multe collettive sostituirono, nei casi di brigantaggio, la pena del taglio della mano[31]; pene afflittive e infamanti, accompagnate da un periodo di detenzione, vennero previste nei casi di spergiuro e contraffazione di documenti[32].

La valorizzazione degli aspetti deterrenti della pena, il ricorso a sanzioni fortemente simboliche quali il marchio, la fustigazione, la gogna servivano ad esaltare gli aspetti esemplari della pena, spettacolarizzarne l'esecuzione, suscitare, per questa via, il terrore della comunità.

Dotata di fortissimi poteri di indagine e di competenze prossime alla sfera del giudiziario, la polizia indiana era incaricata, anzitutto, di rendere esecutivo il sistema di legislazione criminale e rendere visibile, anche nelle estese e assai turbolente aree rurali, il potere sovrano dell'amministrazione coloniale[33]. La gestione degli affari criminali di ciascun distretto era affidata, prevalentemente, al corpo dei magistrati coloniali e ad un apparato di corti di giustizia; tuttavia, soltanto il controllo vigile delle aree rurali, l'intervento tempestivo contro ogni violazione della pace pubblica, la completa conoscenza delle vicende criminali di ciascun villaggio avrebbero garantito l'ordine dei territori periferici e avrebbero assicurato al governo il pieno controllo politico della colonia. Per tutti questi motivi, l'azione della polizia nativa era legittimamente caratterizzata da una fortissima cifra disciplinare. L'attività di sorveglianza, investigazione e produzione probatoria avrebbe assicurato l'applicazione costante della legge penale, avrebbe contribuito a diffondere un generale sentimento di inesorabilità della punizione e a delineare, per questa via, modelli di condotta civile più conformi alla sensibilità europea[34]. Non a caso, agli inizi del secolo XIX, i giudici criminali e i magistrati del Bengala invitavano l'amministrazione ad implementare il sistema di legislazione criminale, a renderlo più severo, ad assicurare, attraverso la paura della punizione, la pacificazione civile della colonia; al tempo stesso, esaltavano il potenziale educativo dell'azione di polizia, la portata propriamente disciplinare dell'attività di investigazione:

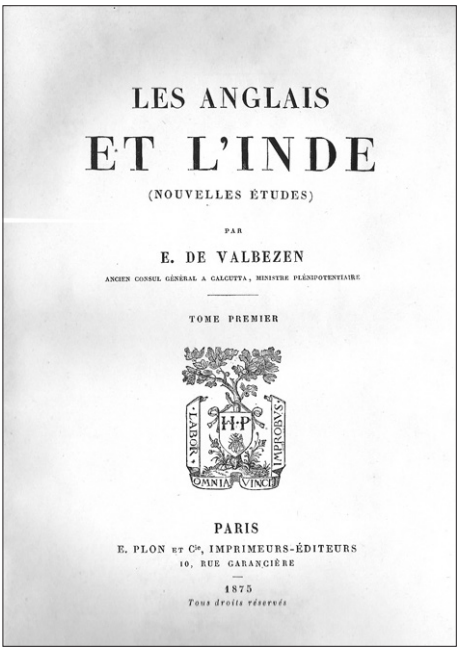
> It is not to be expected that the moral character of the lower classes of the inhabitants can be improved by the operation of any of those finer impulses which actuate liberal or enlightened minds. […] [T]he probability of detection, and the certainty of punishment if detected, will be found the most effectual means of progressively improving their moral character, by gradually weaning them from bad habits[35].

Nelle diverse presidenze dell'India britannica erano stati sperimentati differenti modelli di polizia. Tuttavia, i meccanismi predisposti per la tutela dell'ordine pubblico della colonia presentavano alcuni significativi tratti comuni tanto nel Bengala quanto a Madras e a Bombay. In primo

luogo, i corpi di polizia nativa erano stati concepiti come un elemento di raccordo tra le autorità europee del distretto e la dimensione rurale, i villaggi, le aree periferiche della colonia[36]. Nei territori di Madras, ad esempio, erano gli esattori fiscali nativi, i *tahsildars*, a svolgere i compiti di polizia e a rappresentare l'istituzione intermedia tra le autorità native dei villaggi e i *collector-magistrates* europei. Il controllo criminale delle aree periferiche del Bengala si basava, invece, sulla stretta collaborazione tra i *districts magistrates* europei e i *darogahs*, ovvero i soprintendenti di polizia di un'unità amministrativa del distretto chiamata *thana*.

Nei territori del Bengala il lavoro di investigazione della polizia nativa si svolgeva, rispetto ai reati gravi o a quelli che turbavano la pace della comunità, nelle forme di un'inchiesta da condurre nei luoghi di commissione del delitto. Secondo la *Regulation XX of 1817* nei casi di brigantaggio e di morti sospette o improvvise i *darogahs* conducevano inchieste locali finalizzate alla cattura dei colpevoli e alla raccolta di elementi di prova utilizzabili in giudizio[37]. Avevano inoltre il potere di prendere in custodia l'accusato e di interrogarlo alla presenza di tre o più testimoni. Le eventuali confessioni di colpevolezza sarebbero state immediatamente trascritte nella lingua del dichiarante e sarebbero state da quest'ultimo sottoscritte in presenza dei testimoni[38].

Nella presidenza del Bengala anche la popolazione rurale era stata cooptata, attraverso meccanismi di responsabilità collettiva, nella gestione degli affari criminali del distretto: presso ogni villaggio, un corpo di vigilanti nativi era addetto alla sorveglianza del territorio e alla pronta comunicazione dei reati. I proprietari terrieri (*zemindar*, *talukdar*) avrebbero dovuto comunicare al *darogah*, pubblicamente o in segreto, tutte le informazioni relative a rapine, furti, omicidi, incendi dolosi, nonché prestare assistenza, a pena di multa e detenzione, alla cattura dei criminali[39]. Già agli inizi del secolo veniva documentato come la popolazione rurale fosse generalmente poco incline a prestare assistenza nello svolgimento dell'inchiesta e i *darogahs* – i quali erano, ad un tempo, odiati e temutissimi dalla popolazione rurale – incontravano più di una difficoltà nell'ottenere informazioni valide rispetto al delitto, nel rintracciare i criminali, nel documentare elementi di prova[40]. In considerazione degli ampi poteri attribuiti alla polizia nativa, la *Regulation XX of 1817* intimava ai *darogahs* di astenersi da un


LES ANGLAIS

ET L'INDE

(NOUVELLES ÉTUDES)

PAR

E. DE VALBEZEN

ANCIEN CONSUL GÉNÉRAL A CALCUTTA, MINISTRE PLÉNIPOTENTIAIRE

TOME PREMIER

PARIS

E. PLON ET Cie, IMPRIMEURS-ÉDITEURS

10, RUE GARANCIÈRE

1875

Tous droits réservés

Frontespizio dell'opera del Console generale francese a Calcutta E. De Valbezen, Les Anglais et l'Inde, *1875*

utilizzo illegale degli strumenti investigativi, e in particolare dal ricorso alla coercizione fisica, prevedendo per tali ipotesi una pena indefinita nel genere ma che si preannunciava in ogni caso "esemplare":

> [A]ny species of maltreatment inflicted on a prisoner or witness by a police officer, landholder, or farmer, or by any other person whatever, whether with a view to extort a confession, or to procure information, will subject the offender to exemplary punishment, on conviction before the magistrate or Court of Circuit»[41].

Tuttavia, a partire dagli anni cinquanta dell'Ottocento non v'era più alcun dubbio che i meccanismi dell'istruttoria fossero totalmente viziati e che la polizia del Bengala ricorresse sistematicamente alla tortura al fine di estorcere confessioni colpevolezza:

> To apply torture […] is the rule, not to do so the exception, and of course it has uprooted truth among the people, and destroyed the value of evidence and public justice […][42].

È necessario sottolineare che le pratiche coercitive utilizzate dagli ufficiali nativi di polizia differivano profondamente dalla tortura giudiziaria regolamentata dal diritto d'Antico Regime. Come istituto processuale legittimo la tortura giudiziaria era fortemente formalizzata: i limiti all'inflizione del tormento, i tempi e i modi di somministrazione della tortura e di verbalizzazione delle confessioni erano stati minuziosamente fissati, sin dal tardo Medioevo, dalle norme e dalle dottrine del diritto comune[43]. I metodi di tortura utilizzati dalla polizia coloniale erano, invece, totalmente illegali: nei territori dell'India britannica le confessioni di colpevolezza venivano estorte nel segreto delle camere di polizia ovvero nelle aree più remote dei villaggi del *mofussil*, lontano in ogni caso dagli occhi del magistrato e dai luoghi della giustizia[44].

Come è stato efficacemente sottolineato da Douglas Peers, le cause del ricorso alla tortura da parte della polizia indiana vanno ricercate, anzitutto, nella particolare posizione degli ufficiali nativi nell'ambito della società coloniale. Sebbene mal pagati e talvolta odiatissimi dalla popolazione, gli agenti nativi godevano di uno status sociale privilegiato: sospesi tra la dimensione dei sudditi e quella dei dominatori, i *tahsildars* di Madras e i *darogahs* del Bengala facevano ricorso a metodi illegali di indagine o di riscossione dell'imposta per soddisfare le richiesta fiscali e istruttorie dei loro superiori europei e salvaguardare i loro incarichi[45]. Per questi motivi, nei territori dell'India britannica il ricorso alla tortura era inscindibilmente legato all'esercizio delle prerogative sovrane della *East India Company*, l'amministrazione della giustizia criminale, la riscossione delle imposte.

Le vicende che fecero luce sul fenomeno sono grosso modo note: in un dibattito della *House of Commons* (11 luglio 1854) venne denunciato che la politica fiscale del Governo di Madras conduceva all'utilizzo di metodi illegali di riscossione dell'imposta fondiaria[46]. La richiesta fiscale eccedeva la capacità di pagamento dei contadini e, allo scopo di estorcere l'ammontare richiesto, venivano utilizzate tecniche di tortura[47]. La questione coinvolse anche la Presidenza del Bengala quando, nel corso del dibattito, venne letto un estratto della corrispondenza tra il deputato Henry Danby Seymour e William Theobald: quest'ultimo, *barrister* presso la *Supreme Court of Judicature* di Calcutta, sosteneva di avere assistito presso Barrackpore, al tentativo di un *darogah* di sottoporre a tortura un individuo sospettato di furto[48]. La *East India Company*, preoccu-

pata dalle denunce presentate in Parlamento, dispose lo svolgimento di un'inchiesta: il 2 agosto 1854 la *Court of Directors* raccomandò al Governo del Bengala di indagare sul caso denunciato da William Theobald[49] e nel settembre dello stesso anno il Governo di Madras istituì una speciale commissione di indagine (*Commission for the Investigation of Alleged Cases of Torture at Madras*[50]).

3. *Un'inchiesta su un caso di furto*

La *Commission for the Investigation of Alleged Cases of Torture* documentò migliaia di casi di coercizione illegale e mostrò che l'incidenza della tortura nelle aree rurali della presidenza di Madras dipendeva, almeno in parte, dal modello di polizia sperimentatovi nel primo quarto del secolo[51]. La *Regulation XI of 1816* affidava ai *tahsildars*, ad un tempo, compiti fiscali ed incarichi di polizia e gli conferiva altresì una limitata autorità giurisdizionale[52]. Secondo la *Commission* di Madras i poteri attribuiti ai *tahsildars* dalla *Regulation XI of 1816* (la quale vietava espressamente il ricorso alla coercizione fisica da parte della polizia) costituivano uno strumento pericolosissimo nelle mani degli ufficiali nativi: la possibilità di procedere alla cattura del sospettato, di esaminare gli accusati e registrarne per iscritto le confessioni, il potere di infliggere in via del tutto informale multe e periodi di detenzione, attribuivano ai *tahsildars* un potere «di punire e imprigionare» utilizzato per obbligare i contadini a pagare, estorcere confessioni di colpevolezza, raggiungere guadagni illeciti[53].

In secondo luogo, la *Commission* di Madras riteneva che il fenomeno della tortura fosse amplificato da fattori di tipo sociologico. Nei casi criminali, il ricorso alla violenza fisica costituiva una pratica consuetudinaria («a "time-honoured" institution»[54]) la cui pericolosa prevalenza dipendeva, principalmente, dalla sua forte connotazione di "normalità": la comunità nativa giudicava la tortura «non solo necessaria ma giusta» e tale pratica suscitava «nessun orrore, nessuna sorpresa, nessuna ripugnanza»[55]; non destava meraviglia, pertanto, che gli «ignoranti» funzionari nativi ne facessero sistematicamente ricorso[56].

Le indagini compiute nei territori di Madras ebbero forte risonanza in Inghilterra e stimolarono accesi dibattiti parlamentari[57]. Le indagini compiute nei territori del Bengala ebbero invece una risonanza assai minore rispetto ala corrispondente inchiesta di Madras. I risultati di queste indagini si trovano, principalmente, nella corrispondenza tra gli organi del Governo del Bengala e William Theobald. Queste lettere, sebbene si basino principalmente sulle indagini di un soggetto privato e non siano pertanto equiparabili al lavoro di una commissione d'inchiesta, danno un'idea, sia pure parziale, della visione che la comunità indigena, da un lato, e le autorità coloniali, dall'altro lato, avevano del fenomeno della tortura.

Il 18 Ottobre 1854 William Theobald rispose all'invito del Governo di fornire tutte le informazioni utili allo svolgimento dell'inchiesta[58] e descrisse il caso denunciato in Parlamento[59]. Sosteneva che la tortura – «un antico costume del paese, comune ad Indù e Musulmani, incorporato nei sistemi nativi di giustizia e di polizia» – venisse sistematicamente utilizzata per estorcere dichiarazioni auto-accusatorie e, nella sua lunga lettera, riferì di un'altra indagine

giudiziaria avvenuta nel distretto di Bhear: secondo alcuni informatori, una donna sospettata di infanticidio e di furto era stata torturata dalla polizia affinché rendesse una confessione di colpevolezza. Le violenze sarebbero state commesse nella fase della custodia preventiva che, secondo le regole processuali, non doveva estendersi per più di quarantotto ore. Secondo Mr. Theobald la magistratura del Bengala incontrava più di una difficoltà nel vigilare che i termini di custodia non fossero protratti illegittimamente e che l'accusato non venisse maltrattato dalla polizia[60]: gli ufficiali europei, che avevano il compito di nominare i *darogahs* e rilevarli dall'incarico in caso di inefficienza o cattiva condotta[61], non erano complici dei casi di tortura; tuttavia, il deficit di controllo delle aree rurali impediva di sorvegliare la violentissima polizia nativa. Anche per questi motivi il sistema di amministrazione delle periferie si era rivelato del tutto fallimentare:

> I allude particularly to the main feature of it, that of carrying on all the Mofussil administrations by an ill-paid and almost exclusively native agency, from which natives of rank, wealth, and personal importance, and Europeans of good circumstances and condition, and the legal profession, are virtually excluded, under the sole superintendence of a few importated highly privileged persons, invidiously designated as a close body, "the civil service" [...][62].

Il Governo scrisse nuovamente a Theobald informandolo di un'imminente inchiesta: la magistratura avrebbe indagato sugli accadimenti del Bhear e a tal fine si ricercava la collaborazione del *barrister*[63]. Il 3 Novembre 1854 Mr. Theobald fornì nuovi particolari della vicenda riferita e comunicò di essere a conoscenza di ulteriori casi di tortura[64]. In particolare, riportò l'opinione di un suo informatore nativo secondo cui il ricorso alla tortura da parte della polizia era pressappoco sistematico ed era talvolta incoraggiato dagli stessi ufficiali europei della *East India Company*[65]: nel corso di un processo per furto celebrato nell'autunno 1854 Mr. Fergusson, il magistrato europeo del distretto dei 24-Pergunnahs (Bengala), ordinò all'ufficiale di polizia incaricato della custodia dell'imputato di estorcere una confessione di colpevolezza. L'ufficiale condusse immediatamente l'imputato in disparte e lo minacciò: «Suppongo tu sappia chi io sia; se non confessi verrai rinchiuso tutta la notte con me»[66].

Sebbene i casi di tortura riportati dal *barrister* fossero direttamente imputabili agli ufficiali nativi di polizia, le vicende denunciate in queste lettere coinvolgevano l'intero sistema di amministrazione della giustizia criminale del Bengala. In particolare, Theobald sosteneva che i meccanismi dell'istruttoria criminale fossero totalmente viziati dal ricorso alla tortura e che la quasi totalità dei procedimenti criminali venisse definito attraverso confessioni estorte con violenza. Riportava, inoltre, che nella rappresentazione delle popolazioni rurali erano gli stessi magistrati europei a stimolare la polizia a ricorrere a tali pratiche: spingere gli ufficiali nativi a documentare confessioni attraverso la tortura, superando così tutti gli ostacoli relativi al reperimento di prove valide per il giudizio, era necessario affinché il sistema criminale potesse funzionare e la «giustizia potesse avere le sue vittime»[67].

Mr. Fergusson, come è intuibile, si difese dalle accuse e il Governo del Bengala fu molto soddisfatto della reazione dell'ufficiale[68]. In una lettera indirizzata alla Corte dei Direttori (8 novembre 1854) Frederick

James Halliday, *Lieutenant Governor of Bengal* dal 1854 al 1859, comunicò infine i risultati delle indagini condotte. Le autorità coloniali contestarono la sistematicità del ricorso alla tortura ma ammisero che la pratica fosse ancora in uso. Per escludere qualsiasi forma di complicità rispetto ai casi denunciati da William Theobald e rivendicare, allo stesso tempo, l'importanza della presenza britannica nei territori indiani, iniziarono a ricollegare lo "scandalo" suscitato dal fenomeno della tortura alla necessità di un'azione educativa dei sudditi coloniali. Secondo le autorità del Bengala, il fatto che gli ufficiali nativi facessero ricorso a pratiche di polizia tipiche del regime musulmano dimostrava l'urgenza della civilizzazione della colonia e, allo stesso tempo, evidenziava la portata civilizzatrice della dominazione coloniale: dopo tutto, era soltanto grazie alla vigilanza attiva, allo zelo, all'integrità degli agenti europei che un fenomeno tanto radicato nel tessuto sociale indiano riusciva ad essere controllato. Halliday, in particolare, esaltava il potenziale educativo della dominazione coloniale europea ma, allo stesso tempo, insisteva sulla difficoltà di dissuadere gli agenti nativi dal ricorrere alla tortura. Una concezione "gradualista" del processo di civilizzazione poteva infatti mostrare la pratica della tortura giudiziaria come uno stadio "intermedio" attraversato anche dall'Europa d'Antico Regime. Halliday faceva notare che, sebbene sconosciuta dal sistema di *common law*, la tortura giudiziaria «aveva costituito parte del sistema di diritto di molti paesi europei fino alla metà del secolo scorso, ed in Francia non era stata abolita fino al 1789»[69]. Secondo Halliday, il ricorso alla tortura nei territori indiani era indice della non piena modernità della colonia[70], circostanza, quest'ultima, che ostacolava non poco il corretto funzionamento della giustizia criminale.

Le contraddizioni che questo discorso tentava di occultare erano evidenti. Sebbene venisse stigmatizzato come pratica pre-coloniale, il ricorso alla tortura veniva riferito ai soggetti nativi incaricati di svolgere le funzioni di polizia, responsabili della protezione della comunità e del mantenimento dell'ordine pubblico. Proprio per assicurare il funzionamento del sistema criminale e implementare le regole di condotta imposte dal regime britannico, la polizia nativa – agente locale di un governo che pretendeva di essere moderno e civile, vettore, in colonia, della modernità occidentale – faceva ricorso a quelle pratiche espressive dell'inciviltà e della barbarie della società pre-coloniale. A partire dalla metà degli anni cinquanta dell'Ottocento i vertici della *East India Company* ammisero che la pratica della tortura era in uso «in ogni stato nativo dell'India e in ogni provincia britannica»[71].

Abbandonato l'iniziale atteggiamento di prudenza da parte delle autorità coloniali, gli ufficiali della *East India Company* iniziarono a manifestare un notevole zelo nel denunciare e punire le violazioni delle regole processuali da parte della polizia nativa. In una lettera datata 7 novembre 1855 Mr. Fergusson, il magistrato del distretto dei 24-Pergunnahs, rese conto di un caso di tortura verificatosi presso il *thana* Kidderpore e immediatamente punito[72]: il 27 ottobre 1855 il *keeper* della prigione di Alipore (Calcutta) comunicò al magistrato che un ladro di nome Muntoo era stato torturato dalla polizia. Il giorno seguente Mr. Fergusson si recò presso l'ospedale della prigione per raccoglierne la deposizione. Il ladro denunciò di essere stato lega-

to, sospeso per le braccia e ripetutamente colpito. Il magistrato, non avendo dubbi sulla veridicità della denuncia, procedette al rinvio a giudizio degli agenti nativi di polizia. La vicenda venne immediatamente comunicata al Governo del Bengala che manifestò la più grande approvazione per l'operato del magistrato[73]. Anche la rivista "The Philanthropist" sottolineò come il caso fosse stato risolto nel più breve tempo possibile. Il magistrato era stato informato del fatto dal *keeper* della prigione di Alipore, sebbene gli abitanti del villaggio avessero sentito l'uomo gridare. In qualsiasi paese europeo la popolazione stessa avrebbe dato l'allarme:

> No Bengalee cares one jot for human suffering, and the fact is at once the true explanation of the practice and the greatest obstacle to its suppression[74].

I casi di tortura documentati dagli ufficiali della *East India Company* offrono un'istantanea particolarmente interessante della realtà giudiziaria indiana e mostrano come il fenomeno fosse, talvolta, strettamente legato alla difficoltà di assicurare l'ordine dei territori periferici, all'incapacità degli agenti europei di fronteggiare fenomeni criminali particolarmente allarmanti, alla cattiva gestione degli affari criminali del distretto. In un documento datato 22 settembre 1855, ad esempio, si legge che Henry Brereton, un ufficiale europeo che operava nel distretto di Loodiana nel Panjāb, aveva illegalmente autorizzato alcuni soggetti nativi, i quali non appartenevano al corpo ufficiale di polizia, a svolgere in via del tutto informale compiti di indagine e di giudizio: sotto la direzione dell'ufficiale europeo i subordinati nativi sequestravano proprietà, traevano in arresto persone senza accusa e praticavano la tortura al fine di estorcere confessioni di colpevolezza[75]. Alcuni dei membri più rispettabili della comunità denunciavano di essere stati trattenuti in custodia per mesi, di essere stati pesantemente maltrattati, di aver subito furti di proprietà. Circostanza assai preoccupante, la popolazione nativa era al corrente del fatto che questi soggetti operavano alle dipendenze di Brereton e imputavano le malversazioni direttamente all'ufficiale europeo. Mr. Brereton si difese dalle accuse sostenendo di avere agito per garantire l'ordine del territorio. Le autorità coloniali spinsero affinché i subordinati nativi venissero severamente condannati, rilevarono l'ufficiale dai suoi incarichi senza tuttavia espellerlo dai ranghi del servizio pubblico. Dopo tutto, non v'era dubbio che Brereton fosse all'oscuro delle tecniche investigative utilizzate dai suoi dipendenti e che, come tutti gli ufficiali europei della *East India Company*, provasse la più profonda ripugnanza verso il ricorso alla tortura[76].

In questo come in altri casi di tortura, le autorità coloniali imputavano la pericolosa prevalenza del fenomeno da un lato alla difficoltà, incontrata dagli ufficiali europei, di svolgere un'efficace azione di vigilanza sull'operato della polizia e dall'altro lato al carattere violento degli agenti nativi, all'ignoranza della comunità indigena, alla sopravvivenza di remote e assai barbare superstizioni. L'attribuzione di un forte nucleo di potere delegato a soggetti particolarmente vicini al contesto locale – sebbene violentissimi e corrotti, nella rappresentazione delle autorità coloniali – costituiva, tuttavia, una misura necessaria ad arginare la criminalità dei distretti rurali. Ed infatti, nel dibattito che accompagnava, sovente, le denunce di tortura, non veniva messo in

discussione che il fenomeno potesse dipendere, in qualche misura, dai meccanismi processuali sperimentati nel *mofussil*, dalla particolare posizione sociale degli ufficiali di polizia, dal rapporto tra gli agenti nativi e i loro superiori europei.

Nonostante i silenzi del governo coloniale, è possibile rintracciare tra i documenti dell'amministrazione testimonianze capaci di rivelare lo strettissimo rapporto tra la cattiva gestione degli affari criminali del distretto da parte degli ufficiali della *East India Company* e il ricorso alla tortura da parte della polizia nativa. Secondo Mr. Goodwyn (un giudice criminale del distretto di Salem, Madras), ad esempio, era proprio il comportamento degli ufficiali europei più vicini al contesto rurale a stimolare la polizia nel ricorrere a metodi illegali di indagine e interrogatorio, soprattutto rispetto ai reati che turbavano la pace del distretto, ovvero a fenomeni criminali di particolare allarme sociale. Secondo il giudice di Salem una circostanza di tal genere si sarebbe verificata nei territori di Malabar (Madras) dove alla fine degli anni quaranta dell'Ottocento si era registrata la pericolosa frequenza dei reati di brigantaggio. La magistratura, nel tentativo di arginare il fenomeno, avrebbe fatto uso di metodi di indagine particolarmente pervasivi, come la detenzione in isolamento protratta per lunghi periodi di tempo, finalizzati ad ottenere la confessione dell'accusato[77]. Quest'atteggiamento degli ufficiali europei ebbe non trascurabili conseguenze: la polizia nativa si era convinta che la magistratura attribuisse la massima importanza alla confessione resa presso la stazione di polizia e fosse invece disinteressata a indagare sui metodi di interrogatorio o sulle eventuali denunce di maltrattamenti[78].

Nei territori del Bengala l'onere di mantenere l'ordine del territorio e di produrre prove valide per il giudizio incombeva principalmente sui magistrati di distretto. Questi ufficiali avevano poteri giurisdizionali e coordinavano le fasi iniziali del procedimento criminale. Nei casi che esorbitavano dalla loro giurisdizione erano poi incaricati dello svolgimento delle prime fasi istruttorie: i *district magistrates* dovevano esaminare i testimoni e riportare per iscritto la deposizione; all'apertura della sezione giudiziaria fornivano al giudice i verbali contenenti le denunce, gli estratti delle dichiarazioni testimoniali, le eventuali confessioni dell'accusato verbalizzate secondo le forme prescritte dalle *Regulations* processuali[79]. Per lo svolgimento degli incarichi istruttori, e specialmente rispetto ai reati che turbavano la pace della comunità (rapine, omicidi, brigantaggio), i magistrati si affidavano prevalentemente ai risultati delle indagini di polizia.

Le confessioni di colpevolezza verbalizzate dal *darogah*, in particolare, agevolavano non poco il magistrato nello svolgimento dei suoi compiti processuali. Una volta assicurata la confessione l'ufficiale era infatti dispensato dal produrre ulteriori prove, spesso di difficilissima ammissione, a carico dell'accusato. Sin dagli inizi dell'Ottocento le alte giurisdizioni criminali del Bengala e di Madras raccomandavano la massima circospezione nel ricevere dichiarazioni auto-accusatorie[80]. Tuttavia – è quanto emerge dai *reports* dei casi criminali trattati dalle corti superiori di giustizia – i magistrati e i giudici della colonia indiana condannavano, talvolta, sulla base di confessioni scarsamente attendibili e non supportate da elementi corroborativi[81]. La possibilità di allegare agli atti processuali

una dichiarazione auto-accusatoria, verbalizzata secondo quanto prescritto dalle regole processuali e confermata davanti al magistrato di distretto, avrebbe consentito di chiudere con una sentenza di condanna un processo criminale che, in assenza di altre prove valide, sarebbe necessariamente terminato con una assoluzione.

La difficoltà di assicurare la condanna dei criminali per carenza di prove complicava non poco il lavoro dei *district magistrates.* Secondo le regole processuali della presidenza del Bengala, i magistrati erano soggetti a specifici obblighi di comunicazione: una volta al mese i *district magistrates* dovevano rendere conto del loro operato trasmettendo ai giudici della *Nizamat Adalat* tutti i dati relativi alla gestione degli affari criminali del distretto nonché ogni informazione inerente le procedure giudiziarie da essi presiedute. L'efficienza dei *district magistrates* sarebbe stata valutata sulla base degli esiti dei processi celebrati nel distretto di appartenenza[82]: quante più sentenze di condanna fossero state emanate – circostanza che avrebbe dimostrato l'efficacia dell'operato del magistrato contro la criminalità del distretto – tanto più l'ufficiale sarebbe stato ritenuto potenzialmente idoneo per una promozione.

Affinché gli ufficiali del distretto potessero emanare una sentenza di condanna era necessario che le accuse mosse contro il prigioniero fossero confermate da prove assunte secondo le forme prescritte dalle *Regulations* processuali. Che i *district magistrates* attribuissero grande importanza alle confessioni rese dinanzi gli ufficiali nativi di polizia sembra dimostrato da una prassi processuale documentata negli anni cinquanta dell'Ottocento. Una volta scaduti i termini di custodia nella fase delle indagini, i prigionieri non ammessi a cauzione venivano trasportati nella prigione del distretto. Era preoccupazione costante dei magistrati curare che i detenuti gravati da una dichiarazione auto-accusatoria venissero tenuti separati dagli altri prigionieri[83]; inoltre, i magistrati esaminavano immediatamente e prima del giudizio – recandosi presso la prigione anche durante le ore notturne – soltanto i prigionieri che avevano reso una confessione di colpevolezza o che erano inclini a confessare al fine di assicurarsi l'elemento di prova che gli avrebbe consentito di chiudere il giudizio ovvero di completare il quadro probatorio da presentare ai giudici criminali[84].

5. *Poteri di polizia e controllo del territorio*

Tra il 1856-1857, le autorità coloniali del Bengala propendevano per una generale riorganizzazione del sistema di polizia della presidenza. Da lungo tempo gli ufficiali europei della *East India Company* lamentavano l'inefficacia delle forze di polizia nella prevenzione e nel controllo della criminalità rurale, manifestando non poca irritazione verso i poteri quasi "giudiziari" degli ufficiali nativi. Il dibattito sulla tortura aveva mostrato i pericoli insiti nei meccanismi dell'istruttoria criminale, evidenziando tutte le differenze esistenti tra il modello processuale indiano e quello metropolitano. Tuttavia l'amministrazione coloniale insisteva fortemente sulla necessità di salvaguardare la "pace pubblica" del *mofussil* ed era fermamente intenzionata a confermare i poteri investigativi e le competenze istruttorie della polizia nativa[85].

Le autorità coloniali ritenevano che l'insuccesso del modello di polizia, e più in generale del sistema di amministrazione delle aree periferiche, fosse dipeso, principalmente, dall'incapacità degli ufficiali europei di fronteggiare la criminalità rurale, di garantire l'ordine del distretto, di sorvegliare i subordinati nativi: i *district magistrates*, che avrebbero dovuto rappresentare l'immagine istituzionale della giustizia del *mofussil*, erano troppo giovani ed inesperti per la gestione degli estesissimi e turbolenti distretti rurali, la loro autorevolezza era assai modesta ed il loro numero era troppo esiguo per svolgere un'efficace azione di vigilanza sull'operato della polizia nativa[86]. Per supplire a queste carenze strutturali, il Governo del Bengala propose di riunire gli uffici di magistrato e *collector* secondo il modello sperimentato a Madras agli inizi del secolo, ricreando così un modello «patriarcale» di amministrazione territoriale, e di incrementare la vigilanza europea nelle aree rurali[87]. Sorprendentemente, le autorità coloniali scartarono l'opportunità di ridimensionare in maniera significativa i poteri di indagine della polizia nativa.

Le ragioni di questa scelta emergono in maniera abbastanza chiara da una lettera datata 24 settembre 1856 con la quale la *Court of Directors* suggeriva di separare il corpo di polizia del Bengala in due distinti segmenti[88]. Nella proposta, che guardava con favore al modello "misto" del Panjāb, ciascun segmento era dotato di funzioni e poteri diversi: da un lato un corpo di polizia preventiva, incaricato di salvaguardare la pace pubblica e privo di qualsiasi potere di indagine; dall'altro lato una polizia investigativa, dotata dell'autorità di svolgere inchieste e di produrre prove contro gli accusati. Secondo la *Court of Directors* era necessario evitare ogni concentrazione di potere nelle mani degli ufficiali nativi ed anche la riscossione dell'imposta fondiaria doveva essere separata da qualsiasi altra attività. Tuttavia, per ragioni di controllo del territorio era indispensabile dotare la polizia di forti poteri[89]. L'estensione dei distretti rurali imponeva di attribuire agli ufficiali nativi tutti gli strumenti necessari a svolgere un'inchiesta, a rintracciare eventuali testimoni, a garantirne la presenza in giudizio, ad assicurare, in breve, il corretto funzionamento della giustizia criminale.

Partendo da considerazioni analoghe anche la seconda *Indian Law Commission* ribadì la necessità di riconfermare il ruolo "processuale" della polizia. Nella preparazione di un codice di procedura penale per la Presidenza del Bengala (1856), la *Law Commission* argomentò a lungo la scelta di riprodurre buona parte della *Regulation XX of 1817*[90]: che le confessioni registrate dal *darogah* fossero spesso estorte o fabbricate appariva ampiamente provato, ma l'estensione dei territori dell'interno impediva di privare la polizia dei suoi strumenti di indagine. Tuttavia, pur senza interferire nel potere di ricevere informazioni volontarie, era necessario proibire alla polizia di esaminare l'accusato[91].

6. *Il "nuovo volto" della giustizia coloniale*

Con il passaggio del governo indiano dalla *East India Company* alla Corona d'Inghilterra (1858) l'assetto giuridico e istituzionale della colonia mutò radicalmente: l'*Indian High Courts Act* del 1861 sostituì le Corti superiori di giustizia, sia quelle istituite dalla Corona sia quelle istituite dalla *East*

India Company, con le *High Courts* di Calcutta, Madras, Bombay. In rapida successione vennero emanati l'*Indian Penal Code*, il primo sistema di diritto penale applicabile a tutta l'India britannica, e un codice di procedura criminale (*Act XXV of 1861*)[92].

Nel mutato contesto politico degli anni sessanta l'esigenza di controllo dei territori periferici era ancora fortemente avvertita. I reati di brigantaggio e i crimini contro la proprietà continuavano a costituire il fenomeno criminale meno controllabile del paese. Ancora nel 1861 gli amministratori coloniali riportavano che le bande di briganti, terribili e generalmente ben armate, erano equipaggiate per resistere ad ogni tentativo di arresto o di dispersione da parte della polizia. Nel Bengala, poi, l'esistenza di una criminalità "fluviale" rendeva particolarmente difficile assicurare l'ordine dei territori dell'interno[93]. In questi anni, nuovi ed efferatissimi casi di tortura vennero portati all'attenzione del pubblico indiano e inglese segnalando l'urgenza di una ridefinizione del sistema di polizia[94].

Attraverso l'*Act V of 1861* gli assetti organizzativi della polizia coloniale mutarono radicalmente. Presso ogni distretto l'amministrazione delle forze di polizia venne affidata ad un *district superintendent* europeo: quest'ufficiale, che aveva il potere di dismettere gli agenti di polizia ritenuti negligenti, agiva sotto la direzione e il controllo del *district magistrate* ed era responsabile nei suoi confronti dell'efficace funzionamento dell'attività di polizia[95]. Attraverso queste misure l'amministrazione coloniale voleva separare la sfera dell'amministrazione della giustizia dalla gestione degli affari di polizia ed implementare, per questa via, il controllo europeo sull'operato degli ufficiali nativi.

A pochi anni di distanza dall'entrata in vigore della nuova disciplina i vertici amministrativi della polizia del Bengala non mancavano di sottolineare che l'attività di vigilanza dei territori periferici, di prevenzione e repressione della criminalità fosse costante ed efficace[96]. Tuttavia, ancora sul finire degli anni sessanta dell'Ottocento vennero documentati ulteriori e assai significativi casi di coercizione illegale: nel 1867 millecinquecentosettanta agenti di polizia della presidenza del Bengala vennero giudicati e puniti dall'autorità giudiziaria. Nel distretto dei 24-Pergunnahs e a Jessore tre agenti, colpevoli di aver fatto ricorso alla tortura per estorcere confessioni di colpevolezza, vennero condannati alla detenzione con duro lavoro. Nel territorio di Noacolly un ufficiale venne condannato ad un anno di *rigorous imprisonment* per aver maltrattato tre donne al fine di ottenere informazioni su un caso criminale[97].

Profondamente mutata nei suoi assetti organizzativi, la polizia coloniale era dotata, ancora negli anni sessanta dell'Ottocento, di fortissimi strumenti investigativi. L'*Indian Code of Criminal Procedure* (*Act XXV of 1861*) confermò quasi tutti i poteri della polizia, compreso quello di prima valutazione del materiale probatorio, ma introdusse un'importante novità: la sezione 147 vietava agli ufficiali nativi di polizia di registrare eventuali ammissioni di colpevolezza rese nel corso delle indagini. Il codice di procedura penale del 1872 e quello successivo del 1882 (*Act X of 1882*) confermarono, rispetto alle indagini di polizia, il modello del 1861: l'*Act X of 1882*, in particolare, annoverava l'inchiesta tra le modalità di inizio del procedimento penale e affidava alla polizia la gestione delle prime fasi istruttorie. Il codice circondava la documentazione della

confessione di notevoli cautele ma estendeva vertiginosamente i termini di custodia preventiva[98]: se nel corso delle indagini fossero emersi elementi sufficienti a sostenere l'accusa, la polizia avrebbe potuto disporre la custodia preventiva dell'accusato per un termine non superiore a ventiquattro ore; tuttavia, il magistrato aveva il potere di estendere i termini di custodia per un periodo non eccedente quindici giorni[99].

Sebbene l'*Act X of 1882* estendesse ai sudditi nativi alcune delle garanzie processuali riservate ai *British subjects* residenti in colonia, il sistema processuale indiano differiva ancora profondamente dal "tradizionale" modello di *common law*[100]. Tale circostanza non poteva sfuggire a quei giuristi inglesi che avevano familiarità con il diritto e la società coloniale. Nell'opera del 1883 *A History of Criminal Law of England* James Fitzjames Stephen, che aveva ricoperto l'incarico di *Law member* presso il consiglio vicereale dal 1869 al 1872, sosteneva che proprio l'ampia sfera d'autonomia attribuita alla polizia coloniale segnasse una forte, ma tuttavia necessaria, discontinuità tra il modello processuale inglese e quello indiano[101]. La possibilità di condurre inchieste, il potere di prima valutazione degli elementi di prova e di rilascio su cauzione, costituivano infatti strumenti di indagine irrinunciabili a causa dell'esiguità del numero dei magistrati europei presenti sul territorio[102]. Secondo Stephen, sebbene le particolarità dell'universo coloniale rendessero improbabile un avvicinamento tra i due modelli, era tuttavia opportuno che l'attività degli ufficiali di polizia fosse soggetta ad un costante scrutinio da parte delle autorità coloniali. Dall'analisi della disciplina codicistica in tema di indagini preliminari emerge come un'attività di vigilanza sull'operato della polizia fosse particolarmente necessaria soprattutto in favore dei sudditi nativi: il codice di procedura penale stabiliva che le indagini relative agli *European British subjects* potessero essere condotte, nei territori dell'interno, soltanto da giudici di pace che fossero ad un tempo sudditi europei e magistrati del più alto grado[103].

Negli anni ottanta dell'Ottocento anche un altro *Law member* del consiglio vicereale indiano scriveva delle particolarità del processo criminale della colonia. In particolare, nell'opera del 1888 *The Anglo-Indian Codes* Whitley Stokes, componente del consiglio dal 1877 al 1882, sottolineava che il modello processuale realizzato attraverso il codice del 1882 combinava «i meriti del sistema inglese, o accusatorio» con gli strumenti di ricerca della verità offerti «dai sistemi continentali, o inquisitori»[104]. Il codice estendeva il modello del *trial by jury* ai giudizi riguardanti i soggetti nativi ed apprestava garanzie di *habeas corpus* a tutela della libertà personale di tutti i sudditi coloniali[105]. Tuttavia, i potenti strumenti di indagine attribuiti alla polizia nativa innestavano sull'impianto accusatorio di un modello regolato dal *trial by jury* una forte matrice inquisitoria contribuendo, così, ad avvicinare il sistema processuale di una colonia britannica alle procedure criminali dell'Europa continentale.

Ancora negli anni ottanta dell'Ottocento, i giuristi inglesi che avevano familiarità con il diritto indiano esprimevano non poche perplessità rispetto alle particolarità del modello processuale della colonia e, più in particolare, rispetto all'ampiezza della sfera di autonomia della polizia nativa[106]; tuttavia – è quanto emerge dal dibattito relativo alla riforma del sistema di polizia

della colonia e alla rivisitazione dei poteri di indagine degli ufficiali nativi – il corretto funzionamento della giustizia criminale costituiva un obbiettivo prioritario rispetto alla completa "costituzionalizzazione" delle procedure.

Cenni conclusivi

Era possibile eliminare, attraverso misure processuali e amministrative, la coercizione illegale dalla sfera della giustizia criminale indiana? Più in particolare, la ridefinizione degli assetti organizzativi della polizia e la predisposizione di meccanismi a tutela della libertà personale erano sufficienti a ridimensionare, in colonia, la scandalosa prassi della tortura?

Appena due anni dopo l'entrata in vigore dell'*Indian Code of Criminal Procedure* (*Act X of 1882*) nuovi casi di tortura vennero documentati nei territori del Bengala[107]. Nelle aree di Mymesingh, in particolare, un ufficiale di polizia venne assolto dalle accuse di tortura nonostante «le prove giustificassero una condanna»[108]. I vertici della polizia del Bengala fecero notare che la magistratura aveva mal gestito il caso: i ritardi imputabili all'*assistant magistrate* avevano consentito all'ufficiale di smaltire, facendo in pezzi e gettando nel fiume, il corpo del torturato[109]. Nell'estate 1888 nuove accuse vennero mosse contro la polizia del Bengala[110]. Sebbene anche quest'ultima vicenda si fosse conclusa con l'assoluzione degli imputati – tutti membri della polizia di Calcutta – il fenomeno della tortura era, ancora negli anni ottanta dell'Ottocento, attuale e difficilmente controllabile. Cercando di non ribadire considerazioni già svolte, è necessario sottolineare che, ancora sul finire del secolo XIX, la polizia costituiva l'elemento centrale dell'apparato repressivo indiano. Considerando che le fonti coloniali insistevano sul carattere violento degli ufficiali nativi, appare singolare che le riforme dei decenni 1860-1880 avessero confermato i poteri investigativi e le competenze istruttorie della polizia.

Le ragioni di questa scelta, da ricercare almeno in parte nell'esigenza di controllo dei territori rurali, contribuiscono a mostrare alcuni aspetti caratteristici della governamentalità indiana. L'amministrazione coloniale cercava di penetrare a fondo nella dimensione rurale ma l'articolazione del potere politico a livello periferico era del tutto deficitaria[111]. Come fenomeno prevalentemente locale, la tortura originava proprio dalle periferie del sistema e si infiltrava, per questa via, nei meccanismi di amministrazione della giustizia. Senza dubbio, il fenomeno dipendeva almeno in parte dai meccanismi processuali sperimentati in colonia e, più in particolare, dal rapporto tra polizia e magistratura. Ed infatti da un lato, i magistrati avevano pochi contatti con la dimensione rurale, incontravano non poche difficoltà nel documentare prove valide per il giudizio e, più in generale, nel "leggere" la società indigena; dall'altro lato, gli agenti nativi avrebbero fatto di tutto per salvaguardare la loro posizione, curando che questa non venisse compromessa da indagini senza risultati, dalla difficoltà di rintracciare elementi di prova, da delitti che rimanevano impuniti[112].

La tesi di un rapporto diretto tra i limiti culturali e "sociali", le difficoltà istruttorie, dei magistrati e il ricorso alla tortura da parte della polizia appare plausibile.

Come si è visto, le denunce di tortura che coinvolgevano gli ufficiali europei riguardavano, principalmente, i livelli più bassi dell'amministrazione della giustizia e, in particolare, i soggetti direttamente responsabili dei territori periferici. Gli ufficiali di giustizia più vicini al contesto rurale, il cui operato veniva valutato attraverso il rapporto tra condanne e assoluzioni, stimolavano, sia pure indirettamente, il ricorso a metodi pervasivi di indagine e di interrogatorio ed erano restii, talvolta, ad indagare sulle denunce relative ai loro diretti subordinati[113]. Per fare fronte allo scandalo suscitato dal dibattito sulla tortura, l'amministrazione britannica aveva elaborato, anzitutto, un discorso che faceva diretto riferimento all'"inciviltà" dei sudditi coloniali e aveva ridefinito, in secondo luogo, gli assetti organizzativi della polizia indiana. Infine, aveva elaborato un nucleo di garanzie processuali che limitavano l'attività di documentazione della confessione ma che, allo stesso tempo, interferivano poco con la sfera d'autonomia della polizia. Ed infatti, anche a seguito delle riforme del periodo 1860-1880, la polizia indiana aveva fortissimi poteri di indagine e interrogatorio e vantava una larga autonomia nella fase dell'inchiesta. Il ruolo "sociale" della polizia coloniale doveva, infatti, rimanere immutato: come istituzione intermedia tra le autorità coloniali e la dimensione periferica, la polizia continuava a costituire un'importante istituzione disciplinare utilizzata, principalmente, per assicurare il controllo politico della colonia. Il disciplinamento dei sudditi nativi passava necessariamente per il rispetto e l'applicazione costante della legge penale; di conseguenza, il sistema processuale doveva favorire al massimo l'attività di investigazione e produzione probatoria ed affidare tali attività ai soggetti più vicini al contesto rurale. Anche i *Legal members* J.F. Stephen e W. Stokes, i quali in virtù della loro posizione istituzionale ebbero parte attiva nella definizione del sistema processuale indiano, giustificavano le vistose deviazioni dal tradizionale modello di *common law* facendo leva proprio sulle particolarità della colonia e sulla necessità di assicurare il pieno controllo dei territori periferici[114].

Il fatto che, ancora sul finire del secolo, i casi di tortura venissero imputati principalmente agli ufficiali nativi di polizia riduceva, almeno in parte, le responsabilità del governo coloniale. L'amministrazione insisteva nel dire che, nonostante l'influsso civilizzatore della presenza britannica, la battaglia contro la tortura era costantemente ostacolata dalla sopravvivenza di antiche superstizioni, di una visione "barbara" della sfera del penale ben radicata nel tessuto sociale della colonia. Ed infatti insistendo, da un lato, sull'indole violenta e sul carattere non pienamente civile dei sudditi nativi e, dall'altro, sugli sforzi compiuti dagli ufficiali europei per arginare il fenomeno, l'amministrazione cercava di salvare l'immagine "politica" della colonizzazione britannica.

Non può sfuggire, tuttavia, che gli interventi della stagione 1860-1880 relativi alla sfera processuale furono tutt'altro che radicali e lasciarono largo spazio di azione alla polizia confermandone, in breve, il ruolo processuale. In particolare, le cautele relative alla documentazione della confessione – vero elemento "innovativo" introdotto dai codici di procedura rispetto alla fase delle indagini – riducevano soltanto in parte i rischi di un ricorso alla coercizione fisica: basti pensare che, sebbene a

partire dagli anni sessanta dell'Ottocento le confessioni registrate dalla polizia non potessero più essere usate in giudizio, gli ulteriori elementi di prova rintracciati grazie alla confessione resa da un soggetto in custodia continuavano a costituire prove valide e ammissibili[115]. In secondo luogo, non può sfuggire che, sebbene l'amministrazione britannica si dichiarasse scandalizzata dalla forte incidenza delle tortura, il ricorso a metodi di indagine particolarmente pervasivi favoriva, in un certo senso, il funzionamento del sistema criminale della colonia. Per diffondere ed implementare modelli di condotta civile conformi alla sensibilità europea ed espressivi di uno standard morale «superiore al livello generale della popolazione»[116], alla violazione della legge penale doveva necessariamente seguire una sanzione criminale. Era così che, secondo Alfred Comyn Lyall[117], «il codice penale sembra allo spirito incolto del popolo una vera rivelazione che dimostra come certi atti hanno conseguenze prima non percepite, e che mostra quanta poca differenza separa, nella vita pratica, la supremazia dall'infallibilità»[118]. Il ricorso alla violenza viziava totalmente i meccanismi dell'istruttoria penale e distorceva la verità ma costituiva, al tempo stesso, un potentissimo strumento di ricerca delle prove.

Non esistono documenti capaci di svelare il funzionamento "segreto" della tortura e le eventuali strumentalizzazioni politiche di questa pratica. Di certo, gli strumenti processuali, amministrativi e "istituzionali" predisposti dall'amministrazione per combattere il ricorso alla coercizione fisica furono in buona parte inefficaci. In ogni caso, più che dal particolare modello processuale vigente in colonia il fenomeno dipendeva, in ultima istanza, dalle logiche stesse della governamentalità coloniale: il governo indiano procedeva alla cooptazione dei segmenti alti della società indigena, e i suoi agenti nativi rivendicavano, anche attraverso un esercizio illegale e segreto dell'autorità delegata, fortissime istanze di inclusione.

[1] Sul punto, N. Thomas, *Colonialism's Culture. Anthropology, Travel and Government*, Princeton, Princeton University Press, 1994; R.J.K. Young, *Introduzione al postcolonialismo*, Roma, Meltemi, 2005; S. Mezzadra, *La condizione postcoloniale. Storia e politica nel presente globale*, Verona, Ombrecorte, 2008; L. Nuzzo, *Dal colonialismo al post-colonialismo, tempi e avventure del soggetto indigeno*, in «Quaderni fiorentini», n. 34/35, 2004/2005, pp. 464-508. Sull'elaborazione del concetto di "civiltà" come paradigma legittimante l'espansione coloniale si veda G.W., Gong, *The standard of "Civilization" in International Society*, Oxford, Clarendon Press, 1984, M. Koskenniemi, *The Gentle Civilezer of Nations: The Rise and Fall of International Law 1870-1960*, Cambridge, Cambridge University Press, 2001; L. Nuzzo, *Un mondo senza nemici. La costruzione del diritto internazionale e il controllo delle differenze*, in «Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», n. 38, 2009, pp. 1311-1381. Su tutti questi temi si veda da ultimo L. Nuzzo, *Origini di una Scienza. Diritto internazionale e colonialismo nel XIX secolo*, Frankfurt am Main, Klostermann, 2012. Per quanto riguarda l'India Britannica si veda R. Guha, *Dominance without Hegemony. History and Power in Colonial India*, Cambridge (MA.), London, Harvard University Press, 1997.

[2] Sulla possibilità di utilizzare la categoria foucaultiana di "governamentalità" (intesa come l'insieme delle pratiche e delle tecniche che assicurano il governo del territorio) con riferimento alla dimensione coloniale si rimanda al breve contributo di S. Manoukian, *Introduzione. Considerazioni inattuali*, pubblicato nell'annuario diretto da U. Fabietti «Antropologia», n. 2, 2002, pp. 5-15, e alla bibliografia ivi indicata.

[3] La citazione in A. Triulzi, *La colonia come spazio di esclusione*, in «Quaderni fiorentini», n. 34/35, 2004/2005, pp. 359-378, p. 360.

[4] Per una rapida panoramica dei rapporti tra governo inglese e *East India Company* si veda J. Dupont, *Common Law Abroad: Constitutional and Legal Legacy of the British Empire*, Buffalo (NY.), William S. Hein & Co., 2001, pp. 481-484. In particolare tra il 1600 e il 1858 il governo dei territori indiani era affidato agli ufficiali della *East India Company* i quali operavano dai tre quartieri generali di Calcutta, Madras e Bombay, ed erano a loro volta guidati dalla *Court of Directors*, l'organo esecutivo della *Company* operante a Londra. Nel 1784 il Parlamento d'Inghilterra emanò una legge (*The East India Company Act* meglio conosciuta come *Pitt's India Act*) attraverso la quale venne istituito il *Board of Control*, un organo composto dai membri del governo britannico i quali avevano un potere di veto sulle nomine degli ufficiali indiani. A partire dal 1874 il governo dell'India britannica venne condiviso tra la *East India Company* e la Corona d'Inghilterra. Attraverso l'*Act for the Better Government of India* del 1858 il governo dei territori indiani venne definitivamente trasferito dalla *East India Company* alla Corona. Sull'*Act* del 1784 e, in generale, sugli sviluppi costituzionali indiani tra la fine del Settecento e la prima metà dell'Ottocento si veda J. Malcolm, *The Political History of India from 1784 to 1823*, 2 voll., London, John Murray & Co., 1826.

[5] Attraverso l'istituzione delle *Supreme Courts of Judicature* di Calcutta (1773), Madras (1801) e Bombay (1823), le quali sostituirono le *Majour's Courts* ivi in precedenza istituite, il diritto criminale inglese divenne il diritto "locale" delle *Presidency towns*, nonché il diritto "personale" di tutti i sudditi inglesi residenti nell'India britannica.

[6] Oltre che, naturalmente, la separazione tra la dimensione giuridica dei nativi residenti nel *mofussil* e quelli residenti nelle *Presidency towns*.

[7] Sul modello processuale vigente nelle *Presidency towns* si veda C. Fawcett, *The First Century of British Justice in India: an account on the Court of Judicature at Bombay, established in 1672, and of other courts of justice in Madras, Calcutta and Bombay, from 1661 to the latter part of the Eighteenth Century*, Aalen, Scientia Verlag, 1979. Sulla recezione del *common law* in India, M.C., Setalvad, *The Common Law in India*, London, Stevens & Sons, 1960; V. Bose, *The Migration of the Common Law, 5. India*, in «The Law Quarterly Review», n. 76, gennaio 1960, pp. 59-63; M. Lau, *The reception of Common Law in India*, in *La reception Des Sistemes Juridiques: Implantation at Destin. Textes presentes au premier colloque international du Centre international de la common law en français (CICLEF)*, Bruxelles, Bruylant, 1994, pp 267-289. Sul potere delle *Supreme Courts of Judicature* di emanare ordini di *habeas corpus*, P.D. Halliday, *Habeas Corpus. From England to Empire*, Cambridge (MA.), Harvard University Press, 2010, p. 287.

[8] Si veda *The Fifth Report from the Select Committe on the Affairs of the East India Company*, in PP, 1812, vol. 7, n. 377, p. 42. Cfr. J. Minattur, *Legal Systems in British Indian Settlements*, in «Journal of the Indian Law Institute», n. 15/4, 1973, pp. 582-593; M.R. Anderson, *Legal Scholarship and the Politics of Islam in British India*, in *Perspectives on Islamic Law, Justice, and Society*, edited by R.S. Khare, Lanham, Rowman & Littlefield Publishers, 1999, pp. 61-91; T.K. Banerjee, *Background to Indian Criminal Law*, Calcutta, Cambray & Co., 1990; J. Fisch, *Cheap lives and dear limbs*, *The british transformation of the Bengal Criminal Law 1769-1817*, Wiesbaden, Franz Steiner Verlag, 1983, pp. 43-44.

[9] Si trattava di un sistema ibrido, composto in parte dalle regole della *sharia* interpretate secondo le dottrine della scuola hanafita e in parte dalla legislazione positiva della colonia. Sul punto si veda Anderson, *Legal Scholarship* cit.; J. Schacht, *Introduzione al diritto musulmano*, Torino, Edizioni della Fondazione Giovanni Agnelli, 1995, p. 103.

[10] Per un resoconto e un'analisi delle *Regulations* del Bengala sull'amministrazione della giustizia criminale dal 1793 al 1831 si veda *Regulations for the Administration of Criminal Justice*, *Report from the Select Committee on the Affairs of the East India Company; with minutes of evidence in six parts, and an appendix and index to each. (Judicial)*, in PP, 1831-32, vol. XII, n. 735-IV, pp. 703-740, in particolare pp. 728-737.

[11] R. Singha, *A Despotism of Law. Crime and Justice in Early Colonial India*, Delhi, Oxford University Press, 1998, pp. 1-35, 49-60; Id, *The privilege of taking life: Some "anomalies" in the law of homicide in the Bengal Presidency*, in «The Indian Economic and Social History Review», n. 30/2, 1993, pp. 181-214. Cfr. K.K., Raman, *Utilitarianism and the Criminal Law in Colonial India: A Study of the Practical Limits of Utilitarian Jurisprudence*, in «Modern Asian Studies», n. 28/4, 1994, pp. 739-791.

[12] Sui problemi relativi all'amministrazione della giustizia criminale nei territori del *mofussil* si veda, *Report from the Select Committee on the Affairs of the East India Compa-*

ny, cit. Si veda anche B.K. Acharyya, *Codification in British India*, Calcutta, S.K. Banerji & Sons, 1914, pp. 75-103.

[13] Cfr. *The Fifth Report* cit., p. 42.

[14] L'espressione è tratta dal preambolo della *Regulation* XVII del 1817 per la presidenza del Bengala. *Regulations passed by the Governor General in Council of Bengal, in the year 1817. N. XVII*, in PP, 1819, vol. XIII, n. 583, pp. 1-131.

[15] Si veda *Regulation IX of 1793* in *Report from the Select Committee on the Affairs of the East India Company*, cit., pp. 718-719.

[16] Si veda Schacht, *Introduzione* cit., pp. 201-206. Cfr. L. Sansone, *Diritto penale e Processuale musulmano da Sidi Khalil*, Napoli, Angelo Trani, 1913, pp. 117-118 e 121.

[17] Se la prova raggiunta in giudizio non era sufficiente per condannare l'imputato ad una delle pene fisse stabilite dal Corano (*hadd* ovvero *kisas*) il giudice poteva infliggere una sanzione meno severa di quella prevista dalla legge; in tali casi la severità della pena dipendeva dalla quantità della prova raggiunta contro l'accusato. La *Regulation LIII of 1803* per la presidenza del Bengala abolì la possibilità di infliggere pene discrezionali in caso di insufficienza di prove. Cfr. Fisch, *Cheap lives and dear limbs* cit., pp. 18 e 66-69.

[18] La citazione è tratta dal preambolo della *Regulation* XVII del 1817 per la presidenza del Bengala. *Regulations passed by the Governor General in Council of Bengal*, cit.

[19] *Mr. Secretary Dowdeswell's report on the general state of the police of Bengal*, in *The Fifth Report* cit., pp. 603-618, in PP, 1812, vol. 7, n. 377. Sull'inefficienza del sistema di polizia si veda anche *Papers relating to the East India affairs. Answers to interrogatories of the Governor General; and new system of revenue, and of judicial administration (1801); police of the district; missionaries; religion of the Hindoos; infanticide; first introduction of Cristianity into India*, in PP, 1812-13, vol. IX, n. 264.

[20] *Mr. Secretary Dowdeswell's report* cit. p. 611.

[21] Sulla criminalità europea nelle aree rurali, E. Kolsky, *Colonial Justice in British India. White violence and the Rule of Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010.

[22] Questo punto è stato messo in luce da E. Kolsky, *Codification and the Rule of Colonial Difference: Criminal Procedure in British India*, in «Law and History Review», n. 23/3, Fall 2005, pp. 631-683, in particolare p. 655. Kolsky spiega questo punto in riferimento alle polemiche che seguirono l'emanazione del Black Act del 1836.

[23] Le proposte di legge si possono leggere in E. Law, *Tyranny in India! Englishmen robbed of the blessing of Trial by Jury and English Criminal Law. Christianity insulted!!!*, London, J. Ridgway, 1850, pp. 1-8. Sono venuto a conoscenza di questa fonte grazie alla lettura di Kolsky, *Codification and the Rule of Colonial Difference*, cit.

[24] Edward Law (1790-1871).

[25] Law, *Tyranny in India!* cit., p. 28.

[26] Ivi, p. 31.

[27] Nonostante esistano diversi contributi dedicati alla tortura nella colonia indiana, il tema non può dirsi ancora esaurito. In particolare, prendendo come spunto il ricorso alla tortura da parte della polizia nativa, la storiografia si è soffermata sul ruolo di tale istituzione nella società coloniale nonché sull'elaborazione dell'apparato discorsivo che circondava, in colonia e in madrepatria, il fenomeno. Si veda D. M. Peers, *Torture, the Police, and the Colonial State in the Madras Presidency, 1816-55*, in «Criminal Justice History», n. 12, 1991, pp. 29-56; A. Rao, *Problems of Violence, States of Terror. Torture in Colonial India*, in «Economic and Political Weekly», October 27, 2001, pp. 4125-4133; M. Ruthven, *Torture. The Grand Conspiracy*, London, Weidenfeld and Nicolson, 1978.

[28] Cfr. Peers, *Torture* cit., pp. 31-33; Rao, *Problems of Violence* cit., pp. 4126-4128.

[29] C.A. Bayly, *La nascita del mondo moderno. 1780-1914*, Torino, Einaudi, 2004, pp. 311-316, in particolare p. 312; R. Singha, *A Despotism of Law. Crime and Justice in Early Colonial India*, Delhi, Oxford University Press, 1998, pp. 1-4; 21-35.

[30] Cfr. Fisch, *Cheap lives and dear limbs* cit., pp. 49-57. Anche i sacrifici umani e le uccisioni rituali, pratiche con fortissimo radicamento religioso, iniziarono ad essere dichiarati illegali ed equiparati, dal punto di vista sanzionatorio, all'omicidio volontario. Cfr. Singha, *The privilege of taking life* cit.

[31] Il riferimento è alla regola n. 35 del piano di Warren Hastings (1772). Sul punto, Singha, *A Despotism of Law* cit., pp. 27-28.

[32] *Regulations for the Administration of Criminal Justice*, *Report from the Select Committee on the Affairs of the East India Company; with minutes of evidence in six parts, and an appendix and index to each. (Judicial)*, cit.

[33] Peers, *Torture* cit., pp. 31-33; Rao, *Problems of Violence* cit., pp. 4126-4128, in particolare p. 4127.

[34] Cfr. T.K.V. Kumar, A. Verma, *Hegemony, Discipline and Control in the Administration of Police in Colonial India*, in «Asian Criminology», n. 4, 2009, pp. 61-78, in particolare pp. 64-68.

[35] *Copy of the 15th and 35th interrogatories; proposed, by the Governor General in Council of Bengal, to the Judge of Circuit, and the Zillah Judge, in 1801: with, the answers of the said Judges to those interrogatories*, in PP, 1812-13, vol. VIII, n. 166, p. 8.

[36] Cfr. Peers, *Torture* cit., pp. 31-33.

[37] Ricevuta la denuncia e raggiunto il luogo del delitto, il *darogah* interrogava gli eventuali testimoni sulle circostanze del fatto al fine di ottenere informazioni utili allo svolgimento delle indagini; tutti i risultati delle investigazioni sarebbero stati riportati per iscrit-

to alla presenza degli abitanti di buona reputazione delle aree interessate dall'inchiesta, i quali avrebbero dovuto confermare le circostanze trascritte dal *darogah*, e sarebbero stati successivamente presentati al magistrato del distretto. La *Regulation XX of 1817* vietava espressamente ai *darogahs* di imporre ai testimoni di giurare sul contenuto delle loro dichiarazioni; tuttavia, gli ufficiali di polizia erano tenuti ad assicurare la presenza dei testimoni davanti al magistrato del distretto. La *Regulation XX of 1817* per la presidenza del Bengala si può leggere in PP, 1819, vol. XIII, n. 583.

38 Si veda *Regulation XX of 1817*. Secondo il diritto musulmano, affinché una confessione resa fuori dal giudizio potesse avere valore di prova era necessario che questa fosse certificata da almeno due testimoni incensurabili. Sul punto, Sansoni, *Diritto penale* cit., p. 121.

39 In questi meccanismi processuali, mutuati dalla prassi precoloniale, gli osservatori europei non potevano che rivedere le antiche istituzioni dell'Inghilterra feudale, il *tithing*, il *franck-pledge*. Sul punto, *Art.IV. The village watch in Bengal; or a century of abortive reform*, in «Calcutta Review», n. 80/159, gennaio 1885, pp. 97-119, in particolare p. 98.

40 Si veda *Papers relating to the East India affairs. Answers to interrogatories of the Governor General; and new sistem of revenue, and of judicial administration (1801); police of the district; missionaries; religion of the Hindoos; infanticide; first introduction of Cristianity into India*, cit. Si veda anche *The fifth report from the select Committe on the Affairs of the East India Company*, cit., pp. 560 ss.

41 *Regulation XX of 1817*, sec. XIX (*Second*).

42 *From W. Theobald, Esq., to W. Grey*, in *Copy of letter from the Court of Directors of the East India Company to the government of Bengal, dated 2 August 1854, and reply of the Lieutenant-Governor of Bengal, dated 8 November 1854; and of inquiry and report with reference to the statement of Mr. Theobald as to the employment of torture by the police*, pp. 7-9, la citazione a p. 9., in PP, 1854-55, vol. 40, n. 183.

43 Su questi temi, P. Fiorelli, *La tortura giudiziaria nel diritto comune*, 2 voll., Milano, Giuffrè, 1953-1954; J.H. Langbein, *Torture and the Law o Proof. Europe and England in the Ancien Régime*, Chicago-London, The University of Chicago Press, 1977; B. Durand, L. Otis-Cour (sous la direction de), *La torture judiciaire. Approches historiques et juridiques*, 2 voll., Lille, Centre d'histoire judiciaire Editeur, 2002.

44 Nonostante la *sharia* vietasse il ricorso alla coercizione fisica come mezzo di ricerca delle prove, l'utilizzo della tortura costituiva un fenomeno tutt'altro che sconosciuto alla tradizione musulmana. Nei paesi in cui vigeva il diritto musulmano l'amministrazione della giustizia criminale veniva regolata, da un lato, dalla *sharia* e, dall'altro lato, da un sistema normativo basato sul diritto consuetudinario e sulle decisioni del potere politico: nei territori dell'Impero Ottomano, ad esempio, la tortura veniva ampiamente impiegata nella prassi giudiziaria criminale ed era indicata con il termine *orf*, ovvero uso comune (ho tratto questa notizia da Singha, *A Despotism of Law* cit., p. 67, in nota, la quale a sua volta si è documentata sul testo di U. Heyd, *Studies in old Ottoman criminal law*, Oxford, Clarendon Press, 1973). Sul ricorso alla tortura come strumento di ricerca delle prove nel mondo musulmano si veda anche B. Johansen, *Verità e tortura: ius commune e diritto musulmano tra il X e XIII secolo*, in F. Héritier (a cura di), *Sulla violenza*, Roma, Meltemi, 1997, pp. 99-135, in particolare pp. 131-132 (nota 37). Su questi temi si veda anche Fisch, *Cheap lives and dear limbs* cit., pp. 19-20, E. Tyan, *Histoire de l'organisation judiciaire en pays d'Islam*, Leiden, E. J. Brill, 1950, pp. 433-616.

45 Peers, *Torture* cit., p. 33.

46 *India-Tenure of land in Madras*, House of Commons (11 July 1854), in *Hansard's Parlyamentary Debates. Third Series*, 1854, vol. CXXXV, pp. 43-90. Il dibattito riguardava i diritti di possesso (*tenure*) dei terreni di Madras.

47 Ivi, p. 61.

48 Ivi, p. 89.

49 *Judicial department, 2 August (No. 11) 1854. Our Governor of the Presidency of Fort William, in Bengal*, in *Copy of letter from the Court of Directors of the East India Company to the government of Bengal*, cit., pp. 3-4.

50 Si veda *Torture (Madras) Return to an Order of the Honourable The House of Commons, dated 23 July 1855;-for, Copy of Report of the Commission for the Investigation of Alleged Cases of Torture at Madras*, in PP, 1854-55, vol. 40, n. 420.

51 Il più importante contributo sul tema è quello di Peers, *Torture* cit.

52 La *Regulation XI of 1816* si può leggere in PP, 1819, vol. XIII, n. 38.

53 L'espressione è stata utilizzata dal *Board of Revenue* nel 1818. *Torture (Madras)*, cit., p. 8. Sui poteri dei *tehsildars* si veda *Madras Regulation XI of 1816*, in *Regulations Passed by the Governor in Council of Fort St. George, in the Year 1816*, in PP, 1819, vol. 13, n. 38.

54 *Torture (Madras)* cit., p. 34.

55 *Ibidem*.

56 Su questi temi, cfr. Rao, *Problems of Violence* cit., pp. 425-426.

57 Si veda in particolare *Torture in India*, House of Lords, 3 April 1856, in *Hansard's Parlyamentary Debates*, vol. 141 cc. 377-384; *Torture in India*, House of Lords, 14 April 1856, in *Hansard's Parlyamentary Debates*, vol. 141 cc. 964-969. Per una sintesi di quest'ultimo dibattito si veda *Torture in India*, in «The Spectator for the week ending saturday», n. 1451, April 19, 1856, p. 412.

58 Si veda *From Hodgson Pratt, Esq., Under Secretary to the Government of Bengal, to W. Theobald*, in *Copy of letter from the Court of Directors of*

the East India Company to the government of Bengal, cit., p. 4.

59 «Due donne, un gentiluomo ed io, risalivamo da Barrackpore, portando una borsa contenente 400 rupie che al nostro arrivo non è stata ritrovata» (traduzione mia). Il caso fu denunciato alla polizia locale e il *darogah*, dopo un'indagine senza risultati, propose di torturare attraverso *thumb-screw* un uomo da lui sospettato. *From W. Theobald, Esq., to Hodgson Pratt, Esq., Under Secretary to the Government of Bengal*, Ivi, pp. 5-6. La citazione riportata in nota è a p. 5. Un riferimento alle denunce di W. Theobald si trova anche in Ruthven, *Torture* cit., pp. 183-184.

60 Si vedano, in particolare, *Minute by the Right Honourable the Governor-General. 18 February 1857* e *Minute by the Honourable Lieutenant Governor of Bengal. Police and Criminal Justice in Bengal. 30 April 1856*. In *Police (Bengal presidency). Copy of the despach from the government of India to the Court of Directors of the East India Company, dated 14th day of May 1857, with its several inclosures, relating to the system of police in the Bengal presidency*. Rispettiv. pp. 79-89; 43-69. in PP, 1857, Session 2, vol. 29, n. 198.

61 Si veda *Bengal Regulation XX of 1817*, cit.

62 *From W. Theobald, Esq., to Hodgson Pratt, Esq., Under Secretary to the Government of Bengal*, cit., p. 6.

63 *From W. Grey, Esq., Secretary to the Government of Bengal, to W. Theobald, Esq.*, in *Copy of letter*, cit., pp. 6-7.

64 *From W. Theobald, Esq., to W. Grey, Esq., Secretary to the Government of Bengal*, cit., p. 7. Il caso venne comunque rintracciato dal magistrato di Bhear, Mr. Fowle, e fu oggetto di una fitta corrispondenza con il Governo. Si veda *Copy of a despatch from the President of the council of India in council, dated 18 April 1855, as to an alleged case of torture in India (in continuation of Parliamentary Paper, no. 183, of session 1855)*, in PP, 1854-55, vol. 40, n. 346.

65 *From W. Theobald, Esq., to W. Grey, Esq., Secretary to the Government of Bengal*, cit. p. 8.

66 *Ibidem*. Traduzione mia.

67 *Ibidem*. Traduzione mia.

68 *From the Magistrate of the 24 Pergunnahs to the Secretary to the Government of Bengal*, in *Copy of letter* cit., p. 10.

69 *Goverment of Bengal. Judicial, No. 26 of 1854. To the Honourable the Court of Directors of the East India Company*, in ivi, p. 4.

70 Come è noto, una delle chiavi di lettura utilizzate tra Otto e Novecento dalla dottrina colonialista per fornire legittimazione teorica alle pratiche dell'occupazione territoriale e della conquista, nonché per giustificare la sperimentazione coloniale di modelli di governo incompatibili con le forme politiche della madrepatria era costituita dallo scarto di temporalità tra la metropoli e la colonia: se l'universo occidentale rappresentava sé stesso come civile e moderno, la dimensione coloniale non poteva che essere relegata in un «premoderno senza fine». Nuzzo, *Dal colonialismo al post-colonialismo*, cit., p. 479 il quale spiega questo punto soprattutto con riferimento al caso italiano e attraverso le tesi di Santi Romano. Alcuni esempi della rappresentazione dell'India come dimensione pre-moderna si trovano in H.S. Maine, *The Effects of Observation of India on Modern European Thought. The Rede Lecture*, London, Murray, 1875; A.C. Lyall, *Etudes sur les moeurs religieuses et sociales de l'extreme-orient*, Paris, Ernest Thorin, 1885; J.R Seeley, *L'espansione dell'Inghilterra*, in *Biblioteca di scienze politiche e amministrative*, diretta da A. Brunialti, II serie, Torino, Unione Tipografico Editrice, 1897.

71 *Home Department, 22 September (No.15) 1855. To the Honourable the Court of Directors of the East India Company*, in *Copy of all letters, or extracts from letters, relating to cases of alleged torture in India, which have been received by the Court of Directors of the East India Company since the 12th day of Settember 1855; togheter with a copy of instructions issued by the Court of Directors of the East India Company on the same subject*, PP, 1857 (2), vol. 29, n. 117. Citato alla p. 1. Su questi temi, cfr. Rao, *Problems of Violence* cit., pp. 425-426. In particolare, Anupama Rao ha documentato, partendo da un caso di tortura verificatosi nei territori di Bombay, i principali discorsi elaborati dalla *East India Company* per escludere ogni forma di complicità rispetto al fenomeno della tortura.

72 *Letter from the Magistrate of the 24 Pergunnahs to the Commissioner of Circuit, Nuddeah Division, 7 November 1855*, in *Copy of all letters* cit., pp. 10-11.

73 *Letter from the Commissioner of Circuit, Nuddea Division, to the Secretary to the Government of Bengal. Allepore, 13 November 1855* e *Letter from the Under-Secretary to the Government of Bengal to the Commissioner of Circuit, Nuddea Division. Fort William, 17 December 1855*, in *Copy of all letters* cit., pp. 9-10 e 11-12.

74 *«The Philanthropist, and prison and reformatory gazette; a record of social amelioration, and journal of charitable institutions»*, Printed by George Watson, Published at the Philanthropist Office, 289, Strand, London, Saturday, March 1, 1856. N. 10, March 1, London, 1856, p. 248.

75 *Charges against Mr. Brereton, Loodiana District. Extract Political letter from India, 22 December 1855*, in *Copy of all letters* cit., p. 27.

76 *Ibidem*.

77 Testimonianza di T.W. Goodwyn, Esq., *Civil and Session Judge of Salem*, riportata in *Torture (Madras)* cit., pp. 113-118.

78 Ivi, p, 118.

79 *Regulations for the Administration of Criminal Justice*, cit., pp. 703-712; cfr. *The Fifth Report* cit., pp. 37-39.

80 Per quanto riguarda la *Nizamat Adalat* si veda *Reports of cases de-*

termined in the Court of Nizamut Adawlut, For 1855, vol. V. Part II, Thacker, Spink and Co, Calcutta, 1856. Con riferimento alle corti di Madras si veda Peers, *Torture* cit., p. 34, il quale ha documentato come, già a partire dal primo decennio del secolo XIX, la *Faujdary Adalat* di Madras istruisse periodicamente i magistrati sulle violenze praticate dalla polizia nel corso delle indagini.

[81] Si veda *Art. VI. Reports of the Cases determined in the Court Of Nizamut Adawlut at Calcutta for 1855*, in «Calcutta Review», n. 28 e 56, giugno 1857, pp. 462-486.

[82] Singha, *A Despotism of Law* cit., pp. 69-70. Cfr. Law, *Tyranny in India!* cit., p. 28.

[83] Sin dagli inizi dell'Ottocento gli ufficiali della *East India Company* lamentavano che i prigionieri avvezzi al mondo criminale ammonissero gli accusati che avevano confessato di ritrattare le loro dichiarazioni complicando, in questo modo, l'emanazione di una sentenza di condanna. Tuttavia, la prassi giudiziaria dimostrava che anche le confessioni rese agli ufficiali di polizia e successivamente ritrattate – sulla cui autenticità avrebbero giurato, nel corso del giudizio, tre o più soggetti di provata condotta incensurabile – avrebbero potuto costituire prove sufficienti per una condanna penale. *Appendix E, Minutes of evidence taken before the Commission appointed to examine and consider the reform of the judicial establishments, judicial procedure, and laws of India. Saturday, 25th November 1854. The right Hon. Sir Edward Ryan in the Chair*, pp. 251-256 (in particolare, pp. 253-254), in *First report of Her Majesty's commissioners appointed to consider the reform of the judicial establishments, judicial procedure, and laws of India, & c.*, PP, 1856, vol. 25, N. 2035.

[84] *Ibidem*.

[85] *Copy of a despatch relating to the system of police in the Bengal presidency*, PP, 1857- I, vol. 11, N. 127, pp. 1-5.

[86] *Minute by the Honourable Lieutenant Governor of Bengal. Police and Criminal Justice in Bengal. 30 April 1856*, in *Copy of a despatch relating to the system of police in the Bengal presidency*, cit., p. 67.

[87] Un modello cioè che concentrasse differenti poteri e funzioni in capo al minor numero possibile di ufficiali. Ivi, p. 58. Cfr. *Minute by the Right Honourable the Governor-General. 18 February 1857*, cit., p. 85.

[88] *Copy of a despatch relating to the system of police in the Bengal presidency*, cit., p. 4.

[89] *Ibidem*. Si vedano, in particolare, i paragrafi 20-23.

[90] *First report of Her Majesty's commissioners appointed to consider the reform of the judicial establishments, judicial procedure, and laws of India*, cit., p. 110.

[91] Ivi, *Appendix E, Minutes of evidence taken before the Commission appointed to examine and consider the reform of the judicial establishments, judicial procedure, and laws of India. Saturday, 25th November 1854. The right Hon. Sir Edward Ryan in the Chair*, pp. 251-256.

[92] Sul punto, S.V. Desika Char, *Centralised legislation. A History of the Legislative system of British India from 1834 to 1861*, Delhi, University of Delhi, 1963, pp. 288, ss.

[93] 1861(265-I). *East India. Statement exhibiting the moral and material progress and condition of India, during the year 1859-60*, pp. 8 ss.

[94] C.T. Buckland, *Police Torture and Murder in Bengal. Reports of two trials of the police of the district of Burdwan, in August and September 1860. Confirmed by the Sudder Nizamut*, Calcutta, Savielle & Cranenburgh, Printers, 1861.

[95] All'interno di ogni *General District of Police* (il quale poteva comprendere una presidenza o parte di essa, ovvero una provincia) la soprintendenza delle forze di polizia spettava direttamente ai vertici del potere esecutivo locale. L'amministrazione veniva esercitata, nell'ambito del distretto generale, dall'*Inspector General*, il quale poteva essere coadiuvato da un *Deputy-Inspector General* e un *Assistant-Inspector General.* Nella Presidenza del Bengala le forze di polizia – organizzate sul modello dell'*English Constabulary* – vennero divise in *District Police*, *Municipal Police*, *Village Police.* Accanto a questi corpi, una polizia di frontiera, con organizzazione militare e priva di poteri investigativi, e una *Railway Police*. Gli ufficiali di polizia vennero inquadrati nei ranghi di *Inspector*, *Sub-Inspector*, *Head-Constable*, *Constable*. L'*Act V of 1861* si trova in H.T. Prinsep, *The Code of Criminal Procedure, [ACT XXV. of 1861, and ACT VIII of 1869] and other laws and rules of practice, relating to procedure in the criminal courts of British India*, Calcutta, Thacker, Spink, & co., 1869.

[96] Si veda J.R. Pughe, *Report on the Police of the several districts of the Lower Provinces of the Bengal Presidency in the year 1867*, Calcutta, Thomas S. Smith City Press, 1868, vol. I, pp. 69-70.

[97] Ivi, pp. 50-51.

[98] Secondo la sez. 164, il magistrato doveva riportare nel fascicolo del procedimento (*record*) la sua personale valutazione sulla volontarietà della dichiarazione. Già l'*Evidence Act* del 1872 (*Act I of 1872*) specificava, riprendendo la sezione 149 del codice di procedura del 1861, che una confessione di colpevolezza resa durante la custodia di polizia poteva essere utilizzata come prova in giudizio soltanto se resa in presenza di un magistrato. L'*Act* si trova in W. Stokes, *The Anglo-Indian Codes*, vol. II, *Adjective Law*, Oxford, Oxford University Press, 1888, pp. 842-936.

[99] Si veda *Act X of 1882*, sez. 167.

[100] In particolare, il codice attribuiva alle *High Courts* il potere di emanare ordini di *habeas corpus* in favore di ogni persona detenuta illegalmente all'interno delle rispettive giurisdizioni; anche il modello del *trial by jury*, che aveva da sempre caratterizzato le procedure delle *Supreme Courts of Judicature*, veniva esteso ai giudizi

delle Corti di sessione.

[101] Stephen, *A History of the Criminal Law of England*, cit., vol. III, p. 332.

[102] Ivi, p. 331.

[103] Nel febbraio 1883, Lord Ripon – Governatore Generale e Viceré dell'India (1880-1884) – propose di sottoporre i soggetti di nascita britannica residenti nel *mofussil* alla giurisdizione criminale dei magistrati e dei giudici nativi. La proposta venne approvata nel 1884 (*Act III of 1884*). Anche dopo il 1884 i *British subjects* continuarono a beneficiare di notevoli privilegi di carattere processuale: tra questi, il diritto ad essere giudicati, per i casi punibili con una pena superiore ad un anno di reclusione, direttamente presso le *High Courts* e il diritto ad essere giudicati, anche nelle cause conoscibili dal magistrato del distretto, attraverso una giuria di verdetto composta almeno per metà da soggetti europei. Si veda Stokes, *The Anglo-Indian Codes* cit., vol. II, pp. 27 ss.

[104] «It combines the merits of the English, or accusatory, system, with some of the facilities for arriving at truth afforded by the continental, or inquisitorial, systems». Stokes, *The Anglo-Indian Codes* cit., vol II, p. 35.

[105] In particolare, il codice attribuiva alle *High Courts* il potere di emanare ordini di *habeas corpus* in favore di ogni persona detenuta illegalmente a prescindere dalla sua nazionalità all'interno delle rispettive giurisdizioni.

[106] Whitley Stokes ad esempio, così si esprimeva rispetto all'estensione dei termini di custodia cautelare: «On the one hand, there is strong objection to allowing an accused person to be detained at a police-station longer than is necessary, and, on the other, to insist on his being forwarded to the magistrate, when his presence on the spot may be indispensable for tracking out crime or recovering property, might be a serious impediment to justice». Stokes, *The Anglo-Indian Codes* cit., vol II, p. 12. Si veda poi Stephen, *A History of the Criminal Law of England*, cit., vol. III, pp. 332 ss.

[107] Nel 1884 vennero documentati casi di tortura nei territori di Midnapore, Patna, Hazaribagh, Cittagong, Monghyr, Nuddea. Si veda J.C. Veasey, *Report on the Police of the several districts of the Lower Provinces of the Bengal Presidency in the year 1884*, Calcutta, Bengal Secretariat Press, 1885, pp. 10-11.

[108] Ivi, p. 11.

[109] *Ibidem*.

[110] *Notification of alleged use of torture by Bengal Police (8 August 1888)* in Indian Office Records (IOR) L/PJ/6/230, File 1135. Nel *file* si legge che nell'estate 1888 alcuni membri della polizia di Calcutta furono accusati di avere abusato di un prigioniero al fine di estorcere un dichiarazione di colpevolezza. Dopo un processo di cinque giorni, gli imputati vennero prosciolti dalle accuse.

[111] Non è un caso che l'amministrazione coloniale tendesse ad incorporare le *élite* native nel governo del territorio al fine di ottenere legittimazione e stabilità politica. R. Guha, *Dominance without Hegemony. History and Power in Colonial India*, Cambridge (MA.), London, Harvard University Press, 1997, pp. 33-55.

[112] Cfr. Peers, *Torture* cit., p. 33; Singha, *A Despotism of Law* cit., p. 142.

[113] Secondo l'amministratore coloniale John Peter Grant (1807-1893), ad esempio, «there has been a degree of blindness, slowness, dullness, and inaction in the Madras collector-magistrates in relation to the practice of realising revenue by torture, which certainly so many active and intelligent gentlemen would not have shown if the torturers had been private persons, and the object had been something in which those collector-magistrate had no official interest». *Minute by Honourable J.P. Grant. 9 April 1857*, in *Copy of a despatch relating to the system of police in the Bengal presidency*, cit., p. 97.

[114] Stephen, *A History of the Criminal Law of England*, cit., p. 331.

[115] Si vedano le sezioni 24-27 dell'*Evidence Act* (*Act I of 1872*). Sul punto, Ruthven, *Torture* cit., p. 192.

[116] Lyall, *Etudes sur les moeurs religieuses et sociales de l'extreme-orient*, cit., p. 524.

[117] Alfred Comyn Lyall (1835-1911). Funzionario pubblico, storico e poeta britannico. Membro dell'*Indian Civil Service* dal 1856, ricoprì l'incarico di *Lieutenant Governor of the North West Provinces and Chief Commissioner of Oudh* dal 1882 al 1887.

[118] Lyall, *Etudes* cit., pp. 524-525. Traduzione mia.

"Cuando las provincias de allende los mares sean llamadas por la Constitución" (Acerca del estatus constitucional de Cuba, Puerto Rico y Filipinas, 1837-1898)

JULIA SOLLA SASTRE*

1. *Geografía de la constitución*

> La isla mayor y más occidental de las Antillas es Cuba. Tiene 275 leguas de longitud y cerca de 25 de largo. Sus costas están por lo general rodeadas de islotes, de escollos y de bancos de arena que hacen muy difícil el arribar a ellas; pero también tiene puertos excelentes para navíos de gran porte, y muchas radas y bahías útiles a los barcos pequeños que hacen el comercio de cabotaje. Riegan esta isla muchos ríos, y son los más principales el Cauto, el Saza, el Jatibonico, el Saguogrande. El primero, que es el más importante, es navegable por espacio de casi 20 leguas. Cuba posee minas de oro, plata, cobre y hierro, lo mismo que importantes salinas y aguas minerales eficaces contra muchas enfermedades. Sus producciones principales consisten en azúcar, café, tabaco, algodón, cacao, añil, cera, miel y pieles. Sus bosques, casi todos vírgenes aún, producen mucha variedad de maderas de construcción, de ebanistería y tinte. Según Mr. Francisco Lavalle, la población de Cuba no pasa de 700,000 almas. Sus primeros habitantes eran tímidos y pacíficos, no conocían el hábito feroz de comer carne humana; sus costumbres eran puras, y su trato afable. Hoy día su población se compone de europeos, criollos, mulatos y negros libres o esclavos[1].

Para los hombres del XIX, Cuba era un enaltecido compendio de bondades naturales. No sólo lo aseveraba a mediados de siglo la famosa *Geografía universal* de Conrad Malte-Brun, sino que así lo corroboraban una y otra vez los enciclopédicos saberes nacionales de conocidas obras como la *Crónica General de España*, que en la elaboración de su *Historia ilustrada y descriptiva de sus provincias, sus poblaciones más importantes de la Península y de Ultramar* le dedicaba un volumen a las Antillas y otro a las Islas Filipinas[2], las más importantes posesiones de España tras la pérdida de aquel insondable universo que habían sido las Indias hispánicas.

Si la *Geografía universal* era *física*, *histórica*, *política*, y abarcaba desde la orografía y la geología de los territorios hasta las costumbres de sus naturales, también la *Crónica general* acudía para la "ilustración y descripción" de las provincias de España a la geografía, la topografía, la historia natural, civil, militar y religiosa; a la agricultura, el comercio, la industria y las artes; a las le-

yes, la lengua, la estadística; a la arquitectura y a la idiosincrasia de sus pobladores. En efecto, desde la óptica de una geografía que abarcaba todos los aspectos 'naturales' concurrentes en un territorio, la *Crónica* partía de la geología para llegar al estudio de los hombres que poblaban aquellas coordenadas. Todos los elementos formaban parte de un conjunto que la geografía podía medir y explicar. Que para la *Geografía universal* los habitantes originarios de Cuba no fueran feroces y no comieran carne humana no era casual, sino resultado del paisaje; tan natural resultaba aquello como la evolución de la raza en Filipinas, que apenas difería de la evolución misma de la materia terrestre:

> Frecuente es en el estudio de la geología ver cómo parecen a la vista las diferentes capas sobrepuestas o alternadas que explican, cual libro abierto, la formación del globo. En Filipinas podrán comprender etnógrafos e historiadores, siempre que a ello intenten aplicar la voluntad y el estudio, cómo se han ido sobreponiendo las que no sin fundamento llamamos diversas capas de hombres. Patentes se hallan las revoluciones sociales y políticas que han presenciado el suelo filipino, en las calidades morales, color y conformación del cuerpo de sus moradores [...][3].

Había, pues, una suerte de geología del espacio físico que se podía predicar también de sus pobladores. Geólogos, etnógrafos e historiadores construían, al final, una misma cosmogonía que explicaba los elementos del paisaje a través de la medición del tiempo: si los geólogos observaban la formación y transformación del globo terrestre desde sus orígenes, los etnógrafos atendían a la antigüedad de las costumbres, y los historiadores a la cronología de las tradiciones. Orígenes, costumbres y tradiciones, la historia social y política misma, se inscribían en la piel de sus moradores como si fueran mensajes acerca de su evolución grabados en las piedras. La historia se podía leer en la piel como el tiempo se leía en las rocas.

Estudiando la geografía, entonces, se podía lograr desentrañar en qué consistía la constitución natural del territorio, que revelaba, a su vez, sus orígenes y las claves de su desarrollo evolutivo. Aquellas islas españolas, pues, eran una suma de constituciones susceptibles de ser observadas y analizadas y, por tanto, podía contemplarse en ellas tanto su constitución geológica, su constitución geognóstica o su constitución topográfica, como su constitución orográfica o su constitución hidrográfica, e incluso su constitución paleontológica. Pero también la física de aquellas gentes: la «constitución floja, indolente, enemiga de toda fatiga y de una aversión extremada a todo trabajo» los hombres del XIX de los isleños antillanos era fruto del clima y de la naturaleza de la isla[4], mientras que la complexión robusta, el vigor y la recia y fuerte constitución que se predicaba de los indios filipinos eran una manifestación de la geografía tan natural como la temperatura, las estaciones y los vientos[5]. Los territorios ultramarinos, en consecuencia, eran un conjunto de constituciones escritas en la naturaleza, mesurables, objetivables, observables, legibles, sólo que había que saber leerlas. A la luz de aquellas constituciones, el historiador, por ejemplo, podría leer de qué modo habían llegado a ser como eran aquellos territorios y, por ende, cómo habrían de seguir indefectiblemente siendo. Así, la reconstrucción de su historia "antigua y moderna" arrojaba otra serie de constituciones que, como las anteriores, también estaban inscritas en el orden natural de las cosas. Junto a la constitución geológica, existía una constitución social,

una constitución civil y una constitución política ya fuera de la provincia, del país, del reino o del estado. El territorio tenía, en definitiva, lo que se había denominado en todos estos escritos que describían geografías una constitución "interior" o "real", que explicaba el devenir de la historia de aquellos espacios políticos y que se oponía a toda constitución externamente impuesta. Porque, en efecto, la diferencia respecto a una constitución formal y expresa no era que la constitución interior no estuviera escrita, sino el lugar en donde lo estaba: la interior se encontraba, junto a todas las demás, en la naturaleza.

La constitución interior formaba parte de un todo colmado de constituciones geológicas, orográficas, topográficas, paleontológicas…, porque tan naturales eran las unas como las otras. De este modo, mientras que la *Crónica general de España*, para hacer una historia de sus provincias, se permitía hablar de topografía y geografía, la *Geografía general de España*, al tratar de geografía física y estadística del territorio español, hablaba de historia política y social, de economía y de administración[6]: al igual que no se podía hablar de geografía sin hablar de constituciones, tampoco era posible hablar de constituciones sin hablar de geografía.

Podría no habernos sorprendido nada de esto después de haber aprendido, de la mano de Jesús Vallejo, que ya durante la Ilustración la *geografía* era *constitucional*[7]. Pero lo que no puede dejar de sorprender, en cambio, es que esa constitucionalidad de la geografía perdurara a lo largo de todo el Ochocientos; y no sólo lo hizo, sino que a medida que avanzaba el siglo la geografía iba tomando cuerpo en el seno de un pensamiento jurídico romántico que, remontándose a Montesquieu e impulsándose por Savigny, vinculaba entre sí la historia, la política, el clima y la constitución.

La constitucionalidad "material" de la geografía arraigó tanto y de tal modo que llegaría a menospreciar por completo la experiencia de una Constitución que, como la de 1812, había sido indiscutiblemente "formal". Explicadas las independencias americanas por los peninsulares una y otra vez como resultado de una lectura peligrosa y errada de la libertad que ofrecía la *Constitución de Cádiz*, los pocos retazos ultramarinos que aún pertenecían a España fueron expulsados de toda suerte de orden constitucional expreso que les pudiera desligar de la supremacía de la metrópoli. Así, a medida que nos adentramos en el siglo XIX, los territorios españoles remanentes son por completo invisibles a los ojos de los numerosos tratados de Derecho Político, que sólo ven susceptible de tener Constitución al territorio europeo del Estado español, mientras que permanecen completamente ciegos ante la existencia de las colonias. Aquellas islas, por el contrario, sí son visibles para los geógrafos: es en los libros de geografía donde se habla de ellas, de su composición geológica, de sus accidentes geográficos, de su clima, de las razas que las pueblan y, junto a todo ello, de su historia y del orden social y político que se deriva de la naturalización de su andadura evolutiva. Precisamente es en un *Diccionario geográfico* donde podemos encontrar la siguiente reflexión:

> El régimen político, administrativo y religioso que se ha observado en Cuba desde que fue ocupada por los españoles ha sido siempre igual al de su metrópoli con las diferencias que exigían su clima, su diversidad de razas y su apartada situación. Desde 1811 hasta 1814, y desde 1820 has-

> ta 1823, se estableció en España una constitución liberal; y en ambas épocas también se extendió a Cuba. Si en 1836 volvió a instalarse para siempre en la Península el sistema de gobierno constitucional, y no volvió a reproducirse en la isla, fue por el recuerdo de los males con que ya la había azotado, confirmados por muchos testimonios y hechos. Desde entonces continúa la isla dirigida por un sistema peculiar que, cualesquiera que hayan sido sus defectos, gradualmente corregidos por la experiencia y por el tiempo, ha permitido que se desarrolle su riqueza en una escala que admitiría el paralelo más prolijo con los progresos conseguidos en el mismo intervalo por países que pasan por más favorecidos en sus formas gubernativas[8].

El pasaje es muy revelador. Era la geografía la que se encontraba en la base de la riqueza y de la prosperidad de las colonias, y la que las explicaba. Nada al parecer tenían que ver las decisiones políticas – voluntaristas – de los gobiernos ni la forma de gobierno misma[9], porque no había más artífice que la propia naturaleza. La superficie de Cuba, por ejemplo, era «de una feracidad asombrosa, y produce con abundancia casi todos los frutos de las dos Américas y los de Europa. Abunda en ganado vacuno y caballar, y parece que la Naturaleza la ha destinado para ser el domicilio de las abejas. Son muy celebrados sus montes y sus abundantes y exquisitas maderas. A estas ventajas se agrega la de haberla enriquecido el Autor de la Naturaleza con multitud de buenos y medianos puertos, de suerte que es facilísima la exportación de frutos por todos ellos»[10]. La riqueza y la prosperidad económica derivaban, en consecuencia, del aprovechamiento de aquellos factores que conformaban la «constitución de las naciones, resultado del clima, de la feracidad del suelo, del número y carácter de los habitantes y de las instituciones que los gobernaban»[11]. Pero estos elementos que configuraban su constitución eran circunstancias naturales y por tanto invariables. No sólo eran independientes de la voluntad política, sino que los beneficios y el progreso económico que la riqueza proporcionaba a las propias colonias llegaban a compensar, a suplir incluso, la ausencia en aquellos territorios de determinadas formas de gobierno consideradas las más bondadosas. Por eso pudieron las colonias seguir completamente ausentes de los tratados de Derecho Político pero tener presencia sin dificultad alguna en los estudios de Economía Política[12].

Según el *Diccionario geográfico*, la política como resultado de un ejercicio de voluntad no estaba reservada a las islas. Allí había una única política posible, y era la que la geografía permitía: el clima, la diversidad de razas y su ubicación modulaban su régimen político y administrativo. El orden social y político no era sino una capa más en los estratos materiales que componían el territorio, el resultado de la superposición de acontecimientos y circunstancias que, por tanto, podía sólo observarse desde una perspectiva histórica, que era la que daba cuenta del tiempo y de la evolución desde los orígenes. Si no existía una constitución política que no fuera resultado de la historia, era ésta la que tenía la capacidad de expresar qué había venido siendo aquélla: ninguna mirada hacia lo político podía prescindir de mirar hacia el pasado, porque sólo haciendo historia de los orígenes de la constitución podría aventurarse un porvenir certero de sus instituciones. «Una constitución política» – diría la *Crónica general de España* –, «lo mismo que una constitución civil, tiene en cualquier tiempo que guardar una estrechísima relación con lo pasado, lo presente

y lo porvenir. [...] La mejor constitución es aquella que mejor consigne y asegure estos tres términos esenciales para la marcha del progreso»[13]. El progreso, pues, resultaba un perfeccionamiento de lo existente; no consistía en reescribir el presente, sino en adaptar los nuevos tiempos al mensaje ineludible de una historia ya escrita. La mejor constitución política no podía ser constituyente. Las palabras de uno de los juristas considerados padres de la ciencia administrativa española, Manuel Colmeiro, aparecidas en 1850 en el primer número de una muy significativa revista para el estudio de la política colonial española[14], la «Revista de España y sus Provincias de Ultramar», hablaban por sí solas:

> ¿Por qué vemos a los pueblos correr sin aliento tras un porvenir desconocido, saltando de constitución en constitución sin hallar en ninguna un punto de sosiego? ¿Por qué esta nave del Estado tan azotada de la tempestad no halla paraje seguro donde aferrar el áncora y dar siquiera tregua a lo presente? Porque el legislador, al dotar a tal nación de instituciones nuevas, no consulta los tiempos antiguos: la ley siguió a la filosofía y abandonó la historia. Olvidan que un siglo es la continuación de otro siglo, y que esta larga cadena de las edades no permite al hombre derribar la obra de sus mayores y levantar en aquel suelo mismo otra más duradera. Si queréis instituciones vigorosas y permanentes, sondead los profundos senos de la historia y buscad en las antiguas leyes y costumbres del pueblo los cimientos de la nueva constitución[15].

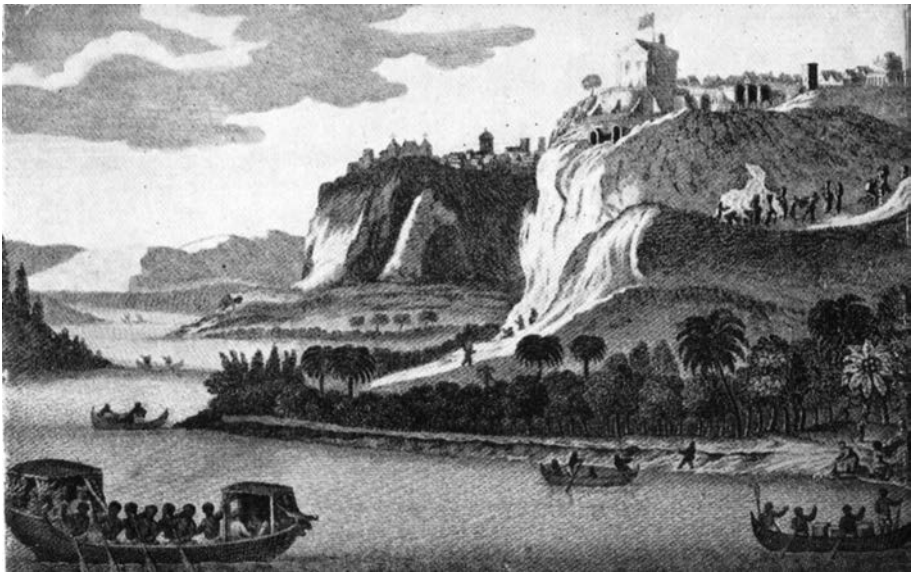
El problema no era, pues, que desde la perspectiva de los españoles peninsulares las colonias debieran carecer de constitución política; antes bien, el verdadero problema era que ya la tenían. Es más, no sólo tenían aquella política, sino numerosas constituciones que marcaban su geografía histórica, social, política, económica y humana. No parecía quedar espacio para extenderles una constitución exterior desde la península que les abarcara, porque en las islas, el espacio de su constitución interior estaba ya colmado por valles, bosques, montañas, ríos, puertos, tormentas, huracanes, rocas, cosechas, indios, negros, bisayas, esclavos, azúcar y abejas.

2. *Geografía de la especialidad*

> No siendo posible aplicar la Constitución que se adopte para la Península e islas adyacentes a las provincias ultramarinas de América y Asia, serán éstas regidas y administradas por leyes especiales análogas a su respectiva situación y circunstancias, y propias para hacer su felicidad: en su consecuencia, no tomarán asiento en las Cortes actuales Diputados por las expresadas provincias[16].

De este tajante modo, un Decreto de las Cortes de 18 de abril de 1837 excluía definitivamente a los territorios ultramarinos de la Constitución de 1837, la primera española que tuvo que redefinir las nuevas fronteras del Estado después de la cadena de independencias americanas que había desmembrado de una vez y para siempre la Monarquía hispánica.

La decisión había dado lugar a una larga y encendida discusión en las Cortes constituyentes de 1837, a través de la cual se había puesto de manifiesto el interés de la cámara por la cuestión ultramarina pero, al mismo tiempo, también la solidez de una postura que, a pesar de las acerbas reacciones, acabó imponiéndose. De este modo, frente a quienes propugnaban la extensión del orden constitucional a Ultramar para mantener unidos a aquellos territorios y no encontraban fundamento constitu-



La città di San Salvador in una stampa del XVII secolo

cional para la expulsión de los diputados ultramarinos, triunfaron los argumentos de quienes sostenían que aquellas islas no podían ser gobernadas por las mismas leyes peninsulares y que era imposible conservar las provincias de Ultramar si no se adoptaban para ellas unas "leyes especiales"[17]. Se trasladaba, así, a un plano normativo el discurso de la especialidad. El dictamen finalmente aprobado apelaba a varios elementos que avalaban dicha especialidad insular respecto a la Península: la distinta raza de los naturales de aquellas poblaciones, la lejana situación geográfica de las islas, la «desemejante existencia civil y política», «la forma de su administración y gobierno» y la «diversidad de sus intereses materiales». No era posible, pues, dictar unas leyes homogéneas dirigidas a elementos tan heterogéneos, con lo que era necesario "acomodar" – decía el dictamen – las leyes a las características constitutivas de aquellas poblaciones ultramarinas[18]. Ese era el discurso de fondo, que en realidad estaba evidenciando el valor débilmente voluntarista que se le había asignado a las leyes: la legislación no tenía la capacidad – porque no albergaba la voluntad – de constituir una nueva realidad diversa a la descrita en las colonias, y, por tanto, la ley debía "asumirla", "adaptarse" y "moldearse" en función de un orden ultramarino indisponible. Pero la comprensión de la ley como instrumento de mantenimiento del orden no hacía sino revelar la verdadera cuestión subyacente: cuánta de aquella realidad colonial debía ser considerada *natural* y, por tanto, entrar a formar parte de un orden inamovible que las leyes, al respetar, dejaban traslucir. En eso consistía el valor normativo de la especialidad ultramarina: revestida de geografía, se convertía en constituyente.

Si el 18 de abril de 1837 un Decreto creaba un nuevo orden normativo para Ultramar que el artículo adicional 2º de la Constitución de 1837 acabaría consagrando[19], el 22 de abril una Real orden comunicaba a las autoridades ultramarinas que, en consecuencia, aquellas provincias habrían de seguir gobernándose «por Leyes de Indias, por los reglamentos y reales órdenes comunicados para su observancia, y por los que se vayan dando, como se crea más conveniente para la prosperidad del país»[20], a los que habrían de sumarse los decretos, reglamentos, circulares y ordenanzas que emanaban del Gobernador capitán general de las respectivas islas, así como los autos acordados de las Audiencias de los distintos territorios[21]. En definitiva, en ausencia de unas leyes especiales, se mantenía el orden jurídico preexistente. El debate sobre el concepto y la traducción normativa de esa "especialidad" estuvo abierto a lo largo de todo el siglo[22], pero a pesar de ello las "leyes especiales" como tales nunca se elaborarían. No recibió un rechazo unánime en las islas, en cambio, el régimen de la especialidad; al contrario, fueron muchos los defensores del sistema que consagraba constitucionalmente el mantenimiento del orden "tradicional". No siempre se vivía como un ultraje la expulsión de un orden constitucional que sólo acogía a los peninsulares, sino, en ocasiones, como una «delicada, prudente y circunspecta» decisión de los constituyentes peninsulares, que habían adoptado respecto a Ultramar un régimen que justamente «recomendaba la experiencia de los sucesos, los intereses de esos pueblos, los del estado y la previsión, porque con él se proporcionaba que continuase allí el orden de antiguo establecido, que las mejoras que acreditase el tiempo, las luces y las circunstancias, se fuesen introduciendo con la calma y lentitud que las acreditan y fijan sólidamente»[23].

Desde la perspectiva americana, el temor era el de que se les aplicaran unas medidas legislativas que atendieran a trastornos y vicisitudes metropolitanas que nada tenían que ver con sus intereses, su gobierno y la estructura de su sociedad colonial. En Cuba, Santo Domingo y Puerto Rico, por ejemplo, «abundaron siempre los negros esclavos, los libertos de este color, y las castas que han ofrecido la mezcla de indio y negro, de negro y blanco, y las de estos entre sí, conocidas con las denominaciones de mulato, zambo, mestizo, cuarterón, etcétera. Estas castas han preponderado siempre en número a la blanca, y aun en las islas, donde el número de blancos ha sido mayor que en el continente, es menor respecto de las otras clases entre las que no existen indios». Los blancos eran una clase privilegiada en la que se proveían los empleos, los cargos públicos y todas las dignidades: «De ella salían los eclesiásticos seculares y regulares, y cuanto tuviera relación con el mando», y los cargos de gobierno y de justicia «fueron y son exclusivos de los blancos, peninsulares y americanos, lo mismo que los de la iglesia», porque «la clase de color en sus diversas castas nunca optó ni opta en el día a esos derechos». Ésta y no otra era la "constitución" de la sociedad antillana, y no podía haber ley, disposición o regla que se pretendiera establecer para aquellos pueblos que no tuviera en cuenta «la manera en que aquella sociedad se hallaba constituida». En caso contrario, si una legislación metropolitana y desconsiderada con aquella constitución social tratara de variarla, «el resultado sería tristísimo, las pretensiones se repetirían de una manera

difícil de detenerlas, y la sociedad vendría a desplomarse». La paz social, pues, dependía de la conservación de los equilibrios constitutivos de aquella sociedad. Pero no sólo estaba aquella armonía en juego, sino que incluso se pondría en riesgo la vinculación con la metrópoli si se trataban de imponer en las colonias medidas políticas que no casaban con la constitución de la sociedad colonial:

> Considerada su distancia, las castas, las costumbres y los intereses, es imposible que aquellos pueblos puedan regirse bien por la misma ley política que rige en la metrópoli; la tribuna pública, la libertad de imprenta, las elecciones populares, los diputados son elementos que podrían causar males muy graves y de difícil remedio, pues cualquiera de ellos pudiera acaso si no disolver aquellas sociedades, al menos prepararlas a su separación de la comunión española[24].

A esto respondía la política de "asimilación" que estaba en la base de la estrategia de los peninsulares de conservación de las colonias[25]: se trataba de trasladar a Ultramar las reformas y beneficios políticos, sociales, jurídicos oportunos para mantener aquél vínculo colonial; pero para "asimilar" se asumían unas diferencias intrínsecas a las que pertenecían no sólo el espacio, la distancia, el clima y la producción, sino la raza y la naturaleza en su conjunto. La equiparación era tan disgregadora como el desconocimiento de la desigualdad. Todos estos peligros de disgregación, bien interna, bien de la metrópoli, creían conjurarse, pues, con la cuidadosa conservación de los presupuestos del orden dado. Es más, se fortaleció un discurso político que sostenía que había sido justamente aquel orden el que había conducido a aquellos pueblos a la prosperidad de que disfrutaban; un progreso tal «en todos sus ramos», que les había hecho «gozar de una vida deliciosa y llena de halagos y satisfacciones». Si su peculiaridad natural, con todas sus dimensiones, estaba en la base de tal progreso, las leyes no podían sino conservar aquella infraestructura. En definitiva, las "leyes especiales" eran las únicas capaces de sostener una sociedad "especial" como la antillana:

> El regir los países de Ultramar por leyes especiales no sólo ha sido una necesidad imperiosa, sino un deber de justicia; porque con ellas fueron felices y prósperos, y sin ellas los perdimos en la mayor parte, y comprometimos la que nos quedó; porque así lo quieren aquellos habitantes y lo han pedido, lo mismo que sus autoridades, convencidos de que en ellas está su tranquilidad, la prosperidad y la seguridad de sus familias e intereses; porque a tanta distancia, con tan diversas castas y costumbres, todo lo que se les dé contrario a esto desune y disuelve aquella sociedad, y la destruye llenándola de horrores[26].

Pero sin lugar a dudas – coincidían los discursos a uno y otro lado del océano – las leyes que mejor habían sabido dar forma legal a su especialidad habían sido las Leyes de Indias, que tan «felices y prósperos» habían hecho a aquellos pueblos[27]. Declaraciones como ésta: «Por estas leyes, llamadas de Indias, tenían lugar de un modo irremisible las santas formas de la justicia tan salvadoras para el súbdito como para el mandante, y a su abrigo se sostuvieron de un modo igual y legal, mientras se observaron, los respectivos deberes y derechos de ambos [...]»[28] acompañaban, perseverantes, las alusiones a las Leyes de Indias, las leyes "especiales" por antonomasia. A través de la exagerada – y nada inocente – alabanza a sus supuestas bondades atemporales, en ambas orillas se abogaba por el mantenimiento de un régimen jurídico de diferencia y especialidad que implicaba, a su vez, mantener aquella "diferente" con-

formación social de las islas. El presupuesto de las Leyes de Indias era la continuidad de aquel "orden constituido", y sería Marta Lorente quien, al rastrear "La suerte de la Recopilación de 1680 en la España del siglo XIX"[29], se encargaría de constatar que la consecuencia de mantenerla era que, con ella, se mantenían también los mecanismos institucionales, la lógica y la infraestructura de poder que creaba y la seguía sosteniendo, hasta llegar incluso a convertirse en fuente de legitimación de las autoridades de aquellas islas a lo largo del Ochocientos. Así sucedería, por ejemplo, en relación con los gobernadores capitanes generales de las islas, la autoridad suprema de la metrópoli en unas colonias que – como era común en los regímenes coloniales – eran gobernadas militarmente.

Entendidos como los sucesores de aquellos antiguos virreyes que la Recopilación de Indias contemplaba, las décadas centrales del siglo XIX supusieron un continuo aumento de atribuciones de los gobernadores y un fortalecimiento de sus facultades militares, de hacienda y de gobierno. En el ámbito de la justicia, el gobernador era presidente de una Audiencia que era "pretorial". Eran ellos las piezas clave en el escenario ultramarino para implantar una serie de medidas que habían comenzado a desencadenarse en la Península en 1845 y que tenían como objetivo una "administrativización", revestida de "centralización", de los aparatos de poder[30].

> El gobierno civil, antes unido al militar e intervenido y fiscalizado por las Audiencias se separó de aquel dándole una organización distinta y atribuciones en consonancia con los servicios y funciones que le correspondían. Se determinaron los casos en que las Audiencias podrían conocer de los actos de la Administración dejando los del gobierno para el juicio de residencia. Se fijaron las atribuciones de las autoridades gubernativas, y se las separó de los asuntos relativos a la administración de justicia. […] Se quitaron a las Audiencias facultades administrativas y de gobierno que antes tenían, creando Consejos de administración, organizados en términos que pudiesen dar vado a las funciones que como cuerpos consultivos y contenciosos eran llamados a desempeñar[31].

De este modo resumía Rodríguez San Pedro las transformaciones que habían tenido lugar a mediados de siglo. Fue a través de todo este conjunto de importantes medidas administrativas que operaban en el plano soterrado del funcionamiento institucional como se iría generando un verdadero cambio de trascendencia constitucional en unos momentos en los que, constitucionalmente, nada parecía haber cambiado. En efecto, el artículo 80 de la Constitución de 1845 reproducía, también incluyéndose en un apartado de disposiciones adicionales, aquel precepto de 1837 que sostuvo que «las provincias de Ultramar serán gobernadas por leyes especiales». Pero no sólo a las alturas de 1845, sino que tampoco a las de la Constitución "non nata" de 1856, cuyo artículo 86 volvería a copiar el mismo enunciado, ni en las décadas sucesivas se llegaría a elaborar unas leyes especiales expresas para el gobierno de Ultramar.

No habían dejado de ponerse, sin embargo, los medios conocidos para observar dichas previsiones constitucionales. De hecho con ese objeto, ya desde 1837 se constituyeron en la Península juntas, consejos y comisiones para Ultramar llamadas "consultivas"[32]. Las juntas, con independencia del nombre que adoptaran, siguieron sucediéndose llamativamente a lo largo del siglo sin que ninguna lograra su objetivo. Pero no era tan significativo su funcio-

namiento individual, cuanto el fenómeno que en su conjunto representaban. Aquellos órganos se insertaban en una vorágine consultiva que absorbía a unas funciones gubernativa y legislativa no autónomas, en tanto en cuanto seguía prevaleciendo la idea de que el acto de adoptar una decisión ejecutiva o de dictar una ley debía ser el resultado de una consulta a un cuerpo con la experiencia y el saber suficientes como para dilucidar si la nueva medida podía integrarse, y cómo, dentro de la "constitucionalidad" del orden existente[33]. Que tales juntas proliferaran en la Península, y casi hasta la exageración cuando se trataba de la cuestión ultramarina, mostraba que en la metrópoli se comprendía la constitución como algo que debía materialmente ser interpretado antes de incorporar a su régimen una nueva normativa para las colonias. Partícipes de idéntica comprensión de las funciones de legislar y de gobernar con consulta, no había suscitado ningún resquemor en los hombres de Ultramar la operación, si bien siempre fallida, de aquella concatenación de juntas.

Hasta 1845. Justamente en esa fecha, y justamente porque comprendían a la perfección el papel que tenía la consulta en el régimen de gobierno, una decisión del Ejecutivo soliviantó a los ultramarinos. ¿Qué era entonces lo que había cambiado? Precisamente, la calidad del órgano consultivo para los asuntos de Ultramar. En 1845 se encomendó a una sección del Consejo Real el conocimiento de los asuntos de Ultramar. El problema no era el régimen de consulta en sí, ni el carácter centralista de la institución, sino la falta de exclusividad de sus funciones:

> Una sección en un cuerpo numeroso está sujeta a que su especialidad fracase en pleno, [...] y siempre en cosas graves, porque siempre es grave un negocio cualquiera de América. La sección en el Consejo Real está constantemente en minoría en cuanto a su especialidad, como que es la sexta o séptima parte de aquel cuerpo. La sección a muy poco de funcionar ha de adolecer de lo que generalmente sucede en todas las corporaciones, y es que se nutrirá del espíritu, marcha y opiniones que en la totalidad se apodere de la corporación, según el sistema bajo el cual fue creada, y cuya institución defiende, y por lo tanto cesa la especialidad[34].

Si el valor de la consulta dependía de la calidad de los miembros que dictaminaban, sólo un cuerpo consultivo facultado y preparado, con sabiduría y sensibilidad respecto a los asuntos coloniales, podía asegurar el acierto de sus dictámenes a la hora de integrar las decisiones del gobierno en el equilibrio del orden constitucional de Ultramar. Pero un Consejo como el Real, no especializado, en el que los asuntos ultramarinos tenían que convivir con otra suerte de asuntos metropolitanos cuya importancia podría prevalecer, acabaría imponiendo su criterio de cuerpo frente a otro cuerpo constituido, que eran las islas coloniales. Se trataba, pues, de una absoluta «necesidad el establecimiento de una corporación *especial* para el régimen de aquellos dominios»[35], y depositar la consulta de sus asuntos en el Consejo Real les condenaba a que su "especialidad" se diluyera. La sección de Ultramar del Consejo Real se consolidó, sin embargo, y estuvo operativa hasta 1898[36]. Pero esta medida no fue más que el comienzo. El 'atentado' contra su especialidad se agravaría, años más tarde, con una "administrativización" que pasaba por el reforzamiento de los poderes del gobernador capitán general, en detrimento de las facultades que hasta el momento había desempeñado la Audien-

cia. Ya lo había anunciado Rodríguez San Pedro entre las reformas que aparecían en el fragmento que hemos leído de su prólogo. Efectivamente, en 1861 se crearon unos Consejos de administración, un trasunto de los Consejos provinciales de la Península, que podían conocer en primera instancia (con apelación al ya por aquel entonces Consejo de Estado) de los asuntos contencioso-administrativos, y que actuaban como órgano consultivo del gobernador en materias administrativas y de gobierno[37].

La creación de estos Consejos implicaba la supresión, por tanto, de los Reales acuerdos de las Audiencias, que decidían y eran consultados en negocios de gobierno y administración[38]. En definitiva, como señaló el Consejo de Estado, «las facultades de las Audiencias en los negocios del gobierno y administración del país, que formaban todo un sistema, se trasladan a un Consejo, dejando circunscritas las de las Audiencias – que pasaban, así, a ser presididas por sus propios regentes, y no ya por el gobernador – al ejercicio de la jurisdicción civil y criminal ordinaria»[39]. Esta transformación suscitó encendidas críticas, puesto que antes de la modificación, las providencias gubernativas del gobernador en materia de administración podían ser recurridas ante la Audiencia constituida en Acuerdo, pero ya no desde 1861[40]. La indefensión era grande, en la medida en que los Acuerdos eran independientes del gobernador, pero los Consejos no podían serlo: las Audiencias de Ultramar habían dejado de «constituir un dique que contenía las arbitrariedades de los capitanes generales»[41]. Pero, de nuevo, nos interesan los términos constitucionales que revelan aquellas reacciones, y una de las más frecuentes era la de considerar que las omnímodas facultades del capitán general y el desconocimiento de las de las Audiencias atentaban directamente contra la Recopilación indiana[42]:

> En nuestras Leyes de Indias, al investir a los virreyes y capitanes generales con el mismo poder que hoy tienen, […] les impusieron a la vez fuertes y eficaces correctivos: […] autorizaron a las Audiencias para dirigirles requerimientos cuando abusaran de su posición, y para conocer libremente en grado de apelación de sus providencias en todos los negocios de gobierno y administración sin restricción alguna. El capitán general no podía adoptar resoluciones en materias graves y arduas sin oír indispensablemente al Real Acuerdo. Los particulares agraviados tenían el derecho de apelación directamente y sin haber de obtener salvoconducto del capitán general; si entorpecía éste o dificultaba el recurso cometía un delito justiciable en la residencia […]. Tales eran en el particular las leyes fundamentales de nuestra política ultramarina, que daban a los pueblos garantías más positivas, más reales en la práctica, que muchas de las tan bien escritas constituciones modernas[43].

Ultramar tenía, pues, unas "leyes fundamentales" que se oponían a los dictados de unas constituciones escritas que trataban de imponer una realidad artificial – en tanto que ajena – a la realidad de la práctica asentada por el tiempo que revelaban aquellas "leyes". Así las cosas, asumiendo como hacían los hombres de Ultramar las claves de un gobierno que para decidir debía consultar, sólo podían gobernar con acierto consultando a un órgano con la experiencia y la sensibilidad suficientes como para conocer, comprender y sobre todo preservar aquella especialidad constitutiva. De ahí que no sorprenda la pretensión de que se reinstaurara, para operar junto a la Recopilación de 1680, el antiguo Consejo de Indias[44]. Pero además, este mismo planteamiento estaría en la base de una reivindicación antigua:

la creación de un Ministerio de Ultramar. Impulsado con gran fuerza en 1850-51 por la «Revista de España y sus provincias de Ultramar», una década después seguía pretendiéndose. Junto a una corporación consultiva también especial, como el Consejo de Indias, el Ministerio que se ocupara de los asuntos ultramarinos también habría de ser especial, «porque siendo especiales las leyes por que han de gobernar, es consiguiente haya de serlo cuanto con aquellos pueblos tenga relación»[45]. En 1863 se crearía aquel Ministerio[46], visibilizando y dando entidad a la especialidad ultramarina como ámbito de gobierno. Su creación implicó la aparición de un nuevo aparato administrativo con un cuerpo de empleados dependientes y una capacidad normativa que le permitía dictar o adaptar normas para la Península y promulgarlas en el ámbito de su jurisdicción americana y filipina. Justamente esa idea de trasladar a Ultramar a través de la legislación los mayores progresos peninsulares estuvo en la base de la norma fundamental de 1869. Así lo declaraba su artículo 108 que, con la intención de recuperar en su cuerpo constituyente a los diputados de Cuba y Puerto Rico, pretendía «hacer extensivos a las mismas, con las modificaciones que se creyeren necesarias, los derechos consignados en la Constitución». En efecto, a su amparo se impulsaron las primeras medidas para abolir la esclavitud en Puerto Rico, para donde se llegaría incluso a elaborar un proyecto de Constitución[47]. En el plano de los poderes, por ejemplo, se intentaron trasladar a Ultramar los principios constitucionales para el poder judicial de aquellas posesiones[48]. La intención, que no era novedosa en su objetivo, pero sí en su intensidad, era la de «llevar hasta el último grado posible la asimilación con la Península»[49].

Sin embargo, seguían existiendo unos límites fundamentales. Se trataba de «hacer extensivos los derechos», de «asimilar hasta el último grado», pero incluso en el momento más vigoroso de un constitucionalismo español revolucionario, el presupuesto era el de la atracción de unas colonias ajenas hacia la normalidad constitucional de la metrópoli y no el de la igualación de todos los territorios aunados por una misma Constitución. Ciertamente había pesado a la hora de adoptar determinadas reformas el miedo a la pérdida de unas colonias que estaban embarcadas en plena guerra civil: la Gloriosa revolución de 1868 en España había coincidido con el estallido en Cuba de una guerra leída en tono independentista. Pero también podía argüirse lo contrario, que la timidez de las reformas constitucionales prometidas desmantelaba toda política de asimilación y favorecía un distanciamiento cada vez más acusado. De hecho, la edición satírica de la Constitución de 1869 versionaba precisamente el artículo 108 como reza:

> Para Cuba y Puerto-Rico / se inventará una reforma / que sirva de regla o norma / al gobierno más borrico. / Pero ante proyectos vanos / bien podremos exclamar / ¡Ya es tarde para agarrar / lo que se va de las manos![50]

En efecto, más allá de los vaticinios de la llamada *Constitución-culebra*, incluso este constitucionalismo vio limitado su planteamiento colonial porque, si bien con más reticencia que los anteriores, también él acabó asumiendo – convenientemente – la existencia de otra constitución presente en las colonias y que se revelaba a través de las sempiternas "condiciones especiales de las provincias de Ultramar". Las diferencias desaparecerían, se dijo, «cuando las provincias de allende los mares fueran llama-

das por la Constitución»[51]. Pero lo cierto es que aquella Constitución de 1869 estaba a punto de ser derrotada por un cientificismo colonial que apostó por revitalizar otra constitución que nunca había estado vencida del todo: la constitución interior del cuerpo de las colonias, al que el fracaso de 1869 despojaría de toda posibilidad de cultura constitucional para acabar revistiéndolo de ciencia colonial.

3. *Geografía de la colonización*

> En cuanto a la ley en conformidad de la cual las sociedades civiles se propagan y multiplican por medio de la colonización, es divina y humana. Enseña el Génesis que la voz de Dios que dijo a nuestros primeros padres: *Creced y multiplicaos*, prosiguió: *Llenad la tierra, sujetadla, dominad en los peces de la mar, en las aves del aire y en todo animal que sobre la tierra se mueve;* misión providencial que la moderna filosofía señala también a la humanidad a quien corresponde la explotación de las riquezas del globo y el gobierno de las fuerzas de la naturaleza, y con la que se conforman las necesidades e instintos del hombre[52].

Tan trascendente como el acto de la creación era el acto de la dominación. La colonización encarnaba, en sí, una misión providencial, por cuanto revelaba «la marcha majestuosa y progresiva de la humanidad hacia la perfección» y realizaba «el precepto de crecer, multiplicarse y llenar la tierra»[53]. En 1870 daba comienzo la era del colonialismo, que, a pesar de ser entendido como «el monopolio, en beneficio de la metrópoli, de la producción y consumo de sus colonias»[54], se concebía como la vía por la que la humanidad estaba llamada a cumplir una función espiritual. En consecuencia, había dejado de ser sinónimo de explotación para convertirse en una misión humanitaria que adornaba el progresivo ascenso de todas las naciones cristianas y, por ende, civilizadas[55]. España quiso hacer valer su calidad de miembro de aquella liga de naciones revalorizando la importancia estratégica, económica y militar de sus colonias, y añadiendo un activo más: la nación española podía aportar una experiencia secular de colonialismo humanitario que era todo un ejemplo para las naciones coloniales por antonomasia[56], mientras que aquélla debía aprender de éstas el modo de revestir todo aquel armazón histórico de humanidad con la cubierta teórica de un verdadero sistema colonial. Porque, en efecto, a las alturas de 1870 el colonialismo era toda una teoría científica que, desarrollada por las naciones coloniales más aventajadas, había de ser conocida y estudiada por una España advenediza[57]. En 1870 el entonces ministro de Ultramar, Segismundo Moret, decretaría las enseñanzas específicas acerca de las Islas Filipinas para aquellos que entraran a formar parte de la recién creada Administración civil de aquellas posesiones. A ello respondía la aparición de manuales que, como el de Maldonado Macanaz, reunían los *Principios generales del arte de la colonización*. La nueva disciplina tenía como objetivo proporcionar la instrucción suficiente para que quienes ingresaran en aquella carrera pudieran desempeñar bien sus cargos y convertirse en "útiles y entendidos" funcionarios en las provincias de Ultramar, puesto que

> no es posible gobernar un país cuya lengua se ignora; no se puede administrar una colonia cuyos usos y costumbres se desconocen; no se hace progresar una industria y una agricultura que apenas se vende lejos y por breve espacio de tiempo; no

> cabe reformar un pueblo en cuyo interior no se penetra; y es imposible, en fin, civilizar una raza cuando todo lo que forma su esencia, el lenguaje, las creencias, los usos y las costumbres permanece extraño a la raza dominadora y al país colonizador[58].

Sólo con el exhaustivo estudio del territorio de las colonias se podían gobernar y administrar convenientemente aquellas posesiones ultramarinas. La ciencia que propugnaba dicho conocimiento científico era el colonialismo, y la que lo proporcionaba, la geografía.

La geografía, en efecto, se puso al servicio de la colonización[59], aportando gran parte del carácter científico que necesitaban los "estudios coloniales". En el ámbito nacional, la geografía tenía como objetivo primordial fomentar el impulso exterior de la nación española, para lo que se había propuesto estudiar detalladamente el propio territorio y darlo a conocer, con el objeto de ponerlo al servicio del reforzamiento de su posición internacional. En ese sentido, no sólo proliferaron diccionarios geográficos de España, sino que determinadas publicaciones, como la «Revista de España», inaugurada en 1868, comenzó a poblar sus páginas de tantos y tan minucioso estudios geográficos que en ocasiones rayaban en el paroxismo: los sobre Cuba de Rodríguez Ferrer, fundador de la antigua «Revista de España y de sus provincias de Ultramar», constituyen un buen ejemplo. Pero quizá el caso más significativo fue la fundación en 1876, de la Sociedad Geográfica de Madrid y de su «Boletín»[60], que se volcó desde su primer número con el conocimiento exhaustivo de las posesiones españolas, porque partía de la convicción de que, en un universo colonial, sólo un gobierno y una población bien informados podían revalorizar lo estratégico de sus enclaves. El conocimiento de las posesiones a través de la observación, no obstante, construía una realidad acerca de las colonias que a su vez las consolidaba en un estatus jurídico diferenciado muy difícil de distinguir de la inferioridad. En efecto, el punto de vista del observador 'civilizado' partía ya del presupuesto de la diferencia esencial de lo observado y, a su vez, la observación realzaba la idea de ajenidad de aquello que se observaba. La geografía, en el impulso de conocer y de dar a conocer, cosificaba el objeto de su observación: las posesiones ultramarinas eran contempladas en su conjunto como un compendio de elementos describibles y medibles que recorrían desde su clima hasta su orografía, pasando por sus pobladores, sus costumbres ancestrales y su organización política y social. Todo lo allí existente era, al mismo nivel, un objeto de observación y objeto de una geografía para la que no existía una diferencia sustancial entre las corrientes de los ríos, la frondosidad de los árboles o las condiciones de vida de sus habitantes. En las colonias, constituidas conforme a una constitución real que sólo cabía observar, conocer y mantener, únicamente había objetos de estudio, pero no sujetos de derecho[61].

Ciertamente, para explicar el mapa de aquellos caminos que en 1837 se habían bifurcado, frente a aquella constitución escrita, formal, que con independencia de su contenido sí contenía un orden de derechos de los españoles peninsulares del que habían quedado excluidos los ultramarinos, la geografía daba cuenta de una constitución real propia de las colonias, conformada por decenas de rasgos constitutivos, intrínsecos y consolidados a través del tiempo que

le impedían entrar a formar parte de aquel otro espacio de la constitución expresa. A la constitución interior de la colonia se accedía de la mano de la geografía y ni la política de asimilación de las décadas centrales del siglo XIX, ni el esfuerzo constitucionalista del Sexenio habían logrado cambiar el trasfondo de esa realidad. Tampoco la tardía concesión autonomista que a finales de siglo haría la Restauración[62]. Justamente el peso de "lo restaurado" hacía tan inviable repetir el ejercicio constitucional del Sexenio para con las colonias, como viable suplantar al constitucionalismo con colonialismo. Precisamente de la mano del colonialismo entraba aquella constitución interior de las islas que en realidad nunca había dejado de estar presente y que encajaba a la perfección con una nueva versión de constitucionalismo histórico que la Restauración reeditó: la "constitución interna".

> Hay mucha diferencia entre hablar de Constitución interna al lado de una Constitución expresa y escrita, en cuyo caso existe contradicción notoria, y hablar de constitución interna en un país donde por las circunstancias de los hechos no queda en pie constitución alguna escrita. Donde esto acontece, no puede menos de decirse que no hay constitución vigente, y como, sin embargo de esto, es imposible que un país viva sin algunos principios, sin algunos fundamentos, sin algunos gérmenes, que desenvuelvan su vida, llamad a eso como queráis si no os gusta el nombre de constitución interna, poned otro cualquiera, pero hay que reconocer el hecho de que existe[63].

Esta frase fue pronunciada por Cánovas, padre de la Constitución de 1876, la más consolidada y duradera de la historia de España y la que presenciaría la dramática pérdida en 1898 de las últimas colonias de Ultramar. El artífice de la Restauración contemplaba una serie de "principios", "fundamentos", "gérmenes" que subyacían a la nación española y que revelaban de ella un espíritu permanente que siempre y en todo caso, con independencia de toda circunstancia política, subsistía. De este modo, una nación consciente de la continuidad de su constitución interna no podía no revelar su presencia en su constitución expresa, no podía no apoyar los fundamentos de su constitución escrita en la obstinada recurrencia de los pilares ya inscritos en su historia. A su historia interna como metrópoli pertenecían todos aquellos elementos que habían conformado la constitución real de las colonias, aquel conjunto de componentes que estaban inscritos en el orden natural de las cosas y que las dotaban de su idiosincrasia. Si la geografía había servido para definir aquella constitución interior de las islas, ahora la geografía definía a la colonia dentro de la constitución interna de la nación española. Nada, sin embargo, parecía haber inventado en ese sentido la España de la Restauración: simplemente había hecho coincidir la constitución formal peninsular con una constitución material insular.

Aunque faltaría muy poco ya para su separación definitiva de la metrópoli, éste y no otro parecía ser, pues, el momento en el que las colonias acabaron siendo llamadas por una constitución: la constitución interna hacía suya a la interior. Ésta dejaba de oponerse a aquélla, porque la diferencia intrínseca que ella conllevaba entraba a formar parte de los principios fundamentales del nuevo orden constitucional de la Restauración. La constitución real sólo debía encontrar en él su espacio adaptándose, adecuándose, moldeándose, para acabar reconociéndose en el espíritu permanente e inamovible de aquellos pilares de la na-

ción española que siempre subsistían. Las colonias, pues, sólo debían acostumbrarse a la imposibilidad de alterar ya su estatus constitucional. Si las constituciones dependían de los climas, la constitución real sólo tenía que aclimatarse. Para ello la naturaleza volvía a tener la respuesta, porque de la misma manera en que «el hombre blanco se aproximaba insensiblemente al tipo indio, perdiendo cada día más de su fisonomía europea para tomar la de los antiguos indígenas; y de la propia manera el negro establecido en países fríos perdía, pasadas algunas generaciones, parte del *pigmentum* de su piel, y tomaba un color gris», así, trasportada la constitución real «a regiones distintas de la que fue su cuna, tendería a amoldarse a la constitución de aquella en que se aclimatase»[64].

* La Autora es profesora de Historia del Derecho y de las Instituciones en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid. Este artículo se inscribe dentro del proyecto de investigación del Ministerio de Economía y Competitividad de España "Cultura jurisdiccional y orden constitucional: justicia y ley en España e Hispanoamerica III", con referencia DER2010-21728-C02-02. Quiero agradecerles a Alejandro Agüero, Massimo Meccarelli y Jesús Vallejo las inteligentes y valiosas aportaciones que, con su generosidad de siempre, le han brindado a este trabajo.

[1] *Geografía universal física, histórica, política, antigua y moderna, por Malte Brun (compendio), precedida de una introducción histórica y seguida de una ojeada sobre la geografía antigua por Balbi, Larenaudiere y Huot, traducida por D. Atanasio Villacampa y D. Manuel Crespo y Peñalver, y adicionada en la parte española por D. José María Antequera*, Madrid, estab. tipog. de D.F. de P. Mellado editor, 1850, t. VI, pp. 118-119.

[2] *Crónica General de España o sea Historia ilustrada y descriptiva de sus provincias, sus poblaciones más importantes de la Península y de Ultramar; su geografía y topografía; su historia natural; su agricultura, comercio, industria, artes y manufacturas; su historia antigua y moderna, civil, militar y religiosa; su legislación, lengua, literatura y bellas artes; su estadística general; sus hombres célebres y genealogía de las familias más notables; su estado actual, edificios, oficinas, establecimientos y comercios públicos; visitas de sus monumentos, cartas de sus territorios, y retratos de los personajes que han ilustrado su memoria*. El volumen dedicado a las Antillas está elaborado por Jacobo de la Pezuela; el de las Islas Filipinas, por Fernando Fulgosio; ambos en Madrid, editores Rubio, Grilo y Vitturi, 1871.

[3] *Crónica general de España* cit., *Filipinas*, p. 25.

[4] *Historia geográfica, civil y natural de la Isla de San Juan Bautista de Puerto Rico, por Fray Íñigo Abbad y Lasierra. Nueva edición anotada en la parte histórica y continuada en la estadística y económica por José Julián de Acosta y Calbo*, Puerto Rico, Imprenta y librería de Acosta, 1866, p. 41.

[5] F. Govantes, *Geografía de Filipinas en dos partes, en forma de diálogo y lecciones*, Binondo, Imprenta de M. Sánchez y Cª, 1866, Lección XVI: "Carácter del indio, su complexión, temperatura del país, estaciones, vientos, etc.", cita en p. 25.

[6] *Geografía General de España comparada con la primitiva, antigua y moderna, según sus monumentos, explicada por la geografía física, con más los tratados de su constitución geológica y paleontológica, detallada por la estadística, según su presente división territorial de las cuarenta y nueve provincias, inclusas las islas adyacentes, con la descripción de cada una, sus límites, extensión, población, producciones e industria; cada partido judicial con expresión de las ciudades, villas, lugares, aldeas, arrabales, caseríos, cotos redondos, despoblados; granjas… su situación local, número de almas y sus diferencias respectivas a la capital de provincia, y el Diccionario General de todos los pueblos con relación de las provincias a que corresponden, por Juan Bautista Carrasco*, Madrid, Imprenta y librería de Gaspar y Roig editores, 1861.

[7] J. Vallejo, "Geografía constitucional ilustrada", en *Historia. Instituciones. Documentos*, 1998, n. 25,

pp. 685-715.

[8] *Diccionario geográfico, estadístico, histórico de la Isla de Cuba por Jacobo de la Pezuela*, Madrid, Imprenta del establecimiento de Mellado, 1863, t. I, p. 170.

[9] Hubo opiniones contrarias a ésta y favorables, por tanto, a la adopción de políticas activas del gobierno, pero fueron posteriores: p.e., M. Rodríguez Ferrer, "Estudios coloniales. III. Tristes consecuencias de que Cuba no haya sido tan seguida y observada de treinta años a esta parte en las evoluciones de su opinión como no ha dejado de ser ponderada en el desarrollo de su material riqueza", en «Revista de España», t. XVIII, n. 70, 1871, pp. 244-257.

[10] *Apud* ivi, p. 247.

[11] R. de la Sagra, *Historia económico-política y estadística de la isla de Cuba: o sea, de sus progresos en la población, la agricultura, el comercio y las rentas*, Habana, Viudas de Arazoza y Soler, 1831, p. II.

[12] Basten dos ejemplos de principios y finales de siglo, español y europeo respectivamente: J. Espinosa de los Monteros, *Tratado de Economía Política aplicada a España*, Madrid, Imprenta de D. Eusebio Aguado, 1831, cap. XXV: "De las colonias", pp. 269 ss.; o J. Garnier, *Traité d'économie politique, sociale ou industrielle*, Paris, Garnier Frères et Guillaumin et Compagnie, 1880[8], "Système coloniale", pp. 464 ss.; 505 ss.

[13] *Crónica de la provincia de Zaragoza, por José Fernando González*, in *Crónica General de España* cit., Madrid, Rubio y Compañía, 1867, p. 106.

[14] Con toda la razón reivindicada por B.J. Dendle, "Una revista olvidada del siglo XIX: La *Revista de España y sus provincias de Ultramar* (1850-1851)", en «Cuadernos de investigación: Historia», t. 11, fasc. 1-2, 1985, pp. 85-94.

[15] M. Colmeiro, "De la centralización en España", en «Revista de España y sus provincias de Ultramar», Madrid, 1850, t. I, pp. 245-254, cita en p. 246.

[16] Decreto de las Cortes de 19 de abril de 1837, "proclamando que las Provincias Ultramarinas de América y Asia serán administradas por leyes especiales" (*Colección de las leyes, decretos y declaraciones de las Cortes y de los Reales Decretos, Ordenes, Resoluciones y Reglamentos generales expedidos por las Secretarias del Despacho* – en adelante *CL*–, Madrid, Imprenta Nacional, t. XXII, pp. 165-166).

[17] El debate parlamentario tuvo lugar entre las sesiones de 7 de marzo y 15 de abril de 1837 (Diarios de Sesiones – en adelante DD.SS. – de las Cortes Constituyentes, nn. 135, 137, 139, 151, 160, 167, 169, 170). Acerca de la legislación especial para Ultramar como sistema, puede verse J. Alvarado Planas, *Constitucionalismo y codificación en las provincias de Ultramar. La supervivencia del Antiguo Régimen en la España del XIX*, Madrid, CEPC, 2001, esp. pp. 20-144.

[18] Toda esta argumentación se encuentra en el "Dictamen de las comisiones reunidas de Ultramar y Constitución, proponiendo que las provincias ultramarinas de América y Asia sean regidas y administradas por leyes especiales" (DD.SS. Cortes Constituyentes, sesión de 12 de febrero de 1837, apéndice al n. 112, pp. 1491-1493).

[19] Literalmente este último artículo de la Constitución establecía: "Las provincias de Ultramar serán gobernadas por leyes especiales".

[20] En J. Rodríguez San Pedro, *Diccionario de la legislación ultramarina concordada y anotada*, Madrid, Imprenta de los señores Viota, Cubas y Vicente, 1865, t. I, pp. 1-2.

[21] *Historia geográfica, civil y natural* cit., p. 262.

[22] J. Alvarado Planas, "Contradicciones del reformismo decimonónico ultramarino", en *Reformistas y reformas en la Administración española. III Seminario de Historia de la Administración 2004*, Madrid, INAP, 2005, pp. 59-89.

[23] Todas estas citas y las sucesivas, están extraídas de los cinco artículos de P.T. de Córdoba titulados "Reflexiones sobre lo necesario y útil que es el sistema de leyes especiales para el gobierno de Ultramar", en «Revista de España, de Indias y del Extranjero», t. IV, 1845, pp. 206-221, citas en pp. 206-210.

[24] De Córdoba, "Reflexiones… Artículo V" cit., p. 433.

[25] Al respecto, P. Alonso Romero, "Entre asimilación y autonomía: la política colonial española para Cuba y Puerto Rico durante el siglo XIX", en «Quaderni Fiorentini», nn. 33-34, 2004-2005, pp. 675-798.

[26] Córdoba, "Reflexiones…" cit., pp. 219-220.

[27] Ivi, p. 218.

[28] M. Rodríguez Ferrer, "Estudios coloniales. I. Sobre las colonias en general, y del gran porvenir que podría alcanzar la nación española con las varias que aún posee en las diversas partes del globo", en «Revista de España», t. XVII, 1870, n. 66, pp. 247-285 (cita en p. 253).

[29] En Id., *La Nación y las Españas. Representación y territorio en el constitucionalismo gaditano*, Madrid, UAM ediciones, 2010, pp. 217-260.

[30] Sobre la estructura de gobierno en las colonias y el planteamiento de su régimen y funcionamiento desde la Península, P. Alonso Romero, *Cuba en la España liberal (1837-1898)*, Madrid, CEPC, 2002.

[31] Rodríguez San Pedro, *Diccionario* cit., p. VII.

[32] Las juntas han sido objeto de exhaustivos estudios, como el de I. Martínez Navas, *El gobierno de las Islas de Ultramar. Consejos, juntas y comisiones consultivas en el siglo XIX*, Madrid, Universidad de La Rioja/Dykinson, 2007; o Alvarado Planas, *Constitucionalismo* cit., pp. 198-286.

[33] Al respecto, F. Martínez Pérez, "De la función consultiva y el

Consejo de Estado gaditanos", en «Historia contemporánea», n. 33, 2006, pp. 557-580.

34 Córdoba, "Reflexiones… Artículo I" cit., p. 220.

35 Ivi, "Artículo V", p. 450. De la misma opinión era I. de Ramón Carbonell ("Observaciones sobre la administración de justicia en la isla de Cuba. Artículo IV", en «Revista de España, de Indias y del Extranjero», t. III, 1845, pp. 214-230).

36 *Vid. Consejo de Estado. Inventario de los Fondos de Ultramar (1835-1903)*, dirigido por J. Talea López-Cepero y con estudio histórico de F. Tomás y Valiente, Madrid, BOE, 1994.

37 Real decreto de 4 de julio de 1861, del Ministerio de Guerra y Ultramar, "determinando la organización y atribuciones de los Consejos de las provincias de Ultramar" (*CL* t. 86, pp. 22-32).

38 Real decreto de 4 de julio de 1861, del Ministerio de Guerra y Ultramar, "fijando la organización y atribuciones de las Audiencias de Ultramar" (*CL* t. 86, pp. 15-22).

39 Archivo del Consejo de Estado, Leyes y Reglamentos, leg. 33, exp. 1, *apud Consejo de Estado* cit., pp. 55-61.

40 En ese sentido, A. Quintero, *El gobierno español en sus colonias y en las repúblicas americanas*, Nueva York, Imprenta del Sr. Hallet, 1865, pp. 24-28.

41 Ivi, p. 24.

42 Así, p.e., en "Folleto anónimo", *apud* "Cuestiones ultramarinas", en «Revista hispanoamericana política, económica, científica, literaria y artística», vol. 5, entrega 9, año III, n. 46, 12 de diciembre de 1866, pp. 273-278.

43 J.M. Aguirre Miramón, "Reformas jurídico-administrativas en la isla de Santo Domingo", en «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», t. XXIV, 1864, pp. 172-176, cita en pp. 173-174.

44 En ese sentido, Córdoba "Reflexiones… Artículo V" cit., pp. 444 ss.

45 Ivi, "Artículo IV" cit., pp. 372 ss.

46 A. Sánchez Andrés, *El Ministerio de Ultramar. Una institución liberal para el gobierno de las colonias, 1863-1899*, Michoacán/Gran Canaria, Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo/Centro de la Cultura Popular Canaria, 2007.

47 J. Vallejo, "Aparato y comentario de la edición constitucional en el Sexenio", en J.M. Iñurritegui, J.M. Portillo (eds.), *Constitución en España: orígenes y destinos*, Madrid, CEPC, 1998, pp. 343-395, esp. pp. 370-372; C. Serván, "Transposición Constitucional en Ultramar o el Proyecto de Constitución de 1870 para Puerto Rico", en «Historia, Instituciones, Documentos», n. 25, 1998, pp. 639-652.

48 Decreto de 2 de julio de 1869, del Ministerio de Ultramar, "disponiendo rijan en las provincias de Ultramar y en la forma que se expresa, los artículos 94, 95, 96 y 97 de la Constitución del Estado, referente a la entrada, ascenso e inamovilidad en la carrera judicial" (*CL*, t. 102, pp. 38-41)

49 En Decreto de 25 de octubre de 1870, del Ministerio de Ultramar, "reorganizando los tribunales de las provincias de Ultramar" (*CL* t. 105, pp. 449-464).

50 Arts. 108 y 109 de *La Constitución-culebra de 1869. Crítica en verso por Dos Lagartos*, Madrid, Imprenta de La Victoria, 1869, a*pud* Vallejo, "Aparato…" cit., p. 371.

51 Decreto de 27 de agosto de 1873, del Ministerio de Ultramar, "declarando en vigor las disposiciones de 25 de octubre de 1870 sobre organización del Poder Judicial en Ultramar" (*CL* t. 111, pp. 256-258).

52 J. Maldonado Macanaz, *Principios del arte de la colonización*, Madrid, Imprenta y fundición de Manuel Tello, 1875², pp. 21-22.

53 M. de Azcárraga, "Influencia del espíritu colonizador en la civilización universal", en «Boletín de la Sociedad Geográfica de Madrid», t. XX, n. 2, febrero de 1886, pp. 108-121; cita en p. 118.

54 Maldonado Macanaz, *Principios* cit., p. 175.

55 Ivi, p. 28 ss. El planteamiento puede encontrarse en la lectura de J.M. Cordero Torres, *Aspectos de la misión universal de España. Doctrina internacional y colonial española*, Madrid, Vicesecretaría de Educación Popular, 1944. El cristianismo, revestido de civilización, es el núcleo duro que comparte la comunidad de naciones que está en la base de un Derecho Internacional que lo "juridifica" (L. Nuzzo, *Origini di una scienza. Diritto internazionale e colonialismo nel XIX secolo*, Frankfurt am Main, Vittorio Klostermann, 2012).

56 Véanse, p.e., en *El arte de la colonización* cit., las pp. 112-130.

57 Ivi, pp. 30-32.

58 Decreto de 2 de octubre de 1870, del Ministerio de Ultramar, "autorizando al Ministerio de Ultramar para establecer en la Universidad Central las enseñanzas necesarias a la preparación de los que aspiren a ingresar en el cuerpo de Administración civil de Filipinas" (*CL* t. 105, pp. 18-20).

59 J.A. Rodríguez Esteban, *Geografía y colonialismo. La Sociedad Geográfica de Madrid (1876-1936)*, Madrid, UAM ediciones, 1996.

60 A estos efectos, de nuevo, ivi.

61 La especialidad en todas sus dimensiones servía y serviría en esencia para recluir a las colonias en sus propia constitución y excluirlas de los derechos de los nacionales: *passim* C. Petit, "*Detrimentvm rei pvblicae*. Constitución de España en Guinea", en Iñurritegui, Portillo, *Constitución* cit., pp. 425-509.

62 Alonso Romero, *Cuba* cit., pp. 107 ss.

63 DD.SS. Congreso de los Diputados, sesión de 11 de marzo de 1876, n. 20, p. 375.

64 Maldonado y Macanaz, *El arte* cit., p. 91.

La Constitution de 1875 et les Colonies françaises[1]: de la perplexité républicaine aux soupçons d'Empire

BERNARD DURAND

On sait le droit des colonies réputé confus, tant en raison d'une législation erratique qu'à cause de la difficulté à le fixer par une jurisprudence affirmée. Cette confusion était même accrue, comme le signalait encore Dareste en 1910, par le fait que la «Doctrine n'était pas formée» et qu'elle devait se contenter d'indications «un peu abstraites». Quant à la jurisprudence, à l'état naissant, elle était confrontée au manque d'autorité que provoquent la diversité des règles et la lenteur avec laquelle les décisions étaient rendues, parfois après que les textes aient eux-mêmes déjà changé. Du reste, de nombreuses thèses, soutenues pendant ces années, se contentaient de faire le point sur les différends doctrinaux et sur les positions jurisprudentielles[2].

Le droit constitutionnel colonial, en partie responsable, n'échappait pas à la règle! Ramené à sa signification la plus élémentaire, «décider d'une constitution» – du moins à partir de 1789 en France – c'est construire un agencement rationnellement appuyé sur la Loi, cohérent et justifiable, censé éviter abus et arbitraire. Et donc que les organes, les mécanismes mis en place assurent le respect de principes, en garantissent la protection, permettent un fonctionnement assuré des institutions. Autrement dit, cela inclut à la fois l'agencement des pouvoirs, mais également le contenu qui doit s'appuyer sur des principes, un Etat de droit, en quelque sorte un condensé de droit et de politique. D'où les questions posées très brutalement à l'historien du droit colonial: depuis 1789, les colonies ont-elles été comprises dans les Constitutions pour bénéficier de la même organisation et des mêmes droits que la Métropole? Ont-elles au contraire été exclues formellement de ces constitutions? Ont-elles même été ignorées de telle sorte que les contemporains ont eu à dire ce qu'il en était, certains auteurs affirmant que «les lois constitutionnelles sont applicables sur tout le territoire français, colonies comprises, sans qu'il soit nécessaire qu'elles y aient été rendues applicables par une dis-

position expresse»[3]. Ou bien encore, une fois déterminé leur régime constitutionnel, celui-ci a-t-il été appliqué avec toute la clarté nécessaire? Ou bien encore, les règles arrêtées, tout au contraire, n'y ont-elles été que peu respectées ou leur applicabilité a-t-elle fait naître d'autres interrogations que celles agitées en métropole même!

Le moins qu'on puisse dire est que le droit constitutionnel colonial français, jusqu'à la Constitution de 1946, a posé aux juristes des questions imparfaitement résolues. Tel a été le droit constitutionnel colonial dans le cadre de la Constitution de 1875, alors même que la Troisième République s'est trouvée à la tête d'une Empire colonial considérable par sa taille et par les problèmes à résoudre.

Dans un bref historique traitant des "Constitutions", Dareste[4] rappelait que celle de l'an VIII, les Chartes de 1814 et de 1830, et la Constitution de 1852 en excluaient expressément les colonies. Or, la manière même de s'exprimer des constitutions laisse souvent planer un doute. Celle de l'an VIII, par exemple, dans son article 91, précisait de manière très claire que «le *régime* des colonies françaises est déterminée par des lois spéciales». Cette formulation d'exclusion, qui englobe Lois et Constitution, tranche avec la formule, choisie par les autres Constitutions, qui exprime au contraire que «les colonies seront régies par des lois particulières», formule qui, si on l'interprète correctement, n'empêche donc pas l'application aux colonies de la Constitution elle-même! En revanche, certaines Constitutions disaient plus clairement l'exclusion. Celle du 3 septembre 1791, dans son article final, déclarait que les colonies n'y étaient pas comprises, bien que faisant partie de l'Empire français. En revanche, la Constitution du 5 fructidor an III avait exprimé une position toute différente, l'article 6 déclarant les colonies françaises «partie intégrante de la République» et soumises à la même loi constitutionnelle. Subtilités juridiques sur lesquelles il est d'ailleurs inutile de s'attarder, compte tenu, d'une part, que pour celle de 1791 l'invitation faite aux colonies de faire connaître leurs vœux sur la Constitution n'eut aucune suite, la législation étant ensuite faite par les assemblées du Royaume (sauf aux assemblées locales à décider sur l'état des personnes non libres et l'état politique des hommes de couleur et nègres libres) et, d'autre part, que celles de l'an III[5] et de l'an VIII restèrent à peu près inappliquées, les colonies étant rapidement isolées puis détachées de la France pour tomber sous domination anglaise[6]! Quant à la Constitution du 4 novembre 1848, si son article 109 déclarait le territoire de l'Algérie et des colonies «territoire français», il ajoutait que le territoire colonial «serait régi par des lois particulières jusqu'à ce qu'une loi spéciale eût placé les colonies sous le régime de la présente constitution», loi spéciale qui ne fut jamais faite, laissant ainsi les colonies sous le régime de la loi 1833… et des décrets du 27 avril 1848!

On fut vite obligé de constater que, quelle que soit la décision de la Constitution, le texte retenu quant à la compétence législative subissait des infidélités manifestes. Passe encore pour la Charte de 1814 qui, exprimant la volonté de soumettre les colonies «à des lois et des règlements particuliers» (article 73), était revenue en fait à la pratique monarchique! Elle considérait les colonies comme relevant du domaine de

la Royauté et les soumettait exclusivement à des ordonnances restées d'ailleurs, sous réserve de quelques modifications ultérieures, longtemps en vigueur. Ainsi des ordonnances rendues sous Charles X des 21 août 1825, 9 février 1827 et 27 août 1828 concernant le gouvernement de l'île Bourbon, des Antilles et de la Guyane et de bien d'autres, par lesquelles le roi monopolisa le pouvoir de légiférer sans jamais remettre aux Chambres la possibilité de légiférer ni délimiter les sphères respectives de la loi et du règlement. Mais la Charte de 1830 qui, dans son article 64 avait confié à la loi le soin de régir les colonies, fut rapidement complétée par une loi spéciale du 24 avril 1833 qui, tout en confiant aux Chambres cinq matières[7], réservait huit autres matières aux ordonnances royales, d'autres encore (comme le vote du budget intérieur de la colonie) étant remises à la décision des conseils coloniaux[8].

Il ne faut donc pas s'étonner que cette loi de 1833 se soit maintenue sous le régime du gouvernement provisoire, mais avec cette importante modification que les décrets du 27 avril 1848, supprimant les conseils coloniaux, avaient confié aux commissaires de la République les pouvoirs que cette loi avait prévus pour les ordonnances royales et les conseils (sauf pour l'organisation administrative). On s'est trouvé alors devant cette étonnante extension de compétence des commissaires généraux, dotés pour les quatre colonies de pouvoirs plus étendus que ceux des gouverneurs des autres colonies, mais très rapidement surplombés par une législation métropolitaine décidant par décrets sur plusieurs matières telles que l'instruction publique ou le régime des impôts[9]. En réalité, cette indécision constante, ponctuée de reculs, en même temps que de quelques affirmations fortes (la constitutionnalisation sous le Directoire de la première abolition de l'esclavage; la reconnaissance de la départementalisation) épousait parfaitement les contradictions entre, d'une part, le souhait d'assimilation des colonies, celui de mettre en œuvre le principe révolutionnaire de l'indivisibilité de la République et, d'autre part, les craintes de voir ces colonies, disposant des mêmes institutions que la métropole, en user fatalement dans le sens d'une indépendance croissante! Il suffit, sous la Convention thermidorienne, de rappeler l'enthousiasme de Boissy d'Anglas, le 17 thermidor an III, évoquant dans son discours une Constitution qui pour être éternelle ne pouvait l'être «qu'en étendant ses bienfaits sur les deux hémisphères»: «Que les colonies fassent partie de notre République indivisible et qu'elles soient surveillées et régies par les mêmes lois et le même gouvernement […]»[10]. Mais, en toile de fond, restait cette crainte, exprimée d'ailleurs par l'orateur lui-même, de voir les colonies devenir progressivement indépendantes. Or, les solutions qu'il proposait pour combattre ce risque eurent peu d'effet sur la Convention qui va préférer l'écarter en se contentant de voter un article 1er affirmant leur soumission «aux mêmes lois constitutionnelles». Quant à l'article 2, relatif à la division en départements et les institutions qui y seront mises en place, la Convention en renvoya l'étude, le jugeant incomplet! C'est que les villes de l'Inde n'y figuraient pas et que Saint Domingue posait d'autres questions. On y reviendra le 27 thermidor avec une nouvelle rédaction, mais qui prenait soin de ne donner à ces colonies que la législation "générale", évitant par la promesse d'une législation "par-

ticulière" que les Directoires départementaux des colonies n'accaparent les pouvoirs et n'en usent en direction d'une indépendance de fait. Dans la discussion à huis clos des articles 155 et 156, il fut affirmé que le représentant du pouvoir exécutif national concentrerait tous les pouvoirs exercés par les directeurs en France et n'auraient à leur côté aucune assemblée susceptible de lui faire des remontrances. Belle leçon de réalisme qui devait perdurer et dont nous allons voir combien, sans le dire, elle allait emporter bien des choix![11]

Mais du moins les régimes politiques, avant 1875, avaient tous pris soin de préciser, dans un texte constitutionnel, le régime législatif des colonies, entendu à la fois comme question de compétence législative et de "spécialité"[12]. La règle de la spécialité, établie par le Consulat – La Constitution du 22 frimaire an VIII déclare que le régime des colonies est déterminée par des lois spéciales (article 91) et une loi du 30 floréal an X qui donne compétence au pouvoir exécutif –, sera maintenue par la Charte de 1814 (article 73: «Les colonies seront régies par des lois et des règlements particuliers»). Consacrée par la Monarchie de Juillet (article 64), elle sera complétée par la loi du 24 avril 1833 – comme l'autorisait la Constitution[13] – qui distinguait deux catégories de colonies: d'une part, les «vieilles colonies» ou encore «les grandes colonies»; d'autre part, toutes les autres, désignées par le terme «d'établissements». Pour les premières (Martinique, Guadeloupe, Bourbon et Guyane), un régime d'autonomie confie le pouvoir de décision à des conseils coloniaux (ils réglementent par «décrets coloniaux», sur proposition des gouverneurs et avec sanction royale) tandis que certaines matières sont réservées au Parlement (les droits politiques, les lois civiles et criminelles, les pouvoirs des gouverneurs en matière de haute police et de sûreté générale, l'organisation judiciaire, le régime commercial, des douanes et la répression de la traite). Mais certaines questions restaient de la compétence du Roi et des gouverneurs. En revanche, pour toutes les autres colonies, toutes les questions pouvaient être réglées par voie d'ordonnances. Cet article 25 avait essuyé les foudres de l'opposition de gauche, estimant que l'on violait la Charte de 1830 qui soumettait les colonies «aux lois». Mais le rapporteur fit remarquer que ces «établissements étaient trop peu importants pour fixer l'attention du législateur et qu'en réalité, ils étaient moins de véritables colonies que de simples comptoirs». En outre, on avait fait observer que ce régime était provisoire et que, si des changements se produisaient, le législateur «s'empresserait d'admettre ces établissements d'Afrique et d'Asie aux mêmes avantages». Malgré cette vision "provisoire", le régime ainsi fixé avait duré jusqu'en 1848, constituant une véritable Charte coloniale.

C'est une démarche identique qu'avait adopté le second Empire, par la voie d'un Sénatus-consulte daté de 1854 et sur lequel nous allons bientôt revenir. Disons seulement ici que, comme l'avait fait le Sénatus-consulte organique du 16 thermidor an X, qui donnait au Sénat la charge de régler «la Constitution des colonies» (mais aucune décision n'avait suivie), la Constitution du 14 janvier 1852, dans son article 27 avait confié au Sénat le soin de régler «par un Sénatus-consulte, la Constitution des colonies et de l'Algérie». Ce sera l'objet du Sénatus-consulte du 3 mai 1854. Pendant ces deux années, le chef du pouvoir

exécutif se réserva le droit de légiférer, sans intervention aucune du corps législatif. Là encore, les colonies furent divisées en deux groupes: d'une part, Martinique, Guadeloupe et Réunion; d'autre part, les autres colonies (dont cette fois la Guyane), et ensuite toutes les autres colonies nouvelles, le texte ne les énumérant pas. Dans les premières, un partage des compétences était opéré entre le Sénat, le corps législatif et l'Empereur; dans les secondes, compétence était donnée à l'Empereur «jusqu'à ce qu'il ait été statué à leur égard par un Sénatus-consulte». Sénatus-consulte qui ne sera jamais pris.

Alors donc que les régimes politiques précédents avaient tous pris soin de préciser, dans un texte constitutionnel, le régime législatif des colonies, la Constitution de 1875 allait sur ce point restée silencieuse. D'où la multiplication de doutes constitutionnels (1), les difficultés pour saisir la nature juridique exacte du pouvoir présidentiel sur les colonies, et ce jusqu'au point de donner naissance à une exceptionnelle querelle doctrinale lourde de sens (2). Mais, difficultés d'autant plus vives que les discussions sur ce point côtoyaient celles relatives au pouvoir général reconnu au Président de décider, en Métropole même, par décrets au point de faire naître de fortes inquiétudes politiques (3).

1. *Doutes constitutionnels et Compétences législatives imprécises*

Le Silence de la Constitution de 1875 est vite devenu pour les spécialistes de droit constitutionnel source de divisions entre ceux pour qui ces lois constitutionnelles ne régissaient pas les colonies et ceux qui témoignaient, preuves à l'appui, que tel ou tel article s'y appliquait bien. Ainsi, pour les premiers, du Doyen Duguit qui, dans le tome IV de son *Traité de droit constitutionnel*, expliquait que la Constitution de 1875 ne régissait pas les colonies, démonstration reprise par Bienvenu dans un article paru à la «Revue de droit public» de 1929 et par Touzet dans sa *Théorie du régime législatif indochinois* publiée en 1932. Ils invoquaient une tradition formée depuis l'an VIII qui évoquait pour les colonies, la spécialité législative (et donc le régime des décrets, pris par le Président de la République), spécialité confirmée ici par l'article 1er de la loi constitutionnelle, d'après lequel «le pouvoir législatif s'exerce par deux assemblées, la Chambre des députés et le Sénat». Mais, soutenaient d'autres auteurs (dont Lampué), ces argument ne valent pas, pas plus en ce qui concerne les décrets (qui ne sont pas des lois) qu'en ce qui concerne la pratique constitutionnelle postérieure à 1875, qui démontre qu'à plusieurs reprises ont été appliqués certains articles constitutionnels: l'article 8, sur l'annexion de territoires coloniaux, l'article 3 sur le droit de grâce!

Ce silence eut pour effet de maintenir, jusqu'en 1946, le Sénatus-consulte de 1854 qui réglait sous le second Empire le partage de compétences entre le Sénat et l'Empereur. Mais sous le second Empire, le Sénat avait un pouvoir constituant. En vertu de l'article 27 de la Constitution de 1852, il pouvait compléter la Constitution en réglant ce qui n'avait pas été prévu par elle, fixer le sens des articles donnant lieu à différentes interprétations, enfin régler «la Constitution des colonies». En vertu de l'article 31, il pouvait même, à certaines

conditions, modifier la Constitution. C'est dire que ce Sénatus-consulte de 1854 avait une force juridique particulière, en tout cas supérieure à celle des lois ordinaires et, par conséquent, seul le Sénat pouvait changer la répartition des compétences qui y était prévues. Or, en décidant que les anciens Sénatus-consultes, qui n'étaient pas expressément abrogés, subsisteraient avec «force de loi», le Sénatus-consulte de 1854, désormais simple loi ordinaire, fut interprété, d'une part, comme réservant ces matières à la loi[14] et, d'autre part, que de nouvelles lois pouvaient y déroger, et retoucher ainsi les compétences reconnues au chef de l'Etat. La répartition perdait son caractère rigide. Le chef de l'Etat républicain, "héritier" de l'Empereur, n'était compétent que pour les matières autres que celles réservées à la loi (pour les Antilles et la Réunion) ou réglées par la loi, au gré du législateur qui, lui, était donc maître de légiférer quand il le voulait. Il lui suffisait de dire expressément (à moins que l'objet en soit d'évidence), lorsqu'il légiférait, s'il entendait que la loi s'applique aux colonies. Le pouvoir exécutif tirait donc du texte de 1854 le pouvoir de décider par décret toutes les questions laissées hors du champ législatif[15].

1.1. *Le vagabondage législatif*

Ce régime "de fait" laissait la porte ouverte à toutes sortes de théories sur les compétences législatives aux colonies. Mais, à s'en tenir à la doctrine généralement reçue, le débat, encore vif en 1930[16], était "résolu" par l'attribution, en principe comme en pratique, d'un pouvoir "législatif" au Président de la République sur la base… du Sénatus-consulte du 3 mai 1854. Ce partage de compétences s'attira à l'époque nombre de critiques. Il était en particulier courant d'accuser le système législatif colonial d'illégalité et d'incohérence, soit en raison de la difficulté à dire clairement quelle était la loi organique qui s'appliquait pour les colonies, soit en raison de l'accusation d'arbitraire que certains portaient au régime des décrets. Il était vrai qu'au premier regard, le régime législatif colonial français, faute d'une loi organique claire, méritait ces reproches. Bizarreries et anomalies découlaient tout d'abord d'un éclatement des compétences, puisque le Parlement, le Président de la République, le Ministre des colonies, les Gouverneurs généraux, les Gouverneurs locaux, les hauts fonctionnaires agents du pouvoir exécutif et enfin, le Conseil d'Etat qui interprétait les textes obscurs, se partageaient le pouvoir législatif.

L'accusation d'instabilité n'était pas moins pertinente. Appert, dans un article publié par la «Revue de droit public» en 1895[17], rapportait que six décrets en neuf ans avaient réorganisé l'administration judiciaire en Cochinchine. Leroy-Beaulieu regrettait que ce régime empiète sur les attributions de la représentation nationale, fasse silence autour de certaines questions et les tranche sans discussion[18]. Et Dareste[19], pourtant partisan de ce régime, écrivait en 1910 que pour les décrets «qui sont de beaucoup les plus nombreux, il n'existe pas de travaux préparatoires et c'est à peine si, pour certains d'entre eux, on trouve quelques éclaircissements dans les rapports ministériels qui les précèdent».

Mais c'est en particulier le fondement exact du pouvoir du Président de la Répu-

blique qui était discuté entre juristes, au point même d'entretenir une impression de confusion regrettable. Les juristes, nous l'avons vu, étaient en désaccord sur bien des points. Ni la question de savoir si le Sénatus-consulte de 1854 était encore en vigueur (et à quel titre), ni celle relative à l'application de la Constitution de 1875 au territoire des colonies, ne faisaient en doctrine l'unanimité, et l'on retrouvait sur ces points, comme dans bien d'autres relatifs au droit colonial, de roboratives discussions. De sorte que, dans ces questions à rebondissements, les différents acteurs se contentaient de poser leur pierre, chacun à leur tour, à la constitution d'un édifice juridique cohérent. Pierre Dareste, avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation, directeur du recueil de Législation, de Doctrine et de Jurisprudence coloniales ainsi que Président du comité des jurisconsultes de l'Union coloniale française, regrettait en 1915, traitant du législateur colonial dans les pages de cette revue, le régime franchement mauvais du système législatif colonial «à trois branches»: un Parlement qui de manière incohérente grignote le pouvoir du Président de la république, tandis que ce dernier reprend arbitrairement des compétences attribués aux Gouverneurs ou aux conseils généraux, eux-mêmes d'ailleurs investis de pouvoirs élastiques. Il concluait au besoin de rationaliser ce régime en supprimant le «plus mauvais des législateurs coloniaux (le Parlement)» et en donnant aux décrets, préparés par des corps spéciaux (y compris locaux), seule compétence législative, tempérée toutefois par un contrôle accru de constitutionnalité[20].

On imagine combien cette profusion de compétences pouvait être à la source de contradictions, ce que confirmait une jurisprudence fort active tant au niveau du Conseil d'Etat que de la Cour de cassation, mais toujours lente à répondre, cela n'allant guère dans le sens d'une politique coloniale apte à suivre des évolutions parfois rapides. Mais cette diversité de compétences favorisait également les flottements dans l'identification d'une politique clairement arrêtée. Enfin, cette primauté législative donnée au Président de la République faisait en réalité reposer sur les Bureaux du Ministère des colonies la vraie responsabilité des textes adoptés, posant ainsi la question de la place véritable qu'occupait le Ministre des colonies dans le choix d'une politique.

De fait, des difficultés sans nombre ont émaillé la répartition des compétences entre Parlement et pouvoir exécutif même si, vers la fin du XIXème siècle et au début du XXème siècle, ont été réglées la plupart des interrogations les plus sérieuses relatives au pouvoir législatif dans les colonies, tant en ce qui concerne son interprétation constitutionnelle, la signification juridique qu'il fallait attribuer au pouvoir reconnu au chef de l'Etat ou la possibilité d'exercer contre ses actes des recours, que l'accord fait sur la primauté du Parlement et les pouvoirs – réels – du Président. Il est vrai que la reconnaissance de la délégation législative n'était pas négligeable puisque la jurisprudence et la doctrine concluaient que ces décrets qui ont un caractère législatif ne sont pas susceptibles d'être déférés au Conseil d'Etat pour excès de pouvoir; et que les tribunaux ordinaires ont le droit de les interpréter et de vérifier si le chef de l'Etat n'a pas outrepassé sa délégation[21]. A cette époque pourtant, la théorie de la délégation avait été depuis longtemps critiquée et les conséquences que certains en

tiraient – par exemple en ce qui concerne le recours pour excès de pouvoir – allaient être progressivement rejetées. Dès 1907, le Conseil d'Etat avait clairement admis le recours pour excès de pouvoir contre les règlements d'administration publique, ce qui faisait dire à Hauriou que le Conseil d'Etat avait «tué la théorie de la délégation législative [...] parce que son principal intérêt pratique était de soustraire le règlement d'administration publique au recours en lui conférant la même nature que la loi, en en faisant un acte législatif, tandis que désormais, il sera entendu qu'il n'est qu'un acte administratif».

Puis, en 1908, la même décision a été prise à l'égard des règlements en matière coloniale de telle sorte que la thèse de la délégation s'est trouvée amputée d'une de ces conséquences les plus importantes[22]. En pratique, l'évolution est allée dans le sens favorable au Parlement, du moins pour certains territoires ou dans certains domaines. Dans les colonies des Antilles et de la Réunion, le Parlement hérita des compétences législatives mentionnées à l'article 3 du Sénatus-consulte[23]. De même, il prit les compétences du Corps législatif sur l'élaboration et le vote des lois sur le régime commercial. Et bien sûr le droit d'évocation de toutes les questions coloniales[24]. Quant au reste du territoire colonial, normalement placé sous le régime des décrets (article 18 du Sénatus-consulte), le Parlement était intervenu fréquemment depuis 1880, soit en décidant de légiférer sur certaines questions, soit en vertu de ce principe que tout engagement des finances de l'Etat nécessitait un vote du Parlement, bref dans les grands secteurs tels que militaires, financiers, économiques et celui de la souveraineté.

En revanche, cette extension progressive du droit d'intervention législative du Parlement[25] n'a pas été faite de manière systématique. D'une part, le Parlement redonnait au pouvoir exécutif le droit de légiférer par décrets rendus en forme de règlements d'administration publique: le 26 mars 1889 sur la nationalité, le 11 janvier 1892 sur le régime douanier, le 13 avril 1900 sur le régime financier, le 9 décembre 1905 sur la séparation des Eglises et de l'Etat, etc. D'autre part, en matière de souveraineté, les traités avec les chefs indigènes étaient conclus en Afrique occidentale Française et ratifiés par décrets. Ce n'est qu'à l'occasion de l'approbation des conventions diplomatiques délimitant les sphères d'influence que la loi intervenait. De même, si le Parlement pouvait décider que telle loi ne serait pas applicable aux colonies, ce qui enlevait au pouvoir exécutif le droit de la rendre applicable, dans les faits, cette réserve n'avait pas grand effet puisque cela ne lui ôtait pas, par décret, le droit de réglementer la matière[26].

1.2. *Les divergences d'interprétation*

Sur ces bases fragiles, la doctrine s'est donnée libre cours pour se livrer à des démonstrations aussi nombreuses que variées sur la valeur du Sénatus-consulte de 1854 et les conséquences que l'on pouvait en tirer sur le pouvoir reconnu aux colonies au Président de la République. Sur les colonies proprement dites, les positions les plus notables allèrent des interprétations les plus brutales à celles qui cherchaient à ménager la voie d'une reconnaissance légale pour le pouvoir "législatif" du Pré-

sident de la République. On trouve d'abord celles qui optent pour des positions maximalistes, visant soit à refuser toute reconnaissance au Sénatus-consulte de 1854 et à ses dispositions, soit au contraire à en reconnaître même la constitutionnalité sous l'empire de la Constitution de 1875. On mentionnera par exemple l'opinion d'Isaac, sénateur de la Guadeloupe, qui affirmait qu'il y avait «antagonisme» entre les institutions que l'Empire a laissées aux colonies et les principes nouveaux introduits par la République. De sorte que le Gouvernement ne peut, ni logiquement ni constitutionnellement, revendiquer le pouvoir de statuer par décrets. Et en 1890, il présenta une proposition de loi tendant à réorganiser les colonies, proposition appuyée par le Sous-secrétaire d'Etat des colonies. Au cours de la discussion, ce dernier affirma que le Sénatus-consulte de 1854 «n'avait plus de raison d'être du jour où la République a donné la représentation parlementaire à certaines colonies[27] et le jour où l'on a voté la constitution de 1875». Mais le Sénat dans sa séance du 30 mai 1892 refusa de passer à la discussion des articles de la proposition, condamnant ainsi cette théorie[28].

A l'opposé, dans une thèse datée de 1901, Baudouin[29] soutient au contraire la théorie de la constitutionnalité du Sénatus-consulte de 1854 sous la Troisième république. Il s'appuie sur le silence de la constitution de 1875 pour dire qu'elle a donc voulu garder sur ce point la «constitution» précédente. Car, ajoute-t-il, si on donne au texte la simple valeur de loi, cela veut dire que cela fonctionne comme si le Parlement avait délégué son pouvoir, ce qu'on dit ne pouvoir se faire en vertu des Constitutions écrites! Par conséquent, si on garde ce statut de loi, tout ce que fait le Président par décret est nul pour les colonies autres que les Antilles et la Réunion. En revanche, si on considère que les lois de 1875 n'ont rien dit sur ce problème mais n'ont donné qu'une Constitution à la métropole, c'est donc qu'elles ont conservé pour les colonies la Constitution antérieure avec force égale; tant que le Parlement ne modifie pas cette Constitution, elle reste en vigueur. Evidemment, ceci a pour conséquence de donner avec force le nom de lois aux décrets et d'interdire la théorie de l'évocation: «Il en découle cette conséquence que le Parlement, en 1884 et chaque fois qu'il est intervenu sous le même prétexte, s'est rendu coupable d'excès de pouvoir»[30]. Des deux inconvénients, il choisissait celui-là car la première théorie atteignait les décrets «bien plus nombreux», décidant donc que le caractère de loi ne saurait être nié aux décrets.

Du reste, d'autres prises de position, sans doute moins évidemment provocatrices, pouvaient, en défendant les pouvoirs du Président de la République dans les colonies, apparaître tout aussi osées. Ainsi, Bienvenu, qui critiquait cependant la théorie de la délégation[31], soutenait dans un article paru dans la «Revue de droit public» de 1929 la dualité de régime entre colonies et métropole et l'inexistence pour les premières d'une Constitution[32]. Par conséquent, l'article premier de la loi du 25 février 1875 qui attribue le pouvoir législatif au Parlement n'est pas plus que le reste de la Constitution applicable aux colonies. Cette situation constitutionnelle ne ferait donc pas obstacle à la dévolution par une loi ordinaire, du pouvoir législatif colonial au Président de la République. Il y aurait donc, selon lui, deux blocs: la France

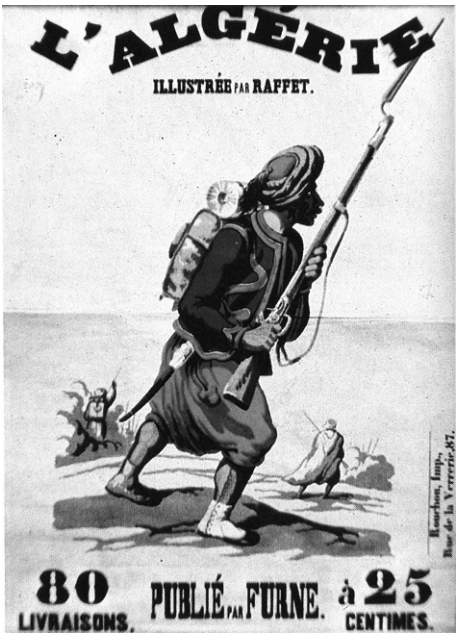
métropolitaine pourvue d'une Constitution rigide qui s'oppose à tout transfert de pouvoir législatif autrement que par révision constitutionnelle; la France coloniale qui pour le moment n'est régie par aucune Constitution d'ensemble, mais qui serait, en tous cas, placée que sous le régime d'une Constitution flexible, ne comportant aucune distinction de forme et de procédure entre la loi constitutionnelle et la loi ordinaire.

On trouve ensuite les opinions de ceux qui, tout en refusant au texte de 1854 tout caractère constitutionnel, analysaient les pouvoirs du Président de la République de décider par décrets en une délégation de pouvoirs émanant de l'autorité législative en faveur du pouvoir exécutif. La délégation n'abolit pas le pouvoir du délégant, et le pouvoir législatif peut reprendre à tout moment l'exercice de son pouvoir de légiférer. Les tenants de cette thèse en concluait que, simple loi non abrogée, le texte de 1854 s'était donc maintenu depuis 1870 et demeurerait applicable tant qu'il ne serait pas expressément abrogé. C'est en matière coloniale la thèse de Duchêne. Cette théorie sur la «délégation de pouvoirs» était en fait utilisée avant 1914 pour expliquer les délégations faites en vue des règlements d'administration publique et bien sûr en matière de règlements coloniaux. Elle correspondait à une tendance bien compréhensible, celle qui consistait à transférer vers le droit public des concepts de droit privé, ici les règles du mandat. Par conséquent, le pouvoir du mandant étant transmis au mandataire, on admettait que l'acte fait par l'autorité déléguée avait le même caractère que s'il était fait par l'autorité délégante. On imagine le résultat! Les décrets pris par le chef de l'Etat (que ce soit en matière de règlements d'administration publique ou en matière coloniale), en vertu d'une délégation du législateur, avaient force législative et par voie de conséquence ne pouvaient faire l'objet d'un recours en annulation devant le conseil d'Etat.

Adhéraient à cette position sur la délégation, sinon à toutes ses conséquences, des auteurs très nombreux. En effet, Laferrière[33], quant à lui, affirmait que la délégation législative avait toujours le caractère d'un mandat donné par le législateur qui communique à son mandataire une partie de la puissance législative. Il reconnaissait aux règlements d'administration publique un caractère législatif qui les affranchissait, en principe, de tout recours contentieux: «Les décrets du chef de l'Etat règlent des matières sur lesquelles la Constitution ou les lois lui ont conféré la puissance législative, notamment des matières de législation algérienne et coloniale»[34]. On pouvait lire dans l'article consacré aux colonies au répertoire Dalloz de 1911, une présentation retenant pour les colonies la théorie de la délégation: «Les décrets d'ordre réglementaire par lesquels le Président de la république statue pour les colonies, étant rendus en vertu de la délégation du pouvoir législatif dont il est investi, sont de véritables actes législatifs»[35]. Etait émise une seule réserve: il faut que ces décrets statuent par voie de disposition générale et réglementaire[36]. Bien sûr aussi, l'article reconnaissait que cette délégation recevait un certain nombre de restrictions, soit qu'elles résultent de principes généraux du droit public (ne pas porter atteinte à la souveraineté de l'Etat; ne pas engager les finances de l'Etat), soit qu'elles découlent du droit qu'a le pouvoir législatif de retirer la délégation[37].

On voit que les conséquences de cette reconnaissance de la délégation législative n'étaient pas négligeables, puisque la jurisprudence et la doctrine concluaient que ces décrets qui ont un caractère législatif ne sont pas susceptibles d'être déférés au Conseil d'Etat pour excès de pouvoir; et que les tribunaux ordinaires ont le droit de les interpréter et de vérifier si le chef de l'Etat n'a pas outrepassé sa délégation[38]. A cette époque pourtant, la théorie de la délégation avait été depuis longtemps critiquée et les conséquences que certains en tiraient – par exemple en ce qui concerne le recours pour excès de pouvoir – allaient être progressivement remises en cause. On commença à critiquer, en premier lieu, puis à abandonner la théorie de la délégation dès la fin du XIX siècle. Esmein et Berthélemy dans des articles datés de 1894 et 1898 affirmèrent avec force l'autonomie du droit administratif et l'impossibilité de la délégation en droit public, sur cette idée que le système français de constitution rigide s'oppose à toute délégation, car le titulaire du pouvoir en a l'exercice et non la disposition. La constitution interdit que l'un des pouvoirs puisse se décharger sur un autre de sa tâche et de sa fonction. Ils seront suivis par Duguit, Hauriou et même Moreau.

Il est vrai, cependant, que cette contestation aura la difficile tâche de substituer à l'idée de délégation autre chose. Hauriou pensera pouvoir adapter l'idée de délégation au droit public en suggérant qu'il est possible à un acteur juridique de confier à un autre acteur une mission qui lui est propre. Il formulera, à cet effet, la théorie de la «délégation de matières», permettant d'accroître le champ d'exercice du pouvoir du délégué. On dira plus tard que «l'attribution de compétence ne change pas la nature de l'acte administratif». En quelque sorte, certaines matières sortent provisoirement du domaine de la loi pour passer dans le domaine du décret. Les actes pris garderont donc leur propre force et seront susceptibles de recours. Ainsi, commentant la loi du 3 août 1926, Bonnard[39] proposera plus tard que «les matières prévues comme objet de ces décrets sont placées momentanément dans le domaine du pouvoir réglementaire pour, ensuite, à l'expiration du délai, en sortir et rentrer dans le domaine du pouvoir législatif». On en arrivera à l'idée de délégation de compétence et Hauriou comme Duguit diront que les actes du chef de l'Etat «sont accomplis en vertu d'une attribution de compétences» émanée du législateur. Ainsi Rolland écrit: «Ce que peut faire seulement le Parlement,



Promozione delle colonie nel Nord Africa nella Francia della III Repubblica

c'est fixer le domaine de la compétence législative et le domaine de la compétence réglementaire, puisque ces domaines ne sont pas définis par la Constitution. Le Parlement peut ainsi modifier constamment ces domaines respectifs et faire passer une matière déterminée ou un ensemble de matières de l'un dans l'autre». Par conséquent si la délégation est interdite, si le parlement détient le pouvoir législatif et le Président de la République le pouvoir réglementaire, rien n'empêche le Parlement de donner compétence au gouvernement pour faire des règlements sur des matières qui, jusqu'alors, lui étaient réservés.

A ce stade il est aisé de voir à quoi aboutissent ces prises de position en ce qui concerne la nature juridique des décrets[40]. Dans tous les cas, les décrets ne seront donc que des actes administratifs même s'ils ressemblent à une loi, car la nature dépend de l'organe qui le prend. Duguit écrit: «Les règlements faits par le Président de la République, en vertu d'une compétence à lui spécialement et expressément donnée par le législateur restent des règlements». Ils sont donc soumis au régime des décisions administratives.

2. *Décrets coloniaux et Incertitudes Juridiques*

Restait à savoir si les conclusions pouvaient être les mêmes pour les décrets coloniaux. Il est clair que la question, qui encore une fois passait par l'examen du Sénatus-consulte de 1854 et la loi du 24 mai 1833, ne fut pas réglée avec la même fermeté. Il est vrai que Duguit et Jèze avaient soutenu que la nouvelle constitution était inapplicable aux colonies et donc que le Parlement disposant du pouvoir constituant et du pouvoir législatif pouvait édicter une constitution coloniale. De sorte qu'en matière coloniale, l'argumentation de Duchêne était totalement écartée et qu'on lui reprochait d'admettre le pouvoir des chambres de déléguer leur pouvoir législatif. Or, la Constitution a confié ce pouvoir au Parlement et ce Parlement ne saurait le déléguer. Le pouvoir législatif, écrivit Berthélémy, est une fonction confiée par la constitution et non un droit. On peut transmettre un droit mais non pas une fonction. «Comment admettre qu'un Parlement investi de la fonction de légiférer, puisse donner à quelque autorité que ce soit le mandat de légiférer à sa place?»[41].

De même, dès 1907, le Conseil d'Etat avait clairement admis le recours pour excès de pouvoir contre les règlements d'administration publique, ce qui faisait dire à Hauriou que le Conseil d'Etat avait «tué la théorie de la délégation législative [...] parce que son principal intérêt pratique était de soustraire le règlement d'administration publique au recours en lui conférant la même nature que la loi, en en faisant un acte législatif, tandis que désormais, il sera entendu qu'il n'est qu'un acte administratif». Puis en 1908, la même décision avait été prise à l'égard des règlements en matière coloniale de telle sorte que la thèse de la délégation se trouvait amputée d'une de ces conséquences les plus importantes[42]. Seulement, là encore, la jurisprudence ne fut pas toutefois, et ce à plusieurs reprises, aussi claire et vint nourrir la dispute sur laquelle nous allons revenir maintenant.

2.1. *La Disputatio autour des décrets*

Il semble que la querelle ait débuté sur l'interprétation à donner non seulement des arrêts du Conseil d'Etat mais également de la Cour de cassation. Un arrêt de la Chambre civile du 27 avril 1926 affirmait: «Dans le groupe des colonies auquel appartient l'Indochine, le Président de la République est investi du pouvoir législatif et les décrets ainsi rendus par lui constituent de véritables lois»[43]. Cette proclamation de principe, quasi provocatrice, avait des motivations concrètes. Il s'agissait pour la Chambre civile de reconnaître à l'autorité judiciaire le droit d'apprécier la légalité d'un arrêté du Gouverneur Général de l'Indochine portant sur la procédure, matière privilégiée relevant des tribunaux de droit commun. En se prononçant pour une interprétation sur le fond, sur le contenu de l'arrêté, et non sur la forme, la Cour autorisait le tribunal de droit commun à juger de la légalité. Alors qu'autrement, en se contentant d'apprécier la forme, le tribunal de droit commun aurait du surseoir jusqu'à ce que la juridiction administrative se fût prononcée sur la légalité. Autrement dit, en déclarant "loi" le texte, l'ordre judiciaire s'autorisait un contrôle qui lui aurait échappé en le retenant "règlement"! En l'occurrence, le tribunal avait pu se prononcer sur la légalité de l'arrêté par rapport au décret présidentiel et le déclarer entaché d'illégalité puisque «un arrêté du gouverneur est illégal non pas seulement s'il se met en opposition avec les termes d'une loi mais aussi s'il contredit les termes d'un décret».

Commenté au répertoire Dalloz[44], cet arrêt y fut présenté comme ayant «une importance assurément considérable» puisqu'il corrigeait en partie la théorie du tribunal des conflits. Ce dernier estimait que les tribunaux de l'ordre judiciaire étaient compétents pour interpréter des actes réglementaires mais que pour en apprécier la légalité, ils ne le pouvaient pas parce qu'ils émanaient d'une autorité administrative. L'annotateur de cet arrêt, Louis Rolland, professeur à la Faculté de droit de Paris, confirmait que dans le groupe de colonies auquel appartient l'Indochine, le Président de la république est «investi du pouvoir législatif et les décrets rendus par lui constituent de véritables lois». Il avait ajouté toutefois que si ces décrets portent fréquemment sur des matières qui dans la métropole sont régies par des lois, «il est par contre totalement inexact de dire que les décrets pris par le chef de l'Etat en matière coloniale constituent de véritables lois». Il tirait argument de ce que, dans le droit public français, «ce qui caractérise la loi et lui donne une force juridique supérieure, c'est qu'elle émane du Parlement». En outre, il précisait que le Président ne saurait modifier une loi prise par le Parlement ou intervenir dans une matière que le parlement se serait réservé[45], ce que d'ailleurs personne ne contestait.

Cette façon hésitante de qualifier la nature juridique des décrets coloniaux va donner naissance quelques années plus tard à des échanges plus acerbes. Pierre Dareste, en 1935, dans un article inséré au *Recueil de législation coloniale*, critique Lampué, professeur à la Faculté de droit de Caen, pour avoir défendu, dans un article sur le régime constitutionnel des colonies françaises, publié aux «Annales du droit et des sciences sociales» de 1934, la thèse de la nature "réglementaire" des décrets

coloniaux. Puis, en avril 1936, dans une conférence faite au Centre d'études juridiques coloniales sur le régime législatif des colonies, il revient sur cette question de la nature juridique des décrets pour affirmer que bien qu'il «peut sembler à première vue que cette question soit des plus simples ou même ne se pose pas, elle s'est pourtant posée et a donné lieu à de graves erreurs [...] qui, bien que cent fois réfutées, se reproduisent périodiquement». Il se promettait de «procéder à l'exécution "définitive" de théories qui devraient disparaître, une fois pour toutes, de la science du droit colonial[46]. Quelques mois plus tard paraissait au recueil Penant une réponse de Pierre Lampué, intitulée *Le caractère réglementaire des décrets coloniaux*[47], elle-même suivie d'une contre réponse de Pierre Dareste, publiée au Recueil de législation sous le titre *Le caractère législatif des décrets coloniaux*, et d'un nouvel article de Lampué, inséré au Penant à nouveau intitulé *Le caractère réglementaire des décrets coloniaux*[48]. Cette rafale de positions impose, on le comprendra, de suivre pas à pas la dispute.

En la forme, on pouvait noter les titres contradictoires des articles, martelés en affirmations péremptoires sur le caractère réglementaire (Lampué) ou législatif (Dareste) des décrets coloniaux, le ton agacé ou ironique, les allusions au manque de sens juridique de l'adversaire. Pour tous deux, l'autre n'a pas compris quelque chose «qui est d'une clarté parfaite» et c'est donc qu'il n'a pas lu ou n'a pas saisi le sens, soit d'un texte précis, soit d'une doctrine, soit bien sûr l'explication de l'autre. On y décèle même quelque condescendance. Dareste conclut son article de 1935 en disant: «[...] tout cela est très simple et très normal et il n'est peut-être pas besoin de se mettre à la torture – ou plutôt d'y mettre les termes du droit les plus clairs et les plus usuels – pour résoudre un problème qui, à vrai dire, ne se pose même pas». En 1937, il se dit très satisfait de ce que Lampué «se déclare partisan très déterminé de la distinction entre la forme et le fond» mais, comme il «se refuse à tirer de cette distinction essentielle les conséquences qui s'en déduisent invinciblement, il est nécessaire d'insister quelque peu». Jusqu'à la "chute" qui dit assez l'irréductibilité des adversaires: «Je n'infligerai pas au lecteur, conclut Dareste en 1937, une nouvelle dissertation sur le même sujet quoiqu'il arrive». Quant au fond – et bien qu'ils se défendent de «mener une querelle d'école» – les deux auteurs multiplient les arguments invoquant le législateur, la doctrine, la jurisprudence ou les principes généraux du droit, en une progression savante qui cherche à retourner les arguments adverses ou à utiliser, chacun en sa faveur, tous les points d'accords. Une vraie "querelle" donc, une *disputatio*, dont les arguments pédagogiques dévoilés par les titres des articles cachent – sous leur simplicité – des enjeux d'une toute autre portée et des différends d'une toute autre importance.

Il nous faut en reprendre le cheminement. Pour Lampué, on ne saurait attribuer valeur législative aux décrets. D'une part, parce que le Sénatus-consulte de 1854 n'ayant plus que valeur législative, il ne pourrait aucunement contredire la disposition constitutionnelle donnant pouvoir législatif au seul Parlement (art. 1) ni le principe général de droit public interdisant la délégation de ce pouvoir. D'autre part, parce que le texte de 1854 se contentait, comme l'avait fait précédemment la loi

de 1833, d'opérer une simple répartition des objets entre Assemblées et Empereur et non d'opérer une délégation de pouvoirs au chef de l'Etat. S'il l'avait fait d'ailleurs, ce qu'il était en droit de faire, il n'aurait pu alors subsister à la disparition du second Empire, sa nature constitutionnelle le rendant incompatible avec les lois de 1875. Et c'est sur l'argument du contrôle juridictionnel que Lampué fonda ensuite pour l'essentiel son argumentation.

Dareste soutint une position diamétralement inverse. A le lire attentivement, il commence tout d'abord par envisager les conséquences "étranges" que l'on peut tirer des conclusions de Lampué. En effet, le code civil et tous les autres codes, ont été introduits dans les quatre gouvernements généraux, en Nouvelle-Calédonie, en Océanie ou sur la Côte des Somalis, par des décrets, sans compter tous les textes régissant tout ce qui concerne «la liberté, la propriété et la famille». Cela implique donc, ironise Dareste, que selon Lampué ces textes sont des règlements «au même titre qu'un arrêté municipal sur la divagation des chiens»: «Comment peut-on songer à qualifier d'actes réglementaires des textes qui posent des règles générales, établissent des principes de droit, sanctionnent par des peines des dispositions répressives, régissent tout ce qui concerne la liberté, la propriété, la famille?». De toute évidence, écrit Dareste, ces "actes" sont au premier chef des actes législatifs. Et d'en donner pour preuve l'article 6 du Sénatus-consulte, toujours en vigueur, qui dit que «des décrets rendus dans la forme des règlements d'administration publique statueront [...] sur la législation en matière civile, correctionnelle et des simple police». De même, citant le commissaire de gouvernement dans ses conclusions, il rappelle l'expression "actes législatifs au premier chef" dont il qualifiait des textes «qui constituent ou suppriment des colonies, organisent leur gouvernement, leur budget, qui règlent les pouvoirs de leurs représentants». S'ils sont lois pour les Antilles, pourquoi seraient-ils actes administratifs pour les autres colonies? En revanche, sont de simples règlements les décrets qui ont le même objet que les décrets édictés pour la métropole ou des actes administratifs (par exemple des décrets de nomination de fonctionnaires).

Quant à l'argument tiré du recours pour excès de pouvoir, dit Dareste, les arrêts successifs, «dont le sens et la portée paraissent avoir échappé à Monsieur Lampué», disent seulement que le recours est recevable parce que le décret émane du Président de la République, sans avoir à se préoccuper de leur caractère intrinsèque. Il cite notamment les termes de l'arrêt du 22 décembre 1933 dans lequel le Conseil d'Etat admet que «si le Sénatus-consulte comporte le droit pour le chef de l'Etat de régler les questions qui, dans la métropole, ressortissent au domaine de la loi, les décrets rendus pour les colonies par le chef de l'Etat n'en constituent pas moins des actes administratifs susceptibles du recours pour excès de pouvoir». Autrement dit, ces décrets sont «des actes législatifs au fond et administratifs en la forme» et seul ce dernier critère suffit pour justifier le recours pour excès de pouvoir. En procédant ainsi, poursuit Dareste, le Conseil d'Etat consacre une doctrine imaginée par les juristes allemands qui considèrent que les grands corps de l'Etat ne sont pas confinés dans une seule fonction. Ainsi le parlement, outre sa fonction législative, peut

exercer des pouvoirs administratifs (par exemple, il établit la limite des départements), une fonction réglementaire (les chambres font leur règlement intérieur), une fonction judiciaire (il statue sur la validité d'une élection).

Cette doctrine qui opposait les actes législatifs, administratifs et judiciaires au fond et ceux qui ne l'étaient qu'en la forme, Dareste ajoutait qu'il «sait bien qu'elle a aujourd'hui mauvaise presse et qu'elle a sans doute un relent scolastique». Mais le fait est là. De sorte qu'il est aussi «curieux» de prétendre que l'article 1er de la Constitution de 1875 ne s'applique pas aux colonies que de «qualifier de règlements, dans les colonies, des textes dont le caractère législatif saute aux yeux». Le Sénatus-consulte de 1854 a conféré au chef de l'Etat le pouvoir de légiférer pour les colonies, et le fait qu'il ait perdu valeur constitutionnelle n'enlève pas ce pouvoir dès lors que le contenu a été préservé, puisque la loi de 1875 n'en a rien révoqué ni aboli. Ce qu'il a introduit de nouveau, c'est le pouvoir du Parlement de légiférer sans exception. «Or il en use largement, on pourrait dire inconsidérément [...] mais dans toutes les matières, encore très nombreuses, où le Parlement s'est abstenu, le chef de l'Etat continue à user des attributions législatives [...] contenues aux articles 6, 7, 8 et 18 du Sénatus-consulte»[49].

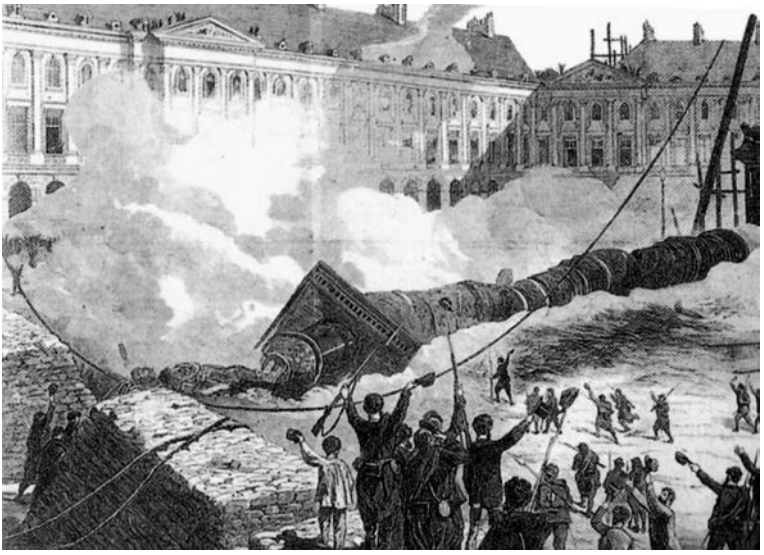
2.2. *L'Impossible accord constitutionnel*

Progressivement, la querelle s'est élargie, aucun des deux juristes ne voulant abandonner le moindre terrain. En 1937, Lampué dénonce l'interprétation inexacte que fait Dareste de la loi constitutionnelle et l'erreur qui consiste à confondre la nature d'un acte juridique et l'objet sur lequel il porte. Sur le premier point, il estime que la disposition constitutionnelle est d'une «clarté parfaite». La Constitution s'applique aux colonies (ce que reconnaît Dareste) et la Constitution dit que «le pouvoir législatif s'exerce par deux assemblées, la Chambre des députés et le Sénat». «Ce n'est donc pas une partie du pouvoir législatif, ou une collaboration à l'exercice du pouvoir législatif ou un pouvoir ajouté ou superposé à un autre que la constitution confère au Parlement. C'est la totalité du pouvoir législatif et par conséquent le monopole de ce pouvoir». De plus la Constitution ne prévoit aucune délégation. En outre, le texte de 1854 n'avait pas opéré un véritable transfert de pouvoir législatif au profit de l'Empereur mais un simple départ des compétences entre le corps législatif et le gouvernement selon les matières, sans changer la nature de leurs pouvoirs respectifs. «Il déterminait le domaine du pouvoir législatif et le domaine du pouvoir réglementaire». Même en raisonnant autrement, ce Sénatus-consulte ne saurait l'emporter sur la Constitution. «Les conclusions que tire M. Dareste de l'examen des textes sont donc inadmissibles». Et il enfonce le clou sur cette idée que le droit constitutionnel français est à «base de hiérarchie entre des pouvoirs». Il invoque à la fois l'autorité de Carré de Malberg et de Jèze. «Cette hiérarchie est», écrit le premier, «d'ordre essentiellement formel; elle découle non point d'un dualisme établi par la constitution entre des matières, dont les unes seraient législatives et les autres réglementaires, mais uniquement de la hiérarchie existant entre

les deux sortes d'autorité»[50]. Quant à Jèze, il écrit, dans le même sens, «le règlement diffère de la loi proprement dite non par son contenu, mais par sa forme, par l'autorité de qui il émane. Une règle générale posée par les Chambres législatives est une loi proprement dite: la même règle générale, si elle est formulée par une autre autorité publique est un règlement»[51]. Et Lampué ajoute qu'il n'en va autrement que dans les périodes où un «gouvernement provisoire en période révolutionnaire» prend des décrets-lois, conséquence logique du fait qu'ils émanent d'un Gouvernement doté de tous les pouvoirs, mais il décrets qui ne pourront ensuite être modifiés que par des lois[52]. Donc il conclut que le «caractère réglementaire des décrets coloniaux résulte nécessairement de l'unité du régime constitutionnel».

Sur le deuxième point, qui a trait à des considérations de théorie juridique, Lampué poursuit: «Il est aisé de voir que l'argumentation de M. Dareste se fonde sur une confusion complète entre deux questions absolument différentes: celle de la nature juridique d'un acte et celle de son importance ou de son objet», l'importance sociale d'un acte n'ayant aucune influence sur sa nature. Lampué part de la théorie du droit constitutionnel qui distingue entre le caractère matériel et le caractère formel. Du point de vue du caractère matériel, on entend par acte législatif tout acte posant une règle; tout acte contenant une disposition obligatoire générale, c'est à dire les lois générales votées par l'assemblée nationale mais encore les décrets du Président de la République. Par acte administratif, on entend tout acte qui consiste en une décision particulière. Du point de vue formel, sont actes législatifs tous les actes émanant de l'organe doté par la constitution du pouvoir législatif; sont actes administratifs des actes émanés des organes qui ont la qualité d'autorités administratives. Donc, envisagés du point de vue matériel, les décrets coloniaux sont certainement des actes législatifs; envisagés du point de vue formel, ce sont au contraire des actes administratifs. «Or dire d'un acte qu'il est législatif du point de vue matériel et administratif du point de vue formel, c'est dire qu'il est un acte réglementaire. En effet on entend précisément par règlements administratifs, les actes généraux faits par les autorités administratives» pour les opposer aux actes particuliers émanant des mêmes autorités. «De toute évidence les décrets coloniaux répondent à cette définition, admise par l'ensemble de la doctrine».

En outre, poursuit Lampué, en abordant la question des objets sur lesquels les décrets coloniaux peuvent porter, «M. Dareste considère que lorsqu'ils portent sur des objets qui dans la métropole ont été légiférés par les Chambres, ils sont des textes législatifs». Mais cela tient seulement au fait que la Constitution de 1875 n'a pas fixé la frontière entre le domaine de la loi et le domaine des règlements. La limite n'est fixée que par la pratique. Ce sont les Chambres qui la déterminent par leur action ou par leur abstention, et la frontière est mouvante, «une même matière peut faire l'objet, suivant les époques, de lois ou de règlements». Et cela vaut pour l'espace colonial, puisque les lois, étant à «effet territorial limité», le règlement a un champ beaucoup plus vaste aux colonies. De même, quant aux matières réservées «par nature» au Parlement (capacité des personnes, juridictions, etc.), c'est une règle coutumière, propre au territoire métro-



1871. Abbattimento della colonna Vendôme e nascita della III Repubblica

politain, d'ailleurs assez souvent entamée par les exemples récents où le Parlement se dessaisit. Enfin, les décrets du Président de la République sont susceptibles de recours en annulation et de recours pour excès de pouvoir, ce qui ne serait pas le cas si c'étaient des actes législatifs. L'évolution de la jurisprudence du Conseil d'Etat est significative «et si M. Dareste nous reproche de l'avoir invoquée, c'est qu'il en méconnaît la portée». Le décret de 1894 était motivé par l'idée de délégation. Il était donc logique de refuser le recours. En 1907 et 1908, il y a abandon de cette théorie. Le Conseil d'Etat considère que le chef de l'Etat n'exerce qu'une «simple extension du pouvoir réglementaire».

En 1937, Dareste répond par un nouvel article intitulé *Le caractère législatif des décrets coloniaux*. Il s'y dit très satisfait de ce que Lampué «se déclare partisan très déterminé de la distinction entre la forme et le fond» mais, comme il «se refuse à tirer de cette distinction essentielle les conséquences qui s'en déduisent invinciblement, il est nécessaire d'insister quelque peu». Il reprend en fait la distinction entre organes et fonctions, pour démontrer que, si la fonction du Parlement est législative, il n'en reste pas moins qu'il peut en exercer d'autres, par exemple une fonction administrative lorsqu'il délimite deux départements: même si l'acte s'appelle loi, il reste que si l'acte est contesté devant un tribunal de l'ordre judiciaire, il est tenu d'en renvoyer l'interprétation, à titre de question préjudicielle à l'autorité administrative. C'est alors le Conseil d'Etat qui donnera l'interprétation, alors que si c'était une loi, c'est le tribunal qui aurait été compétent (puisque le référé législatif a été abolí par les lois des 30 juillet 1828 et 1er avril 1837). En sens inverse, si le chef de l'Etat prend un décret, alors même qu'il rem-

plit une fonction administrative, ces actes peuvent être interprétés par tous les tribunaux et, en outre, s'ils sont violés, leur violation peut être invoquée à l'appui d'un recours en Cassation ou en recours devant le Conseil d'Etat, ce qui ne se pourrait s'ils avaient le caractère administratif. Ce qui n'empêche pas, qu'en la forme, ils peuvent être susceptibles d'un recours pour excès de pouvoir. De sorte que, même en métropole, certains décrets du Président de la République, qui ont un caractère général, posent une règle ou un principe, et donc sont de tous points communs avec les lois, même si c'est «une catégorie d'actes législatifs, catégorie subordonnée, si on veut, plus limitée certainement, mais participant au fond des traits essentiels auxquels se reconnaît cette sorte d'actes».

Dareste met en avant l'autorité judiciaire et l'autorité législative pour démontrer qu'à ce titre la Cour de Cassation casse des règlements en rappelant l'argument de la violation de la loi. Ceci dit, il avoue que les règlements n'ont pas exactement la même valeur que les lois rendues par le Parlement, en la forme et dans le fond. Le Président de la République ne peut pas contrevenir à une loi votée par le Parlement, et le Parlement peut faire bon marché de tous les décrets existants. Le Président se meut dans un cercle limité, et les «règlements [sont] une forme secondaire et inférieure du pouvoir législatif». Mais la "limite" mérite d'être précisée car, lorsque le Parlement demande au chef de l'Etat d'édicter un règlement d'administration publique (peu importe qu'il s'agisse «d'une délégation ou d'une collation de pouvoirs, la question m'est complètement indifférente comme toutes les querelles d'école») pour compléter sa loi, il est clair que c'est dans les termes de la loi qu'on peut trouver la mesure de ses pouvoirs et que le «décret est un acte de caractère législatif». Il en va de même pour les règlements "spontanés".

«Passons maintenant aux colonies», continue Dareste. Même si la hiérarchie des pouvoirs rappelle et reproduit celle de métropole, il y a une différence au fond qui tient au fait que le «compartiment réservé» n'existe pas, comme en métropole (impôts, peines, organisation judiciaire, droit civil, propriété, etc.). N'y existe que le fait pour une Chambre de prendre le terrain que ne cesse d'occuper le chef de l'Etat, ce dernier ne se souciant pas comme en métropole de savoir s'il empiète, aucune matière n'étant «réservée ou interdite». Et d'ailleurs, en regardant l'organisation des colonies, on voit bien que, au fond, il y a d'énormes différences avec la métropole: les gouverneurs organisent les services locaux, ils ont rendu exécutoire le code civil, pénal, le code de procédure, le code d'organisation judiciaire, etc. Dans tous ces actes, il en est de réglementaires (ainsi du décret du 10 juillet 1920 qui réorganise le personnel des administrateurs des colonies), mais quand il s'agit de rendre exécutoire un code, de décider d'un impôt, d'édicter des principes sur le mariage indigène, «il faut bien reconnaître que ce sont là des actes législatifs qui dans la métropole seraient réservés au Parlement». Et ce qui le prouve, selon Dareste, c'est que «le caractère législatif de la matière éclate à toutes les pages du journal officiel»: organisation de la justice, dispositions pénales et fiscales, extension aux colonies de lois. Cela se faisant sans aucune invitation du Parlement, comment affirmer alors que «lois en métropole, elles perdraient leur caractère dans les colonies? De plus, le Président est intervenu

par décrets dans des domaines où, après intervention des gouverneurs par arrêtés, il a semblé que seul le Président devait intervenir par la voie législative (Chambres de commerce ou crédit agricole pour leur conférer la personnalité civile)»[53].

Pour Dareste, reste une dernière question: qui a conféré ce pouvoir au Président? C'est le Sénatus-consulte de 1854 et avant lui toute la tradition coloniale que personne n'a jamais contestée. Le chef de l'Etat y concentre tous les pouvoirs. Il estime que son maintien plonge ses contradicteurs dans l'embarras: «Selon M. Gros, il est abrogé, sans l'être, tout en l'étant. Selon M. Lampué, il subsiste, mais à l'état de simple loi et, par conséquent, il ne peut être contraire à la loi de 1875, qui est une loi constitutionnelle». Ironisant sur «ces discussions d'école qui peuvent être fort intéressantes», il remarque qu'elles ne peuvent rien contre le fait que ce Sénatus-consulte est en vigueur et que ce maintien est proclamé tous les jours par les lois et décrets qui le visent. Reste à concilier ce pouvoir législatif avec la Constitution de 1875 («à vrai dire, je ne puis trouver la solution bien difficile»). Tout simplement, la Constitution a maintenu le pouvoir du Président dans les colonies et le Sénatus-consulte, tout en autorisant le Parlement à rogner ce pouvoir "en détail". M. Lampué, lui, considère que la Constitution a donné le «monopole, la compétence exclusive en matière législative» au Parlement «autrement dit, la constitution aurait abrogé le Sénatus-consulte», ne laissant au Président que le pouvoir réglementaire. Mais alors, M. Lampué revient au point de départ et abandonne en réalité la distinction entre la forme et le fond. Or, si au fond ce sont bien des matières législatives, alors «les pouvoirs du Président de la République s'étendent aux matières législatives» et «[…] pour le contester, il faut retomber sans cesse dans la confusion entre la forme et le fond, c'est- à-dire tout embrouiller».

La même année, Lampué répond aussitôt. Il commence par reconnaître que, du point de vue du fond,

> il est évident qu'il n'y a absolument aucune différence entre une loi et un règlement. L'une et l'autre ont la même structure, puisqu'ils consistent dans la détermination d'une règle générale. L'une et l'autre agissent exactement de la même manière sur le milieu juridique, puisque leur action tend à la modification des règles en vigueur, sans saisir directement aucune situation particulière. L'une et l'autre s'opposent donc également à l'acte administratif, dont la structure est différente et qui agit d'une autre manière sur le milieu juridique[54].

«Nous voilà d'accord», mais Dareste se contredit lorsque il affirme qu'il y aurait «encore une différence au fond»: «Ils n'interviennent pas dans le même domaine, ils portent sur des objets différents. Les premiers portent sur des matières législatives et les seconds sur des matières réglementaires». Il introduit donc un principe de classification nouveau, qui ne tient plus à la structure des actes, mais aux matières régies par eux. De là vient la confusion, car cette dernière distinction selon les matières traitées n'est pas du tout une distinction de fond: «En effet, le domaine dans lequel intervient un acte ne peut rien changer à la structure de cet acte; il est donc indifférent à la nature juridique de cet acte au fond». Selon Dareste, dit Lampué, «il y aurait une répartition des matières qui ne résulterait ni d'une règle constitutionnelle ni de la volonté des organes publics, mais qui tiendrait à la notion même de loi ou de

règlement. En d'autres termes, il y aurait des matières législatives et des matières réglementaires en soi, en vertu de la nature de choses». Il existe donc pour lui, «pour la loi, un domaine nécessaire et résultant de sa définition».

Lampué estime ne pouvoir suivre Dareste sur ce point. Il reconnaît que cette approche relative au «domaine naturel de la loi» est surtout celle d'auteurs allemands. Ces derniers soutenaient que «la loi crée le droit des particuliers tandis que le règlement ne s'adresse qu'aux fonctionnaires», affirmations contredites par les faits (il existe des règlements de police qui entraînent des obligations pour les particuliers). En outre les français qui ont suivi cette doctrine invoquent une «tradition constitutionnelle ou une coutume qui réserve certaines matières à la loi». Lampué ne la nie pas, mais il affirme que c'est une règle de droit positif qui réserve au débat public et à la loi certaines matières: «On ne peut pas en inférer qu'il existe un domaine naturel de la loi; il existe seulement un domaine réservé à la loi par une règle de droit née de la pratique». «Il est donc très facile d'admettre que le domaine ainsi réservé à la loi dans la métropole ne lui est pas réservé dans les colonies, où les pratiques ont toujours été très différentes»[55]. En outre, les arrêts du Conseil d'Etat, cités par Dareste (1904 et 1906), ne disent pas ce qu'il leur fait dire: Romieu ne fait que dire que les matières réglementaires sont celles sur lesquelles le Parlement n'a pas statué. Cette répartition ne résulte que de la pratique parlementaire. «Nous concluons donc qu'on ne peut définir au fond les actes juridiques par le domaine dans lequel ils interviennent, ce domaine étant indifférent à leur structure interne et lié seulement à la compétence des organes. Les décrets coloniaux, du point de vue de leur structure, sont évidemment des actes législatifs, comme tous les actes généraux. Mais du point de vue organique, ils émanent d'une autorité qui ne possède point le pouvoir législatif dont parle la loi constitutionnelle et ils sont pris, par suite, en vertu d'un pouvoir réglementaire».

Quant à la question de la langue, le fait de dire en parlant de la violation d'un décret que l'on a violé «la loi» ou de dire que le Gouvernement «légifère» par décret n'est pas plus à noter que le fait de dire que la loi «a réglementé» telle institution. Les mots sont pris l'un pour l'autre, «ce qui est logique puisque du point de vue matériel, ils ont le même sens». Il est donc normal de les traiter comme des lois pour l'interprétation: le Tribunal des conflits a disposé que le règlement «participe du caractère de l'acte législatif, puisqu'il contient des dispositions d'ordre général et réglementaire. Cela n'empêche pas ces actes d'être des règlements». Bref, concluait-il, «[…] les décrets coloniaux sont législatifs par leur structure mais réglementaires par le pouvoir dont ils émanent». Et dans le manuel de droit d'Outre-mer qu'il cosignait avec Rolland, il enseignait que le chef de l'Etat n'intervient pas comme «législateur au sens formel, mais comme autorité administrative munie du pouvoir réglementaire». Participant par la généralité de leurs dispositions du caractère de la loi, «actes législatifs par leur caractère intrinsèque», les décrets n'en sont pas moins «des actes administratifs par l'autorité dont ils émanent et par le degré de leur force juridique». En quelque sorte, ces auteurs retenaient la seule compétence législative des assemblées, en vertu de l'article

1er de la Constitution (que certains disaient, tel Duguit, ne pas s'appliquer aux colonies) tandis que le Président de la république n'intervenait que par des décrets, qui ne sont à leurs yeux que «des actes administratifs», bien que «actes législatifs intrinsèques».

En résumé, la querelle semble peu à peu se circonscrire à une dimension juridique. Les deux protagonistes sont d'accord pour dire qu'en matière coloniale il vaut mieux que ce soit le Président de la République qui fasse la règle. «Nous ne sommes, écrira Lampué, nullement l'adversaire de principe du régime des décrets [...]. Assoupli, les critiques qu'on lui fait sont moins fondées de nos jours [...] et tout cela n'empêche pas de penser que le régime des décrets présente de sérieux avantages d'ordre technique dans des pays où l'ordre juridique doit s'adapter aux transformations très rapides du milieu économique et social et où l'adaptation des règles aux faits doit être incessante». En outre aucun des deux ne nie l'application de la constitution aux colonies, ni le pouvoir du Parlement d'intervenir, ni sa prééminence. Enfin, en pratique, tous deux reconnaissent la possibilité des recours contre ses décisions, même s'ils s'opposent sur leur explication.

On serait donc tenté de reconnaître avec Lampué que la discussion se réduit à une discussion purement juridique. Or, Dareste n'en est pas tout à fait convaincu car, pour lui, l'opposition a aussi des dimensions politiques. D'une part, la compétence législative du Président est fondée, selon lui, sur le fait que la constitution, qui s'applique aux colonies, tolère l'existence d'un texte élaboré sous l'Empire. Et d'ailleurs, Lampué lui-même, dans l'article de 1937, ne masque pas les enjeux politiques puisqu'il affirme que le pouvoir législatif «dans notre régime, n'appartient qu'au Parlement».

C'est donc que, au-delà du débat juridique, un autre débat se profile qui déborde le territoire colonial et vient rejaillir sur le terrain constitutionnel républicain "interne".

3. *Hantise des décrets-lois et de l'Empire*

Obsession? Lampué en fait l'aveu! Reprenant les explications relatives à la doctrine invoquée par Dareste, il soulignait que la position de son contradicteur n'est pas indépendante du régime politique en vigueur. Il reconnaissait que sous la Troisième république, il est de règle, qu'est réservée au Parlement, la connaissance exclusive de certaines matières, mais aussi que cette règle n'existe pas aux colonies et que par conséquent des règlements peuvent y intervenir même dans les matières réservées aux lois dans la métropole. En quelque sorte, en pratique, Lampué veut bien que le Président agisse dans les colonies mais qu'il le fasse en conformité théorique avec les caractères reconnus à la Constitution de 1875, en retenant le caractère réglementaire de son intervention. Or, répondra Dareste, on voit bien l'objet de «l'aversion, inavouée ou inconsciente, c'est le Sénatus-consulte», c'est à dire un système où le chef de l'Etat édicte des lois civiles et pénales, ce qui leur «fait une peine extrême», ironise-t-il. «C'est au fond au régime des décrets qu'ils en veulent». C'est une tentative élégante d'enlever au Président une compétence, puisque si le Sénatus-consulte n'est plus, le Parlement sera désormais seul compé-

tent pour légiférer. Or, cela paraît difficile et de toute évidence «les colonies n'y gagneraient pas». A quoi, Lampué répondra qu'il n'y a «aucun lien entre une théorie juridique et le jugement qu'on peut porter sur la politique législative».

C'était reconnaître qu'indirectement, la dispute se situait sur un terrain dont les enjeux débordaient le simple objet auquel elle semblait se limiter. Et ceci parce que, en arrière plan, presque comme caché, c'est tout l'équilibre des pouvoirs qui était en cause. Il faut donc interroger l'époque même à laquelle elle éclate et les enjeux politiques qui, sous des apparences diverses, peuvent concerner le régime politique de la Troisième République. De fait, tout ce qui peut diminuer le pouvoir du Parlement est perçu, à cette époque, comme une menace pour le régime républicain: menace, le régime des décrets, menace l'utilisation que l'on fait de la conception matérielle de la loi, menace encore l'invocation de la théorie allemande, ou du moins, si l'on préfère, inquiétude à l'endroit de ces approches perçues comme autant de dérives potentielles contre le régime républicain. Bref, une sorte de combat d'arrière garde pour lequel viennent refleurir des théories que l'on croyait abandonnées depuis longtemps. Il faut alors chercher sur d'autres terrains que juridiques les explications que ne fournissent guère les deux opposants mais qui donnent au débat sur la Constitution une dimension plus politique.

3.1. *Les craintes sur l'amalgame colonial*

La démonstration de Dareste semble bien avoir été précédée, en matière coloniale, par quelques prises de position dont le contenu – et l'époque de leur parution – pouvait apparaître comme trop intimement mêlé à des débats purement métropolitains. Sans doute, on l'a dit, la jurisprudence en matière coloniale pouvait apparaître comme plus tardive et moins ferme. Certains considéraient même qu'en matière de règlements coloniaux la jurisprudence suivait encore le principe de la délégation législative parce que, en matière coloniale, disaient-ils, le Conseil d'Etat ne s'est jamais prononcé d'une façon expresse, comme il l'a fait pour les décrets ou les règlements d'administration publique. Dans leurs expressions encore, les arrêts rendus s'accrochaient à un langage que certains voulaient voir définitivement disparu. En 1926 à propos de l'Algérie, il était indiqué que certaines mesures de sécurité publique pouvaient «être édictées valablement par le chef de l'Etat dans l'exercice du pouvoir législatif qui lui appartient pour l'Algérie». Et la Chambre civile de la Cour de Cassation, par arrêt du 27 avril 1926, avait décidé que «dans le groupe de colonies, auquel appartient l'Indochine, le Président de la république est investi du pouvoir législatif et que les décrets ainsi rendus par lui constituent de véritables lois»[56]. A quoi Rolland faisait tout de même observer qu'il était totalement inexact de s'exprimer ainsi. Il faudra cependant attendre un arrêt du Conseil d'Etat du 22 décembre 1933 pour que soit expressément indiqué que «si le régime établi (aux colonies) comporte le droit pour le chef de l'Etat de régler des questions qui, dans la métropole, ressortissent au domaine de la loi, ces décrets n'en constituent pas moins des actes administratifs susceptibles […] d'être déférés au Conseil d'Etat par la voie

du recours pour excès de pouvoir». L'annotateur, Pierre Roques, indiquait que le Conseil d'Etat «avait tranché d'une façon catégorique la question de savoir quelle était la nature juridique des décrets par lesquels le Président de la République règle le régime de certaines colonies» et que cet arrêt «marquait la dernière étape de cette évolution».

Il n'est pas sûr cependant que ce soit ce simple décalage entre une solution, enfin arrêtée pour la Métropole, et une solution plus lente à s'imposer pour les colonies, qui puisse expliquer la véhémence de la dispute. Si l'on veut bien replacer dans leur époque ces différentes prises de position, on voit bien que, à la fin de la première guerre mondiale, en 1918 puis en 1924, en 1926 ensuite et encore en 1934 et 1937, le Parlement a consenti au gouvernement le droit, en métropole, de légiférer par décrets afin de redresser les finances publiques. Pour la question qui nous occupe, il faut prendre conscience de l'émotion suscitée par toute mesure donnant l'impression d'établir «un gouvernement législateur». Alors que la France était en guerre, le gouvernement avait été conduit, en vertu de l'état de siège déclaré par le décret du 2 août 1914 et maintenu par la loi du 5 août, à gouverner la France sans le concours et sans le contrôle du Parlement. Les décrets qui avaient été pris (restriction de la liberté du commerce, du droit de propriété), d'ailleurs avec l'autorisation du Parlement avant ou après, par ratification, et qui avaient fait l'objet pour certains de recours contentieux, avaient été validés par le Conseil d'Etat. Mais c'est surtout à l'occasion du projet de loi du 15 décembre 1916 et de la loi du 10 février 1918 que s'était particulièrement manifestée une opposition farouche à cette pratique. Le projet de 1916, déposé par M. Briand, visait à «autoriser le gouvernement jusqu'à la cessation des hostilités, à prendre toutes mesures commandées par les nécessités de la défense nationale». Violemment critiqué, on lui reprochait de tendre à donner au gouvernement le pouvoir de faire des décrets-lois, d'assurer un régime de coup d'Etat.

La loi de 1918, quoique modeste (pouvoir étendu du chef de l'Etat en matière de ravitaillement et possibilité de prévoir des sanctions, limitée dans le temps, ratification dans le mois de l'insertion au journal officiel), avait soulevé, elle aussi, un concert de critiques passionnées. On était pourtant bien en deçà des dispositions adoptées en Angleterre et en Italie. Dans ces deux pays[57], les extensions de compétence avaient été d'une extrême généralité, le Parlement italien considérant que, comme le Parlement anglais, il disposait d'un pouvoir législatif sans limites en même temps que du pouvoir constituant. Et, en 1922, il s'est dépouillé définitivement de son pouvoir législatif à la demande de M. Mussolini, afin que le gouvernement «puisse résoudre librement, sans les difficultés de la procédure parlementaire, les problèmes les plus urgents de finance et d'administration publiques»[58]. Il en avait été de même en Suisse, où le Conseil fédéral avait reçu en matière législative et financière des «pouvoirs illimités». Et en Allemagne, le droit de nécessité prévu dans la Constitution avait permis au chef de l'Etat et au gouvernement de prendre des «ordonnances de nécessité».

Cette comparaison avec les voisins immédiats fut évoquée continûment en France comme une menace lors des "délégations" suivantes. En 1934 en parti-

culier, alors que la crise du régime parlementaire s'était considérablement accrue (aggravation du chômage, chute fréquente des ministères), Pichat écrit: «Les beaux jours de la prospérité économique étant depuis longtemps révolus, le malaise du pays s'est accru du sentiment de n'être pas gouverné à côté de nations dont le régime autoritaire faisait ressortir d'autant plus vivement l'impuissance du nôtre»[59]. En outre, lors des décrets-lois de 1937, l'inquiétude s'était manifestée à nouveau, soit sur le plan économique en raison des craintes qu'inspirait la mise en place d'une économie dirigée, soit, pour ce qui nous concerne ici, pour des raisons tenant à l'illégalité des décrets. On leur reprochait, d'une part, de se contenter de subdéléguer les pouvoirs à des ministres «qui prendront plus tard les mesures nécessaires», et d'autre part, même s'ils pouvaient subdéléguer, d'attribuer des pouvoirs supérieurs à ceux reçus. En permanence, c'est «la crainte des précédents dangereux» ou des exemples dangereux (en Allemagne, la loi du 19 février 1935 n'a-t-elle pas accordé à Hitler les pleins pouvoirs financiers et supprimé pratiquement tout contrôle sur les finances publiques?) et le sentiment, qui sera explicité plus tard, que les totalitarismes prospèrent par le maintien de solutions, imaginées en temps de guerre, mais maintenues en temps de paix. On ne peut donc dissocier ces craintes des souvenirs laissés par les "décrets-lois" (les vrais!) qui sont soit le fait des gouvernements autoritaires, soit le fait de gouvernements provisoires qui prennent des décrets ayant force législative parce que, dans le moment où ce décret est pris, il n'y a plus de pouvoir législatif régulier. De sorte qu'on a pris soin de les distinguer des «décrets en matière législative» qui proviennent d'une concession opérée par le pouvoir législatif. Il suffit d'ailleurs de consulter les archives parlementaires pour voir que ces craintes relatives à un amalgame sont expressément mentionnées.

On ne peut ignorer que lors des débats parlementaires, un lien permanent a été fait entre les demandes du gouvernement, les menaces que ces demandes faisaient peser sur le régime parlementaire et la pratique coloniale. Un exemple au moins: lors du débat du 4 février 1924, portant sur l'article 1er qui autorise le gouvernement à procéder par décrets rendus en Conseil d'Etat «à toutes les réformes et simplifications administratives que comportera la réalisation des économies», les intervenants n'oublient nullement ni les menaces de "dictature" ni le soupçon de vouloir mettre la métropole au régime colonial. Sans doute, le trait un peu forcé de l'argument provoque-t-il quelques rires. Il n'en est pas moins plusieurs fois utilisé et d'ailleurs parfois assez longuement. Ernest Lafont, membre de l'extrême gauche, après avoir rappelé «comment le fascisme commence» («on commence par des décrets lois et on finit par la plénitude du régime des pleins pouvoirs»), suggère au gouvernement qu'il aurait pu prendre comme exemple le régime des colonies:

> Le décret, dans notre pays républicain, a une assez large sphère d'application, mais ce n'est pas pour la métropole, c'est pour les colonies […]. Le sénatus-consulte de 1854 est encore en vigueur. Et c'est j'en suis sûr dans cette lecture que vous avez puisé quelques-unes des suggestions qui vous ont conduit à la rédaction de l'article premier de votre projet de loi […] vous êtes assez juriste, monsieur le Président du Conseil, pour n'ignorer aucun de ces textes. Mais nous voudrions que vous le fussiez assez pour relire

> les anciens textes sans éprouver le besoin de les étendre […]; la législation coloniale est pour une grande partie matière à décrets […], il n'est plus question que de décrets […] mais cela c'est le régime de l'Empire et dans la mesure où nous en souffrons à l'heure actuelle, dans la mesure où nos collègues qui représentent nos populations lointaines ont le droit de nous reprocher d'avoir laissé ces vieilles et mauvaises méthodes dans nos textes, nous n'avons pas de raison de mettre l'ensemble des français sous le même régime[60].

A quoi Poincaré répondra le lendemain que «seules des imaginations ombrageuses pourraient voir dans cette procédure, parfaitement légale […] une fâcheuse réminiscence du régime impérial ou un malencontreux souvenir des sénatus-consultes»[61].

Ces interventions ont, de toute évidence, influencé la querelle entre Dareste et Lampué, même si l'un et l'autre savent interpréter les débats parlementaires et les recours à des "menaces" plus rhétoriques que réelles. Si l'on regarde, en effet, les publications relatives à la question des décrets en matière coloniale, on voit bien qu'elles font l'objet de parution en 1927, en 1928, puis en 1935, juste après les lois de '34. Or ces publications – universitaires – pouvaient être propres à nourrir pareilles inquiétudes, par le simple soupçon de puiser dans la pratique coloniale des exemples propres à justifier une pratique métropolitaine. Ainsi, en 1928, un auteur avait soutenu l'idée d'un retour en faveur de la théorie de la délégation et, bien loin de se contenter d'un regard sur les colonies, il n'avait pas hésité à lier problématique «coloniale» et problématique «métropolitaine». Dans cet article, relatif à l'Algérie, Louis Milliot avait réaffirmé l'existence d'une délégation législative, «à laquelle on est moins opposé depuis quelques temps»[62]. Annexée par l'ordonnance du 22 juillet 1834, l'Algérie, expliquait-il, est soumise «au régime des décrets» bien que cette attribution ait toujours été perçue comme une anomalie: «Ce n'est pas sans peine notamment qu'on a pu justifier en droit la brèche qu'elle fait au principe de la séparation des pouvoirs», l'origine et la nature de ce pouvoir n'ayant jamais encore été définies d'une manière suffisamment précise. Mais, affirmait-il, le Conseil d'Etat dans les arrêts rendus en 1928 a reconnu formellement la légalité de la pratique et le fondement de ce pouvoir qui se trouve dans la loi du 24 avril 1833, prévoyant que les «établissements français d'Afrique continuaient d'être régis par les ordonnances du roi». Or l'article 4 de l'ordonnance de 1834 disposait que «jusqu'à ce qu'il en soit autrement ordonné, les possessions françaises du nord de l'Afrique seront régies par nos ordonnances», ne faisant ainsi que rappeler la délégation donnée au chef de l'Etat[63]. Sous l'Empire, l'Algérie a continué à être régie par des décrets, le Sénat n'ayant rien disposé à son sujet, de sorte que la Constitution de 1875 étant muette sur l'Algérie, on a considéré que c'était la loi de 1833 qui continuait à s'appliquer.

Or, poursuivait Milliot, en Algérie, le chef de l'Etat n'exerce pas seulement le pouvoir réglementaire; il est législateur. «Or, légiférer, ce n'est pas seulement édicter des lois dans les matières nouvelles, mais encore modifier la législation antérieure». Il reprenait sur ce point une thèse soutenue à la Faculté de droit de Paris par Paul Sumien, qui disait que la loi du 24 avril 1833 ne soumettait à aucune restriction «le droit de légiférer en matière algérienne reconnu au chef de l'Etat»[64]. Aucun texte n'ayant restreint ses pouvoirs, «on doit décider qu'il a incontestablement le droit

de modifier par décret une loi en vigueur en Algérie, même une loi de la métropole rendue applicable en Algérie». Malgré le caractère exorbitant de la solution, reconnaissait-il, elle n'est que la conséquence de cette idée que l'Algérie «prolongement de la France, est restée sous le régime de la législation des colonies», affirmation d'ailleurs contestée à l'époque par d'autres auteurs. A plus forte raison, plus normalement, le chef de l'Etat pouvait-il modifier, en les introduisant, des lois métropolitaines ou créer des institutions (par exemple celle de l'Indigénat, non réglée par des lois applicables en Algérie).

Bien sûr, ce régime original et toléré était au fond contraire à l'esprit de la Constitution républicaine. Mais, ajoutait Milliot – et c'est sans doute sur ce point que l'amalgame perçait – depuis quelques temps on est moins violemment opposé à une délégation législative et le Parlement a pris l'habitude (loi du 22 mars 1924 et lois du 13 juillet et 3 août 1926) de procéder à des délégations permettant au gouvernement d'agir vite en étendant son pouvoir réglementaire, même pour modifier des lois. Et il allait jusqu'à assimiler les circonstances liées à la pacification de l'Algérie à celles conduisant aux décrets de 1924 et de 1926 pour la métropole. Ces circonstances, dues à la complexité croissante des sociétés modernes qui empêchaient le Parlement de remplir en entier sa mission, expliquaient l'instauration, non d'une modification de la constitution écrite mais d'une «règle constitutionnelle coutumière». Or, elles rappelaient «des circonstances et des raisons semblables» ayant conduit à la «délégation générale donnée au chef de l'Etat à l'effet de légiférer par voie de règlements pour l'Algérie». Il fallait en effet rendre applicable au nouveau territoire toute la législation métropolitaine, mais il fallait un instrument plus souple que l'appareil parlementaire pour sélectionner et adapter, «[…] de là l'emploi du règlement législatif». En lisant ceci on ne peut s'empêcher de penser à l'inversion que ce raisonnement entraîne, à savoir qu'on a expérimenté cette pratique en Algérie et que, maintenant, sous l'empire des nécessités, on est conduit à procéder de manière identique en France. On comprend que les républicains aient pu y voir quelque invitation inquiétante! Et d'autant plus que Milliot ajoutait d'ailleurs que «l'étude des origines du pouvoir législatif exercé en Algérie par le chef de l'Etat, le montre en définitive comme résultant d'une délégation du Parlement tout à fait régulière et conforme à notre régime constitutionnel tel qu'il se comporte dans la pratique»[65].

On pouvait donc en réponse – même si la crainte était en réalité sans fondement – penser à juste titre qu'il valait mieux, en Métropole comme aux colonies, affirmer tout à la fois, l'application de la Constitution, son respect, le caractère réglementaire des décrets et la possibilité des recours. Du reste, en 1935, est soutenue devant la Faculté de droit de Paris une thèse sur *Les décrets en matière législative*[66] qui reprend l'ensemble de la question aussi bien pour la métropole, l'Alsace ou les colonies. L'Auteur y expose que ce qui semble au centre de l'interrogation, c'est la crainte que ne soit touchée à la hiérarchie existant entre les divers pouvoirs de l'Etat. Celle-ci est perçue comme «une garantie pour la liberté et la sécurité des citoyens» et «la condition d'une bonne administration». «Renverser cette hiérarchie – écrit Pichat[67] – au profit d'une autorité subalterne risquerait de rendre

celle-ci facilement tyrannique». C'est cette crainte que l'on avait exprimée à l'occasion du vote des lois de 1924, crainte de voir invoqué plus tard «le précédent Poincaré», par quelqu'un de moins démocrate que lui. D'ailleurs, Esmein avait écrit, qu'accepter la délégation «c'était sortir de la Constitution et entrer dans la Révolution»[68]. A ce titre, la dispute universitaire n'était effectivement pas une dispute "scolastique"; elle ne visait pas seulement à se doter d'un appareil conceptuel précis, mais elle engageait de véritables choix politiques.

Au-delà, personne, semble-t-il, ne niait l'intérêt de voir le gouvernement – dont les compétences techniques étaient «autrement grandes» – disposer d'un pouvoir large et d'une attribution de compétences, à condition toutefois que soit réaffirmée la nature juridique véritable des mesures prises par le chef de l'Etat. Or, nous avons vu que sur le terrain juridique, la dispute sur la loi et le règlement se rapportait à «la question si délicate et si débattue de la délimitation du domaine du règlement administratif par rapport à la loi». Ce n'est pas, écrivait Carré de Malberg, de «la simple scolastique». Il s'agit de répondre à la question suivante: «Parmi les divers objets sur lesquels l'Etat a à prendre des décisions, quels sont ceux qui exigent une intervention de l'organe législatif statuant par voie législative, quels sont ceux qui peuvent être traités par les autorités administratives dans la forme des actes d'administration? En particulier quelle est la sphère réservée à la législation, quelle est celle qui appartient en propre au règlement administratif»[69]. Or, pour répondre à cette question, certains auteurs se sont tournés vers la doctrine allemande et on sait combien, entre les deux guerres mondiales, une méfiance a pu s'exprimer dans les revues savantes contre les approches juridiques ou historiques venues d'Outre-Rhin. Des deux côtés, les nationalismes à l'œuvre ont creusé un fossé entre les deux pays. Aussi ne doit-on pas être surpris de voir Lampué et Dareste s'opposer sur la conception allemande de la loi.

3.2. *L'obsession de l'inspiration allemande*

Les auteurs allemands s'accordaient à dire qu'il faut discerner deux sortes de lois. D'une part des lois formelles, c'est à dire tous les actes faits par la voie législative qui présentent donc tous les signes extérieurs de la loi. D'autre part, des lois matérielles qui se reconnaissent uniquement à leur teneur interne. Est pour eux loi matérielle toute prescription, quelle que soit sa forme, dont le contenu a, en soi, la portée d'une règle législative. Par conséquent l'autorité administrative peut exercer, outre son rôle d'administration, un «pouvoir réglementaire, en vertu duquel elle prend part à la législation matérielle». Pour les juristes Allemands la solution à la quelle ils veulent aboutir est simple. Dire qu'une loi est matérielle signifie que la loi est caractérisée par sa matière et que par conséquent elle doit être normalement édictée par la voie spéciale de la législation. Pour eux, la loi est la règle qui crée du droit concernant les particuliers. Mayer dit que «ce qui concerne la liberté et la propriété fait partie de la sphère réservée à la loi». De sorte que si une Constitution dit que tel organe a le pouvoir de faire la loi, cela veut dire en thèse générale que toute loi *ratione materiae* ne peut être faite que par lui. La loi

matérielle est le domaine spécial et naturel de la législation formelle. Quant aux autres prescriptions, elles sont du domaine de la puissance administrative. Cette distinction fournit donc la base même de répartition des compétences législative et administrative. «Et d'une façon générale, la théorie des fonctions matérielles a pour effet de faire apparaître, pour chacune des catégories d'organes de l'Etat, quel, est en principe, le domaine réservé à leur compétence spéciale. Là est le grand intérêt pratique de cette théorie». De fait pour les allemands, l'expression de loi matérielle désigne les règles pour l'établissement desquelles la Constitution exige, à raison de leur matière, l'emploi de la voie législative formelle. Mais ici la théorie de la loi matérielle est nettement placée sur le terrain juridique et correspond à la délimitation objective établie par le droit constitutionnel.

On en comprend pour l'Allemagne la portée. Cette conception s'est particulièrement développée dans les pays de monarchie limitée, là où il s'agissait de limiter la puissance royale et de réserver aux Chambres la modification des droits des sujets. Donc, à défaut d'habilitation, le monarque ne peut rien faire, il ne peut décréter de la législation matérielle. Constitutionnellement, toute loi matérielle exige une loi formelle et exclut la voie des ordonnances. C'est ainsi que Laband déclare que la Constitution de l'Empire, comme celle de la Prusse et des autres Etats confédérés «sous-entend comme un axiome que les dispositions juridiques doivent être établies par la voie législative». Ceci dit, les auteurs allemands considèrent que la puissance législative est sans bornes et que l'organe législatif peut attirer à lui toute matière quelconque, règle de droit ou non.

Transposée à la France (et les auteurs allemands prétendaient aussi que cette vision est conforme au droit français où la règle de droit est la matière spéciale de la loi)[70], cette approche fut adoptée par de nombreux auteurs et en particulier par Duguit. Il soutient qu'à côté des critères formels il faut tenir compte de conditions de fond sans lesquelles on ne saurait parler de loi: ce qui distingue la loi de tout autre acte d'autorité c'est d'abord son caractère régulateur, c'est à dire qu'elle contienne quelque précepte obligatoire susceptible de former un élément de l'ordre juridique de la communauté étatique. Il est donc conduit à distinguer les lois en la forme et les lois quant au fond ou, pour employer la terminologie allemande, les lois formelles et les lois matérielles. Ainsi Duguit affirme-t-il qu'il ne comprend pas comment «le caractère d'un acte peut varier suivant l'organe qui fait cet acte»[71]. Il s'appuie pour cela sur l'obscurité de la Constitution de 1875. Ainsi, dans son *Manuel de droit constitutionnel* de 1917, Duguit en trouvait le texte obscur et ambigu:

> Selon l'article 1, §1, de la loi du 25 février 1875, écrit-il, le pouvoir législatif s'exerce par deux assemblées, la Chambre des députés et le Sénat. La pensée du législateur de 1875 était surtout d'affirmer dans ce texte le principe de la dualité du Parlement. Quant à la conception de la loi, s'il en avait une, elle n'y apparaît que très imparfaitement. Ce texte veut-il dire que toute décision des deux chambres est une loi, quel que soit son contenu? Ou signifie-t-elle que la loi au sens matériel ne peut résulter que du vote des deux chambres. Il est difficile de se prononcer. De tout cela il résulte que le juriste n'est lié par aucun texte de notre droit positif et qu'il peut ainsi en toute liberté faire la théorie rationnelle de la fonction législative[72].

Fort de cette constatation, Duguit affirmait qu'un «acte juridique n'a pas une nature différente suivant la personne de laquelle il émane»[73]. En conséquence, traitant des fonctions de l'Etat, il les définit en «elles-mêmes», au point de vue purement matériel, abstraction faite des organes qui sont chargés de les remplir. Il cherche à déterminer leur nature intrinsèque, hors du point de vue formel qui les définit d'après le caractère de l'organe (qui a de l'importance, en revanche, lorsqu'on s'interroge sur les recours)[74]: du point de vue formel, est loi toute décision qui émane de l'organe que la constitution désigne comme organe législatif; en 1875, c'est le Parlement. Mais du point de vue matériel «est loi tout acte qui possède en soi le caractère intrinsèque de la loi, indépendamment de l'individu ou du corps qui fait l'acte»[75].

De sorte qu'abordant la distinction entre loi et règlement il affirme qu'au point de vue matériel, la loi est l'acte par lequel l'Etat formule une règle de droit objectif. Elle doit donc contenir une disposition d'ordre général et impératif. De même, l'acte administratif, du point de vue matériel, c'est un acte juridique conforme au droit objectif (dans les limites de la loi) et qui donne naissance à une situation de droit subjectif. Fort de ces distinctions, il en conclut que les «règlements du chef de l'état ne sont pas des actes administratifs», bien que susceptibles de recours (pour une raison formelle) et «rationnellement on ne peut y voir, au point de vue matériel, que des actes législatifs»[76]. Leur contenu ne peut que les classer parmi les actes législatifs. Comment se fait-il que le Président ait cette compétence? «La question», poursuit-il, «est très discutée; les uns voient là une délégation donnée par le Parlement; les autres disent que le règlement intervenu dans ces conditions fait bloc avec la loi. Peu importe [...], il suffit d'affirmer que ce sont là des règlements que certainement on ne peut considérer comme étant des actes administratifs».

Mais cette approche le conduit à s'interroger sur ce pouvoir réglementaire. Comment «dans un pays comme le nôtre, dont la constitution décide que le pouvoir législatif s'exerce par deux assemblées et où le Président ne participe à la confection des lois que par l'initiative et la promulgation, peut-on comprendre qu'il puisse faire seul un acte d'ordre législatif?». Tout en reconnaissant la difficulté d'établir une théorie générale du pouvoir réglementaire du chef de l'Etat en France» et en examinant les différents cas qui ont «en commun que les règlements sont des actes législatifs matériels», il évoque comme premier exemple celui des colonies, en disant que «[...] le Président légifère par voie de décret réglementaire dans certaines colonies en vertu d'une compétence permanente à lui donnée par une loi formelle». En fait, à le lire, on comprend que, pour lui, «la constitutionnalité d'une loi qui donne au chef de l'état le droit de légiférer dans les colonies n'est pas douteuse»[77] et que cette loi, c'est bien ce texte de 1854. Par conséquent, il n'y a pas grande différence avec la deuxième hypothèse, celle dans laquelle le Président légifère sur certaines matières en vertu d'une compétence qui lui «est donnée expressément par une loi formelle». Le règlement qui est fait alors n'est pas le prolongement de la loi, comme l'est le décret qui complète une loi. Il n'est pas un acte d'exécution et «ces règlements sont incontestablement des actes législatifs matériels». Ainsi retrouve-t-on, à l'occa-

sion de cette approche, l'amalgame entre décrets coloniaux et décrets pris en vertu d'une délégation de compétences.

Or cette conception se heurte à une toute autre conception selon laquelle l'activité législative de l'Etat, fonction étatique par excellence, doit être appréhendée selon un critère formel, la Constitution faisant dépendre la qualification juridique de la fonction législative d'une question de forme et d'organe. Tout acte en forme législative émanant du corps législatif est une loi, voilà le seul critère de droit positif selon Carré de Malberg[78]. Et il faisait remarquer non seulement que les constitutions depuis l'an VIII avaient adopté ce critère formel, mais encore que les auteurs du XIX dans leur ensemble s'y étaient également ralliés. En examinant le premier critère d'une règle, Carré de Malberg dénie en droit à la "généralité" d'être une condition. Entre autres critiques, il constate que la théorie de la généralité n'est pas conforme au système du droit public français et qu'elle n'a donc pas de valeur juridique. Nulle part la Constitution de 1875 ne définit la loi une règle générale. Quant à cette idée de Duguit ou de Laferrière que le législateur est soumis aux lois existantes lorsqu'il statue à titre particulier, qu'une disposition individuelle qui contrevient à la législation existante est illégale même si elle est prise par le Parlement, il rétorque que cette idée est en contradiction avec le système français. Celui-ci «n'habilite aucun organe constitutionnel à contrôler la régularité des actes législatifs des chambres, et en cas d'irrégularité, à en prononcer la cassation ou à en paralyser les effets»[79]. Aucune autorité n'a qualité non plus pour accorder une indemnité à la partie qui se dit lésée par une loi individuelle transgressant la législation générale. Donc la prétendue obligation pour le législateur de respecter les lois est dépourvue de valeur juridique. Le tort est donc de construire cette théorie de la loi matérielle d'une façon purement arbitraire.

On comprend les enjeux du débat, même si on les limite aux questions coloniales. Si, les décrets que prend le Président sont des lois matérielles, cela signifie – au regard de la théorie allemande – qu'il est formellement compétent pour le faire. Autrement dit, il y aurait dans ce domaine colonial, deux organes compétents. On comprend alors que ceci puisse heurter ceux qui, comme Carré de Malberg[80], soutiennent que le Président n'est pas un organe et que dans le système de 1875 il ne saurait y avoir qu'un organe législatif, le Parlement. Or, même si le Sénatus-consulte n'a plus que valeur législative, il dit clairement que le Président légifère. On voit les répercussions sur la conception que l'on peut se faire du régime politique. Mais également des conséquences que cela peut avoir sur le contrôle. En effet, si le Président peut légiférer, il n'y a donc pas possibilité d'exercer le recours pour excès de pouvoir et pas davantage d'exciper de l'illégalité. Il pourrait même «légiférer» contre une loi existante ou, lorsque le Parlement intervient dans les colonies «sous une forme ou un contenu qui n'est pas législatif», rien n'empêcherait le Président de légiférer à son tour. En outre, cela pourrait vouloir dire que le Président n'a pas seulement un pouvoir réglementaire subordonné mais qu'il peut, dans les domaines non touchés par le législateur, faire œuvre législative sans avoir à invoquer des pouvoirs conférés ou délégués par le parlement. Bien sûr, lors du conflit entre Dareste et Lampué, ces risques n'étaient

plus de mise. Personne ne prétendait qu'à tout moment, le législateur ne puisse pas s'emparer d'une question quelconque.

Quant au recours pour excès de pouvoir ou à l'exception d'illégalité, ils avaient été admis l'un et l'autre. De même, on remarquera que Dareste et Lampué sont d'accord pour dire que «les colonies font partie de l'Etat et qu'elles sont régies par les lois constitutionnelles de la France». Mais il reste que l'époque exacerbe toutes les craintes et que la délimitation de la loi et du règlement est perçue comme un enjeu majeur de choix politiques[81].

Conclusion

En conclusion, on retiendra du droit constitutionnel colonial les incertitudes et les conflits tant juridiques que politiques auxquels il a donné naissance. D'une part, les incertitudes textuelles ont généré inévitablement des hésitations et des débats qui divisaient la doctrine et mettaient dans l'embarras les juges chargés de dire le droit. Ni la question de savoir si le Sénatus-consulte de 1854 était encore en vigueur (et à quel titre), ni celle relative à l'application de la Constitution de 1875 au territoire des colonies ne faisaient en doctrine l'unanimité et l'on retrouvait sur ce point, comme dans bien d'autres relatifs au droit colonial, de roboratives discussions. Il reste que le débat relatif au régime législatif des colonies proprement dit (et dans ses dimensions les plus pratiques liées au danger de remettre en cause l'ensemble de la législation coloniale par décrets) s'est soldé par un désaccord non résolu. On peut supposer, en effet, que la mort de Dareste seule a mis fin à un désaccord qui n'était pas prêt de se terminer. La conclusion même de Dareste, disant qu'il ne répondrait plus sur cette question, dit assez son refus de se ranger à l'opinion de ses adversaires. Partisan convaincu du régime des décrets pour le monde colonial, il n'entend rien céder à son adversaire et le contenu des décrets lui interdit d'y voir autre chose que des lois, sans qu'on ait à le soupçonner de quelque mauvaise intention contre le régime républicain. Du reste, le débat qui rebondit avec la Constitution de 1946[82] montre bien que le droit français s'accommodait assez bien de ces pouvoirs reconnus au Président de la République et de la difficulté à lever entièrement la discussion sur ce point. Mais dans le fond, n'est ce pas lié au caractère impérial du régime colonial?

En revanche, les querelles se sont exaspérées en raison d'enjeux qui dépassaient la seule discussion scolastique sur la nature juridique de tels ou tels actes. Dans les situations frontières – et ici nous y sommes à un double titre, conceptuel et géographique – il n'est pas indifférent de faire côtoyer deux mondes juridiques et donner l'impression que ce qui se passe dans l'un ne peut concerner l'autre. Et, en ce qui concerne le droit constitutionnel, la perception juridique est trop proche des conséquences politiques pour que les tenants de la République puissent accepter la moindre dérive. La reconnaissance aux décrets présidentiels d'une nature législative a été perçue et rejetée comme inacceptable et presque comme une invitation à dénaturer le régime républicain. On ne saurait ignorer au lendemain de la première guerre mondiale, les craintes qu'ont suscitées les moindres allusions au régime allemand. On sait combien cette seule évo-

cation, dans des domaines pourtant anodins (certaines revues scientifiques ont montré à cette époque jusqu'où pouvaient aller les méfiances et les préjugés, y compris vers des dérives scientifiques peu sérieuses[83]), déclenchaient de réactions nationalistes, pour ne pas s'étonner de voir des juristes contester tout emprunt à une théorie propre à la répartition des pouvoirs dans une Constitution très différente de la Constitution française. Enfin, et ce n'est sans doute pas le moindre argument, il est clair que dans un monde porté vers le totalitarisme (et l'on sait que l'approche impérialiste y a été lié d'une manière évidente) il fut important de refuser toute dérive. De sorte que refuser toute concession, encore qu'elle put être perçue comme excessive par ceux dont les convictions républicaines ne sauraient être mises en doute, pouvait apparaître, dans un monde en proie au doute, comme une réelle garantie.

Il ne nous appartient pas de dire ici que les menaces étaient sans doute ailleurs et que sensibles aux approches politiques, les "défenseurs de la République" étaient certainement moins ouverts aux menaces "économiques". Il reste qu'en ce domaine leur résistance restait estimable et, en définitive, bienvenue.

[1] Mon collègue Luigi Lacchè me demande d'écrire quelques lignes sur les Colonies et la Constitution française de 1875; j'ai donc remis sur le chantier quelques recherches faites autrefois sur une question proche et parues dans les «Cahiers aixois d'histoire des droits de l'Outre-mer français» (PUF d'Aix Marseille, n. 3, 2007, p. 11-54), sous le titre suivant *Les décrets coloniaux étaient-ils des lois ou des règlements? Une controverse aux frontières du droit et de la politique*.

[2] Ainsi A. de Duchêne, *Le régime législatif des colonies*, thèse Paris, 1893; M. Baudouin, *Du pouvoir de légiférer dans les colonies*, thèse Paris, 1901. A. Bonnefoy-Sibour, *Le pouvoir législatif aux colonies. Essai historique sur le droit de légiférer en matière coloniale*, thèse Montpellier, 1908. V. Dupuich, *Le régime législatif des colonies françaises*, thèse Paris, 1912. M. Inaprossian, *La colonisation et le législateur colonial français*, thèse Paris, 1916.

[3] Voir G. Blondel, G. Marcille et P. Dareste, *Traité de droit colonial*, 1931, chapitre III, Législation, § 107.

[4] Ivi, chapitre IV, section 1ère, § 143.

[5] Voir Y. Benot, *La Constitution de l'an I et les Colonies*, in J. Bart, J.J. Clere, CL. Courvoisier, M. Verpeaux, *La Constitution de 1793. L'Utopie dans le droit public français?*, Colloque de Dijon, EUD, 1993, p. 195.

[6] Blondel, Marcille et Dareste, *Traité de droit colonial* cit., § 91.

[7] Les droits politiques, lois civiles et criminelles applicables aux personnes libres, les pouvoirs spéciaux des gouverneurs en ce qui concerne les mesures de haute police et de sûreté générale, l'organisation judiciaire, et enfin le commerce, le régime des douanes, la répression de la traite, le règlement des relations entre métropole et colonies.

[8] Blondel, Marcille et Dareste, *Traité de droit colonial* cit., § 94. Du moins pour les colonies mentionnées plus haut, les autres établissements d'Inde et d'Afrique, avec Saint-Pierre-et-Miquelon, restant régies par ordonnances royales aux termes de l'article 25.

[9] Blondel, Marcille et Dareste, *Traité de droit colonial* cit., § 95.

[10] Pour les débats, voir «Moniteur Universel», tome 25, pp. 414-504.

[11] Voir sur ces approches, Didier Destouches, *Les prémices du droit public d'Outre-mer: Le statut des colonies françaises dans la constitution de l'an III*, in «Cahiers aixois d'histoire des droits de l'Outre-mer français», PUF d'Aix Marseille, 2007, pp. 55-75.

[12] Voir sur ces questions générales, L. Rolland, P. Lampué, *Précis de Droit des pays d'Outre-mer*, Paris, Dalloz, 1949, n. 155 ss.

[13] Ivi, n. 162.

[14] Le texte de 1854, pour les colonies de la Martinique, de la Guadeloupe et la Réunion, réservait au Sénat tout un ensemble de questions: état civil des personnes, exercice des droits politiques, distinction des biens et différentes modifications de la propriété, contrats et obligations conventionnelles, législation criminelle, etc. Au corps législatif

appartenaient les questions relatives au régime commercial, les règles économiques et fiscales. Les Gouverneurs étaient compétents dans les matières d'administration et de police pour assurer l'exécution des lois et des décrets. Pour toutes les autres questions, compétence était donnée à l'Empereur. Ce dernier se trouvait donc en possession d'un pouvoir particulièrement étendu puisque, d'une part, il décidait par décrets simples pour la plupart des colonies et que, pour les trois "vieilles" colonies, il intervenait aussi par décrets simples, sauf les matières énumérées à l'article 6 dans lesquelles il devait statuer par des décrets pris dans la forme de règlement d'administration publique (c'est à dire pris en Conseil d'Etat). Il en allait ainsi pour les matières civiles correctionnelles et de simple police non réservées aux sénatus-consultes, pour l'organisation judiciaire, pour l'exercice des cultes, l'instruction publique, les pouvoirs extraordinaires des Gouverneurs sur les matières de police ou de sûreté générale, l'administration municipale, les matières domaniales, le régime monétaire, etc.

[15] En pratique, sa compétence est très large car le législateur n'a que peu légiféré. En outre, il peut soit décréter des mesures originales, soit aussi transférer par décret le contenu d'une loi faite pour la métropole en la modifiant ou non (ou la modifier ensuite éventuellement par décret). Il a notamment introduit par décret à Madagascar la législation métropolitaine et en AOF et en AEF, la législation civile, commerciale et criminelle applicable au Sénégal.

[16] A. Bienvenu, *Le législateur colonial*, in «Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger», XXXVI, 1929, t. 46, pp. 224-242.

[17] «Revue de droit public», 1895, III, p. 468.

[18] P. Leroy-Beaulieu, *De la colonisation chez les peuples modernes*, 1908, p. 691.

[19] *Recueil de législation, de doctrine et de jurisprudence coloniales*, tables générales de 1898 à 1910, *Introduction historique*.

[20] *Recueil* Dareste, 1915, pp. 1-12.

[21] *Répertoire pratique* Dalloz, Paris, 1911, tome 2, n. 18, p. 620. Il en fut notamment ainsi dans l'arrêt du Conseil d'Etat du 16 novembre 1894 déclarant irrecevable un recours formé par le Conseil général de Nouvelle-Calédonie contre un décret portant modification du régime des mines, à cause du caractère législatif du décret attaqué.

[22] Il est vrai que la jurisprudence avait d'abord refusé d'admettre le recours pour excès de pouvoir (CE 16 novembre 1894, D.P. 1895.3.66, et Laferrière, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, 1896², t. II, p. 422). Mais, en 1908, le CE a modifié sa position (voir Rolland, Lampué, *Précis de Droit des pays d'Outre-mer* cit., p. 184, note 1). Quant à l'exception d'illégalité, elle a été admise par la jurisprudence (voir les Arrêts du Tribunal des conflits du 16 juin 1923, DP 1924.3.41 et du 30 octobre 1947, DP 1947.3.476).

[23] L'exercice des droits politiques, l'état civil des personnes, la distinction des biens, les modifications et l'acquisition de la propriété, les contrats, l'institution du jury, la législation en matière criminelle et l'application des principes de recrutement des armées de terre et de mer.

[24] De même, le Parlement peut décider que telle loi ne sera pas applicable aux colonies, ce qui enlève au pouvoir exécutif le droit de la rendre applicable, mais dans les faits cette réserve n'a pas grand effet puisque cela ne lui ôte pas par décret le droit de réglementer la matière, ce qui peut être au fond une simple question de rédaction.

[25] Pour les Antilles et la Réunion (partie assez mince de l'empire colonial), cette évocation a concerné trois secteurs essentiels en principe réservés aux décrets: sur le régime de la presse, le régime municipal et l'organisation judiciaire. Quant au reste du territoire colonial, normalement placé sous le régime des décrets, le Parlement est fréquemment intervenu depuis 1880. Il l'a fait tout d'abord en décidant de légiférer sur certaines questions. Dans une longue liste, on relèvera, outre quelques points relatifs au droit pénal (récidivistes, libération conditionnelle, fraudes sur les engrais et les vins, détention préventive), essentiellement les lois sur la presse, sur le recrutement de l'armée (15 juillet 1889 et 21 mars 1905), l'armée coloniale (7 juillet 1900), sur le régime douanier (11 janvier 1892) et financier des colonies (13 avril 1900). Mais il intervient aussi en vertu de ce principe que tout engagement des finances de l'Etat nécessite un vote du parlement (ce qui veut dire que lorsque le financement est exclusivement colonial cela n'est pas nécessaire): ce peut être le cas pour la construction d'un chemin de fer mais aussi lorsque l'Etat prend à sa charge les dépenses d'un service public. Enfin, il en va ainsi en cas de cession, d'échange ou d'annexion de territoire. On le voit, les grands secteurs sont militaires, financiers, économiques et celui de la souveraineté.

[26] Il faut prendre acte de ces décrets qui introduisent des lois, car il n'y a pas alors promulgation de la loi mais déclaration d'application, de sorte que n'ayant que la force juridique d'un décret, ces textes peuvent être modifiés par simples décrets. Ainsi des lois postérieures à 1834 qui ont été rendues applicables à l'Algérie par décrets et ne sont, du point de vue algérien, que des décrets. Ceci entraîne une autre conséquence: lorsqu'une loi déclarée applicable à l'Algérie par un décret vient à être modifiée par le parlement,

ces dispositions nouvelles s'appliquent aussi à l'Algérie à moins que le Président ne prenne un décret pour en écarter l'application; mais s'il accepte, les dispositions nouvelles n'auront que force de décret et par conséquent seront modifiables ou abrogeables par décret (voir A. Pichat, *Les décrets en matière législative*, thèse Paris, 1935, p. 134).

[27] De fait, les lois constitutionnelles avaient donné 2 députés et 1 sénateur à la Martinique, à la Guadeloupe et à la Réunion, 1 député et 1 sénateur à L'Inde, 1 député à la Guyane et au Sénégal.

[28] Bonnefoy-Sibour, *Le pouvoir législatif aux colonies* cit., pp. 169 s.

[29] H. Baudoin, *Du pouvoir de légiférer dans les colonies*, thèse Paris, 1921.

[30] Ivi, p. 62.

[31] Voir D.P. 1929, 3,19, note Bienvenu sous CE 6-08-1928.

[32] Bienvenu, *Le législateur colonial* cit., pp. 228 s. Après avoir reconnu que la majorité de la doctrine s'est attachée à démontrer la survivance du Sénatus-consulte, soit en refusant le caractère constitutionnel dès l'origine à ce Sénatus-consulte (ce qui évidemment facilite la tache puisque la force abrogatoire des révolutions n'atteint que les dispositions constitutionnelles), soit en disant qu'il a perdu ce caractère et qu'il s'est donc maintenu à titre de loi, il prend nettement parti contre cette interprétation. Refusant la première interprétation, il doute de la deuxième «qui n'est pas mieux justifiée» puisqu'il faudrait que le Sénatus-consulte n'ait pas eu de caractère constitutionnel. De sorte que cette disposition ne peut pas être débaptisée et maintenue par ce «subterfuge juridique». L'Assemblée de 1871 était donc devant un vide, elle aurait pu légiférer sur ce point, elle ne l'a pas fait. La question est donc de voir si la Constitution est applicable aux colonies et, si c'est le cas, le pouvoir législatif dans les colonies appartient au parlement. Si au contraire la Constitution ne s'applique qu'à la métropole, le Parlement, investi du pouvoir constituant et du pouvoir législatif ordinaire peut organiser et répartir les pouvoirs aux colonies comme il l'entend (p. 233). Or les débats n'ont jamais fait allusion aux colonies et on peut expliquer ce silence par l'adhésion à cette idée que depuis l'an VIII la Constitution métropolitaine ne s'appliquait pas de plein droit aux colonies. Si l'Assemblée avait voulu changer ce système (qui correspondait en outre à l'idée de la majorité de ses membres), elle n'aurait pas manqué d'en débattre. Or c'est le silence. En outre, lors d'un débat sur le régime légal de l'Algérie, il apparût clairement que l'on n'entendait pas changer le système de l'an VIII et que le sort des colonies devait être fixé par le vote de lois ordinaires. «On chercherait donc vainement dans le texte actuel de la Constitution (révision constitutionnelle du 14 août 1884) une disposition impliquant son extension aux colonies.

[33] Laferrière, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux* cit., t. 2, p. 391.

[34] Baudouin, *Du pouvoir de légiférer dans les colonies* cit., p. 63, note 1.

[35] *Répertoire* Dalloz, 1911, n. 16; Cr. 22 mars 1878, D.P., 80,1,287; Civ. 28 octobre 1885, D.P., 85,1,157; 28 juin 1886, D.P., 87,1,69; Conseil d'Etat, 16 novembre 1894, D.P., 95,3,66.

[36] Conseil d'Etat, 15 février 1889, «Rec. Conseil d'Etat», 1889, p. 202.

[37] Il est évidemment intéressant en pratique de peser le nombre de fois où ces retraits ont été effectués. Sur les retraits exprès, on peut citer la loi du 29 août 1905 qui décide que sur le littoral des colonies, les ventes d'îles, d'îlots, de châteaux forts ou batteries déclassées ne peuvent être autorisées que par une loi. Egalement, la loi du 13 avril 1900 qui veut une loi pour déterminer les dépenses obligatoires à inscrire aux budgets locaux pour certaines colonies. D'autres lois se contentent d'exiger le respect de certaines formes: ainsi de la loi du 11 janvier 1892 (article 3 à 7) qui veut que pour la fixation des tarifs de douane aux colonies ou pour l'approbation des délibérations des conseils généraux sur certains points relatifs aux octrois de mer, les décrets soient rendus en forme des règlements d'administration publique. Ou bien des décrets en Conseil d'Etat pour l'approbation des délibérations des conseils généraux relatives à la perception des contributions et taxes locales (ainsi la loi déjà citée du 13 avril 1900). Sur les retraits tacites, le calcul est tout aussi intéressant, puisque chaque fois que le Parlement statue sur une matière, cette matière ne peut plus à l'avenir être modifiée que par une loi.

[38] Répertoire, n. 18. Il en fut notamment ainsi dans l'Arrêt du Conseil d'Etat du 16 novembre 1894 déclarant irrecevable un recours formé par le Conseil général de Nouvelle Calédonie contre un décret portant modification du régime des mines, à cause du caractère législatif du décret attaqué.

[39] R.D.P., 1927, p. 248.

[40] En ce qui concerne la validité de ces attributions, les approches diffèrent. Pour Rolland, il y a des matières qui sont réservées par la Constitution (écrite ou coutumière) au pouvoir législatif. Elles ne peuvent être abdiquées au bénéfice du chef de l'Etat. Et des matières qui sont législatives par la volonté du parlement. Alors qu'il estimait au départ que celles-ci pouvaient faire l'objet d'une délégation de compétences, il réserve cela en 1924 au temps de guerre ou de grande crise nationale. Pour Jèze, les choses sont plus simples et sa théorie moins rigoureuse: le Parlement peut attribuer compétence sur un point précis, à condition que ce ne soit pas sur une disposition consti-

tutionnelle écrite. Il prononce la même condamnation sur 1924. Quant à Duguit, sa théorie est encore plus souple. Il considère que le Parlement qui donne délégation, ratifie par avance les décrets qui seront pris. Il y faut bien sûr une attribution spéciale et déterminée et qu'il ne s'agisse pas d'une matière réservée constitutionnellement.

41 M. Berthélémy, *Le pouvoir réglementaire du Président de la République*, in «Revue politique et parlementaire», 1898, t. XV, pp. 5 et 322.

42 Il est vrai que la jurisprudence avait d'abord refusé d'admettre le recours pour excès de pouvoir (CE 16 novembre 1894, DP 1895.3.66, et Laferrière, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux* cit., t. II, p. 422). Mais, en 1908, le CE a modifié sa position (voir Rolland et Lampué, *Précis de Droit des pays d'Outre-mer* cit., p. 184, note 1). Quant à l'exception d'illégalité, elle a été admise par la jurisprudence (voir les Arrêt du Tribunal des conflits du 16 juin 1923, DP 1924.3.41; et du 30 octobre 1947, DP 1947.3.476).

43 Rec., 1926, 2, 166 ss.

44 Cfr. aussi, «Supplément» de 1927, 1,9, où est mentionnée une note de Louis Rolland.

45 *Recueil périodique et critique*, année 1927, p. 11.

46 «La quinzaine coloniale», 40 année, nouvelle série, n. 719, 10 septembre 1936, p. 351.

47 *Recueil* Penant, Janvier 1937, pp. 1-10.

48 Ivi, II partie, pp. 1-6.

49 Dareste reconnaît qu'il préfère éviter le mot de délégation, tant il a conduit à des controverses.

50 R. Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, Sirey, 1920, t. I, pp. 586-587.

51 G. Jèze, *Les principes généraux du droit administratif*, tome I, *La technique juridique du droit public français*, 1925, p. 378.

52 L. Rolland, *Le pouvoir réglementaire du Président de la république en temps de guerre et la loi du 10 février 1918*, in «Revue de droit public», 1918, p. 552.

53 Enfin, le Sénatus-consulte de 1854 lui-même dit que les décrets de l'Empereur statuent premièrement sur la législation en matière civile, etc. Et la Cour de Cassation elle même (à tort) avait décidé que la loi de 1881, étendue aux colonies par un décret, ne pouvait ensuite être modifiée par un décret (*Recueil* 1936, p. 25, Crim. Rej. 23 septembre 1935).

54 Lampué, *Le caractère réglementaire des décrets coloniaux* cit., p. 347.

55 Ivi, p. 3.

56 Dalloz, «Recueil périodique et critique», 1927, I partie, p. 11.

57 Voir Pichat, *Les décrets en matière législative* cit., p. 22.

58 Ivi, pp. 67 et 68.

59 Ivi, p. 83.

60 J.O., «Débats parlementaires», 1924, n. 16, 5 février 1924, p. 484.

61 Ivi, n. 17, 6 février 1924, p. 505.

62 L. Milliot, *Le législateur colonial en Algérie*, in «Revue algérienne, Tunisienne et Marocaine», 1928, t. XLIV, pp. 173-185.

63 La constitution de 1830 parlait bien de «lois particulières» (art. 64) mais on résolut la contradiction en donnant à la phrase le sens de «législation propre à la colonie». La Constitution de 1848 fut interprétée comme ne modifiant en rien cette compétence, l'expression «les colonies sont régies par des lois particulières» étant dans les deux cas interprétée comme voulant dire qu'il y fallait des «lois spéciales», sans se préoccuper de savoir si ces lois devaient émaner du pouvoir législatif ou du pouvoir exécutif.

64 P. Sumien, *Le régime législatif de l'Algérie*, thèse Paris 1895, pp. 40 s.

65 Cette conclusion est d'autant plus intéressante que l'Auteur soutient que la Constitution de 1875 s'applique en Algérie comme en France. En outre, l'auteur revient dans sa conclusion sur cette idée: «[…] on remarquera le soin que le Conseil d'Etat a pris de limiter dans sa durée et dans son objet la subdélégation du chef de l'Etat; et on y retrouvera l'influence des discussions engagées et de l'effort réalisé par la doctrine pour définir la pratique métropolitaine récente de la délégation législative et en préciser la portée. La pratique algérienne, qu'une longue habitude avait laissé s'invétérer et qui avait donné naissance à cette institution contestable de la subdélégation, se trouve ainsi régularisée et adaptée aux principes généraux de notre droit public. Il sera intéressant de suivre l'institution dans les développements qu'elle est peut être appelée à prendre dans un avenir prochain» (Milliot, *Le législateur colonial en Algérie* cit., p. 185).

66 Pichat, *Les décrets en matière législative* cit., p. 173.

67 *Ibidem*. A la p. 234, elle renouvelle son message «et si l'ambition personnelle venait les pousser (les gouvernements) plus que l'amour du bien public, qui sait jusqu'où le système des décrets pourrait conduire des gouvernants en mal de dictature».

68 J.P. Esmein, *De la délégation du pouvoir législatif*, in «Revue politique et parlamentaire», Juillet-Septembre 1894.

69 Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'Etat* cit., p. 282, n. 93.

70 Ils s'appuient sur l'art. 4 de la Déclaration des droits de l'homme qui dit que les bornes de l'exercice «des droits ne peuvent être déterminées que par la loi». C'est ce qu'enseignent Duguit et Laferrière.

71 L. Duguit, *Manuel de droit constitutionnel*, *L'Etat*, t. 1, p. 435. Et Laferrière quant à lui écrit: «[…] la forme des actes ne change pas leur nature intrinsèque. De même que des actes législatifs peuvent être faits en forme de décrets, de même des actes administratifs peuvent être faits en forme de lois».

72 Ivi, p. 91, n. 29.

73 Ivi, p. 44.

[74] Il écrit: «On a souvent confondu le point de vue matériel et formel; le législateur lui-même a fait parfois cette confusion», par exemple en confondant la fonction judiciaire et la fonction juridictionnelle. Les juges remplissent une fonction judiciaire (formelle) mais ils font aussi beaucoup d'actes qui ne sont pas juridictionnels; et d'autres organes, non judiciaires, font eux des actes juridictionnels. Et cette distinction s'applique à la loi.

[75] «Cette distinction entre la loi matérielle et loi formelle est rationnelle et elle est aujourd'hui généralement admise» (ivi, p. 89, n. 29).

[76] Ivi, p. 103, n. 34.

[77] Ivi, p. 503.

[78] Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'Etat* cit., p. 268.

[79] Ivi, p. 298.

[80] D'ailleurs, on peut être troublé par le fait qu'alors que Duguit argumente, en prenant pour exemple les décrets coloniaux, Carré de Malberg, quant à lui, n'aborde pas ce problème dans sa contribution à l'Etat.

[81] D.G. Lavroff, *Le système politique français*, Dalloz, 1982, pp. 586-590. En optant pour la thèse organique, on reste en accord avec la tradition française qui fait du Parlement le titulaire de la souveraineté. On affirme la supériorité de la loi et le nécessaire respect par les règlements des dispositions législatives. Au contraire, la position de Duguit et de l'école de Bordeaux (Bonnard et Jèze) procède d'une double volonté libérale et réaliste: réaliste car il est réaliste de distinguer les règles selon leur contenu, et l'identité de contenu doit prévaloir sur les différences tenant à l'organe qui en est l'auteur. «En définissant un critère matériel, le doyen Duguit renoue avec la tradition libérale initiale. La garantie fondamentale des citoyens se trouve dans l'application de règles générales et impersonnelles. Certes on lui a reproché de n'être pas conforme au droit positif et à la tradition constitutionnelle française. Mais l'application du critère matériel est satisfaisante sur le plan des principes et enrichissante pour l'analyse. En outre, «le critère matériel, après une période d'abandon relatif, retrouve actuellement un renouveau d'intérêt théorique».

[82] En effet, dans le cadre de la Constitution de 1946, l'art. 72 dans ses alinéas 2 et 3 décidait: «En toutes autres matières (non réservées à la loi et non légiférées), la loi française n'est applicable dans les territoires d'outre mer que par disposition expresse ou si elle a été étendue par décret aux territoires d'outre-mer après avis de l'Assemblée de l'Union»; «En outre, par dérogation à l'article 13, des dispositions particulières à chaque territoire pourront être édictées par le président de la République en Conseil des ministres sur avis préalable de l'Assemblée de l'Union». Or l'article 13 mentionne: «L'Assemblée nationale vote seule loi. Elle ne peut déléguer ce droit» et, au cours des débats de la Commission de la constitution, il avait été précisé que le mot "loi" était pris à l'art. 13 non pas dans son sens matériel mais dans son sens formel, comme s'appliquant seulement à l'acte doté de force législative. On pouvait donc se demander, écrivent Rolland et Lampué, si les décrets qui sont pris «par dérogation à l'article 13», ne sont pas eux-mêmes des actes législatifs au sens formel. Ils en concluaient que la question paraissait se poser en termes nouveaux, pour conclure tout de même que d'une part, il est question de «dispositions particulières» et que cette expression lors des travaux de la Commission avait été substituée à celle de «lois particulières». Donc ce changement a été décidé en vue de maintenir aux décrets le caractère réglementaire et la mention «par dérogation» n'est qu'un vestige de la rédaction primitive et donc en désaccord avec le sens qu'on a entendu donner à l'alinéa: «Il est permis de penser par suite que les décrets en question sont des décisions émanant d'une autorité administrative et susceptibles de recours contentieux» (Rolland, Lampué, *Précis de Droit des pays d'Outre-mer*, cit., p. 194, n. 179.

[83] Voir mon article *Regards français sur l'histoire du droit en Allemagne*, in O. Beaud, E. Volkmar Heyen (Hrsg./dir), *Eine deutsch-französische Rechtwissenschaft? Une science juridique franco-allemande?*, Baden-Baden, Nomos, 1999, pp. 11-40.

Ancora in tema di cultura giuridica e colonizzazione. Prime note sul *Corso di diritto coloniale* di Santi Romano

GIANLUCA BASCHERINI

Premessa

Solo in tempi relativamente recenti la vicenda coloniale italiana è divenuta oggetto di adeguati studi storici. Se infatti si eccettuano i pionieristici studi di Del Boca e di pochi altri, sono soprattutto le più giovani generazioni di studiosi – del diritto, delle istituzioni, di africanistica – che hanno finalmente avviato una riflessione critica attorno ai diversi profili del colonialismo italiano.

Diverse ragioni concorrono a spiegare questo lungo disinteresse verso le pagine ultramarine della storia dell'Italia contemporanea, riconducibili alle caratteristiche e ai limiti dell'avventura coloniale nostrana e al contempo alle concrete vicende che ne hanno segnato l'esaurimento. Quello italiano fu infatti un colonialismo ritardatario e improvvisato, e del quale furono chiari sin dall'inizio i limitati benefici che ne sarebbero potuti venire per il Paese in termini economici e quale sbocco all'emigrazione[1]. Peraltro, questo genere di considerazioni riguardo all'opportunità e alla convenienza – politica, economica, sociale – del colonialismo, persero rapidamente rilievo nel passaggio tra Otto e Novecento, quando l'espansione coloniale divenne componente centrale della montante ideologia nazionalista, e "vendicare Adua" fu, fino alla campagna d'Etiopia, il *refrain* sufficiente a legittimare le imprese coloniali del Paese. Ritardatario e improvvisato, il colonialismo italiano fu anche di breve durata, specie se paragonato ai grandi imperi coloniali d'Europa, costantemente precario nell'effettivo controllo del territorio, e oggetto di un rapido dissolvimento nel quadro degli eventi bellici del secondo conflitto mondiale. Questa natura effimera dell'avventura coloniale italiana non impedì peraltro alla gran parte delle forze politiche nell'immediato dopoguerra di reclamare un ritorno dell'Italia in Africa, disinvoltamente distinguendo tra colonie liberali e colonie fasciste e richiamando in causa quell'argomento demografico-migratorio

che fin dalle origini aveva costituito uno dei principali fattori di legittimazione del progetto coloniale patrio[2]. D'altra parte, alla breve durata dell'impresa coloniale italiana ed all'assenza di una decolonizzazione purchessia fece riscontro invece una prolungata permanenza in servizio dell'amministrazione coloniale, favorita per un verso dalla mancata epurazione, alla fine del regime, del funzionariato fascista e, per altro verso, dal riconoscimento all'Italia dell'amministrazione fiduciaria sulla Somalia tra il 1950 ed il 1960[3]. La fine del colonialismo italiano rivela dunque un'improvvisa perdita di memoria, associata per da un lato all'assenza di una qualsivoglia analisi critica delle responsabilità riconducibili a quell'esperienza e, dall'altro, ad una persistenza di strutture e di personale che avrebbe avuto importanti conseguenze anche sulla gestione e le attività dei vari enti di ricerca attivi in materia coloniale, contribuendo peraltro a mantenere in vita una serie di stereotipi, legittimanti al tempo del colonialismo e autoassolutori, una volta conclusa l'avventura coloniale, rispetto ad un colonialismo sgangherato ma di "brava gente".

Dunque, è solo a partire dagli anni Ottanta, in parte per ragioni legate al ricambio generazionale, in parte per le nuove prospettive aperte in questo campo dal fiorire in area anglosassone dei *postcolonial* e dei *subaltern studies*, che i diversi aspetti del colonialismo italiano divengono oggetto di crescente attenzione e di riflessioni critiche. Peraltro, nonostante il crescente sviluppo quantitativo e qualitativo degli studi e delle ricerche in materia, non sono mancate vicende che ancora di recente hanno confermato la persistente circolazione nel dibattito in materia di stereotipi autoassolutori circa il volto umano del colonialismo nostrano, mentre la disattenzione verso la vicenda coloniale nelle celebrazioni dei centocinquanta anni dell'unificazione italiana, oltretutto coincidenti con i cento anni della guerra di Libia, rafforza la sensazione di una rimozione della esperienza coloniale, di un imbarazzo a fare conti con quella storia.

Questa ripresa di attenzione verso il colonialismo italiano ancora stenta invece a investire, diversamente da quanto accade in altri Paesi, il campo prettamente giuridico. I giuristi (non parlo ovviamente degli storici del diritto), quand'anche animati da sensibilità e prospettive di taglio storico, tendono ancora in larga misura a disinteressarsi dell'esperienza coloniale, probabilmente ritenendola una vicenda lontana – nel tempo, nello spazio, nelle problematiche che solleva – dall'attualità e dalle sue questioni. Eppure la vicenda coloniale si distende su un arco temporale (dalla crisi di fine secolo alla caduta del fascismo) che copre una parte di assoluto rilievo della storia delle istituzioni e del pensiero giuridico europeo; un tempo che ha conosciuto, nelle sue diverse scansioni, importanti dibattiti e sviluppi della cultura giuridica che, se per un verso non mancano di interessare ancora il nostro presente, per temi e qualità di quel dibattito, per altro verso, al tempo in cui si svolsero, tennero in non poca considerazione la vicenda coloniale.

Questo lavoro intende dunque riprendere un ragionamento attorno ai rapporti tra esperienza coloniale e cultura giuridica e alla successiva rimozione della vicenda coloniale dall'orizzonte di studio dei giuristi[4], avviando un'indagine attorno alla riflessione giuscoloniale di Santi Romano e, in particolare, al suo *Corso di diritto coloniale* pubblicato nel 1918[5].

1. *Il progetto coloniale italiano e la conquista della Libia*

Il manuale di Romano viene alle stampe all'interno di quella presa in carico delle questioni coloniali ad opera della giuspubblicistica che accompagnò la conquista della Libia in età giolittiana. La conquista della Quarta sponda segnò uno snodo centrale sul terreno dei rapporti fra esperienza coloniale e cultura, giuridica e non solo, costituendo un passaggio di rilievo non solo nella formazione di un consenso sociale attorno all'impresa coloniale[6], quanto piuttosto nel «*discorso*» e nel «*linguaggio pubblico*» in materia coloniale[7]. Mutano con la Libia soggetti, regole, contenuti e retoriche di quel discorso. Fino ad allora il dibattito in materia, e più in generale la formazione di un consenso coloniale, si era svolto prevalentemente attorno alle attività delle società geografiche e coloniali; con la Libia quel dibattito si istituzionalizza, entra negli insegnamenti universitari e lì si riorganizza all'interno dei vari ambiti di studio e ricerca[8].

La colonizzazione libica costituì un tornante di rilievo nelle trasformazioni storicamente intervenute nel progetto coloniale patrio e nella transizione dai moduli del colonialismo liberale a quelli del colonialismo imperiale fascista. All'idea di una colonizzazione quale impresa mossa da bisogni essenzialmente economici, venne in quegli anni a sostituirsi, come rileva lo stesso Romano, una visione della colonizzazione quale strumento di espansione politica della metropoli[9]. Si vengono ulteriormente articolando, di conseguenza, gli obbiettivi e le modalità organizzative dell'impresa coloniale nostrana – emblematica a riguardo è l'istituzione nel 1912 del ministero delle Colonie e l'attribuzione ad esso di quelle competenze politico-amministrative in materia fino ad allora spettanti ad appositi organismi costituiti presso il ministero degli Esteri[10] –; e in questa transizione il diritto e la cultura giuridica sono chiamati a dare un contributo decisivo, come testimonia appunto l'attenzione che il diritto pubblico rivolge allora all'impresa coloniale.

Il diverso progetto coloniale che l'Italia giolittiana immagina per la Libia, la diversa articolazione ordinamentale caratterizzante quelle province dell'impero ottomano e la diversa strutturazione del diritto musulmano ivi vigente rispetto al diritto consuetudinario incontrato nei possedimenti del corno d'Africa, sono solo alcuni dei fattori che spiegano perché, per quanto concerne l'organizzazione e gli sviluppi degli studi di diritto coloniale, è la conquista della Tripolitania e della Cirenaica a portare l'attenzione degli studiosi di diritto pubblico su un tema fino ad allora prevalentemente oggetto di lavori di diritto internazionale[11], e ad aprire nuove prospettive di studio. Alla comparazione tra Paesi colonizzatori si affiancano, specie tra i romanisti e i filosofi del diritto, tentativi di comparazione tra Paesi colonizzatori e Paesi colonizzati[12]. È in questi anni, inoltre, che si separa l'indagine sulle questioni concernenti le colonie da quella riguardante invece l'emigrazione, profili fino ad allora largamente affrontati come appartenenti ad un'unica problematica[13]. In questo torno di tempo si istituiscono insegnamenti, nascono riviste, si pubblicano raccolte giurisprudenziali, si moltiplicano gli studi dedicati ai diritti indigeni vigenti nei diversi possedimenti italiani, e si pubblicano «le prime opere organiche e sistematiche […] destinate a costituire le basi della cultura giuridica coloniale italiana sino ad oltre la conquista

etiopica»[14]. Tra queste opere, spicca quel manuale romaniano, attorno al quale queste pagine intendono svolgere una prima riflessione.

2. *Il* Corso di diritto coloniale *e la scarsa attenzione prestatavi dagli studiosi del pensiero romaniano*

Il frontespizio del volume ci dice che il manuale di Romano venne pubblicato, per i tipi dell'editrice romana Athenaeum e sulla base degli appunti raccolti dal dott. Domenico Biscotti, a seguito del corso di diritto coloniale impartito dal giurista siciliano, allora professore nell'ateneo pisano, presso l'Istituto di scienze sociali Cesare Alfieri di Firenze. Anno di pubblicazione, come già detto, il 1918. Del resto anche qui, come ne *L'ordinamento giuridico*, si fa riferimento al testo come ad un volume primo al quale tuttavia non seguirà un secondo volume[15]. Data e luogo non possono lasciare indifferente il conoscitore, anche superficiale, della traiettoria intellettuale romaniana. Vengono pubblicati in quell'anno, dall'editore pisano Mariotti, la prima edizione unitaria de *L'ordinamento giuridico* e, nella «Rivista di diritto pubblico», il saggio *Oltre lo Stato*, nel quale Romano mette su carta la prolusione tenuta nell'anno accademico 1917-1918, proprio in quell'istituto fiorentino nel quale tenne il corso di diritto coloniale – istituto che, fino alla fine dell'Ottocento, fu il solo ad impartire insegnamenti di livello universitario in materia di diritto coloniale[16]. Nell'elenco di pubblicazioni che accompagna gli *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*[17], il *Corso di diritto coloniale* segue uno scritto in tema di camere di commercio, apparso nel 1913 sulla «Rivista di diritto pubblico» e precede *L'ordinamento giuridico* e *Oltre lo Stato*.

Nostante questa collocazione del *Corso* alla immediata vigilia di quell'importante passaggio del pensiero romaniano, di esso assai difficilmente si trova traccia negli studi dedicati a questo autore, compresi quelli orientati, più che alle prospettive di teoria generale caratterizzanti la riflessione romaniana del tempo, ad una storicizzazione di quella riflessione: alla ricostruzione di questa fase del pensiero del giurista siciliano e ad una lettura della stessa nella più complessiva traiettoria intellettuale dell'autore[18]. Colpisce ma, per le stesse ragioni, non stupisce la scarsa attenzione prestata a questo scritto dagli studiosi del pensiero romaniano. Facile immaginare infatti che una pubblicazione all'apparenza contingente come il *Corso* – legata allo specifico incarico presso l'istituto fiorentino – rimanesse in ombra, apparendo a ridosso di quel «cippo confinario» che *L'ordinamento giuridico* e gli altri scritti del tempo costituiscono nella parabola intellettuale romaniana: momento di una prima sintesi matura ed al contempo di individuazione del percorso che avrebbe da allora seguito[19]. A ciò si aggiunga che il giurista siciliano non pare interessarsi particolarmente alla materia. Oltre al *Corso* – se si escludono i capitoli dedicati all'argomento nei manuali di diritto costituzionale –, la sola altra pubblicazione espressamente dedicata alle colonie è un breve scritto, originariamente apparso sul *Popolo di Roma* del 6 maggio 1936, sulla *debellatio* dell'Etiopia[20]. Due anni dopo Romano, in qualità di Presidente del Consiglio di Stato, tornerà ad occuparsi di colonie in occasione del parere sull'istituzione del primo maresciallato dell'Impero[21].

Romano, pur riconoscendo l'utilità e spesso la necessità di un'espansione coloniale, non sembra entusiasmarsi per il fenomeno coloniale, e una lettura che intrecci il *Corso di diritto coloniale* a scritti quali *L'ordinamento giuridico* e *Oltre lo Stato*, apparsi lo stesso anno, induce a ritenere la colonizzazione connessa, nella riflessione del giurista siciliano, ad un'idea dello Stato e della sua espansione che si lega al passato, e della quale proprio in quegli anni egli registra e indaga le profonde e radicali trasformazioni. Irriducibilmente separata dalla metropoli in ragione di un dislivello di civiltà che la imbriglia a dispositivi da Stato patrimoniale, per la colonia non è ancora venuto il tempo di quel processo di ricomposizione dei rapporti tra Stato, società e diritto che Romano vede in atto negli spazi metropolitani. Non di meno, proprio una lettura che collochi la riflessione giuscoloniale romaniana all'interno della più complessiva traiettoria intellettuale di questo studioso, ne restituisce la qualità ed il ruolo come rilevante terreno d'interlocuzione per quella ricerca romaniana che, avviatasi alla fine dell'ottocento attorno ai temi del territorio, passa per la concettualizzazione della pluralità degli ordinamenti giuridici e perviene, alla vigilia degli anni Trenta, all'edificazione dello Stato amministrativo.

Anticipo spunti sui quali ritornerò nel prosieguo. Per ora, mi interessa richiamare l'attenzione sulla complessità e l'articolazione entro cui si cala la riflessione giuscoloniale di Romano. Colonialista poco convinto, il Romano studioso di diritto coloniale è non di meno un Romano *minore* solo per quanto concerne la quantità dei lavori che dedica all'argomento, non certo per quanto concerne la qualità della riflessione che sviluppa. Da una parte, infatti, la prospettiva coloniale assume un notevole rilievo nei lavori che a cavallo dei due secoli Romano dedica al territorio; dall'altra parte, nei dieci anni che vanno dalla prolusione pisana[22] a *L'ordinamento giuridico*, Santi Romano fissa il canone del diritto coloniale dell'Italia giolittiana e fascista. Il *Corso* fornisce una delle prime ricostruzioni sistematiche del diritto coloniale, testimoniando peraltro «l'ampio grado di consapevolezza che la dottrina stessa aveva ormai assunto del ruolo determinante che la scienza giuridica coloniale aveva incominciato a rappresentare nell'esperienza colonizzatrice del Paese»[23], ed al contempo, riflette da diverse angolazioni le riflessioni e le opzioni di metodo che il giurista siciliano veniva maturando in quegli anni.

Le pagine che seguono si propongono pertanto di sviluppare e organizzare, almeno in parte, queste riflessioni attorno ad un triplice ordine di questioni. Si tratta per un verso di accennare ai contenuti complessivi della riflessione giuscoloniale romaniana; per un altro, di abbozzare una lettura del *Corso* sullo sfondo degli altri lavori del tempo, e più in generale di indagare le legature che connettono la riflessione in materia di diritto coloniale alla complessiva traiettoria intellettuale del giurista siciliano; per un altro verso ancora si tratta, infine, di ragionare attorno all'assenza di approfondimenti relativi alla componente giuscoloniale della riflessione di questo autore, il solo tra i maestri del diritto pubblico italiano del Novecento a dedicare un manuale al diritto coloniale (uso il termine "maestri" per indicare quei giuristi la cui riflessione ha mutato la scienza giuridica, continuando ad offrire tutt'oggi apporti alle sue elaborazioni).

3. *Il pensiero giuscoloniale di Santi Romano*

Prima di dare alle stampe il *Corso* del 1918, Romano si era già organicamente occupato di colonie nel XII ed ultimo capitolo di quell'*Italienisches Staatsrecht* rimasto inedito fino al 1988 ma che, destinato alla raccolta *Das öfflentiche Rechts der Gegenwart* curata da Laband, Jellinek e Piloty per i tipi dell'editore Mohr, l'Autore aveva terminato nell'estate del 1914[24]. Già da tempo gli studiosi hanno richiamato l'attenzione sul «grado di avanzata maturazione che la teoria dell'ordinamento giuridico aveva già raggiunto» in quest'opera di «ricostruzione complessiva delle istituzioni costituzionali dell'epoca giolittiana»[25], ed analoga maturazione si riscontra nelle riflessioni inerenti le colonie. Gli argomenti che il giurista sviluppò nel *Corso* del 1918 avevano infatti già trovato una prima compiuta elaborazione nell'ultimo capitolo dell'*Italienisches Staatsrecht* e, se manca nel testo del 1914 rispetto a quello del 1918 l'indagine comparativa dei diversi sistemi di governo coloniale, così come manca un'analisi del fenomeno coloniale dal punto di vista del diritto internazionale, non di meno già in queste pagine si trovano in sintesi alcune delle principali tesi che Romano sviluppò più diffusamente nel *Corso* dato alle stampe quattro anni più tardi.

Per quanto concerne i contenuti del *Corso* del 1918, non rileva ai fini che questo lavoro si propone un'analisi puntuale delle soluzioni che Romano appronta in ordine ai diversi aspetti del diritto coloniale, quanto piuttosto richiamarne rapidamente la struttura compositiva, prestando attenzione a taluni approcci e passaggi che possono risultare maggiormente rilevanti nella ricerca di eventuali legami tra le riflessioni che il giurista svolge nel *Corso* e la più complessiva parabola intellettuale che in quegli anni viene a compimento.

Definiti nei primi due paragrafi introduttivi il concetto di colonizzazione e i caratteri del diritto coloniale, l'analisi che Romano dipana muove dalla classificazione giuridica delle colonie e dalla individuazione degli elementi qualificanti la relazione coloniale (capp. I-III), per poi passare ad indagare le vicende inerenti l'acquisto, la perdita e le modificazioni territoriali delle colonie dal punto di vista del diritto internazionale e, successivamente, dal punto di vista del diritto interno (cap. IV). A questo punto, la ricostruzione romaniana si concentra sul versante dei rapporti tra lo Stato e le colonie dal punto di vista del diritto pubblico, e dispiega la propria vocazione sistematica interrogandosi attorno ai rapporti che legano lo Stato alla colonia sul terreno dei suoi elementi costitutivi (potestà, territorio, cittadinanza/sudditanza – capp. V-VII) e, successivamente, sul terreno delle competenze che, in materia coloniale, e dunque nelle colonie e nel Regno per ciò che riguarda le colonie, spettano al legislativo, all'esecutivo e al giudiziario (capp. VIII-XII).

Con realistico disincanto[26], Romano riconosce fin dalle prime pagine dell'opera che è lo scarto di civiltà a qualificare il fenomeno coloniale e a qualificare come coloniali le relazioni tra uno Stato e un territorio ad esso esterno, riconoscendo tuttavia al contempo, da una parte, che tale dislivello di civiltà non deve intendersi «se non in modo del tutto relativo» e che anzi «non è da escludersi che esso [...] possa non corrispondere alla realtà delle cose» (p. 10) e, dall'altra, che colonizzare non significa necessariamente civilizzare, perché non

sempre «il popolo colonizzato [è] suscettibile di raggiungere la civiltà del popolo colonizzatore» e perché inoltre «bisogna francamente affermare che la colonizzazione è un fenomeno di espansione politica che ha sovratutto per scopo il vantaggio della metropoli» (p. 12)[27]. Appare dunque ben chiara a Romano la valenza finzionale della cosiddetta missione civilizzatrice[28], strumentale ad assicurare una regolazione duale del fenomeno coloniale, secondo matrici ordinamentali diverse quanto ad istituti e soprattutto a garanzie, e finalizzata a sua volta ad assicurare la conservazione della diseguaglianza coloniale fondamentale: il dominio dei colonizzatori e la subalternità dei colonizzati.

Per quanto concerne invece il diritto coloniale Romano evidenzia, da una parte, come questo, irriducibile al pubblico o al privato, risulti essere un diritto «eterogeneo», composto da norme di diversa natura, e da ricondursi «a quei diritti che si individuano per l'unità della materia che studiano» e, dall'altra, come il diritto coloniale debba intendersi quale diritto non «eccezionale» ma «speciale», qualificazione questa che, ammettendo il ricorso all'interpretazione estensiva e analogica, abilita il diritto metropolitano a «dare argomento per interpretare il diritto coloniale» (ma non viceversa), ammettendo al contempo un certo ricorso all'analogia anche nei rapporti tra il diritto di una colonia e quello di un'altra (pp. 21-23).

Riguardo all'analisi delle varie figure di colonie (possedimenti, servitù internazionali, concessioni, protettorati) caratterizzante il capitolo primo della trattazione, Romano, interessato soprattutto ai possedimenti, sottolinea come questa tipologia di colonie *appartenga* allo Stato, ed è al fine di spiegare tale appartenenza che il giurista siciliano rilegge la categoria jellinekiana dello *Staatsfragment*, definendo queste «figure intermedie tra lo Stato e le circoscrizioni amministrative» non a partire dall'assenza di uno dei tre elementi costitutivi dello Stato, quanto piuttosto alla luce del loro essere «paese accessorio». È ancora una volta il «dislivello delle rispettive civiltà» a spiegare la "mancata fusione" tra metropoli e colonia (pp. 30-32, ma si veda anche, ad esempio, p. 42 dove, a proposito del protettorato coloniale, l'Autore ribadisce come anche in questo caso si configuri «un rapporto che per sua natura rientra nel diritto coloniale» svolgendosi questo fra «uno Stato, che ha una civiltà progredita, ed un territorio che, viceversa, ha una civiltà elementare»).

Nell'analisi dell'acquisto, delle modificazioni e della perdita delle colonie dal punto di vista del diritto costituzionale (pp. 59 ss.), il *Corso* offre una ricostruzione al contempo equilibrata e realistica del riparto di competenze in materia tra Corona, Parlamento e Governo, riassumendo efficacemente, su questo terreno, gli orientamenti della dottrina sulla ridefinizione dei rapporti tra legislativo ed esecutivo che, a partire dalla crisi di fine secolo, costituiva un delicato problema politico-costituzionale; dottrina che, variamente convergendo su una specialità della vicenda coloniale originata dal dislivello di civiltà, disegna il reggimento coloniale sul calco di ordinamenti premoderni, in cui la separazione dei poteri arretra e l'esecutivo recupera la centralità che quella separazione aveva ridimensionato nella metropoli nel corso dell'Ottocento. Da una parte, infatti, per quanto concerne la competenza regia o parlamentare in materia coloniale, ai sensi

dell'art. 5 dello Statuto e ribadendo quanto già espresso nell'*Italienisches Staatsrechts*, il giurista siciliano, al fine di sostenere la competenza parlamentare in materia, rifiuta l'idea di un monarca al di fuori e al di sopra dello Stato, attribuendo alla Corona, nell'ordinamento italiano di allora e dunque anche in campo coloniale, «solo i poteri che gli assegnava la legge, e prima ancora lo Statuto, ma con tutta l'ampiezza e il rilievo che questo lasciava alla funzione legislativa»[29] – per Romano, dunque, il «principio generale» è che la competenza, in caso di acquisto, modificazione o perdita di una colonia, spetta al Parlamento, e che «tale competenza viene meno solo quando subentra quella della Corona attinente alla materia internazionale, a norma dell'art. 5 dello Statuto». Dall'altra parte, Romano realisticamente evidenzia come a questa regola faccia invece riscontro una sostanziale prevalenza dell'esecutivo, riconducibile al fatto sia che gli atti in materia di acquisto, modificazione e perdita delle colonie «continuano per un certo periodo di tempo ad avere importanza internazionale» sia che questi atti «devono spesso essere eseguiti prontamente allorché contengano in sé un elemento d'urgenza» (pp. 65-67).

Romano articolerà più compiutamente queste considerazioni sul ruolo dei diversi poteri in colonia negli ultimi cinque capitoli del suo manuale, non prima tuttavia di aver inquadrato il fenomeno coloniale sul terreno dei rapporti tra lo Stato e i suoi elementi costitutivi. A questo proposito, lo studioso ribadisce a più riprese che tali rapporti, e la stessa colonizzazione, sono irriducibilmente segnati da una mancanza di fusione riconducibile ad un supposto dislivello di civiltà, ma che nondimeno tale frattura rimane interna allo spazio giuridico dello Stato. È la mancanza di fusione che spiega perché la potestà che lo Stato esercita nelle colonie è sovrana «nello stesso senso in cui è intesa la sovranità che lo Stato esercita entro i limiti del proprio territorio» (p. 101), ma anche perché nondimeno in colonia «tale potere sovrano assume un carattere diverso», smarrendo «quel carattere che nella metropoli ha dato luogo alla speciale figura di governo, detta "Governo costituzionale"», e potendosi piuttosto raffrontare l'ordinamento coloniale con lo «Stato patrimoniale» (pp. 103 ss.). Ancora, è quella mancanza di fusione, tanto più se accompagnata come nel caso italiano da differenze di razza, a rendere «indispensabile la distinzione tra cittadini e sudditi coloniali» (p. 125) e il loro diverso trattamento; a rendere «variabile» (p. 124) secondo il grado di civiltà lo status di suddito coloniale e a sconsigliare invece l'accesso dei sudditi alla cittadinanza, o a concedere simili naturalizzazioni «come un favore solo alle persone più segnalate» (p. 127). Anche in materia di territorio, è sempre la mancata fusione dei due ordinamenti a spiegare perché, laddove il diritto che lo Stato ha sul territorio metropolitano «è un diritto che lo Stato ha su uno dei suoi elementi», il territorio coloniale, coerentemente con una concezione patrimonialistica, costituisce piuttosto «oggetto di un vero diritto reale pubblicistico» (pp. 122 ss.).

La prospettiva coloniale, come accennato, aveva peraltro già costituito oggetto d'interrogazione e confronto negli scritti sul territorio che Romano redasse nel lustro a cavallo di Otto e Novecento – *Sui cosiddetti «Staatsfragmente»* del 1898, e *Osservazioni sulla natura giuridica del territorio dello Stato* del 1902[30]. Le questioni inerenti alla qualificazione del territorio coloniale furono,

del resto, tra le più discusse dalla giuscolonialistica, in ragione dell'immediato rilievo costituzionale degli interrogativi che ad essa si collegavano: dall'individuazione del potere competente in materia coloniale alle questioni riguardanti l'efficacia ultramarina della legislazione metropolitana. Su queste problematiche Romano perviene progressivamente ad affermare una netta distinzione tra le due sfere territoriali, che lascia il giurista siciliano piuttosto isolato rispetto a una dottrina italiana complessivamente orientata verso una decisa parificazione fra i due territori. La posizione romaniana al riguardo origina nella più generale relazione dialettica che l'Autore intrattiene con la coeva giuspubblicistica tedesca. In linea con quella corrente di pensiero, infatti, Romano tende a marcare una netta distinzione tra i due ambiti territoriali, laddove la rilettura che egli opera dello *Staatsfragment* jellinekiano evidenzia invece la sua consapevolezza della necessità di ripensare le suggestioni provenienti da quella dottrina alla luce del diverso progetto coloniale portato avanti dalla Germania e dall'Italia[31].

Ma quel che qui interessa maggiormente evidenziare è piuttosto la capacità della lettura romaniana della relazione coloniale – tesa a ribadire «l'irriducibile distanza» che separa metropoli e colonia sul terreno delle rispettive civiltà e del diverso diritto che ad esse si addice – di cogliere più efficacemente nella dialettica civiltà/civilizzazione «la struttura profonda dell'esperienza coloniale»[32] e di metterla alla base della propria costruzione dommatica, senza tuttavia dissimularne la natura fittizia e la valenza ideologica. L'ideologia della civilizzazione, costruita a partire da un supposto dislivello di civiltà di matrice razziale, risulta dunque funzionale ad assicurare la conservazione della diseguaglianza coloniale fondamentale – il dominio dei colonizzatori e la subalternità dei colonizzati – e a garantire una regolazione duale del fenomeno coloniale secondo matrici ordinamentali diverse quanto ad istituti e garanzie. Questa ideologia dunque comporta rilevanti ricadute sul terreno dei rapporti tra metropoli e colonie, orientandoli nella riflessione romaniana verso un'articolazione dentro/fuori, ma al contempo tutta interna allo spazio giuridico dello Stato. Peraltro, che quel rapporto dentro/fuori costituisca la matrice del sapere e della relazione coloniale, trova ulteriore conferma nell'analisi che Romano svolge dell'organizzazione dei poteri in campo coloniale. A proposito del potere legislativo, ad esempio, Romano non manca, da una parte, di ribadire le differenze intercorrenti tra metropoli e colonia nell'organizzazione del potere stesso – «si ha sempre un diritto speciale per le colonie diverso dal diritto comune della metropoli» (p. 143) – e, dall'altra, di rimarcare come quella specialità caratterizzante il diritto coloniale, e il «bisogno di una maggiore speditezza e prontezza con cui occorre provvedere, anche legislativamente, ai bisogni della colonia», faccia sì che la prevalenza dell'esecutivo in materia costituisca un «fenomeno costante», indipendentemente dai vari sistemi di politica coloniale (assoggettamento, assimilazione, autonomia)[33] e dalla presenza o meno di esplicite attribuzioni al riguardo (p. 140). Peraltro, nota Romano, nel diritto coloniale italiano questa prevalenza dell'esecutivo, per un verso, porta con sé un ampliamento dei poteri di cui esso gode in materia di delega e in campo regolamentare; per altro verso, invece, rileva il giurista, «[n]elle

colonie […] non sussiste quella rigida separazione dei tre poteri […] che costituisce la base fondamentale del moderno Stato di diritto», e la prevalenza dell'esecutivo non riguarda solo le funzioni legislative, ma anche quelle giurisdizionali, dal momento che «talvolta l'amministrazione della giustizia nelle colonie ha, in certi momenti, un fine governativo nel senso ampio del parola, perché, più che il mantenimento dell'ordine giuridico, obbiettivamente considerato, ha lo scopo del mantenimento dell'ordine pubblico, che in astratto rientra nella competenza del potere esecutivo, come tale» (p. 152).

Coerentemente con le premesse ora poste, più ampio è lo spazio dedicato dal *Corso di diritto coloniale* all'analisi del potere esecutivo riguardo alle colonie, e alle sue articolazioni territoriali secondo i moduli dell'accentramento o del decentramento. Torna, in questi capitoli come in quello dedicato al potere giudiziario, pure segnati da una più analitica disamina dei singoli organi e istituti attivi nelle diverse colonie, il tema di una specialità coloniale che ritma l'organizzazione del reggimento coloniale secondo quella strutturazione duale e quell'asincronia ordinamentale che comporta una differenza dei dispositivi sia per quanto concerne i rapporti tra metropoli e colonia, sia, in colonia, per quanto riguarda i rapporti tra colonizzati e colonizzatori.

Rimane da spendere qualche parola sulla componente comparativa del *Corso*. È questo infatti un punto di vista che accompagna le diverse parti della riflessione romaniana: tanto nei capitoli dedicati ai rapporti tra metropoli e colonia dal punto di vista degli elementi costitutivi dello Stato, quanto nei capitoli dedicati all'organizzazione e al riparto di competenze tra i diversi poteri in campo coloniale, l'analisi comparativa precede infatti l'indagine del diritto italiano. Orientata a offrire ispirazioni ad una colonizzazione «ancora in via di sviluppo» (p. 25), quella romaniana è una comparazione di colonizzazioni, e non una comparazione tra ordimenti colonizzati e ordinamenti colonizzatori. Non di meno, si tratta di una comparazione molto sensibile al piano storico, ben poco modellistica ed anzi caratterizzata da un forte realismo e concentrata sull'indagine della effettività dei rapporti giuridici caratterizzanti le diverse esperienze coloniali, al di là dei principi e delle formule.

È in questa chiave ad esempio che Romano, al di là della riconduzione della singola esperienza coloniale ad uno, piuttosto che ad un altro dei sistemi di politica coloniale, individua nei meccanismi dell'assoggettamento la matrice profonda e necessaria di quella struttura duale che segna ogni reggimento coloniale e che appare funzionale a garantire assieme economicità dell'impresa coloniale e mantenimento della diseguaglianza fondante la retorica della civilizzazione. Per Romano infatti «niun dubbio che l'assoggettamento debba aversi per qualunque colonia, anche per le così dette colonie autonome e di assimilazione» (p. 105), e a voler ritenere il contrario «la conseguenza logica da trarne sarebbe che gli Stati dovrebbero rinunciare alla colonizzazione» (p. 107). Non di meno, è sempre questa prospettiva comparativa che permette al giurista siciliano di mettere in risalto, al di là della modellistica, le diversità degli esiti che caratterizzano i singoli sistemi di politica coloniale nelle diverse realtà coloniali. Dunque, è muovendo da questa prospettiva storico-comparativa che, come vedremo tra breve, può risultare

più agevole avviare una lettura della trama del *Corso* sull'ordito degli altri lavori del tempo, orientata più che all'individuazione di corrispondenze e relazioni tematiche, alla ricerca di una presenza (o assenza) in esso di quelle sensibilità e di quegli approcci che in Romano trovano una prima maturazione alla fine del primo conflitto mondiale, e che ne fanno uno dei principali maestri del Novecento giuridico italiano.

Con riferimento poi agli altri scritti dedicati dal giurista palermitano alle questioni coloniali, ed in particolare i capitoli ad esse dedicati nelle varie edizioni del *Corso di diritto costituzionale*, possiamo limitarci a rilevare che – al di là degli adeguamenti derivanti dalle trasformazioni impresse all'ordinamento coloniale patrio dal regime fascista – in queste pagine Romano riprende in sostanza i principi e le coordinate fissate nel *Corso* del 1918. Riguardo invece ai suoi interventi in materia apparsi nella seconda metà degli anni Trenta, ossia lo scritto in tema di *debellatio* dell'Etiopia e il parere sul primo maresciallato dell'Impero, osserviamo come lo scritto, pur nella sua stringatezza, costituì il rilevante contributo che Romano portò ad un dibattito sviluppatosi a ridosso della conquista dell'Etiopia ed al quale presero parte importanti voci della cultura giuridica del tempo. Allo scritto, apparso sul «Popolo di Roma» il 6 maggio 1936, rispose infatti Costamagna sulla «Gazzetta del popolo» del 13 maggio dello stesso anno, opponendo alla tesi romaniana della *debellatio* la non statualità dell'ordinamento etiope[34]. D'altra parte, lo scritto tanto quanto il parere testimoniano la distanza del giurista dal nazionalismo e dalla retorica imperialfascista, come confermano, per un verso, il riconoscimento implicito nell'argomento della *debellatio* della statualità dell'Etiopia e, per l'altro, l'equilibrio «tra potestà della legge e regie prerogative statutarie non intaccabili da questa»[35].

Gli interventi della seconda metà degli anni Trenta, dunque, sembrano confermare, anche negli anni dell'Impero colonialfascista, quel disinganno romaniano nei confronti delle prospettive coloniali caratterizzanti le tesi nazionaliste che, come precedentemente accennato e come si vedrà meglio ora, già traspariva nei lavori pubblicati alla fine degli anni Dieci del Novecento. Torniamo dunque al *Corso* e agli altri lavori del tempo in cui questo apparve.

4. *Il* Corso di diritto coloniale *e gli altri scritti del tempo*

Praticamente assenti le colonie da *L'Ordinamento giuridico*, testo da cui peraltro «la vita filtra a malapena attraverso la pesante cortina di una dottrina giuridica controllatissima»[36]. A parte il riferimento, in una delle rare note, a un lavoro sull'annessione della Tripolitania e della Cirenaica di Marinoni il quale, diversamente da Romano nega che il territorio abbia rilevanza giuridica per il diritto interno[37], il solo richiamo alle colonie compare in riferimento ai caratteri fondamentali del concetto romaniano di istituzione, dove queste sono portate quale esempio, assieme a province e comuni, di enti pubblici subordinati allo Stato, e dunque di istituzioni che al pari di altri organi, poteri e istituti vengono a comporre l'istituzione complessa Stato[38]. Le colonie dunque entrano nella visione romaniana della pluralità degli ordinamenti giuridici in un quadro di sistematica subordinazione

all'ordinamento statale, lo scarto di civiltà impedendo che la società coloniale esprima un ordinamento comparabile a quello metropolitano.

Meno semplice invece indagare la presenza della coeva riflessione romaniana all'interno del *Corso di diritto coloniale*. Si rispecchiano infatti nel *Corso* non tanto i temi, quanto i caratteri di quella riflessione: si riscontra un'affinità nei metodi d'analisi, si ritrova quella vocazione dommatica che per Romano caratterizza il diritto costituzionale, segnata tuttavia da un realismo critico che poggia a sua volta su un approccio saldamente orientato in senso storico e comparativo. Come negli altri lavori del tempo, anche nel *Corso*, e in particolare nelle pagine dedicate all'analisi delle diverse forme di governo coloniale, risalta la tendenza a non arrestarsi dinanzi a principi e formule. L'insofferenza romaniana verso la retorica del costituzionalismo borghese, consolidata dalla rivoluzione dell'89, traspare vividamente dalle pagine dedicate al sistema dell'assimilazione, del quale l'Autore reiteratamente evidenzia non solo gli specifici limiti, ma la sua stessa impraticabilità, la sua inesistenza se non come vaga tendenza destinata a mai realizzarsi, pena altrimenti l'esaurimento della colonizzazione. Infatti questo sistema – in virtù del quale le colonie sono intese quale «prolungamento della madrepatria» e che appare figlio della «smania di uniformità che è propria dei paesi latini» e di quella «solita concezione individualista del diritto pubblico [...] che prescinde dalla realtà delle cose» – per Romano dà sempre «cattivi frutti», in ragione appunto del dislivello di civiltà qualificante la relazione coloniale e, nel caso francese, appare «falsamente colorito da un sentimentalismo dannoso» (pp. 111 ss.). Analogamente, emerge dalle pagine del manuale romaniano la consapevolezza della storicità, della complessità e molteplicità del giuridico, dell'importanza dei costumi, di quelle regole non scritte, ma nondimeno effettive e profondamente radicate nella coscienza sociale. La percezione romaniana della complessità dell'universo giuridico coloniale trapela, ad esempio, dalle considerazioni che egli svolge in ordine all'articolazione del sistema delle fonti del diritto coloniale: internazionali ed interne e, tra queste ultime, formali («la volontà dello stato cui la colonia appartiene»), ma anche materiali (vale a dire, «il complesso delle cause e delle condizioni materiali») (p. 23). Analogamente, quella stessa consapevolezza traspare anche dalle considerazioni che Romano svolge sui rapporti tra ordinamento coloniale e ordinamenti previgenti, specialmente in ipotesi di maggior strutturazione dei secondi, rapporti in ordine ai quali il giurista «consiglia a tener conto, quanto più è possibile degli ordinamenti già vigenti nella colonia», di «rispettarli, cercando di paralizzarne gli effetti dannosi», oppure di «rimaneggiare la stessa istituzione indigena, facendola funzionare in modo più conforme agli interessi della metropoli» (p. 160). Infine, è sempre la coscienza della complessità dell'universo coloniale che spiega il riconoscimento da parte di Romano dell'opportunità di una partecipazione di giudici indigeni, almeno ai primi gradi di giudizio, in un sistema giurisdizionale organizzato in forma rigidamente duale, uno per colonizzati e uno per colonizzatori, sia sul piano sostanziale che su quello processuale (p. 197).

La sensibilità storica dell'indagine giuscoloniale romaniana risalta invece con

particolare nitore nell'analisi del sistema anglosassone dell'autonomia e nella positiva valutazione del colonialismo britannico che il giurista siciliano opera. Si tratta di una valutazione che tuttavia non muove (come avverrà invece per alcuni autori in età fascista) da fascinazioni imperiali, quanto piuttosto da un'analisi che non definisce rigidamente questo meccanismo di governo coloniale, ma che al contrario ne evidenzia la diversità di realizzazione e di esiti a seconda delle diverse realtà ultramarine in cui trova applicazione; il ruolo che in esso giocano quel complesso insieme di consuetudini e convenzioni caratterizzante la *common law*; la coerenza tra quel dispositivo di governo coloniale e i meccanismi di *selfgovernment* caratterizzanti l'articolazione locale dell'ordinamento metropolitano; infine, ma questo è elemento che come vedremo emerge piuttosto dalla prolusione fiorentina, la capacità di quella forma di governo coloniale di traghettare la Gran Bretagna da impero coloniale a Potenza, rivelando che l'impero britannico è «un'istituzione politica, che sorpassa oramai lo Stato che ne è il centro»[39].

Un rapido confronto tra il *Corso* e gli altri lavori del tempo sul piano dei contenuti sembra dunque confermare la già richiamata centralità che nella visione romaniana dei rapporti tra metropoli e colonie gioca il paradigma dentro/fuori. Nelle opere del tempo, che si parli di elementi dello Stato o di organizzazione dei poteri, il richiamo alle colonie è costantemente finalizzato a segnare una distanza rispetto all'orizzonte metropolitano. La colonia nel pensiero di Romano, è il «sé complementare e sotterraneo» di cui scrive Edward Said[40]: eccezione che conferma la regola metropolitana; argomento, secondo le parole di Romano, «che, mentre da un lato limita la portata della tesi che si è sostenuta, dall'altro lato serve a confermarla»[41].

Il confronto tra il *Corso* e *L'ordinamento giuridico* sembra dirci che per Romano, come già accennato, gli ordinamenti coloniali non sono interessati alle trasformazioni che il giurista vede invece in atto nella metropoli, che quella riconfigurazione dei rapporti tra diritto, Stato e società non vale per le colonie. Il tempo della metropoli non è il tempo della colonia, galleggiante in una premodernità patrimonialistica. Il mondo della colonia nella rappresentazione romaniana appare liscio, non striato da quei conflitti tra diritto e amministrazione e tra amministrazione e interessi, individuali e collettivi, in atto invece nel mondo della metropoli. In quei territori agisce un'idea di amministrazione e di rapporto Stato/cittadini ancora declinata sui moduli degli status piuttosto che su quelli degli interessi. Essa era perciò oggetto di profondo ripensamento rispetto alla realtà metropolitana, e proprio riguardo ad essa maggiore è la critica e la distanza che si registra tra Romano e le riflessioni di Orlando e della giuspubblicistica tedesca.

Quella riscoperta della complessità giuridica che Romano viene allora svolgendo – il moltiplicarsi nello spazio sociale d'interessi e degli spazi per la loro contrattazione, e il conseguente allargamento nell'ordinamento statale delle fonti e dei luoghi di produzione del diritto – non riguarda i possedimenti ultramarini, ma, al più, l'organizzazione del potere metropolitano *nella* colonia, come testimoniano ad esempio gli ampi spazi attribuiti in campo coloniale alla potestà regolamentare dell'esecutivo. Racchiusa nella sua premodernità ordinamentale, la colonia rimane spazio nel qua-

le lo Stato esercita un immediato rapporto di padronanza (emblematica a riguardo l'insistenza romaniana attorno al concetto di "possedimento"): territorio rispetto al quale l'ordinamento statale ritrova un diritto sovrano di decidere in maniera "assoluta". E se questa lettura emerge con particolare evidenza nelle riflessioni romaniane in tema di territorio coloniale, non di meno la sua insistenza sulla distinzione e distanza tra cittadinanza metropolitana e sudditanza coloniale conferma che nei quadranti ultramarini rileva solo l'interesse dello Stato e non si viene sviluppando quel complesso sistema di mediazioni tra Stato, territorio e soggetti che lo abitano che contiene l'esercizio della sovranità sulla base di regole e principi funzionali a realizzare gli interessi che si affermano alla convergenza tra rapporti sociali e condizioni naturali[42]. Alla colonia, come visto, non si confà quel «governo costituzionale» che opera nella metropoli, né tanto meno essa è riconducibile a quello Stato amministrativo che per Romano, nella metropoli, viene prendendo il posto dello Stato di diritto[43].

Se invece accostiamo il *Corso* alla prolusione fiorentina, è facile notare come l'espansione coloniale per Romano sembri riguardare una modalità di proiezione internazionale dello Stato legata al passato. Con le colonie «lo Stato non esce dai propri confini, per quanto continuamente li allarghi»; colonialista poco convinto, per Romano il fenomeno coloniale, ferma la sua utilità se non necessità, attiene a una modalità di espansione dello Stato, e a un'idea di costruzione di uno Stato-Potenza, che riguarda il passato. Oggi per farsi Potenza lo Stato deve sviluppare meccanismi di egemonia, innanzitutto culturale, nella comunità degli Stati più sviluppati. *Oltre lo Stato* rivela che per il giurista l'espansione coloniale allarga i confini dello Stato, ma non conduce, appunto, *oltre* lo Stato: «[…] si può avere un vastissimo territorio coloniale o metropolitano, e non perciò costituire una di quelle potenze che abbiano virtù di espansione mondiale». Infatti, «che uno Stato avvinca ed assoggetti popolazioni di civiltà inferiore, come son quelle che incontra sulla via delle conquiste coloniali» non sviluppa quella egemonia culturale che sola permette allo Stato di divenire potenza esercitando una «forza di penetrazione […] pacifica […] entro la compagine di altri Stati noi pari nel grado di sviluppo»[44].

Conclusioni

La riflessione giuscoloniale ci restituisce dunque un Romano nient'affatto occasionale o minore, rivelandosi piuttosto quella riflessione un'esplorazione nelle «ultime regioni, in cui è dato respirare l'atmosfera giuridica»[45]; una di quelle ricerche «ai margini e al di là dello Stato» che nella traiettoria intellettuale romaniana accompagnano le indagini che invece «scruta[no] a fondo dentro lo Stato»[46].

Una lettura degli scritti romaniani di argomento coloniale che tenga sullo sfondo le principali direttrici della più complessiva traiettoria intellettuale del giurista siciliano revoca dunque in discussione l'immagine di una riflessione legata alle contingenze. Il *Corso*, *Oltre lo Stato* e, prima, i lavori sul territorio scritti a cavallo dei due secoli, così come il cap. XII dell'*Italienisches Staatsrechts*, sembrano dunque testimoniare che il diritto coloniale fu uno di quei sondaggi ai margini, una delle tappe attraverso

cui sparsamente si svolse il ripensamento del diritto pubblico, tanto nel suo versante costituzionale quanto in quello amministrativo, che Romano dipana all'interno di quella crisi del diritto e dello Stato che si sviluppa tra la fine dell'Ottocento e gli anni Trenta del Novecento. L'esplorazione giuscoloniale sembra infatti costituire un rilevante terreno d'interlocuzione nell'elaborazione romaniana attorno la pluralità degli ordinamenti giuridici, rivelandosi al contempo paradigmatica dell'opzione statocentrica[47] all'interno della quale si muove la riflessione dell'Autore, così come dei legami che connettono la concettualizzazione romaniana del pluralismo ordinamentale alle costruzioni del giuspubblicista in tema di Stato amministrativo.

Se la concezione romaniana del pluralismo ordinamentale, lungi dal risolversi in una contestazione del monopolio statale del diritto, mira a «sostituire ai criteri normativistici-privatistici di riconoscimento del diritto nella società, criteri di tipo istituzionistico-pubblicistico», e se tale sostituzione porta con sé il protagonismo di un'amministrazione concepita quale «tutrice ed interprete della impersonalità del potere pubblico»[48], la radicale e sistematica subordinazione dei possedimenti alla metropoli caratterizzante il fenomeno coloniale e il ruolo attribuito all'amministrazione nei quadranti ultramarini mostra dunque nella sua pienezza quel «potere autocratico dell'amministrazione» di cui «l'ordine istituzionistico [...] è il fondamento teorico»[49].

Nei possedimenti ultramarini, come detto, non c'è una società capace di produrre quel «movimento sociale» che secondo il Romano della prolusione pisana del 1909 domina il diritto pubblico moderno della metropoli[50], e l'amministrazione in colonia non è quella «attività sociale dello Stato» che si realizza nella metropoli all'interno di un'opera di mediazione con il mondo degli interessi e nella quale lo Stato, che pure «non si spoglia interamente della sua sovranità»[51], ammette tuttavia che quest'ultima «possa essere ripartita, utilizzata in tutto o in parte, con maggiore o minore intensità»[52]. In colonia, anzi, acquista una coloritura qualitativamente peculiare la visione romaniana di un potere esecutivo-amministrativo che si caratterizza dal punto di vista istituzionale in quanto dotato di una particolare autonomia, che a sua volta esprime quella dimensione del potere pubblico come ordinamento originario (e proprio per questo, nella lettura romaniana, giuridico) sganciato da logiche di mediazione e compromesso riconducibili prima alla dialettica politico-parlamentare ed ora alla moltiplicazione e frammentazione di interessi che accompagna l'affermarsi dello stato pluriclasse[53]. La colonia condivide con lo Stato amministrativo romaniano, che prenderà forma compiuta nelle edizioni del *Corso di diritto amministrativo* del 1926 e del '30, l'idea di un'amministrazione messa al riparo della mediazione politico-parlamentare e, al contempo, immune dai rischi di frammentazione della sovranità che, nella metropoli, potrebbero venire dall'inedita complessità e conflittualità di interessi che si agita dietro la nuova dimensione sociale dello Stato. I possedimenti ultramarini costituiscono in questa prospettiva il campo di azione di un'amministrazione che esprime «una sorta di nucleo primordiale del potere pubblico statale»[54], e che appare ben distante sul piano delle istanze alle quali è chiamata a dare risposta da quell'i-

dea di discrezionalità amministrativa funzionale nella metropoli a «esprimere tutta la sua potenzialità di diritto in movimento pronto a interagire con la società, in un primato che tuttavia rimaneva al diritto»[55]. E forse è proprio in questa prossimità tra l'amministrazione coloniale e la costruzione romaniana dello Stato amministrativo, oltre che nella sua collocazione temporale, che risiede la capacità del *Corso di diritto coloniale* del giurista siciliano di registrare la transizione tra colonialismo liberale e colonialismo fascista, dato appunto il ruolo che più in generale ha svolto nella storia costituzionale italiana questa «forma politica del tardo Stato liberale» nel garantire «la continuità del dato giuridico tra Stato liberale e fascismo»[56].

Il *Corso* e gli altri lavori romaniani di argomento coloniale – per la statura intellettuale dell'Autore e per il realismo di un'analisi che individua e mette al proprio centro i profili maggiormente conflittuali della colonizzazione e gli interessi che l'hanno mossa – costituiscono una importante sollecitazione ad interrogarci sul rilievo che la vicenda coloniale ha avuto nel dibattito, nella cultura e nell'educazione giuridica italiana ed europea tra la crisi di fine secolo e la prima metà di Novecento.

La vicenda coloniale offre una prospettiva d'indagine sulla storia costituzionale italiana ed europea fino ad oggi scarsamente coltivata, perché a lungo ritenuta una vicenda riguardante tempi e spazi altri da quelli della contemporaneità metropolitana, ma anche per l'imbarazzo che ancora oggi suscitano quella piccola storia ignobile che fu il colonialismo italiano e il contributo che ad esso venne da non pochi padri nobili del diritto italiano. Prestare attenzione a quella vicenda e al diritto che per essa si elaborò, può offrire spunti di rilievo a un'indagine sulla costruzione dell'identità e della cultura giuridica nazionale ed europea che si dispieghi nella *longue dureé*[57] e ragioni sulle relazioni che legano la storia europea – che, anche grazie al colonialismo, ha visto il suo spazio allargarsi fino a farsi globale – a un presente segnato da un'incerta costruzione del suo ordinamento giuridico. È il nesso decisivo tra centri e periferie in un mondo oramai compiutamente globalizzato che rende l'approfondimento del diritto coloniale utile anche alla comprensione di molteplici vicende riguardanti il nostro presente e che può contribuire alla costruzione di un'Europa capace di fare i conti con uno dei suoi più terribili "cuori di tenebra" e con l'eurocentrismo che ancora connota tante sue narrazioni, ottimistiche o scettiche che siano.

La riflessione romaniana in materia ci conferma che il diritto coloniale, diffusamente ritenuto diritto speciale, non fu o non fu soltanto – si perdoni il gioco di parole – terreno d'interrogazione per specialisti, ma costituì componente, largamente e lungamente rimossa ma non per questo secondaria, del più ampio dibattito giuridico di un tempo germinale per la nostra contemporaneità. Punto di vista, riferimento dialettico, campo d'interlocuzione di un dibattito che raggiunge in quegli anni una qualità, un'attenzione alla complessità delle legature tra ordinamenti e trasformazioni sociali che lo rende ancora oggi portatore di importanti sollecitazioni per gli studiosi di diritto pubblico.

[1] Si vedano, ad esempio, le obiezioni mosse da Ruggero Bonghi, nel dibattito parlamentare che accompagnò l'approvazione della legge sulla baia di Assab e l'occupazione di Massaua, agli argomenti spesi a sostegno dell'impresa coloniale da Pasquale Stanislao Mancini, allora Ministro degli Esteri, peraltro rivendicando coerenza tra la sua politica coloniale e quel suo principio di nazionalità che aveva costituito un «coefficiente simbolico» (così P. Costa, *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa. 3. La civiltà liberale*, Roma-Bari, Laterza, 2001, p. 483) centrale per il Risorgimento e l'Unità. Su quel dibattito, cfr. ad esempio Sergio Romano (*L'ideologia del colonialismo italiano*, in *Fonti e problemi della politica coloniale italiana. Atti del convegno. Taormina-Messina, 23-29 ottobre 1989*, I, Roma, Ministero per i beni culturali e ambientali, Ufficio centrale per i beni archivistici, 1996, pp. 21 ss.).

[2] Sulle posizioni assunte riguardo alle colonie dai diversi partiti italiani nell'immediato dopoguerra, cfr. G. Rossi, *L'Africa italiana verso l'indipendenza (1941-1949)*, Milano, Giuffrè, 1980, pp. 45 ss. Sulla decolonizzazione italiana, mi limito inoltre a segnalare N. Labanca, *Oltremare. Storia dell'espansione coloniale in Africa*, Bologna, Il Mulino, 2002, pp. 427 ss., nonché G. Calchi Novati, *L'Africa d'Italia. Una storia coloniale e postcoloniale*, Roma, Carocci, 2011, pp. 351 ss.

[3] Su questi due aspetti della decolonizzazione italiana, cfr. rispettivamente C. Giorgi, *L'Africa come carriera. Funzioni e funzionari del colonialismo italiano*, Roma, Carocci, 2012, pp. 183 ss. e A.M. Morone, *L'ultima colonia. Come l'Italia è tornata in Africa 1950-1960*, Roma-Bari, Laterza, 2011.

[4] Si veda G. Bascherini, *La colonizzazione e il diritto costituzionale. Il contributo dell'esperienza coloniale alla costruzione del diritto pubblico italiano*, Napoli, Jovene, 2012.

[5] S. Romano, *Corso di diritto coloniale*, Roma, Atheneum, 1918, vol. I.

[6] Nella dottrina del tempo si veda, ad esempio, U. Borsi, *Corso di diritto coloniale. Parte generale* (2ª ed. riveduta), Padova, Cedam, 1937, p. 12, secondo il quale «la conquista della Libia […] determinò un nuovo orientamento nell'apprezzamento popolare delle colonie».

[7] Così G. Cianferotti, *Giuristi e mondo accademico di fronte all'impresa di Tripoli*, Milano, Giuffrè, 1984, p. 1.

[8] Cfr. G. Monina, *Il consenso coloniale. Le Società geografiche e l'Istituto coloniale italiano (1896-1914)*, Roma, Carocci, in part. pp. 246 ss.

[9] Romano, *Corso di diritto coloniale*, cit., p. 7.

[10] Sull'istituzione del ministero delle colonie, cfr. G. Melis, *L'istituzione e la prima esperienza del Ministero delle colonie*, in Italia (1912-1922), in «Jahrbuch für Europäische Verwaltungsgeschichte», 18, 2006, pp. 127 ss., nonché Giorgi, *L'Africa come carriera* cit., pp. 66 s.

[11] Su questa presa in carico delle questioni coloniali ad opera della giuspubblicistica, cfr. Labanca, *La storiografia italiana sulle istituzioni coloniali*, in A. Mazzacane (a cura di), *Oltremare. Diritto e istituzioni dal colonialismo all'età postcoloniale*, Napoli, CUEN, 2006, pp. 208 ss.

[12] Sia permesso al riguardo il rinvio a Bascherini, *La colonizzazione e il diritto costituzionale* cit., pp. 121 ss.

[13] Questa confusione tra colonizzazione ed emigrazione, caratterizzante la colonizzazione italiana fino all'impresa libica, traspare ad esempio dai lavori di A. Brunialti, *Le colonie degli italiani*, in «Biblioteca di Scienze Politiche e amministrative», Torino, UTET, 1897, II serie, vol. 9, in part. pp. 249 ss.; e dalla voce di I. Santangelo Spoto, *Colonia*, in *Il Digesto italiano*, vol. VII, p. II, Torino, UTET, 1897-1902, pp. 573 ss. Tra le voci critiche su questa identificazione tra colonialismo ed emigrazione, si veda già A. Mori, *Le nostre colonie al VI Congresso geografico italiano*, in «Rivista coloniale», 1907, pp. 377 ss. Lo stesso Romano, già nelle prime pagine del suo *Corso di diritto coloniale*, dedicate alla definizione del concetto di colonizzazione, si sofferma distesamente sulla necessità di tenere separate espansione coloniale ed emigrazione (cfr. in part. pp. 6 ss.).

[14] Così M.L. Sagù, *Alle origini della scienza del diritto coloniale in Italia*, in «Clio», 1988, p. 574.

[15] Sulla presenza di questa indicazione ne *L'ordinamento giuridico*, cfr. S. Cassese, *Ipotesi sulla formazione de "L'ordinamento giuridico" di Santi Romano*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno» (di seguito, «Quaderni fiorentini»), n. 1, 1972, pp. 257 s.

[16] Su questa risalente attenzione dell'istituto fiorentino verso le materie coloniali, Sagù, *Alle origini della scienza del diritto coloniale* cit., p. 564.

[17] *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, Padova, Cedam, 1940, pp. XXIII s.

[18] Colpisce, ad esempio, il mancato richiamo del *Corso* nella bibliografia romaniana che compare nel volume curato da P. Biscaretti di Ruffia, *Le dottrine giuridiche di oggi e l'insegnamento di Santi Romano*, Milano, Giuffrè, 1977, pp. 20 ss. Il *Corso*, e più in generale riferimenti alla produzione giuscoloniale romaniana, non trova spazio ad esempio tra gli studi sulla riflessione romaniana che matura alla fine del primo conflitto mondiale, che essi non richiamano. Si vedano i lavori di: Cassese, *Ipotesi sulla formazione* cit., pp. 243 ss.; M. Fioravanti, *Per l'interpretazione dell'opera giuridica di Santi Romano: nuove prospettive della ricerca*, in «Quaderni fiorentini», n. 10, 1981, pp. 169 ss.; S. Lariccia, *Santi Romano: l'ordinamento giuridico*, in «Ritorno al diritto. I valori della convivenza», n. 7, 2008,

pp. 82 ss.; A. Romano, *Santi Romano,* Lo Stato moderno e la sua crisi *e* L'ordinamento giuridico, in «Rivista trimestrale di diritto pubblico», n. 2, 2011, pp. 333 ss. Rapidi richiami al *Corso* e alla riflessione giuscoloniale di Romano, ma senza che l'argomento costituisca oggetto di analisi, si trovano invece sia nell'*Introduzione generale* sia nello Scritto su *Il diritto costituzionale* che Biscaretti di Ruffia pubblica nel citato volume curato dallo stesso Biscaretti, *Le dottrine giuridiche di oggi* cit., risp. pp. 18 e 91. Un'eccezione in tal senso viene invece dal lavoro di Costa (*Il fardello della civilizzazione. Metamorfosi della sovranità nella giuscolonialistica italiana*, in «Quaderni fiorentini», nn. 33/34, 2004/2005, pp. 169 ss.) che, espressamente dedicato alla riflessione della giuscolonialistica italiana, richiama ed indaga diffusamente il *Corso* di Romano (analogamente, si veda Id., *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa. 3*., cit., p. 490).

19 Così P. Grossi, *Scienza giuridica Italiana. Un profilo storico 1860-1950*, Milano, Giuffrè, 2000, p. 111.

20 Successivamente ripubblicato nella «Rivista Giuridica del Medio ed Estremo Oriente e Giustizia coloniale», I, 1937, col. 3 ss.

21 Il parere è riportato da R. De Felice nell'appendice al quinto volume della sua biografia di Mussolini, *Mussolini il duce. Lo Stato totalitario (1936-1940)*, Torino, Einaudi, 1981, pp. 847 ss.

22 *Lo Stato moderno e la sua crisi*, ora in *Scritti minori. Vol. I. Diritto costituzionale*, rist. Milano, Giuffrè, 1990, pp. 379 ss.

23 Così Sagù, *Alle origini della scienza del diritto coloniale* cit., p. 588.

24 A. Romano (a cura e con *Presentazione* di), *Il diritto pubblico italiano*, Milano, Giuffrè, 1988.

25 Così Cassese, *Ipotesi sulla formazione* cit., pp. 262 s.; ma si veda anche U. Scarpelli, *Il diritto pubblico italiano di Santi Romano*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», n. 19, 1989, pp. 143 ss.

26 Così Costa, *Il fardello della civilizzazione* cit., p. 173.

27 Ed ancora: «[c]olonizzazione […] vuol dire […] dominazione, assoggettamento di popolazioni con civiltà inferiori da parte di popolazioni più evolute. Non si può ammettere che il paese colonizzatore sia un Don Chisciotte avventuroso che vada a difendere gli interessi dei più deboli trascurando i propri […] Fin tanto che la metropoli spende la sua attività ed i suoi capitali nella colonia […] deve riconoscersi legittima la pretesa dello Stato colonizzatore di ritrarre benefici pari alle energie impiegate», S. Romano, *Corso* cit., p. 107.

28 Che la distinzione civiltà/non civiltà operi «come *'fictio'*» nella ricostruzione romaniana è sostenuto da Costa, *Il fardello della civilizzazione* cit.

29 Secondo le parole di Romano, in S. Romano, *Lo Stato moderno* cit., p. 338.

30 Ora in Id., *Scritti minori* cit., risp. pp. 51 e 203 ss.

31 Id., *Corso* cit., pp. 35 s. Sulla riflessione romaniana in materia di territorio e sul ruolo che in essa gioca il punto di vista coloniale, cfr. M. Montanari, *Santi Romano: la politica tra «spazio» e «immaginario»*, in A. Mazzacane (a cura di), *I giuristi e la crisi dello stato liberale in Italia fra Otto e Novecento*, Napoli, Liguori, 1986, pp. 363 ss.; Costa, *Il fardello della civilizzazione* cit., pp. 197 ss.; e A. Di Martino, *Il territorio: dallo Stato nazione alla globalizzazione. Sfide e prospettive dello Stato costituzionale aperto*, Milano, Giuffrè, 2010, in part. pp. 229 ss.

32 Così Costa, *Il fardello della civilizzazione* cit., pp. 199 s.

33 Sulla riflessione romaniana in materia, *infra*.

34 Cfr., anche per indicazioni sugli altri partecipanti a questo dibattito, Costa, *Il fardello della civilizzazione* cit., p. 230, nota 167.

35 Così Romano, *Santi Romano* cit., p. 339, nota 17; sulle diverse posizioni che caratterizzano l'idea romaniana di Stato e di nazione fra la prolusione del 1909 e quella del 1917, cfr. altresì R. Ruffilli, *Santi Romano e l'analisi liberal-riformista della «crisi dello Stato» nell'età giolittiana*, in Biscaretti di Ruffia, *Le dottrine giuridiche di oggi* cit., pp. 223 ss. Sullo scarso nazionalismo ed imperialismo del giurista siciliano, cfr. altresì Montanari, *Santi Romano: la politica tra "spazio" e "immaginario"* cit., pp. 370 s.

36 Cassese, *Ipotesi sulla formazione* cit., p. 266.

37 S. Romano, *L'ordinamento giuridico* cit., p. 77, nota 1.

38 Ivi, p. 37.

39 Id., *Oltre lo Stato*, in *Scritti minori* cit., in part. pp. 423 s.

40 E. Said, *Orientalismo. L'immagine europea dell'Oriente*, Milano, Feltrinelli, 1995, p. 13.

41 S. Romano, *Osservazioni sulla natura giuridica del territorio dello Stato*, in *Scritti minori* cit., p. 214.

42 A questo riguardo, è indicativa la disattenzione di Romano verso quel corporativismo coloniale che farà seguito alla svolta imperiale del colonialismo fascista, corporativismo al quale invece volgeranno la loro attenzione studiosi analogamente interessati alle dinamiche sociali e ai rapporti tra diritto e società – penso, ad esempio, ai lavori che al tema dedicherà alla metà degli anni Trenta Ferruccio Pergolesi. Sono beninteso gli anni della «ritirata» di Romano dal pluralismo, nei quali «l'accento non è più sulle istituzioni ma sullo Stato». Non di meno questa mancanza di attenzione è spiegabile forse con il fatto che quel corporativismo appare a Romano espressione di un pluralismo tutto interno alle vicende del potere pubblico e non riguardante invece gli effettivi «rapporti tra potere pubblico e strutture associate della società civile», ai quali invece appariva sensibile il pluralismo romaniano. Così Cassese, *Ipotesi sulla*

formazione cit., pp. 280 e 282. Sul corporativismo coloniale si veda peraltro il recente lavoro di G.L. Podestà, *Il colonialismo corporativo. Politiche economiche e amministrazione coloniale nell'Africa orientale italiana*, in G. Dore, C. Giorgi, A.M. Morone e M. Zaccaria (a cura di), *Governare l'Oltremare. Istituzioni, funzionari e società nel colonialismo italiano*, Roma, Carocci, 2013, pp. 59 ss.

43 Sui rapporti tra queste due forme politiche nel pensiero romaniano, così come sui rapporti tra il Romano teorico della pluralità degli ordinamenti giuridici e il Romano costruttore dello Stato amministrativo, cfr. Fioravanti, *Stato di diritto e stato amministrativo nell'opera giuridica di Santi Romano*, in Mazzacane (a cura di), *I giuristi e la crisi dello Stato liberale in Italia* cit., pp. 318 ss.

44 S. Romano, *Oltre lo Stato* cit., pp. 431 s.

45 Id., *L'ordinamento giuridico* cit., p. 17.

46 Riprendo le immagini da Grossi, *Scienza giuridica* cit., p. 110.

47 Cfr. Costa, *Lo Stato immaginario. Metafore e paradigmi nella cultura giuridica italiana fra Ottocento e Novecento*, Milano, Giuffrè, 1986, pp. 124 ss.; nonché Id., *La giuspubblicistica dell'Italia unita: il paradigma disciplinare*, in A. Schiavone (a cura di), *Stato e cultura giuridica in Italia dall'unità alla repubblica*, Roma-Bari, Laterza, 1990, pp. 107 ss.

48 Fioravanti, *Stato di diritto e stato amministrativo* cit., pp. 344 s.

49 Ivi, p. 346.

50 S. Romano, *Lo Stato moderno e la sua crisi* cit., p. 318.

51 Id., *La teoria dei diritti pubblici subbiettivi*, in V.E. Orlando (a cura di), *Primo trattato completo di diritto amministrativo*, Milano, S.E.L., 1900, p. 130.

52 Fioravanti, *Stato di diritto e stato amministrativo* cit., p. 316.

53 Ivi, pp. 339 ss.

54 Così Id., *Costituzione, amministrazione e trasformazioni dello Stato*, in Schiavone (a cura di), *Stato e cultura giuridica in Italia* cit., p. 34.

55 L. Mangoni, *Giustizia e politica. Il diritto come supplenza*, in ivi, p. 325.

56 Fioravanti, *Stato di diritto e stato amministrativo* cit., p. 343.

57 Per tutti, F. Braudel del quale si veda, ad esempio, *Storia e scienze sociali. La "lunga durata"*, ora in *Scritti sulla storia*, Milano, Bompiani, 2001, pp. 37 ss.

Il crimine politico nel Regno Unito: leggi eccezionali e teoria coloniale in Irlanda del Nord[1]

ANTONELLA BETTONI

Introduzione

Lo studio del metodo, delle tecniche e degli strumenti normativi con i quali il Regno Unito ha affrontato il reato politico in Irlanda del nord nel Ventesimo secolo richiede che sia compiuta un'operazione preliminare: liberare il terreno dalla ingombrante presenza di una perplessità ricorrente concernente la natura del legame costituzionale esistente fra Regno Unito e Irlanda del nord. La questione non è di poco conto per quanto qui si intende esaminare, poiché la natura di tale legame potrebbe aver influenzato e potrebbe rendere ragione delle scelte compiute in Irlanda del nord per combattere la criminalità politica. In sostanza, l'Irlanda del nord è prima e ultima colonia del Regno Unito o parte integrante del regno?[2]

L'interrogativo rimanda alla relazione complessa e di lunghissima durata instauratasi fra due popoli vicini, separati soltanto da una striscia di mare facilmente attraversabile. Tale relazione nel corso dei secoli ha subito numerose evoluzioni ed involuzioni, ed è stata regolamentata da molteplici norme che come pietre miliari hanno marcato il percorso dell'Irlanda – e dal 1922 di una parte di essa – dalla libertà all'appartenenza britannica. Norme che in modo paradigmatico descrivono le epoche che le hanno viste sorgere. Norme che come abiti di fogge diverse hanno vestito variamente tale relazione.

1. *Regno Unito e Irlanda del nord: natura del legame costituzionale*

1.1. Laudabiliter *1155*, Crown of Ireland Act *1542*, Acts of Union *1801*

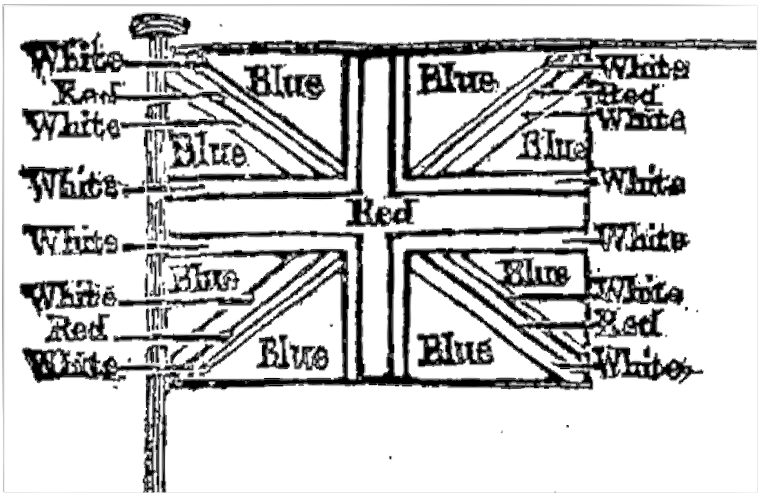
Nel XII secolo la Bolla papale *Laudabiliter* consentì la nascita di una relazione feudale fra i re dei due popoli. La volontà determinata di un sovrano e l'assenso di un

Papa resero possibile lo stabilirsi della relazione. La Bolla, emessa nel 1155[3] da Papa Adriano IV, al secolo Nicholas Breakspear, concedeva al re inglese Enrico II il diritto di invadere l'Irlanda e assumerne il controllo, lungamente desiderato, con lo scopo dichiarato di riformare la Chiesa irlandese e imporre il pagamento dell'obolo di San Pietro. Nel 1171, Enrico II invase l'isola e ottenne la sottomissione feudale dei re irlandesi divenendone signore, poteva così fregiarsi del titolo di *Lord of Ireland*[4].

Nel XVI secolo, le mutate condizioni storiche rendevano la relazione feudale esistente fra i regni d'Inghilterra e Irlanda uno strumento insufficiente per garantire quella fedeltà che il sovrano inglese riteneva necessaria. Fu dunque indispensabile mutare la natura della relazione. Il *Crown of Ireland Act* del 1542[5] rendeva, come recita il suo stesso sottotitolo, i re inglesi, i loro eredi e successori re d'Irlanda. L'atto, emanato dal Parlamento irlandese nel 1541, stabiliva l'unione delle due corone inglese e irlandese nella persona del sovrano inglese, sanciva dunque un'unione personale non territoriale fra i due regni che continuavano a rimaner distinti. In tal modo l'Inghilterra poteva esercitare, tramite la persona del sovrano, un controllo diretto sulle faccende irlandesi. Enrico VIII fortemente volle l'approvazione dell'atto poiché la Bolla di scomunica di Clemente VII, da cui era stato colpito l'11 luglio 1533, aveva indebolito la sua signoria sull'Irlanda, consentendo agli oppositori interni e ai nemici esterni di contestare il suo diritto al titolo di *Lord of Ireland*, in quanto fondato sulla Bolla papale *Laudabiliter*. L'unione delle due corone legittimava formalmente il dominio inglese sull'Irlanda e sedava le dispute interne. Al di là dei confini del regno, molti monarchi cattolici e il Papa rifiutarono di riconoscere in capo al sovrano inglese il titolo di *King of Ireland*.

Alla fine del XVIII secolo, la bufera rivoluzionaria che aveva colpito l'Europa e i domini inglesi in America rendeva fragile l'unione personale fra i due regni. Giorgio III e il governo inglese ritenevano essenziale per la sicurezza della Gran Bretagna[6] il completamento dell'unione con l'Irlanda. La natura della relazione fra i due regni era destinata a mutare nuovamente. Gli *Acts of Union* del 1801[7] erano due atti complementari emanati dal Parlamento di Gran Bretagna e dal Parlamento d'Irlanda rispettivamente il 7 luglio 1800 e il 1° agosto 1800 ed entrati in vigore il 1° gennaio 1801. Gli atti stabilivano l'unione del Regno di Gran Bretagna e del Regno d'Irlanda[8], indicavano che il regno risultante dalla fusione avrebbe preso il nome di Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda[9] e che il re avrebbe deciso con proclama reale le insegne e le bandiere del nuovo regno[10], sancivano la fusione del Parlamento di Gran Bretagna con il Parlamento d'Irlanda[11], prescrivevano il numero dei *Lords* e dei *Commoners* irlandesi che da quel momento in poi avrebbero preso posto al Parlamento del Regno Unito[12], statuivano l'unione della *Church of England* e della *Church of Ireland* in un'unica Chiesa[13], infine stabilivano l'abolizione di dazi doganali per le importazioni da un regno all'altro, ad eccezione di quelli dovuti per alcuni prodotti, e le percentuali di tasse da pagare[14].

Giorgio III, con proclama reale del 1° gennaio 1801, pubblicato nella «London Gazette» del 17 gennaio[15], stabiliva il disegno, i colori e le dimensioni della *Union Flag*, la bandiera dell'unione, aggiungendo alle croci di san Giorgio, protettore dell'In-



Bozzetto della Union Flag contenuto nel proclama reale di Giorgio III del primo gennaio 1801 e pubblicato nella London Gazette *del 17 gennaio 1801*

ghilterra, e di sant'Andrea, protettore della Scozia, la croce di san Patrizio, protettore dell'Irlanda[16].

Il timore che il controllo dell'isola potesse essere assunto dalla Francia rivoluzionaria, timore non del tutto infondato dopo gli sbarchi e i tentativi di sbarco effettuati da truppe francesi durante la rivoluzione irlandese del 1798, spinse Giorgio III e il governo inglese a realizzare un'unione completa, politica e territoriale, con l'Irlanda. L'unione dei due regni nella persona del sovrano inglese simbolicamente rappresentata dall'unica corona d'Inghilterra e Irlanda che gli cingeva il capo si completava nell'unione di Irlanda e Gran Bretagna nel Regno Unito. Si realizzava così la piena unificazione costituzionale dei due regni, manifestata ai sudditi e al mondo attraverso la comunione di segni tangibili: il nome, la bandiera, il parlamento.

1.2. Home Rule: Government of Ireland Act *1921*

Nella seconda metà del XIX secolo e nella prima metà del XX secolo il popolo irlandese, insoddisfatto del governo inglese, chiedeva la *Home Rule*, cioè che fosse realizzata un'operazione costituzionale di *devolution*[17] che attribuisse ai territori "devoluti" capacità di autogoverno e autonomia legislativa in alcuni ambiti. «I tre progetti di *Home Rule* che si susseguirono fra gli anni ottanta dell'Ottocento e l'inizio della prima guerra mondiale rappresentavano il tentativo incompiuto di dare forma costituzionale a conflitti politici e sociali di lunga durata»[18]. La *Home Rule* per l'Irlanda fu finalmente approvata il 23 dicembre del 1920 ed entrò in vigore il 3 maggio 1921 con il nome di *The Government of Ireland Act*. Essa di fatto frazionava l'Irlanda in due, dividendo le sei contee del nord est dal resto dell'isola. Purtroppo arrivò tardi e non fu in grado di

soddisfare le attese irlandesi che si erano oramai spostate su posizioni più radicali chiedendo l'indipendenza dal Regno Unito. La *Irish War of Independence* terminò con la tregua del 10 luglio 1921 e l'indipendenza venne ottenuta con gli *Articles of Agreement for a Treaty between Great Britain and Ireland* il 6 dicembre 1921[19]. Secondo gli articoli 1 e 2 del Trattato, l'Irlanda assumeva lo status costituzionale di "Dominion" all'interno dell'Impero britannico[20].

Il *Treaty between Great Britain and Ireland* del 1921, *The Irish Free State (Agreement) Act* del 31 marzo 1922[21] e *The Irish Free State (Constitution) Act*[22] del 5 dicembre 1922 comportarono l'emanazione il 5 dicembre 1922 del *The Irish Free State (Consequential Provisions) Act*[23] che adattava *The Government of Ireland Act* alla mutata situazione costituzionale. Gli accordi sanzionati[24] consentivano al governo del nord est irlandese la scelta tra far parte dell'*Irish Free State* o separarsi dall'Irlanda per rimanere nel Regno Unito. Le due Camere del parlamento di Belfast il 7 dicembre 1922[25] si appellarono al re per restare nel Regno Unito. *The Government of Ireland Act* divenne *The Constitution of Northern Ireland*[26].

Il primo aprile 1926 venne istituito presso l'*Home Office* un ufficio destinato ad occuparsi delle questioni relative all'Irlanda del nord[27], mentre l'*Irish Free State* dipendeva dalla Sezione Irlandese dell'Ufficio Coloniale (*Irish Branch*, *Colonial Office*) di Londra[28]. Il *Royal and Parliamentary Titles Act* del 1927[29] completò il processo costituzionale, modificando il nome del regno in Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del nord e il nome del parlamento in Parlamento del Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del nord. La bandiera non venne modificata.

1.3. *La crisi di identità degli anni '70*

Questo rapido *excursus*, che abbraccia otto secoli della storia di due popoli strettamente imparentati, ci consente di individuare la natura costituzionale della relazione fra Regno Unito e Irlanda del nord. Fin dal 1801, essa è una relazione di appartenenza territoriale e politica: in breve l'Irlanda del nord è costituzionalmente parte integrante del territorio britannico. Tuttavia, negli anni '70 del Novecento la questione sarebbe stata spesso sollevata dai media, che avrebbero solitamente definito i combattimenti in Irlanda del nord "guerra coloniale"[30].

Il governo britannico intervenne in varie occasioni, ribadendo ufficialmente il legame di appartenenza: in una lettera, nella quale l'*Attorney General* il 15 settembre 1971 rispondeva all'*Home Office* affermando che era legalmente insostenibile e costituzionalmente indesiderabile asserire che l'Irlanda del nord fosse una colonia del Regno Unito[31]; in due scritti, pubblicati nel 1972 e nel 1973 dall'*Her Majesty's Stationery Office*, stampatore ufficiale della legislazione britannica e titolare del copyright della Corona, nei quali si affermava l'appartenenza dell'Irlanda del nord al Regno Unito[32]; nel *Northern Ireland Constitution Act* del 1973, col quale il Regno Unito formalizzava la sospensione della *Home Rule* per l'Irlanda del nord e ripristinava la *Direct Rule*, nella parte I sezione 1 intitolata *Status of Northern Ireland as part of the United Kingdom*, dichiarando a chiare lettere l'appartenenza al Regno Unito dell'Irlanda del nord. Infine Brian Faulkner, primo ministro nordirlandese dal 1971 al 1972, spiegava nel suo volume di memorie che l'Irlanda del nord non era una «coconut colony»[33].

Bogdanor, costituzionalista britannico che si è occupato ampiamente di *devolution*, respinge l'ipotesi di una relazione di tipo coloniale fra Regno Unito e Irlanda del nord sulla base del principio che il modello coloniale non prevede rappresentanti delle colonie in parlamento e non consente la loro tassazione[34]. Afferma che *The Government of Ireland Act* abbia creato una relazione "quasi-federale" tra il Parlamento nordirlandese e quello britannico[35]. La relazione è definita quasi-federale perché il modello federale puro suppone una divisione costituzionalmente garantita dei poteri tra livelli di governo coordinati e indipendenti[36], mentre le sezioni 6, 12 e 75 di *The Government of Northern Ireland Act* affermano la supremazia del Parlamento di Westminster. In sostanza, Westminster potrebbe richiamare a sé, in ogni momento, i poteri devoluti. Nei fatti, la permanenza della *devolution* è garantita dal sostegno locale contro ogni tentativo di Westminster di rivendicare ed esercitare la propria supremazia. Solo in teoria dunque il potere devoluto è potere trattenuto, in realtà è potere trasferito e il Parlamento di Westminster non può recuperarlo se non in situazioni patologiche come quelle verificatesi in Irlanda del nord dopo il 1968[37]. La *devolution*, afferma il costituzionalista, instaura una relazione quasi-federale in tempi ordinari e unitaria in tempi di crisi.

Nondimeno, definire la violenza politica in Irlanda del nord come "guerra coloniale" può considerarsi parzialmente corretto: tale definizione è infatti condivisibile riguardo ai metodi e alle tecniche utilizzati per contrastare la ribellione, metodi e tecniche già sperimentati nei possedimenti d'oltremare britannici[38]. Nel 1968 il comandante in capo dell'esercito britannico in Irlanda del nord, su sollecitazione delle autorità civili, chiese al Ministro della Difesa britannico l'autorizzazione ad usare i militari per mantenere l'ordine e gestire la guerriglia[39]. La polizia non era più ritenuta adeguata a governare l'emergenza ed era richiesto l'uso di una forza eccezionale. La richiesta fu accolta e nel 1969 truppe dell'esercito britannico furono dispiegate sul territorio nordirlandese[40]. L'intervento dell'esercito segnò un cambiamento importante nella strategia di lotta alla violenza politica del Regno Unito: avviò la cosiddetta fase di militarizzazione del conflitto (1969-1975)[41].

L'intervento dell'esercito sul proprio territorio nazionale per contrastare la violenza politica, seppur possibile, tuttavia necessita, negli stati democratici, di una chiara definizione dei limiti entro i quali può operare. In Irlanda del nord, l'esercito fu utilizzato seguendo le tecniche implementate per contrastare le rivolte in alcune colonie britanniche dal Generale di Brigata Frank Kitson.

2. *Una definizione di crimine politico*

Il Generale di Brigata Frank Kitson aveva il comando di dieci battaglioni (otto operativi e due di riserva) a Belfast dal settembre 1970 fino alla prima metà del 1972[42]. Nel suo *Low intensity operations. Subversion, insurgency, peace-keeping*, pubblicato nel novembre del 1971 mentre era a Belfast, diede una definizione estesa di crimine politico, dividendolo in sovversione e insurrezione: con sovversione si intendono tutte le misure illegali, ad eccezione dell'uso della forza armata, prese da un settore del popolo di un

paese per rovesciare coloro che lo governano in quel momento, o per costringerli a fare cose che essi non vogliono fare. Essa può comportare l'uso di pressioni politiche o economiche, scioperi, marce di protesta e propaganda, e può anche includere l'uso di violenza su piccola scala allo scopo di costringere i membri recalcitranti della popolazione a dare supporto. Con insurrezione si intende l'uso della forza armata da parte di un settore del popolo contro il governo per gli scopi su menzionati. Secondo Kitson, questo sembrerebbe il senso in cui i termini sono intesi dalle autorità britanniche[43], riferendosi con tale espressione a Sir Robert Thompson[44], considerato al tempo uno degli strateghi più efficienti dell'antiterrorismo del Regno Unito[45].

Il Generale Kitson ricomprende, in questa definizione di crimine politico, un insieme di fatti piuttosto ampio che mette insieme le manifestazioni pacifiche di dissenso e i veri e propri atti di violenza politica che richiedono l'adozione di contromisure da parte del potere dominante. Da questa e da ogni altra definizione di crimine politico emerge con sufficiente chiarezza che una delle sue principali caratteristiche è l'ambivalenza, o meglio il crimine politico è ontologicamente caratterizzato dall'ambivalente interpretazione dei fatti che lo costituiscono. Pertanto i fatti che la classe dominante di un paese definisce e classifica come sovversione e insurrezione sono definiti e classificati in maniera opposta dai sovvertitori e dagli insorgenti. All'interno di un ordinamento giuridico, tale ambivalenza generalmente si sostanzia nell'attribuzione di un valore e una qualità differente a violazioni giuridiche politicamente motivate che non sono e non possono essere considerate semplicemente come crimini ordinari. Esse sono crimini "politici", e questa qualità dà ai loro perpetratori una "giustificazione morale" che li rende diversi dai criminali ordinari.

Il crimine politico, in tempo di pace, mantiene parzialmente quella giustificazione morale che consente di uccidere e distruggere in tempo di guerra. In tempo di guerra, due entità politiche si fronteggiano, in tempo di pace, il crimine politico è la rappresentazione unilaterale dello scontrarsi di due progetti politici differenti, di due programmi politico-ideologici diversi. La lettura della lista dei fatti qualificati come crimini politici dal diritto di un paese offre una fedele rappresentazione del livello di libertà politiche e civili godute dai cittadini di quello stesso paese: tra crimine politico e libertà civili vi è infatti una relazione di proporzionalità inversa. Più alto è il livello di criminalizzazione politica, più basso è il livello di libertà politiche e civili godute dai cittadini.

Studi recenti riguardanti l'Irlanda del nord hanno evidenziato un'altra importante relazione concernente il crimine politico: una relazione di diretta proporzionalità. Maggiore è la violenza usata dallo Stato per reprimere il crimine politico, maggiore sarà la violenza espressa dal crimine politico stesso[46]. L'uso della violenza legale da parte dello Stato per far fronte al crimine politico è giustificato dal fatto che il crimine politico è percepito come una minaccia all'ordine costituito e dal principio che lo Stato ha il diritto di difendere se stesso. La sospensione delle garanzie costituzionali è consentita sulla base della convinzione che le norme d'eccezione vanno a limitare diritti e libertà solo di alcuni, solo di coloro che per credo politico potrebbero nuocere allo Stato, solo di coloro – senz'altro una

parte minoritaria della popolazione – che non condividono col resto del popolo lo stesso progetto politico, che hanno un proprio progetto politico per quella stessa patria il cui territorio abitano insieme ad una maggioranza con cui non sono politicamente in sintonia. In realtà la normativa d'emergenza indirettamente colpisce tutti i cittadini, crea tensioni e contrasti che compromettono la vita sociale, politica ed economica nella sua generalità[47].

3. *Il quadro normativo*

3.1. *Le leggi eccezionali degli anni '20*

La popolazione dell'Irlanda del nord non è mai stata in pace fin dalla sua nascita nel 1921.

The Government of Ireland Act del 1920 che, a seguito di eventi noti, successivamente divenne *The Constitution of Northern Ireland*, fornì il fondamento costituzionale del governo devoluto in Irlanda del nord[48]. La sezione 5 della Costituzione dichiarava nulle le norme che stabilissero preferenze, privilegi o vantaggi o imponessero inabilità o svantaggi sulla base del credo religioso. Questa norma teoricamente avrebbe dovuto garantire e assicurare uguaglianza fra le due comunità viventi all'interno dei confini nordirlandesi. Di fatto, il passato violento e l'eredità di insicurezza politica che ne derivarono portarono, da una parte, la maggioritaria comunità unionista protestante a creare strutture giuridiche capaci di proteggerla politicamente e militarmente, dall'altra, la minoritaria comunità irlandese cattolica a periodici scoppi di violenza e a richieste di un diritto più giusto e equo. Fra le ragioni determinanti l'insicurezza politica nordirlandese stava l'irredentismo irlandese, sostenuto dagli articoli 2 e 3 della Costituzione dell'*Irish Free State*. Affermava infatti il primo essere territorio nazionale dell'*Irish Free State* l'intera isola d'Irlanda, dichiarava il secondo il diritto del Parlamento e del Governo irlandese ad esercitare la propria giurisdizione su tutto il territorio considerato nazionale[49].

Il timore di essere annessi allo Stato Libero d'Irlanda spinse gli unionisti a creare un'amministrazione locale che non contemplava condivisione di potere con la comunità irlandese e che anche se «was ostensibly democratic in structure – elections and the one man, one vote principle were largely observed», tuttavia «behind the façade of democratic structures were practices of artificially manipulating electoral boundaries and the linkage of voting rights in local elections to a property ownership qualification»[50].

La permanente predominanza del *Protestant Unionist Party* nel Parlamento di Belfast[51] mise a rischio il rispetto della massima legale della *Rule of Law*[52]. Quello che di essa rimaneva era una *Rule of Law* formale o "sottile" o meglio una *Rule by Law*. L'equità del diritto emanato acquisì una importanza marginale, ciò che divenne rilevante fu il rispetto di una procedura legislativa formalmente corretta nel promulgare leggi e regolamenti. In tal modo ogni operazione compiuta, seppure ingiusta, aveva la sua legittimazione formale in una norma precedente correttamente emanata.

Il diritto di emergenza fu lo strumento legale che consentì di avere norme malleabili capaci di fronteggiare il crimine politico. Per risolvere il dilemma rappresentato dalla *Rule of Law*, il diritto di emergenza

venne emanato come diritto temporaneo: la sua temporaneità fu vista come una salvaguardia della *Rule of Law*, i cui diritti sostanziali e libertà erano sospesi soltanto per un breve e limitato periodo di tempo con la giustificazione "superiore" di dover far fronte a una minaccia politica[53]. Sfortunatamente le leggi speciali temporanee furono confermate anno dopo anno divenendo quasi permanenti e, quando abolite, furono ri-emanate con contenuti similari[54]. Nel 1921, poco dopo che il parlamento in Irlanda del nord ebbe cominciato a lavorare per far fronte a una situazione politica ancora non sedata, e grazie alla sezione 4 della Costituzione dell'Irlanda del nord che dichiarava che «the Parliament of Northern Ireland shall have power to make laws for the peace, order and good government»[55], fu introdotto il *Local Government (Emergency Powers) Act (Northern Ireland)*. L'Atto dava al Ministro degli Interni estesi poteri di sciogliere i governi locali in alcune circostanze[56]. Nel 1922 venne poi emanato il *Criminal Procedure Act (Northern Ireland)* con lo scopo di stabilire tribunali speciali senza giurie abilitati a giudicare crimini politici[57]. Nello stesso anno, venne introdotto il *Civil Authorities (Special Powers) Act (Northern Ireland)*. L'Atto dotava le autorità civili, nella fattispecie il Ministro degli Interni dell'Irlanda del nord e gli ufficiali di polizia da lui delegati, di ampi poteri speciali che consentivano loro di fare tutti i passi necessari per conservare la pace e mantenere l'ordine. Tali poteri includevano: proibire che i *coroners* aprissero inchieste sui cadaveri[58] o alcune particolari inchieste; ordinare i coprifuoco[59]; chiudere negozi aventi licenza di esercizio[60]; proibire o limitare le riunioni di associazioni, l'uso di uniformi o distintivi, il possesso o trasporto di armi, il possesso o l'utilizzo di biciclette, motociclette, o automobili, se non autorizzati[61]. Inoltre includevano la possibilità di perquisire case, terreni, veicoli in ogni momento del giorno o della notte; fermare e perquisire persone; sequestrare armi da fuoco[62] e ogni altra cosa che avrebbe potuto essere usata per disturbare il mantenimento della pace; proibire processioni[63]; chiudere, bloccare o deviare strade, vicoli o passaggi[64]; prendere possesso di qualsiasi terreno o edificio; collocare edifici in stato di difesa; distruggere qualsivoglia proprietà; compiere ogni altra azione comportante interferenza con diritti di proprietà privata considerata necessaria per il raggiungimento dello scopo dell'Atto[65]. In aggiunta, la sezione 7 dell'Atto includeva i poteri per le autorità civili, le forze di polizia, i membri dell'esercito in servizio o ogni altra persona autorizzata dalle autorità civili ad arrestare le persone che avessero commesso «any crime or any offence against the regulations»[66]. La sezione 7 spianò la strada agli ulteriori regolamenti, 23 e 23B, che introdussero l'internamento, cioè l'incarcerazione senza processo[67].

Quando l'Atto fu introdotto, era in corso un periodo di violenza crescente e di grande instabilità politica. I lealisti paventavano l'inclusione nel vicino Stato d'Irlanda e ritennero necessario contrastare tale rischio con l'uso di poteri speciali, straordinari, ma temporanei. Infatti la sezione 12 dell'Atto prevedeva che l'«Act shall continue in force for one year and no longer»[68].

Negli Stati democratici l'uso di poteri speciali è considerato possibile solamente per un limitato periodo di tempo, allo scopo di far fronte all'emergenza e ristabilire un certo livello di ordine e legalità. Ciò nonostante, l'Atto fu rinnovato anno dopo

anno dal parlamento di Stormont a Belfast, fu dichiarato permanente nel 1933, emendato nel 1943 e mantenuto in vigore fino al 1973[69].

3.2. *Le leggi eccezionali degli anni '70*

3.2.1. *La reintroduzione del coprifuoco e dell'internamento*

Negli anni '60 i leaders del movimento repubblicano abbandonarono la strategia di perseguire i loro obiettivi con le armi e si unirono alla campagna generale per i diritti civili e la giustizia sociale in Irlanda del nord[70]. Il movimento chiedeva il diritto di partecipare alle elezioni del governo centrale e locale attraverso un sistema equo; il diritto di perseguire obiettivi politici e sociali legittimi senza l'interferenza del governo; il diritto di partecipare equamente all'allocazione delle risorse statali; e il diritto alla libertà dall'arresto e dalla detenzione arbitrari[71]. La politica non fu capace di rispondere a queste richieste. La nascita dell'*Ulster Volunteer Force* (UVF) nel 1966 e le reazioni violente dello Stato alle marce di protesta innescarono la violenza politica.

Il governo nordirlandese, non riuscendo a far fronte ai disordini, invocò nel dicembre 1968 l'aiuto dell'esercito. L'esercito avrebbe dovuto essere impiegato per assistere le autorità civili nel mantenimento di pace e ordine. In realtà il suo ruolo fu molto più vasto. Venne usato per raccogliere informazioni (*screening*) riguardanti la popolazione di particolari aree (specialmente cattoliche). I principali meccanismi utilizzati erano perquisizioni regolari delle case e conteggio dei residenti, arresti frequenti ed esame accurato di coloro che potenzialmente avrebbero potuto essere coinvolti in attività politiche violente, nonché interrogatorio approfondito di sospetti selezionati[72].

Fu l'esercito che venerdì 3 luglio 1970 alle 22 durante una "battaglia" nell'area repubblicana, *Falls road*, di Belfast, densamente popolata, reintrodusse il coprifuoco[73]. Il coprifuoco durò fino a domenica pomeriggio e fu revocato in seguito all'arrivo da un'altra zona della città di donne che portavano pane e latte agli abitanti dell'area ristretta[74]. La legittimità costituzionale della misura d'emergenza era discutibile, in quanto non era stata emessa una legge che formalmente la legittimasse: durante la riunione del *Joint Security Committee*, sabato 4 luglio, dopo che il Comandante in capo dell'esercito ebbe riferito della battaglia e dell'imposizione del coprifuoco, si decise di aspettare il parere di esperti legali prima di dare legittimazione formale al provvedimento[75]. La norma non fu mai emanata. L'assenza di una legge portava a fondare il provvedimento sulla *common law* e più precisamente sulla legge marziale[76].

Una ulteriore estensione dei poteri dell'esercito[77] si ebbe l'anno seguente, il 9 agosto 1971, con *Operation Demetrius* che reintrodusse l'internamento, cioè la detenzione senza processo[78]. L'efficacia e i possibili effetti dell'internamento nella deteriorata situazione civile e sociale dell'Irlanda del nord furono oggetto di numerose discussioni fra il capo del governo nordirlandese, il comandante dell'esercito, il capo delle forze di polizia[79] e il capo del governo britannico. Durante un incontro svoltosi a Londra il 5 agosto 1971, Edward Heath, primo ministro britannico, fece presente a Brian Faulkner, primo

ministro nordirlandese, che l'introduzione dell'internamento non poteva avvenire senza una qualche forma di bilanciamento, e che se esso non avesse funzionato nel ristabilire pace e ordine l'unica opzione possibile sarebbe stata la «direct rule»[80]. Heath il 19 agosto, dieci giorni dopo l'inizio di *Operation Demetrius*, ribadì l'appoggio del governo britannico alla linea politica intrapresa in Irlanda del nord e affermò che, seppure la minoranza avrebbe dovuto essere incoraggiata a partecipare pienamente agli affari dello Stato, tuttavia la posizione costituzionale dell'Irlanda del nord doveva rimanere immutata[81].

L'internamento era già stato introdotto in Irlanda del nord in altre tre occasioni: nei periodi 1922-24, 1938-45 e 1956-61. In queste precedenti occasioni l'internamento aveva prodotto una riduzione della violenza politica[82]. Nel 1971 l'auspicato ritorno alla normalità non si verificò. La mancata introduzione di un provvedimento analogo nella Repubblica d'Irlanda, la quasi totale esclusione di unionisti[83] dagli arresti per il timore di una ritorsione protestante, l'apparente casualità degli arresti fra i cattolici portarono a una radicalizzazione della comunità nazionalista irlandese e a un notevole incremento degli scontri[84].

L'esercito poi fu utilizzato in modo esteso nell'*Operation Demetrius*. Fu l'esercito a compiere gli arresti, a sorvegliare i campi di internamento, ma specialmente fu l'esercito a sperimentare sugli internati tecniche per vincerne le resistenze e spingerli a collaborare: i prigionieri erano costretti con maltrattamenti a stare in punta di piedi davanti a un muro a cui erano appoggiati con la punta delle dita e con braccia e gambe divaricate al massimo, erano tenuti costantemente incappucciati, con un costante rumore di sottofondo, erano nutriti a pane e acqua e privati del sonno. L'uso dell'esercito per l'implementazione dell'internamento consentì l'applicazione diffusa di tali tecniche brutali, portando gran parte della comunità nazionalista a rappresentare gli unionisti e il Regno Unito come il nemico e aggravando il suo estraniamento. Tali tecniche attirarono inoltre l'attenzione dell'*International Organisation for the Defence of Human Rights* sul Regno Unito al quale fu imposto di indagare. Il governo britannico nominò Commissioni d'inchiesta già nell'agosto 1971 (Compton Report) e poi a novembre 1971 (Gardiner Report) e, in conseguenza dei risultati del loro lavoro d'indagine, a marzo 1972 il governo britannico annunciò che le cinque tecniche d'interrogatorio sarebbero state abbandonate[85].

Nel frattempo, a febbraio 1972 una sentenza stabilì che le operazioni dell'esercito in Irlanda del nord violavano la sezione 4, paragrafo 1 del *Government of Ireland Act* del 1920[86]. Per la prima volta il potere giudiziario tentò di usare la costituzione scritta dell'Irlanda del nord come una garanzia dei valori, diritti e libertà di tutto il popolo nordirlandese. Il governo britannico reagì immediatamente emanando nel 1972 il *Northern Ireland Act*, che non solo stabilì un quadro normativo per l'uso dell'esercito, ma che retrospettivamente legalizzò tutte le azioni compiute dalle forze di sicurezza fin dal loro primo spiegamento in Irlanda del nord nel 1969[87].

3.2.2. Direct Rule

L'*escalation* della violenza nella regione, l'alienazione dell'appoggio della parte

moderata della comunità cattolica, l'internamento fonte di non pochi problemi a livello internazionale per il Regno Unito, e in generale la preoccupazione per la sicurezza interna delle sei contee dell'Irlanda del nord spinsero il governo britannico a chiedere un incontro con il primo ministro nordirlandese, il 22 marzo 1972. Durante la riunione col suo gabinetto, il giorno precedente, Faulkner esprimeva il timore che l'incontro avrebbe potuto avere ripercussioni sull'autonomia di governo concessa alla regione nel 1922 (*Home Rule*). Valutava le possibilità che il governo britannico volesse nominare un ministro che si occupasse delle questioni nordirlandesi e riteneva che, mentre la nomina di un *Secretary of State for Northern Ireland* sarebbe stata vantaggiosa per la regione, la nomina di un *Resident Minister* avrebbe potuto invece essere interpretata solo come una mancanza di fiducia da parte di Westminster e sarebbe equivalsa alla *Direct Rule*[88].

Il giorno dopo a Londra, Heath lamentava con Faulkner il fatto che il Regno Unito avesse la responsabilità e subisse il biasimo per la situazione in Irlanda del nord, specialmente per quanto concerneva l'internamento e la sicurezza interna, ma non avesse poteri reali di intervento. Tale situazione, oltre ad essere altamente insoddisfacente, era aggravata dalla crescente dipendenza finanziaria dell'Irlanda del nord[89]. Egli faceva poi presente che le misure suggerite dal governo nordirlandese per coinvolgere la minoranza cattolica (allargamento del numero dei deputati nella *House of Commons*, ristrutturazione del Senato e adozione della *proportional representation*) non erano considerate sufficienti dal suo governo per riconoscere un ruolo attivo, permanente e garantito alla minoranza cattolica[90]. Chiedeva a Faulkner una *de-escalation* della violenza e affermava che il Regno Unito prevedeva di iniziare lo smantellamento del processo di internamento: «a scale-down of the process was imperative»[91]. Il governo britannico intendeva riprendere il controllo di *law and order* in Irlanda del nord, intendendosi con tale espressione: il trasferimento al governo britannico del controllo su diritto penale e azione penale, compresa l'organizzazione e la formazione dei tribunali; ordine pubblico; prigioni e istituzioni penali; polizia; creazione di nuovi reati. Il governo britannico poteva delegare al governo nordirlandese la supervisione di questioni marginali. Il controllo dell'azione penale sarebbe passato all'*Attorney General* inglese e il *Director of Public Prosecutions* nordirlandese avrebbe operato sotto di lui. In sostanza i poteri speciali conferiti per far fronte all'emergenza sarebbero divenuti di competenza del Regno Unito[92].

Faulkner si dimise il giorno successivo e il governo britannico sospese il Parlamento nordirlandese, assunse il governo diretto (*Direct Rule*)[93] della regione e nominò un *Secretary of State for Northern Ireland*. Il primo compito che il Segretario di Stato si accinse a svolgere fu la revisione dei casi di internamento e dello *Special Powers Act* 1922-1943[94]. Una Commissione *ad hoc* guidata da Lord Diplock fu nominata da Westminster per compiere tali revisioni.

3.2.3. Special Category Status

A luglio 1972, William Whitelaw, Segretario di Stato per l'Irlanda del nord, sotto pressione a causa di uno sciopero della fame

guidato da un prigioniero dell'*Irish Republican Army* (IRA), concesse lo *Special Category Status* a tutti i prigionieri condannati per reati relativi ai *Troubles*[95]. Questa fu anche una delle condizioni poste dall'IRA quando negoziò un incontro con il governo britannico per discutere una tregua. Lo *Special Category Status* concedeva di fatto lo status di prigioniero di guerra e forniva a tutti i condannati per ragioni politiche alcuni dei privilegi dei prigionieri di guerra stabiliti dalla Convenzione di Ginevra[96]. Questo significò che i detenuti erano separati dai criminali comuni, non dovevano indossare uniformi o lavorare in carcere, ascoltavano lezioni di storia irlandese, osservavano una disciplina militare, avevano attribuito a se stessi gradi militari e potevano ricevere visite e cibo extra. La divisione dei prigionieri in fazioni paramilitari alloggiate in celle vicine aveva creato all'interno delle prigioni centri di potere in grado di controllare lo spazio carcerario con cui le autorità carcerarie dovevano costantemente confrontarsi per poter imporre qualsivoglia disciplina. Tale situazione nelle carceri era accettata dalle autorità anche in ragione della struttura architettonica degli edifici carcerari (*compound prisons*). La quasi totale assenza di celle individuali e il loro raggruppamento in piccoli agglomerati di tre o quattro celle, con locali di servizio comuni circondati da filo spinato, favorivano infatti questo tipo di sistemazione per i prigionieri[97].

3.2.4. Diplock Courts

Alla fine del 1972 furono pubblicati i risultati della Commissione Diplock.

Nel 1973 il governo britannico incorporò la gran parte delle sue raccomandazioni in una nuova legge speciale[98], abolì il *Civil Authorities (Special Powers) Act (Northern Ireland)* del 1922 ed emanò il *Northern Ireland (Emergency Provisions) Act*. Anche questo Atto sarebbe dovuto rimanere in vigore solamente un anno[99], ed esattamente come il precedente fu rinnovato anno dopo anno tanto che, sebbene alcune delle sue sezioni siano state abolite, è tuttora in vigore.

In effetti, l'Atto riemanava lo *Special Powers Act* ampliando e migliorando le sue misure. Le differenze principali consistevano nell'abolizione del potere di imporre il coprifuoco e della pena di morte[100] e nell'elencazione dei reati considerati rilevanti per l'Atto in una scheda separata (*scheduled offences*)[101]; inoltre, uno dei suoi risultati più rilevanti fu la costituzione delle *Diplock Courts*[102]. La sezione 2 dell'Atto stabiliva che «a trial on indictment of a scheduled offence shall be conducted by the court without a jury». L'assenza della giuria avrebbe risolto il problema dell'internamento, in quanto la Commissione aveva accertato che la ragione principale che spingeva ad usare la detenzione, invece che dare inizio a un processo, ruotava intorno alle intimidazioni subite da testimoni e giurati[103]. Tribunali speciali senza giuria erano già stati previsti nel 1922 dal *Criminal Procedure Act (Northern Ireland)*[104]; la sua applicazione non venne però mai invocata dal governo nordirlandese. Fin dal 1970, tuttavia, la necessità di dover ricorrere a processi senza giuria per gestire casi giudiziari ingovernabili si era fatta pressante e lo stesso *Lord Chief Justice* nordirlandese, durante una riunione di gabinetto, riprendendo il modello offerto dal *Criminal Procedure (Northern Ireland) Act* del

1922, affermava che in alcuni casi avrebbe potuto rendersi necessaria la sospensione del processo con giuria e il suo affidamento a giudici della *High Court*[105].

L'istituzione di tribunali senza giuria può apparire poca cosa nei sistemi di *civil law*, ma nel sistema anglosassone basato sulla *common law* rappresentava una involuzione di notevoli proporzioni. Compito dei giudici britannici infatti non è giudicare sul fatto, ma solo sul diritto; stabilire l'accadimento di un fatto non spetta al giudice, ma alla giuria, è ad essa che accusa e difesa si rivolgono, è ad essa che è rivolto l'esame dei testimoni e la presentazione delle prove, è essa che deve essere convinta. L'equità dell'antico diritto al giudizio dei pari, simbolicamente mantenuto nella giuria, era negata nei processi senza giuria. Le *Diplock Courts* erano tribunali composti da un giudice solo che giudicava utilizzando regole di prova modificate e standards più bassi per l'ammissione della confessione[106].

Le *Diplock Courts* esercitarono un ruolo fondamentale: consentire al potere esecutivo britannico di governare, attraverso i tribunali, una società nella quale esso non aveva consenso politico[107]. Nonostante l'istituzione delle *Diplock Courts*, però, l'internamento continuò ad essere usato fino al dicembre 1975. Durante la sua vigenza, 1981 persone in totale furono detenute, delle quali 1874 erano cattoliche/repubblicane, mentre 107 erano protestanti/unioniste[108].

La costituzione delle *Diplock Courts* rappresentò un primo tentativo di uscire dalla fase di eccezione, di ritornare gradualmente alla normalità, all'uso degli strumenti ordinari per risolvere conflitti nei sistemi democratici[109]. Il 1975 vide la fine della cosiddetta fase di militarizzazione[110], segnando un cambiamento nella strategia del Regno Unito per far fronte all'emergenza politica in Irlanda del nord.

3.2.5. *Criminalizzazione, normalizzazione, Ulsterizzazione*

Il 1976 fu testimone dell'inizio della fase di criminalizzazione/ normalizzazione/Ulsterizzazione[111].

Criminalizzazione significò che il crimine politico perse la sua politicità, e dunque la sua legittimazione, e divenne un crimine ordinario. In questa fase le autorità governative cessarono di prendere in considerazione la politicità dei fatti criminosi commessi e ne sottolinearono la sola dimensione criminale, rifiutando di riconoscere nei loro autori avversari politici[112]. Normalizzazione significò che si sarebbe dovuto fare un tentativo per riportare la situazione sociale e politica alla normalità: «political calculation was made that extreme internal and external abnormality created a crisis of legitimacy for the State that must be addressed. This meant a rhetorical abandonment of the symbols of instability – the army, internment, special status for political prisoners – and their replacement with the ordinary tools of the State, the police and the courts»[113]. Internazionalmente il Regno Unito poteva ancora usare le disposizioni di deroga ai trattati internazionali sui diritti umani a causa dello stato di emergenza, internamente «the crisis was simply a criminal aberration, and remained in internal disavowal of a state of emergency»[114]. Ulsterizzazione significò

confinare il conflitto all'Irlanda del nord, considerandolo solo un problema locale.

Questa fase terminò nel 1981.

Criminalizzazione e normalizzazione pretendevano entrambe l'abolizione dello *Special Category Status*. La riforma, seppur sentita come necessaria dal governo britannico, non era tuttavia di facile attuazione. Da un lato, infatti, dare lo status di prigioniero politico a coloro che si opponevano violentemente allo Stato era il riconoscimento legale di una perdita di legittimità politica ed implicava la creazione di opposti centri di potere dentro lo Stato[115]; dare lo status di prigioniero politico significava che il Regno Unito considerava gli scontri non più una lotta per le libertà civili, ma piuttosto un conflitto armato a bassa intensità[116]; inoltre, tutto ciò confermava indirettamente l'applicazione del diritto di guerra a una crisi sviluppatasi dentro i propri confini, e sostanziava una questione di legittimità costituzionale dell'operato britannico in Irlanda del nord[117].

Dall'altro lato, l'abolizione dello *Special Category Status* era di difficile realizzazione, date le condizioni delle prigioni in Irlanda del nord[118]. The Maze e Magilligan non erano prigioni cellulari, ma piuttosto "compound prisons", cioè prigioni dotate di celle raggruppate in blocchi di tre o quattro all'interno di spazi recintati simili a campi di concentramento dove i prigionieri potevano incontrarsi. Il governo dovette così pianificare la costruzione di celle individuali. Entro ottobre 1976 furono costruite 500 nuove celle, a marzo 1976 il governo abolì lo *Special Category Status* e i prigionieri furono trasferiti in celle individuali[119].

Nel 1977 il *Northern Ireland (Emergency Provisions) Act* del 1973 fu emendato e nuovi reati vennero aggiunti ai reati già richiamati. Essi riguardavano falsi allarmi per bombe e minacce di morte fatte per telefono[120].

Nel 1978 il *Northern Ireland (Emergency Provisions) Act* rimpiazzò i precedenti EPA consolidando le loro misure. «What had been "exceptional" in 1973 became perceived as "normal" and [...] "necessary" in the tense climate of Northern Ireland»[121]. L'Atto fu soggetto a rinnovo biennale e rimase in vigore senza emende per nove anni[122].

La politica di criminalizzazione e normalizzazione, la cui diretta conseguenza fu l'abolizione dello *Special Category Status*, generò una serie di proteste fra i prigionieri. Nella primavera 1978, i carcerati iniziarono a rifiutarsi di indossare le uniformi della prigione e iniziarono a coprirsi solo con coperte (*Blanket protest*), poi rifiutarono di lavarsi e di usare i gabinetti (*Dirty protest*). Le condizioni igieniche nelle celle si deteriorarono e ciò produsse un fortissimo impatto sull'opinione pubblica internazionale. Nel 1980 alcuni detenuti repubblicani iniziarono uno sciopero della fame che terminò a fine anno. A marzo 1981 un secondo sciopero della fame fu avviato, e questa volta dieci repubblicani morirono[123].

Resistere col sacrificio di sé è una tecnica che produce intensa partecipazione emotiva della comunità e che pone sotto forte pressione la parte contro la quale è diretta; è una strategia di lotta consolidata e saldamente fondata nella storia lontana e recente d'Irlanda. Una prima menzione di essa è presente nei *Brehon Laws*, antico diritto celtico, nei quali si afferma che una forma legittima di soddisfazione per qualcuno che abbia subito un'offesa è quella di porsi nelle vicinanze della dimora dell'offensore e iniziare a digiunare per attirare l'attenzione e il biasimo del clan su di lui.

Nella storia più recente d'Irlanda lo sciopero della fame era stato usato nel 1916 dagli insorti irlandesi incarcerati dopo l'*Easter Rising*[124]. Ad ottobre 1981, quando lo sciopero della fame era ormai terminato, Jim Prior, Segretario di Stato britannico per l'Irlanda del nord, annunciò che a tutti i prigionieri sarebbe stato concesso di indossare i propri vestiti e che il cinquanta per cento delle garanzie perse sarebbe stato ripristinato[125], ma il governo britannico rifiutò di concedere di più.

Conclusioni

Leggi eccezionali e teoria coloniale nel conflitto politico in Irlanda del nord sono strettamente collegate. Da un lato infatti la teoria coloniale fu un potente strumento di propaganda utilizzato dall'*Irish Republican Army* per veicolare al grande pubblico la diversità e la non appartenenza della comunità irlandese al Regno Unito. Lo spiegamento dell'esercito sul territorio nordirlandese certamente contribuì ad avvalorare questa tesi.

Dall'altro lato, la violenza politica scatenata dai ribelli aveva fra i suoi scopi precipui quello di indurre lo Stato britannico ad adottare misure eccezionali limitanti le libertà civili sempre più drastiche e sempre più simili a quelle adottate in una guerra coloniale[126], così da convincere la comunità cattolica del diverso (coloniale) trattamento ad essa riservato e persuadere anche i più riluttanti ad abbracciare la causa repubblicana. La tattica produsse risultati importanti.

Fu dunque un errore grossolano del governo nordirlandese prima e del governo britannico poi implementare, durante la fase della militarizzazione, tecniche e metodi analoghi a quelli impiegati nelle colonie per contrastare le locali guerre di indipendenza. La violenza legale resa possibile e legittimata dallo *Special Power Act* e dall'*Emergency Provisions Act* produsse l'estraniamento e la polarizzazione delle due comunità[127]. La spirale di violenza innescata dallo spiegamento dell'esercito, dall'internamento e dalle cinque tecniche d'interrogatorio, l'attribuzione dello *Special Category Status*, e poi i processi presso le *Diplock Courts* avevano reso sempre più forte il senso di alterità della comunità cattolica che percepiva se stessa come abitante un territorio colonizzato, occupato da forze aliene.

La retorica coloniale portava con sé stereotipi odiosi nella rappresentazione di sé e dell'altro: i nativi delle colonie erano considerati esseri inferiori, destinatari eventuali di una cittadinanza diminuita, a cui potevano applicarsi norme che sul territorio della madrepatria non avrebbero mai potuto essere implementate; i colonizzatori godevano di uno status privilegiato di superiorità non questionabile. Applicare tale retorica all'Irlanda del nord, che costituzionalmente era in una posizione ben diversa da quella di colonia, ed interpretare in tale luce le misure eccezionali che venivano via via adottate per far fronte alla violenza politica fu un'abile manovra propagandistica che guadagnò ampio consenso all'ideologia politica repubblicana. La teoria coloniale venne inoltre abbracciata, dal 1972 in poi, anche dagli unionisti, che definivano l'Irlanda del nord un'«internal colony» i cui abitanti erano trattati come cittadini di seconda classe a cui si applicavano procedure e prassi diverse da quelle

standards seguite nel resto del regno. Essi rimproveravano al Regno Unito: l'uso di *Orders in Council*, norme emanate dal Gabinetto allo scopo di limitare il dibattito parlamentare sulle leggi da promulgare per l'Irlanda del nord, e la decisione di non consentire ai principali partiti politici britannici l'apertura di sezioni locali nelle sei contee nordirlandesi[128]. Inoltre, non approvavano l'*Anglo-Irish Agreement* del 1985 con il quale il governo britannico aveva concesso al governo irlandese un ruolo consultivo nel governo dell'Irlanda del nord riguardo a diritti umani, politiche per la sicurezza e giustizia[129]. Tale atto, secondo gli unionisti, consentiva a una potenza straniera una ingiustificata influenza sugli affari interni nordirlandesi.

Afferma John McGarry che l'uso da parte dei lealisti della locuzione "internal colony" era deliberato in quanto «the solution for this condition is integration, whereas "deconolization" is the remedy for a colony»[130].

Come la storia successiva ci mostra, saranno necessari la *de-escalation* della violenza di Stato e il raggiungimento di un accordo fra tutte le parti coinvolte (Regno Unito, Repubblica d'Irlanda, Sinn Féin e Unionisti) per avviare il processo che porterà alla pacificazione della regione e a un riavvicinamento delle due comunità. Tale accordo venne concluso il 10 aprile 1998 con la stipula del *Good Friday Agreement* che produsse, fra le altre cose, la modifica degli articoli 2 e 3 della Costituzione irlandese, e dunque la rinuncia delle pretese territoriali della Repubblica irlandese sull'Irlanda del nord, e l'abolizione da parte del Regno Unito di *The Government of Ireland Act* del 1920[131].

[1] Una prima versione del saggio è stata presentata al convegno "Crime, Violence & the Modern State III: *Law, Order and Individual Rights – Theory, Intent and Practice*", organizzato da SOLON presso l'Université Lumière Lyon 2 (Francia) dall'8 all'11 settembre 2011. L'Autrice è grata ai relatori e agli uditori presenti al convegno che con i loro commenti e osservazioni le hanno consentito, dandole stimoli per approfondire la ricerca, di redigere la sua versione attuale.

[2] Ricostruiscono la storia d'Irlanda assumendo l'ottica coloniale: J.H. Ohlmeyer, *A laboratory for Empire?: early modern Ireland and English imperialism*, in K. Kenny (Ed.), *Ireland and the British empire*, Oxford, Oxford University Press, 2004, pp. 26-60; T. Bartlett, *Ireland, Empire and the union, 1690-1801*, in ivi, pp. 61-89.

[3] L'autenticità della Bolla papale è controversa e sul tema vi fu un vivace dibattito tra la fine dell'800 e la prima metà del '900: L. Ginnell, *The doubtful grant of Ireland by Pope Adrian IV to King Henry investigated*, Dublin, Fallon & Co, 1899; S.J. McCormick, *The Pope and Ireland. Containing newly-discovered historical facts concerning the forged bulls attributed to Popes Adrian IV. and Alexander III., together with a sketch of the union existing between the Catholic Church and Ireland from the Twelfth to the Nineteenth century*, San Francisco, A. Waldteufel Publisher, 1889; J.D. Mackie, *Pope Adrian IV. The Lothian essay 1907*, Oxford, B.H. Blackwell, 1907; J.G. Maguire, *Ireland and the Pope: a brief history of papal intrigues against Irish liberty from Adrian IV. to Leo XIII.*, San Francisco, J.H. Barry, 1890; G.H. Orpen, *Ireland under the Normans 1169-1216*, Oxford, Clarendon Press, vol. I, 1911, chap. 9; A.H. Tarleton, *Nicholas Breakspear (Adrian IV.) Englishman and Pope*, London, A.L. Humphreys, 1896; O.J. Thatcher, *Studies concerning*

Adrian IV., Chicago, University of Chicago Press, 1903. Furnivall, un filologo inglese (W.S. Peterson, *Furnivall, Frederick James*, in «Oxford Dictionary of National Biography», Oxford, Oxford University Press, 2004, *ad vocem*), sul tema ripubblicò il volume di Gerald of Wales, *Expugnatio Hibernica: Giraldus Cambrensis*, *The English conquest of Ireland a.d. 1166-1185: mainly from the "Expugnato Hibernica" of Giraldus Cambrensis* (edited by F.J. Furnivall), London, Kegan, Trench, Trubner & Co. Ltd, part I, 1891.

[4] Sulla conquista normanna dell'Irlanda e sulla relazione feudale stabilita con i re irlandesi si vedano: F. Barlow, *The Feudal Kingdom of England, 1042-1216*, Harlow, Pearson Education, 1999; M. Bull, *Criticism of Henry II's Expedition to Ireland in William of Canterbury's Miracles of St. Thomas Becket*, in «Journal of Medieval History», XXXIII, 2007, pp. 107-129; R.R. Davies, *Domination and Conquest: The Experience of Ireland, Scotland and Wales, 1100-1300*, Cambridge, Cambridge University Press, 1990; R. Huscroft, *Ruling England, 1042-1217*, Harlow, Pearson, 2005; D. Power, *Henry, Duke of the Normans (1149/50-1189)*, in C. Harper-Bill, N. Vincent (Eds.), *Henry II: New Interpretations*, Woodbridge, Boydell Press, 2007; W. Stubbs, *The Constitutional History of England, in its Origin and Development*, Oxford, Clarendon Press, 1874.

[5] *1542 Crown of Ireland Act, Chapter 1, 33 Henry 8*. Sul *Crown of Ireland Act* si veda: T.W. Moody (Ed.), *A New History of Ireland*, vol. VIII: *A Chronology of Irish History*, Oxford, Oxford University Press, 1989.

[6] La stessa Gran Bretagna è il frutto dell'unione fra Inghilterra e Galles da una parte, e Scozia dall'altra. Anche questa unione fu il risultato di due atti: l'*Union with England Act* del 16 gennaio 1707 in <http://www.legislation.gov.uk/aosp/1707/7/contents> e l'*Union with Scotland Act* del 4 marzo 1707 in <http://www.legislation.gov.uk/aep/Ann/6/11/contents>. La regina Anna approvò l'unione il 6 marzo 1707 e gli *Acts* entrarono in vigore il 1° maggio 1707 (*1707 Act for an Union of the two Kingdoms of England and Scotland, Chapter 8, 5 & 6 Anne*). I *Journals of the Irish House of Commons* (vol. III, p. 421) riferirono all'epoca che il parlamento irlandese nel discorso di congratulazioni indirizzato alla regina Anna per l'unione formulò l'augurio che si potesse giungere a un'unione più ampia, implicando con ciò l'estensione dell'unione all'Irlanda.

[7] *1801 An Act for the Union of Great Britain and Ireland, Chapter 38, 40 George 3*; *1801 An Act for the Union of Great Britain and Ireland, Chapter 67, 39-40 George 3*. Sugli *Acts of Union* 1801 si veda: A.J. Ward, *The Irish Constitutional Tradition: Responsible Government and Modern Ireland 1782-1992*, Dublin, Irish Academic Press, 1994.

[8] Art. 1: «the said kingdoms of Great Britain and Ireland shall, upon the first day of January which shall be in the year of our lord one thousand eight hundred and one, and for ever after, be united into one kingdom».

[9] Art.1: «by the name of "the United Kingdom of Great Britain and Ireland"».

[10] Art. 1: «the ensigns, armorial flags and banners thereof, shall be such as his Majesty, by his royal proclamation under the great seal of the united kingdom, shall be pleased to appoint».

[11] Art. 3: «the said united kingdom be represented in one and the same parliament, to be titled "The parliament of the United Kingdom of Great Britain and Ireland"».

[12] Art. 4: «that four lords spiritual of Ireland by rotation of sessions, and twenty-eight lords temporal of Ireland, elected for life by the peers of Ireland, shall be the number to sit and vote on the part of Ireland in the house of lords of the parliament of the united kingdom; and one hundred commoners (two for each county of Ireland, two for the city of Dublin, two for the city of Cork, one for the university of Trinity College, and one for each of the thirty-one most considerable cities, towns, and boroughs), be the number to sit and vote on the part of Ireland in the house of commons of the parliament of the united kingdom».

[13] Art. 5: «the churches of England and Ireland, as now by law established, be united into one protestant Episcopal church, to be called, "The united church of England and Ireland"».

[14] Artt. 6 e 7.

[15] *London Gazette*, 15329, 17 January 1801, pp. 82-83.

[16] G. Bartram, *British Flags*, in <http://www.flaginstitute.org/index.php?location=7>. Il capo vessillologo del *Flag Institute* britannico afferma che san Patrizio, non avendo subito il martirio, non aveva una croce e che la decusse rossa in campo bianco era in realtà l'emblema dei Fitzgerald, potente famiglia irlandese. I Fitzgerald provenivano dal Galles, ma erano di origine normanna e parte della *Protestant Ascendancy* che dominava l'isola. Maurice Fitzgerald, capostipite della famiglia e primo ad arrivare in Irlanda, sbarcò sull'isola nel 1169 durante la prima invasione normanna. Gerald of Wales, nipote di Maurice, raccontò nella sua opera *Expugnatio Hibernica* del 1189 l'arrivo di Enrico II e dei normanni sull'isola. Giraldus Cambrensis, *The English conquest of Ireland* cit.

[17] V. Bogdanor, *Devolution in the United Kingdom*, Oxford, Oxford University Press, 1999, pp. 19-54.

[18] A. Bettoni, *Norme centrali e implementazione locale nel Regno Unito: il caso della* Home Rule *in Irlanda del Nord*, in F. Colao, L. Lacchè, C. Storti, C. Valsecchi (a cura di), *Perpetue appendici e co-*

dicilli alle leggi italiane, Macerata, eum, 2011, pp. 331-372, in part. p. 333. Relativamente alle norme emanate in Irlanda per far fronte all'emergenza durante il XIX secolo, una loro sintesi efficace può essere reperita in R. Martucci, *Emergenza e tutela dell'ordine pubblico nell'Italia liberale*, Bologna, Il Mulino, 1980, pp. 62-63.

[19] Copia del testo originale è reperibile online all'indirizzo <http://treaty.nationalarchives.ie/document-gallery/anglo-irish-treaty-6-december-1921/>. I *National Archives of Ireland* hanno realizzato una mostra online del trattato, dei documenti e delle persone ad esso collegati, per celebrare il novantesimo anniversario della sua firma.

[20] C. Campbell, *Emergency law in Ireland, 1918-1925*, Oxford, Clarendon Press, 1994, pp. 150 ss.

[21] A. Quekett, *The Constitution of Northern Ireland*, Belfast, His Majesty's Stationery Office, 1933, part II, chapter 2, pp. 63-165.

[22] PRONI (Public Record Office Northern Ireland), microfilm 523, reel 2, HO 267/9, fogli 20-31.

[23] Quekett, *The Constitution of Northern Ireland* cit., part II, chapter 3, pp. 195-230.

[24] Art. 12 di *The Irish Free State (Agreement) Act* del 31 marzo 1922 e art. 1 di *The Irish Free State (Consequential Provisions) Act* del 5 dicembre 1922.

[25] Quekett, *The Constitution of Northern Ireland* cit., part II, chapter 2, section 12, nota 1, p. 170; chapter 3, section 1, nota 1, p. 196.

[26] Bettoni, *Norme centrali e implementazione locale nel Regno Unito* cit., pp. 345-346.

[27] N. Mansergh, *The government of Northern Ireland. A study in devolution*, London, George Allen & Unwin Ltd., 1936, p. 288. Sul punto si veda anche Bettoni, *Norme centrali e implementazione locale nel Regno Unito* cit.

[28] Il fatto viene menzionato in una lettera facente parte del carteggio per la costituzione dell'Ufficio del Catasto a Belfast: PRONI, microfilm 523, reel 2, HO 267/13, foglio 114.

[29] *1927 Royal and Parliamentary Titles Act, Chapter 4, 17 & 18 George 5*.

[30] R. Ramsay, *Kitson, Kincora and counter-insurgency in Northern Ireland*, in «Lobster. Intelligence, Parapolitics, State research», X, 1985, pp. 3-18, citazione a p. 7, si veda anche nota 8. Sul punto si suggerisce la lettura di: D. Hallas, *Britain's oldest colony. A history of famine, brutality … and heroism*, in «Socialist Worker», 137, 11 September 1969; L. de Paor, *Origins of the deep division*, in «The Irish Times», Wednesday January 24 1973, p. 12; Id., *Examining the "Ulster" myth*, in «The Irish Times», Wednesday February 14 1973, p. 10.

[31] The National Archives, Kew, FLO/33/1464, p. 3: *meaning of "colony or foreign dominion of the Crown" in Habeas Corpus Act 1862 (c. 20)*.

[32] *The Future of Northern Ireland: A Paper for Discussion*, London, Her Majesty's Stationary Office, 1972, paragraph 79; *Northern Ireland constitutional proposals*, London, Her Majesty's Stationary Office, 1973, part 6, paragraph 116.

[33] B. Faulkner, *Memoires of a Statesman*, London Weidenfeld & Nicolson, 1978, p. 157.

[34] Bogdanor, *Devolution in the United Kingdom* cit., p. 28.

[35] Ivi, pp. 290-292.

[36] Ivi, pp. 290-291. L'Autore cita qui un principio affermato da K.C. Wheare nel suo *Federal Government*, London, Oxford University Press, 1946.

[37] Il governo devoluto venne poi ripristinato in Irlanda del nord con il *Northern Ireland Act 1998*. Sul punto, si veda V. Bogdanor, *An introduction to devolution in the UK*, London, House of Commons, Research paper 03/84, 17 November 2003, p. 3.

[38] W. Beattie Smith, *The British State and the Northern Ireland crisis 1969-73. From violence to power sharing*, Washington DC, United States Institute of Peace Press, 2011, p. 197.

[39] PRONI, DEFE 24/882.

[40] T. Hadden, K. Boyle, P. Hillyard, *Ten years on in Northern Ireland: the legal control of political violence*, London, Cobden Trust, 1980, pp. 24-25; L.K. Donohue, *Counter-terrorist law and emergency powers in the United Kingdom 1922-2000*, Dublin, Irish Academic Press, 2001, pp. 117 ss.

[41] K. McEvoy, *Paramilitary imprisonment in Northern Ireland: resistance, management, and release*, Oxford, Oxford University Press, 2001, p. 204. F. Ní Aoláin (*The politics of force: conflict management and state violence in Northern Ireland*, Belfast, Blackstaff Press, 2000, pp. 27-28) afferma che la fase di militarizzazione in Irlanda del nord terminò nel 1974, mentre C. Campbell, I. Connolly (*A model for the "War against terrorism"? Military intervention in Northern Ireland and the 1970 Falls curfew*, in «Journal of Law and Society», XXX, n. 3, 2003, pp. 341-375) affermano che la fase di militarizzazione terminò nel 1976 (ivi, p. 343).

[42] Come affermato dallo stesso Generale Frank Kitson nel Report of the Bloody Sunday Inquiry di Lord Saville, in <http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20101103103930/http://report.bloody-sunday-inquiry.org/evidence-index/>; J. McGuffin, *The Guineapigs*, London, Penguin books, 1974, chap. 9. Il Generale Kitson è una figura controversa nella storia dei *Troubles*: alcuni infatti non gli riconoscono il ruolo centrale attribuitogli da altri. Si vedano per esempio: R. Evelegh, *Peace keeping in a democratic society*, London, C. Hurst & Co., 1978; R. Faligot, *The Kitson experiment*, London, 1983; Ramsay, *Kitson, Kincora and counter-insurgency* cit.; K. Lawrence, *The new State repression*, in «Covert Action Information Bullettin», Summer, 1985.

[43] F. Kitson, *Low intensity operations.*

Subversion, insurgency, peace-keeping, London, Faber and Faber, 1971, p. 3. «Subversion … will be held to mean all illegal measures short of the use of armed force taken by one section of the people of a country to overthrow those governing the country at the time, or to force them to do things which they do not want to do. It can involve the use of political and economic pressure, strikes, protest marches, and propaganda, and can also include the use of small-scale violence for the purpose of coercing recalcitrant members of the population into giving support. Insurgency will be held to cover the use of armed force by a section of the people against the government for the purposes mentioned above. This would seem to be the sense in which the terms are understood by British authorities».

44 R. Thompson, *Defeating communist insurgency: experiences from Malaya and Vietnam*, London, Chatto and Windus, 1967, p. 28.

45 McGuffin, *The Guineapigs* cit., capp. 1 e 9.

46 Sul necessario bilanciamento fra la costituzione come garanzia di libertà, e diritti e norme di eccezione volte a garantire la sicurezza di uno Stato, si veda: G. Di Cosimo, *Costituzione ed emergenza terroristica*, in M. Meccarelli, P. Palchetti, C. Sotis (a cura di), *Le regole dell'eccezione. Un dialogo interdisciplinare a partire dalla questione del terrorismo*, Macerata, eum, 2011, pp. 323-336.

47 Sul tema si veda: A. Masferrer, *Legislación anti-terrorista, Estado de derecho y derechos fundamentales: una aproximación a los límites del Estado en el constitucionalismo moderno*, in A. Masferrer (Ed.), *Estado de derecho y derechos fundamentales en la lucha contra el terrorismo. Una aproximación multidisciplinar histórica, jurídico-comparada, filosófica y económica*, Cizur Menor, Editorial Aranzadi SA, 2011, pp. 191-254.

48 Ní Aoláin, *The politics of force* cit., p. 18.

49 A. Alcock, *From conflict to agreement in Northern Ireland: lessons from Europe*, in J. McGarry (Ed.), *Northern Ireland and the divided world. Post Agreement Northern Ireland in comparative perspective*, Oxford, Oxford University Press, 2001, pp. 159-180, in part. p. 160.

50 Ní Aoláin, *The politics of force* cit., p. 20.

51 T. Hadden, K. Boyle, P. Hillyard, *Law and State: the case of Northern Ireland*, London, Robertson, 1975, p. 7.

52 G. Neppi Modona (*Principio di legalità e giustizia penale nel periodo fascista*, in «Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno», XXXVII, 2007, pp. 983-1005), riferendosi al fascismo, sostiene che in un regime nel quale non vi sia più confronto parlamentare tra maggioranza e opposizione, il principio di legalità assuma una veste del tutto formale, cioè si limiti ad affermare la necessaria presenza di una legge prima che si possa applicare una pena, ma prescinda da qualunque controllo sul contenuto sostanziale della legge da applicare. Sembra che lo stesso possa dirsi della *Rule of Law* in Irlanda del nord.

53 P.P. Craig, *Formal and substantive conceptions of the rule of law: an analytical framework*, in «Public Law», 1997, pp. 467-487.

54 Donohue, *Counter-terrorist law and emergency powers* cit., pp. 127, 154.

55 Quekett, *The Constitution of Northern Ireland* cit., part II, chap. 1, sect. 4, p. 7.

56 Campbell, *Emergency law in Ireland* cit., p. 273; Donohue, *Counter-terrorist law and emergency powers* cit., pp. xx-xxi.

57 Ivi, pp. 276, 313-315; Donohue, *Counter-terrorist law and emergency powers* cit., p. xxi.

58 *Civil Authorities (Special Powers) Act Northern Ireland 1922*, section 10, sub-paragraph a.

59 Ivi, schedule, section 1.

60 Ivi, schedule, section 2, sub-paragraph 1.

61 Ivi, schedule, section 3, sub-paragraph 1.

62 Ivi, schedule, section 3, sub-paragraph 4.

63 Ivi, schedule, section 4.

64 Ivi, schedule, section 7.

65 Ivi, schedule, section 8.

66 Ivi, section 7.

67 Campbell, *Emergency law in Ireland* cit., pp. 288-308.

68 *Civil Authorities (Special Powers) Act Northern Ireland 1922*, section 12.

69 Campbell, *Emergency law in Ireland* cit., pp. 276 ss.; Donohue, *Counter-terrorist law and emergency powers* cit., p. xxi.

70 Hadden, Boyle, Hillyard, *Ten years on in Northern Ireland* cit., p. 15: «In the 1960s the leaders of the Republican movement abandoned the strategy of pursuing their objectives by military force and joined in the general campaign for civil rights and social justice within Northern Ireland». Si veda anche Ní Aoláin, *The politics of force* cit., pp. 22-23.

71 Hadden, Boyle, Hillyard, *Law and State* cit., p. 8: «[…] the right to participate in the election of central and local government through a scrupulously fair electoral system; the right to pursue legitimate political and social objectives without interference from government; the right to share equitably in the allocation of State resources; and the right to freedom from arbitrary arrest and detention».

72 Iid., *Ten years on in Northern Ireland* cit., pp. 25-26: «The principal mechanisms were regular house searches and head counts, frequent arrest and 'screening' of those who might be likely to become involved, and the interrogation in depth of selected suspects».

73 Campbell, Connolly, *A model for the 'War against terrorism'?* cit., pp. 352 ss.; M.J. McCleery, *Debunking the myths of Operation Demetrius: the introduction of in-*

ternment in Northern Ireland in 1971, in «Irish Political Studies», XXVII, n. 3, 2012, pp. 411-430, in part. p. 412; Donohue, *Counter-terrorist law and emergency powers* cit., pp. 63-64.

74 Campbell, Connolly, *A model for the 'War against terrorism'?* cit., p. 355.

75 PRONI, HA/32/3/3, *conclusions of a meeting of the Joint Security Committee held on Saturday 4 July 1970 at Stormont Castle at 11:30 am.* pp. 2-3.

76 Campbell, Connolly, *A model for the 'War against terrorism'?* cit., pp. 341-375, p. 370.

77 L'opportunità di tale estensione venne a lungo dibattuta fra le autorità civili nordirlandesi e l'*Home Office* britannico. PRONI, CJ 4/56 99314.

78 Hadden, Boyle, Hillyard, *Ten years on in Northern Ireland* cit., p. 24; Donohue, *Counter-terrorist law and emergency powers* cit., p. 118; Beattie Smith, *The British State and the Northern Ireland crisis* cit., pp. 113-157.

79 McCleery, *Debunking the myths of Operation Demetrius* cit., p. 423.

80 Ivi, p. 414.

81 PRONI, CAB/4/1607/19: *Note of a meeting held at Chequers, Buckinghamshire, England (country residence of the British Prime Minister), Thursday 19 August 1971*; si veda anche: PRONI, CAB/4 /1610 /12.

82 McCleery, *Debunking the myths of Operation Demetrius* cit., p. 414.

83 PRONI, CAB/4/1610/12: *Conclusion of a meeting of the Cabinet held at 2:15pm on Friday 20 August 1971 in Stormont Castle*, p. 4: «[…] the Minister of State at the Ministry of Home Affairs suggested that, in view of the criticism that the application of detention was one-sided, it might be made known that one or two Protestants were among those arrested for suspected IRA activities».

84 Su *Operation Demetrius* si vedano: M. Fernandez Rodriguez, *Respuesta legislativa de las democracias occidentales al terrorismo: los casos británico, italiano y alemán (1970-1990)*, in Masferrer (ed.), *Estado de Derecho y derechos fundamentales* cit., pp. 435-461; McCleery, *Debunking the myths of Operation Demetrius* cit.; J. McGuffin, *Internment*, London, Anvil Books Ltd., 1973, pp. 228.

85 Donohue, *Counter-terrorist law and emergency powers* cit., pp. 117-121.

86 Ivi, pp. 121-122. Case *Regina (Hume and others)* v. *Londonderry Justices*, 23rd February 1972. La causa era successiva all'episodio del *Bloody Sunday* a Derry. Vedi inoltre Ní Aoláin, *The politics of force* cit., pp. 30-31, 40.

87 Donohue, *Counter-terrorist law and emergency powers* cit., p. 122: «[…] established a legal framework for the use of the army, but […] retrospectively legalised all security force actions since the army was first deployed in 1969».

88 PRONI, CAB/4/1646/16: *supplementary notes of Cabinet discussion on Tuesday 21 March 1972*, p. 2.

89 PRONI, CAB/4/1647/14: *main points made by Mr. Heath at the Downing street meeting on 22 March 1972 about the Northern Ireland situation*.

90 PRONI, CAB/4/1647/13: *later statements by Mr. Heath in the course of the discussion in which he defined the United Kingdom government's ideas, 22 March 1972*, p. 1.

91 Ivi, p. 2.

92 *Ibidem*.

93 Beattie Smith, *The British State and the Northern Ireland crisis* cit., pp. 165-239.

94 Donohue, *Counter-terrorist law and emergency powers* cit., p. 122.

95 McEvoy, *Paramilitary imprisonment in Northern Ireland* cit., p. 216; Ní Aoláin, *The politics of force* cit., p. 232.

96 McEvoy, *Paramilitary imprisonment in Northern Ireland* cit., p. 217.

97 Ivi, pp. 216-220.

98 Donohue, *Counter-terrorist law and emergency powers* cit., p. 127.

99 *Northern Ireland (Emergency Provisions) Act 1973*, section 30, paragraph 2.

100 Donohue, *Counter-terrorist law and emergency powers* cit., p. 154.

101 Ní Aoláin, *The politics of force* cit., p. 46.

102 C. Campbell, F. Ni Aolain, *Special courts, political violence and the law: empirical research in the State of exception*, in «Social Science Research Network», <http://ssrn.com/abstract=1615383>, 25 May 2010; McEvoy, *Paramilitary imprisonment in Northern Ireland* cit., pp. 220-226; J.D. Jackson, S. Doran, *Conventional trials in unconventional times: the Diplock court experience*, in «Criminal Law Forum», IV, n. 3, 1993, pp. 503-520; P. Hillyard, K. Boyle, *The Diplock court strategy: some reflections on law and the politics of law*, in M. Kelly, L. O'Dowd, J. Wickham (Eds.), *Power, conflict and inequality*, Dublin, Talbot Press, 1982.

103 Donohue, *Counter-terrorist law and emergency powers* cit., pp. 123-124.

104 Sul punto si veda nota 57.

105 PRONI, CAB 4/1535/18: *conclusion of a meeting of the Cabinet held at Stormont Castle on Monday, 20 July 1970 at 3:00 pm*, p. 2.

106 Hadden, Boyle, Hillyard, *Ten years on in Northern Ireland* cit., pp. 59-62; Hadden, Boyle, Hillyard, *Law and State* cit., pp. 96-111.

107 C. Carlton, *Judging without consensus: the Diplock Courts in Northern Ireland*, in «Law & Policy», III, n. 2, 1981, pp. 225-242.

108 I dati sono indicati nel sito web *Conflict Archive on the INternet* (CAIN), <http://cain.ulst.ac.uk/events/intern/sum.htm>.

109 Sulla necessità di tornare ai tribunali con giuria in Irlanda del nord, si veda: S.C. Greer, A. White, *Abolishing the Diplock Courts: the case for restoring jury trial to scheduled offences in Northern Ireland*, London, Cobden Trust, 1986, pp. 133. Le *Diplock Courts* verranno abolite nel luglio 2007 con il *Justice and Security (North-*

ern Ireland) Act 2007. Tribunali senza giuria continuano ad operare nel Regno Unito in casi eccezionali.

[110] Si veda nota 41.

[111] Ní Aoláin, *The politics of force* cit., pp. 28-29.

[112] Hadden, Boyle, Hillyard, *Ten years on in Northern Ireland* cit., pp. 31-32.

[113] Ní Aoláin, *The politics of force* cit., p. 28.

[114] *Ibidem*. Sul punto si veda anche McEvoy, *Paramilitary imprisonment in Northern Ireland* cit., pp. 228-232.

[115] Ní Aoláin, *The politics of force* cit., p. 45.

[116] Kitson, *Low intensity operations* cit.

[117] Ní Aoláin, *The politics of force* cit., p. 45.

[118] McEvoy, *Paramilitary imprisonment in Northern Ireland* cit., pp. 232-234.

[119] Donohue, *Counter-terrorist law and emergency powers* cit., pp. 171-173; McEvoy, *Paramilitary imprisonment in Northern Ireland* cit., pp. 235-236.

[120] Donohue, *Counter-terrorist law and emergency powers* cit., p. 173.

[121] Ivi, p. 175.

[122] Ivi, p. 176.

[123] Ní Aoláin, *The politics of force* cit., pp. 57-58; McEvoy, *Paramilitary imprisonment in Northern Ireland* cit., pp. 72-105.

[124] McEvoy, *Paramilitary imprisonment in Northern Ireland* cit., pp. 72-78.

[125] Donohue, *Counter-terrorist law and emergency powers* cit., p. 175; McEvoy, *Paramilitary imprisonment in Northern Ireland* cit., p. 97.

[126] B. O'Brien, *The long war. The IRA and Sinn Féin, from armed struggle to peace talks*, Dublin, O'Brien Press Ltd., 1999, p. 23. L'Autore fa riferimento al *Green Book* nel quale venne fissata la strategia dell'IRA: *Handbook for volunteers of the Irish Republican Army. Notes on guerrilla warfare*, 1956, in <http://ebookbrowse.com/ira-volunteers-handbook-notes-on-guerrilla-warfare-pdf-d344224918>; *Irish Republican Army "Green book"*, 1977, volumes I & II, in <http://www.scribd.com/doc/15914572/IRA-Green-Book-Volumes-1-and-2>.

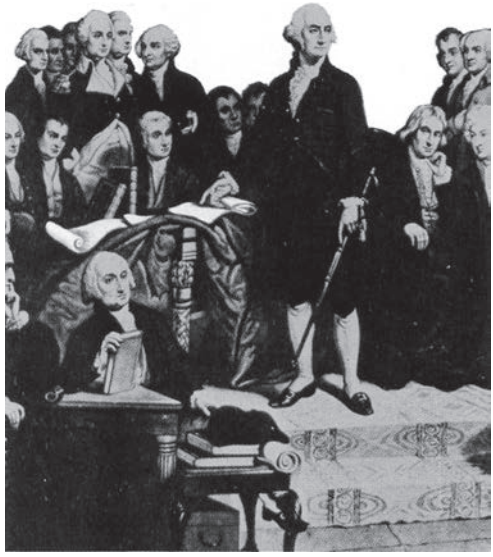
[127] Donohue, *Counter-terrorist law and emergency powers* cit., p. 116.

[128] J. McGarry, *Introduction*, in Id. (ed.), *Northern Ireland and the divided world* cit., p. 8.

[129] Alcock, *From conflict to agreement in Northern Ireland* cit., pp. 163-164.

[130] McGarry, *Introduction* cit., p. 8. Sul punto si veda anche Ohlmeyer, *A laboratory for Empire?* cit., p. 27.

[131] Alcock, *From conflict to agreement in Northern Ireland* cit., pp. 170-171.



Sovranità e leggi fondamentali: alla ricerca di una dimensione costituzionale nell'Europa moderna (secc. XV-XVIII)*

ELIO TAVILLA

La complessità del tema che propongo in questo breve saggio rischia di assumere i termini di un esercizio di ambizione. Proverò comunque ad affrontare la sfida, imponendomi una linea espositiva che eviti di farsi risucchiare dai potenti vortici della filosofia e della storia politica, non perché da esse non si debba attingere preziosi e irrinunciabili elementi di riflessione, quanto perché qui e in questa sede è della dimensione schiettamente giuridica che intendo dar conto. Dimensione costituzionale come dimensione, appunto, schiettamente giuridica.

Di questa dimensione, inoltre, sono costretto a dichiarare *in limine* una difficoltà di messa a fuoco, dovuta alla poliedricità del contesto europeo di riferimento, alla sua inidoneità ad essere compreso sotto comode etichette omologanti, al fluttuare di un linguaggio giuridico colto nella sua fase nascente. Anche per questo, oltre che per il raggio d'ampiezza di questa sintesi, non ho potuto tener conto del repubblicanesimo, che pure in alcune aree, come quella italiana, ha fatto emergere esperienze di altissimo profilo, alcune delle quali (a Venezia e a Genova soprattutto[1]) hanno costituito fonte di ispirazione per alcuni autori, primo tra tutti Montesquieu.

Insomma, di questa dimensione costituzionale, piuttosto che cogliere la rotonda consistenza, non è possibile fare altro che andare alla ricerca. Ed è quanto tenterò di fare nel circoscritto spazio delle poche pagine che seguono.

Il primo, ineludibile punto di partenza è quello relativo alla formazione del cosiddetto Stato moderno e alla individuazione dei suoi elementi qualificanti. Non è certo possibile in questa sede riassumere il dibattito storiografico che, almeno a partire dagli anni Settanta del secolo scorso, ha contribuito a ridimensionare fortemente le categorie giuspubblicistiche nell'interpretazione delle dinamiche politiche delle società rinascimentali e d'antico regime: basti ricordare almeno le pagine di Giorgio Chittolini[2]. La tradizionale lettura oggettivante ed attualizzante dei processi di

formazione dello Stato moderno ha lasciato il passo ad uno sguardo più problematico, aperto alla valorizzazione di una policentricità caratterizzante gli assetti politici e le realtà istituzionali dell'età moderna. Dopo la faticosa metabolizzazione delle ricerche di Otto Brunner[3], gli studiosi preferiscono ora parlare di Stato per ceti[4], contrassegnato – per usare appunto le parole di Chittolini – «da un forte pluralismo di corpi, ceti e centri politici all'interno dello Stato stesso, titolari ognuno di autorità e di poteri»[5]: si tratterebbe quindi di «un sistema di istituzioni, di poteri e di pratiche [...] che risultano fra loro intimamente legati e complementari, in un nesso difficilmente districabile, in un'unitaria *Verfassung*...»[6].

Dar credito a questa ipotesi interpretativa costringe però a sciogliere preliminarmente l'altro nodo che comunemente si accompagna al dibattito storiografico sullo Stato moderno: quello relativo alla natura centralistica di quel modello di Stato o, piuttosto, alla 'assolutezza' dei poteri sovrani emergenti da quella costruzione a partire dal sec. XVI[7]. È ovvio ritenere che lo Stato per ceti si atteggi a qualcosa di nettamente confliggente con l'identità dello Stato assoluto o, per meglio dire, con quelle qualità di fondo che finora all'etichetta di Stato assoluto era parso naturale associare. In realtà, le più aggiornate interpretazioni storiografiche, dopo aver contestato l'affidabilità di una caratterizzazione assolutista dello Stato moderno, fondata più che altro sulle costruzioni dei teorici della politica dei secoli XVI e XVII, hanno provveduto, più che a ripudiare la categoria dello Stato assoluto, a ridisegnarne le coordinate sulla base dei concreti rapporti giuridici operanti all'epoca. La 'assolutezza' dello Stato o, più correttamente, della sovranità principesca appare oggi come un programma politico di trasformazione di alcuni tra i fondamenti del potere politico ereditati dal medioevo, programma che, in quanto tale, non va a sua volta – mi si scusi il *calembour* – assolutizzato, ma recepito nella sua più autentica natura, vale a dire come un deciso indirizzo di governo, costretto comunque a fare i conti con la complessa rete di corpi sociali e di realtà territoriali portatori di interessi e di norme autoprodotte concorrenti o addirittura contrastanti l'istanza accentratrice – in ciò consiste in ultima analisi la formula assolutista – dei sovrani delle grandi monarchie europee[8].

Se vogliamo accogliere questo quadro – ed io credo che esso vada senz'altro accolto –, tornano utili gli elementi di riflessione avanzati da Maurizio Fioravanti, il quale ritiene che in tutta l'età moderna lo Stato giurisdizionale non sia mai completamente tramontato, ma piuttosto abbia subìto un processo di trasformazione che ha segnato il passaggio da una signoria territoriale impegnata a razionalizzare poteri e diritti ad una forma di governo 'sovrana' e 'assoluta' nel duplice senso *a*) dell'affermazione di una strategia di concentrazione di poteri presso la figura del monarca e del suo entourage, *b*) della compressione – ma mai dell'abolizione totale – delle prerogative 'plurali' dei ceti e dei territori, secondo regole condivise e, in certi casi, scritte[9]. È quindi possibile affermare, come appunto fa Fioravanti, che «il crollo definitivo dello Stato giurisdizionale deve essere spostato in avanti, al tempo della rivoluzione»[10].

Rafforzano questa interpretazione le lucidissime notazioni offerte da Luca Mannori nelle pagine iniziali della *Storia del diritto amministrativo*, scritta insieme a Bernardo Sordi[11]. In piena sintonia con quanto

affermato da Fioravanti, Mannori parla di «un lungo 'antico regime'», identificato con uno spazio politico, almeno sino alla grande cesura del 1789, «strutturalmente composito e affollato», avvertendo come questo pluralismo dei poteri, in passato considerato «quasi un dato residuale, se non proprio patologico, dello scenario istituzionale premoderno», sia invece da individuare come «il pilastro dell'unico ordine costituzionale da tutti riconosciuto»[12]. Ora, se è vero che l'ordinamento era contraddistinto dalla compresenza di protagonisti diversi per origine e provenienza (ceti, corporazioni, ordini privilegiati, città, territori, feudi ecc.), è naturale individuare la fonte di legittimazione del potere, nonché il suo ambito concreto di operatività, nella mediazione, e in particolare in quella forma di mediazione specifica che è la giurisdizione.

Lo Stato assoluto non deve sparire per questo dal nostro lessico, ma assunto, come poc'anzi detto, in un'accezione complessa e problematica che, forse, meriterebbe di essere declinata anch'essa al plurale: non un modello astratto e teorico di Stato assoluto, ma tanti Stati assoluti quanti se ne profilarono nel mosso contesto europeo d'età moderna. Le diverse modalità programmatiche di accentramento degli Stati assoluti europei ebbero quale eminente obiettivo comune quello di disciplinare e di rendere coerenti al rafforzamento della sovranità principesca i ceti e le comunità di tradizione medievale, i quali, a loro volta, si attivarono per individuare gli strumenti giuridici più idonei alla conservazione delle proprie *libertates* e all'arginamento dei poteri sovrani.

La potestà sovrana continuerà ad essere fondata sull'esercizio della *iurisdictio*, orientata verso i due tradizionali poli, quello della giustizia assicurata mediante pronunce giurisdizionali e quello della normativa – dichiarativa e integrativa, ma anche, se del caso, derogatoria – intesa a rendere più efficace la tutela degli ordinamenti vigenti. Accanto alla *iurisdictio*, assumerà sempre più rilievo anche l'altra leva della sovranità, quella del *gubernaculum*, vale a dire il potere discrezionale, non giurisdizionale né legislativo, dell'attività politica, tipicamente rappresentato dai rapporti con l'estero.

È il caso qui di ricordare come la *summa divisio* tra *iurisdictio* e *gubernaculum* fosse stata introdotta nel sec. XIII dall'Henry Bracton del *De legibus et consuetudinibus Angliae*, e come poi fosse stata ripresa e diffusa, sempre in Inghilterra, ma nei primi anni del Seicento, da Alberico Gentili nelle sue tre "dispute" *De Potestate regis absoluta*. Il Gentili, per rendere la sovranità compatibile con il patrimonio consuetudinario vigente, aveva ritenuto opportuno, sulla scorta dell'autorità di Baldo, distinguere a sua volta una potestà regia di natura 'assoluta' ed un'altra, parallela, di natura 'ordinaria':

> Atque absoluta potestas est plenitudo potestatis. Est arbitrio plenitudo, nulli vel necessitati vel iuris publici regulis subiecta, quod ex Baldo acceptum dicunt alii, est potestas extraordinaria et libera, est illa quam in Anglia significamus nomine *regiae Praerogativae*. Atque sic interpretes iuris communiter scribunt, esse in principe potestatem duplicem, ordinariam adstrictam legibus, et absoluta definiunt, secundum quam potest ille tollerare ius alienum, etiam magnum, sine causa[13].

Lo *ius alienum sine causa* di cui parla Gentili, quel diritto estraneo alle consuetudini operanti nel territorio a cui il sovrano può ricorrere *sine causa* – una *causa* legittima sarebbe potuta consistere, tipicamen-

Riunione del Senato della Repubblica di Venezia

te, nella tutela dell'ordinamento vigente –, pone sul tappeto uno dei temi dominanti non soltanto dell'agone dottrinale, ma anche del concreto intrecciarsi dei rapporti di forza tra gli attori politici in campo: ci riferiamo al potere legislativo del sovrano, che tra fine Cinquecento e primo Seicento, soprattutto in area francese ed inglese, tende ad emanciparsi dalla sua tradizionale finalità di garanzia degli *iura* riconducibili a corpi e territori, per assurgere invece a tratto qualificante della sovranità. La *potestas condendi leges*, ormai slegata al suo medievale ancoraggio imperiale, assume i contorni dell'assolutezza e, come tale, definisce la natura intrinseca della sovranità[14]. Michael Stolleis l'ha scritto con estrema chiarezza: «Uno dei problemi centrali della storia del diritto e della storia costituzionale è quello del rapporto che sussiste tra *legislazione* e *nascita dello stato moderno*»[15].

È nell'ambito di tale rapporto, tutt'altro che lineare, che si sviluppa una nutrita letteratura politico-giuridica incentrata sul tema della sovranità, al quale si accompagna regolarmente il tema della "ragion di stato" – il fattore legittimante delle prerogative principesche in sostituzione di quel-

lo, medievale, della *iusta causa* –, insieme all'altro delle *leges fundamentales*. Con tale espressione si designava quell'insieme di norme dell'ordinamento attinenti ad un certo corpo politico, nel caso specifico alla monarchia: a fronte di una *lex regia* (Inst.1.2.6 e D.1.4.1) che ne ipostatizzava la *plenitudo potestatis*, le leggi fondamentali si articolavano in quelle di diritto divino – il diritto naturale che dettava regole insuperabili anche dall'autorità regia – e in quelle di diritto umano, le quali regolavano principalmente la successione al trono, la cessione del patrimonio regio, l'indivisibilità territoriale, ecc.

L'espressione *leges fundamentales* sembra essere stata usata per la prima volta dall'avvocato ed ex parlamentare ugonotto Innocent Gentillet in un'opera che si segnala tra quelle più esplicitamente orientate ad avversare l'interpretazione machiavellica della ragion di stato quale legittimazione dell'arbitrio sovrano[16]: *Discours sur les moyens de bien gouverner et maintenir en bonne paix un Royaume … contre Nicolas Machiavel Florentin*[17]. In quel testo erano qualificate come leggi fondamentali la *Loy Salique*[18] o «la Loy, par laquelle les terres et provinces unies à la Couronne de France sont inalienables»[19] o, ancora, assai significativamente, l'autorità degli Stati Generali, definita come «la seconde colomne sur laquelle le Royaume est fondé»[20]. Su tali premesse Gentillet poteva affermare che «le Prince ne peut abolir les loix fondamentales de sa Principauté… Car, si un Prince avoit pouvoir d'abbatre les fondamens de sa Principauté, il s'abbatroit et ruineroit soy-mesme, et son estat ne dureroit point»[21].

La storiografia, specie quella tedesca, ha da tempo insistito sulla centralità delle leggi fondamentali nella individuazione delle origini dello Stato moderno e del suo fondamento costitutivo oltre che, appunto, 'costituzionale': penso in particolare a Johannes Kunisch[22], Harro Höpfl[23], e, soprattutto, a Heinz Monhaupt[24]. Ancor più netto l'assunto di José Maria Maravall, il quale pone proprio le *leges fundamentales* a baricentro della cosiddetta monarchia assoluta: «Non solo è inammissibile affermare che "dove c'è una legge fondamentale non ci può essere monarchia assoluta"; di fatto la monarchia assoluta, sin dal suo inizio, fu il regime stesso della legge fondamentale»[25]. Come bene ha scritto del resto anche Italo Birocchi, tali norme, «insieme al complesso delle leggi divine e naturali, costituivano un limite al potere assoluto e, nella loro origine pratico-consuetudinaria, un segno di partecipazione dei ceti alla vita dello Stato e una sorta di "costituzione" d'Antico Regime»[26].

Ecco un dato che occorre debitamente evidenziare: le leggi fondamentali, al di là dell'indagine circa la loro sostanza e consistenza, si pongono subito e chiaramente quali fattori di limite al potere sovrano, e ciò è tanto più giuridicamente significativo in quanto esse emergono in una contingenza storica in cui in Europa si tenta di praticare una via 'assolutista' per l'esercizio della sovranità.

Gli antagonisti del progetto accentratore vanno generalmente identificati con quei corpi, con quei ceti e con i rappresentanti di quei territori che, in quanto titolari di *libertates* e di *privilegia* radicati nel tempo, avvertono di quel progetto la carica 'eversiva' e distruttiva degli assetti ereditati dal medioevo, ora coltivati come elementi identitari di gruppi sociali e di aree geopolitiche. È giocoforza individuare nelle

assemblee – con qualunque termine esse furono chiamate: parlamenti, stati generali, *cortes*, diete, *Landtage* ecc. – le istituzioni che assunsero valenza 'costituzionale' nell'esercizio dell'antagonismo di cui si è detto e che si adoperarono, direttamente attraverso la dialettica politica o indirettamente attraverso la produzione di una specifica letteratura, per l'elaborazione e per la diffusione di argomenti giuridici finalizzati alla tutela delle antiche consuetudini, usati – o piuttosto riusati – come capisaldi di tutela degli ordinamenti vigenti messi in pericolo della trasmutazione genetica della sovranità.

Prima di tentare di mettere a fuoco il rapporto tra sovrani e assemblee parlamentari, occorre però far cenno ad un altro decisivo versante giuridico. Finora abbiamo rivolto l'attenzione al valore costituzionale delle *leges fundamentales*, che tendono a proporsi, pur nella loro articolata composizione, come un complesso unitario. Esistono però anche altre fonti giuridiche a cui dare altrettale valore costituzionale: i patti giurati di governo o di signoria (*Herrschaftsverträge*) e i capitoli elettivi e di assoggettamento (*Wahlkapitulationen*), comunque venissero chiamati a seconda delle aree e delle finalità, fecero emergere una componente pattizia del rapporto tra sovrano e popolo – a cui non era ovviamente estranea una valenza feudale –, tale da non costituire soltanto un ulteriore limite alle prerogative principesche, bensì anche da incoraggiare un'interpretazione contrattuale del momento costitutivo dello Stato e dei suoi poteri – che è appunto quanto farà un robusto filone del giusnaturalismo sei e settecentesco[27]. In alcune aree geopolitiche europee tali patti rappresentarono un elemento per così dire consueto di definizione dei rapporti tra sovrano e rappresentanti dei territori: si pensi alla prassi delle capitolazioni elettorali dell'area tedesca – se ne contano ben 16 tra il 1519 (anno di assunzione di Carlo V d'Asburgo al soglio imperiale) ed il 1792 –, quelle convenzioni con cui l'imperatore, individuato dal voto degli elettori, accettava, prima dell'incoronazione, alcune condizioni postegli come norma (e limite) al suo governo, normalmente affermanti o confermanti le prerogative sovrane (soprattutto quelle di natura legislativa) e per contro le libertà e i privilegi dei prìncipi elettori e dei ceti.

Altrove invece, come in Spagna, il fattore pattizio aveva impregnato profondamente la prassi legislativa dei sovrani: i ceti dell'area iberica, gli *estamentos*, erano stati in grado di avviare con la monarchia una prassi di governo caratterizzata dalla condivisione dell'atto normativo (leggi 'pazionate'[28]), che non venne meno neppure di fronte alle più decise iniziative dei re spagnoli per affermarsi quali entità politica 'assolute'.

Potremmo sintetizzare quanto fin qui detto mettendo plasticamente in scena i protagonisti dell'agone: da una parte il sovrano – assoluto nell'accezione di cui si è detto – e dall'altro i ceti e i territori, rappresentati dalle assemblee parlamentari. Il copione sulla base del quale si agitano parole e azioni è quello fornito dalle leggi fondamentali per un verso e dai patti giurati o dalle capitolazioni per l'altro, usati dalle assemblee in funzione di contenimento o, nei casi più gravi, di censura dei poteri del sovrano. Possiamo ancora una volta utilizzare le illuminanti parole di Stolleis, quando mette insieme leggi fondamentali e atti convenzionali in vista del ruolo giocato nell'età degli Stati assoluti: «le *Le-*

ges fundamentales sono [...] le *costituzioni* dell'*Ancien Régime*, la base del contratto tra sovrano e ceti, in virtù del fatto che esse regolavano la successione al trono, ed erano l'unico documento giuridico scritto – oltre ai patti e agli accordi stipulati secondo le esigenze del momento – a vincolare il principe, il quale sotto ogni altro aspetto può considerarsi *legibus solutus*. Ora», continua Stolleis, «quanto più si intensifica la concentrazione assoluta del potere, tanto più importanti diventano i limiti cui sottoporla, quali uniche garanzie rimaste per l'equilibrio dell'intera costruzione»[29]. Ecco quella «vera 'costituzione' dello Stato», evocata sino a tutto il Settecento, di cui parla anche Luca Mannori, «nel duplice senso di ciò che fonda lo spazio politico e di ciò che garantisce i suoi membri dagli abusi di chi lo governa»[30]. E con questo quadro appare coerente anche la perspicace notazione di Pietro Costa, che rileva come il costituzionalismo, pur modulato sotto diverse cronologie e declinazioni, può essere unitariamente considerato nella sua funzione ultima, quella «di teorizzare e di introdurre limiti al dispiegarsi di una suprema volontà decisionale»[31].

Che i parlamentari e i giuristi filoparlamentari siano ricorsi con decisione e forza alle leggi fondamentali e agli altri vincoli di carattere pattizio in funzione anti-assolutista è copiosamente attestato. Lo è anche in Francia, dove la monarchia compie il più massiccio e coerente sforzo –peraltro coronato da successo – di messa in opera di quel programma di accentramento in cui in buona sostanza far consistere, lo si è più volte detto, l'assolutismo monarchico. Quando nel 1519, nella sua *Monarchie de France*[32], il giurista e umanista savoiardo Claude de Seyssel si impegnava a sostenere le ragioni dell'assolutismo regio, lo faceva precisando i limiti dell'esercizio legittimo delle prerogative monarchiche: la *religio* (il diritto divino), la *iurisdictio* (esercitata dai *Parlements*) e la *politia* (quanto immutabilmente è *ad statum publicum regni ordinatum*)[33]. I Parlamenti francesi apparivano come le istituzioni giudiziarie radicate nel passato più risalente della storia della monarchia francese, tanto da essere indicati dal giurista e parlamentare Étienne Pasquier nelle sue *Recherches de la France*[34] come i migliori alleati del re, che ne potevano temere le censure solo nel caso malaugurato di travalicamento abusivo dei limiti 'costituzionali'. Del resto, i parlamenti, dotati di *iurisdictio*, erano naturalmente destinati a tutelare di più e meglio il patrimonio delle *coutumes* territoriali e le leggi fondamentali della monarchia di quanto non potessero fare gli *États Généraux*, troppo rapsodicamente riuniti.

Se tali precisazioni potevano comparire senza contraddizione nei testi di un sostenitore della monarchia come il Seyssel, che più che una assoluta ne tratteggiava una variante temperata – peraltro presto superata dai fatti –, a maggior ragione i dubbi sulla *plenitudo potestatis* vantata dai re francesi saranno agitati con maggiore intensità e vigore nei terribili anni delle guerre di religione. E in effetti proprio dai giuristi ugonotti verranno i maggiori attacchi al programma assolutista dei re francesi. Oltre a Jean de Coras, che lamentava come ormai il re francese non si ritenesse più vincolato alle capitolazioni e agli accordi con i sudditi[35], è inevitabile a questo punto ricordare la celeberrima *Franco-Gallia*[36] con cui l'ugonotto François Hotman contestava nel 1573 i caratteri dell'originarietà e dell'esclusività della *souveraineté*, proponendo

piuttosto una rivisitazione storica della genesi della monarchia che vedeva nel *populus* la sua fonte primaria e inaggirabile: il re, in tale ottica, diventava la riflessa personificazione politica del vero titolare della sovranità, che era e restava il popolo, il quale la esercitava attraverso gli Stati generali[37].

Com'è noto grazie ad alcuni studi di Antonio Marongiu[38], Jean Bodin a sua volta intervenne per attaccare Hotman proprio sulla parte più debole della sua trattazione, quella in cui egli riteneva di poter individuare nelle *Cortes* spagnole e nel loro alto magistrato, il *Justicia*, i legittimi intermediari tra sovrano e sudditi, in una conformazione delle prerogative tale da rendere credibile una valutazione di 'superiorità' di quegli organi sul re medesimo: si trattava, palesemente, di una forzatura che non aveva riscontro nella realtà dei fatti. In generale, Bodin era portato a ridimensionare le tesi di coloro che vedevano nelle istituzioni parlamentari gli effettivi concorrenti politici dei sovrani; ciò valeva anche per il decantato parlamento inglese, mentre mostrava un avviso diverso circa lo *Ständestaat* tedesco, capace di condizionare realmente l'ambito di operatività del sovrano/imperatore[39].

Giusto in quegli anni del resto, e in particolare nel 1576 – l'anno di pubblicazione dei *Six livres de la République* – gli Stati Generali riuniti a Blois – a cui partecipò lo stesso Bodin – chiesero di elevare una decisione assunta unanimemente dall'assemblea al rango di una delle leggi fondamentali del regno, tale pertanto da non poter essere disattesa dal sovrano: ma Enrico III di Valois, pur non pregiudizialmente contrario ad una politica di pacificazione tra cattolici intransigenti e calvinisti, dovette ovviamente respingere la proposta, così come quella di una convocazione regolare degli Stati Generali – i quali infatti in Francia, com'è noto, ebbero vita assai grama, almeno sino al fatidico approdo dell'89.

Ben sappiamo come proprio Bodin si sia assunto la responsabilità di spostare dal piano giurisdizionale a quello legislativo il fulcro della sovranità[40] e come abbia escluso la presenza di qualsivoglia profilo pattizio, o comunque consensuale, nella *potestas condendi leges*: «Puissance absoluë [...] n'est autre chose que deroger au droit ordinaire», poteva ben dire il giurista di Angers[41], in ciò riprendendo la tradizione medievale e canonistica del *ius dispensandi*, collocandola però in un contesto interpretativo di valenza tutt'altro differente. Ma non dimentichiamo neppure come anche per l'autore dei sei libri *De la République* l'orizzonte di quella *potestas* non fosse vuoto e illimitato, bensì racchiuso nello spazio, pur amplissimo, del divieto di violazione delle leggi fondamentali, quali erano da ritenere quelle divine e naturali, quelle di regolazione della successione al trono, quelle di tutela del patrimonio della Corona.

Il dibattito, in tal modo impostato, forniva agli anti-machiavellici e agli avversari di Bodin la possibilità di ricorrere alla ricostruzione storica per legittimare una sovranità esercitata attraverso il concorso, su un piano quanto meno di parità, del monarca e dei rappresentanti del *populus*. Si delineava pertanto un filone teorico impegnato a qualificare le monarchie europee come forme di "governo misto". Con tale formula, di palese ascendenza aristotelica, giuristi e filosofi anti-assolutisti peroravano la inderogabile compartecipazione al potere di re e di assemblea[42]. È un'idea che troviamo un po' dappertutto in Europa: in Inghilterra il vescovo John Aylmer a metà Cinquecen-

to sosteneva la bontà del governo misto guardando all'esperienza di collaborazione tra i monarchi della dinastia Tudor e il parlamento[43], prima che il relativo ideale fosse diffuso da Thomas Smith nel suo *De Republica Anglorum*[44]; in Francia ne parlava Charondas le Caron nel suo terzo panegirico dedicato nel 1567 al *Devoir des Magistrats*[45], oppure da Bernard de Girard, signore du Haillan, che nel 1570 giungeva a sostenere come nello Stato francese convivessero le tre forme di governo di matrice aristotelica, vale a dire la monarchia (attraverso il re), l'aristocrazia (attraverso i parlamenti) e la democrazia (attraverso gli Stati Generali), di cui era un convinto propugnatore[46]; in Spagna, il giurista aragonese Pedro Calisto Ramirez, pubblicando nel 1616 il suo trattato sulla *lex regia*, aveva modo di diffondere l'idea che anche la monarchia di Filippo III, sulla scorta dell'evoluzione storica di quella aragonese, fosse una forma di governo misto[47]; Stato misto fu definito il Sacro Romano Impero da Christoph Besold in una sua *Dissertatio juridico-politica*[48], all'unisono con Benedict Carpzov in un analogo trattato sulla *lex regia* per i popoli tedeschi[49] e da Johannes Limnaeus nei suoi *Juris Publici Imperii Romano-Germanici libri IX* (1629-1634)[50], tutti autori attivi nella prima metà del sec. XVII.

Nessuna sorpresa se troviamo Jean Bodin e Thomas Hobbes, su due sponde diverse della Manica, uniti nel respingere nettamente la prospettiva del governo misto[51]. Il primo smontava pezzo per pezzo le tesi di chi ne voleva vedere un esempio, forzatamente e irragionevolmente, nella monarchia francese[52]; il secondo, ripercorrendo le vicende della guerra civile inglese nelle pagine del *Behemoth* (completato nel 1668 ma pubblicato solo dopo la morte dell'autore nel 1681), stigmatizzava gli "innamorati della monarchia mista" («in love with *mixarchy*, which they used to praise by the name of mixed monarchy»[53]).

Proprio l'Inghilterra registrava una spiccata dialettica tra l'autorità regia e l'aristocrazia feudale (più tardi affiancata anche dai rappresentanti dei borghi): una dialettica che, nei suoi tratti più originali, assurgerà nel Settecento a modello costituzionale *ante litteram*. In realtà la vita politica dell'Isola si era precocemente caratterizzata per una prassi di contrattazione (*bargaining*) con l'assemblea degli ottimati dalla quale far scaturire la decisione del re, frutto di mediazione con il baronaggio[54]. La stessa *Magna Charta* del 1215, dilavata dalle sue incrostazioni mitologiche ed attualizzanti, va letta ed intesa all'interno di questa logica compromissoria[55].

In questa sorta di diarchia di re e parlamento – vero governo misto –dalle radici assai risalenti, il patrimonio giuridico vigente poteva assurgere ad elemento di regolazione della vita politica, sia nel senso di mettere a freno le eventuali tentazioni assolutiste dei sovrani, sia in quello di investire proprio il parlamento del ruolo di tutore di quel patrimonio.

Già John Fortescue, nel suo *De laudibus legum Angliae* – composto tra il 1468 ed il 1471, epoca di guerre civili sotto il regno di Enrico VI di Windsor[56] – aveva potuto sostenere con orgoglio la qualità superiore delle leggi inglesi, in quanto sono il risultato «non unius, aut centum solum consultorum virorum prudentia, sed plusquam trecentorum electorum hominum»[57], come era risaputo che si praticasse nel *Parliamentum Angliae*. Fortescue non ha esitazioni: la *lex regia* e il suo principio *quod principi placuit legis habet vigorem*[58], tanto

caro agli assolutisti, non hanno cittadinanza in Inghilterra, dove i re – benché spesso riluttanti – sono chiamati a governare *regaliter* e *politice*, nel pieno rispetto delle leggi vigenti. La differenza con il mondo del *ius civile* di matrice romana non può essere più patente[59]: è nel continente, e soprattutto in Francia, che i re, sulla base del diritto romano, e soprattutto sulla base della *lex regia*, «regulant plebem suam [si badi: *plebs*, non *populus*, come in Inghilterra], quo ipsi ad eorum libitum jura mutant, nova condunt, poenas infligunt et onera imponunt subditis suis, propriis quoque arbitriis, contendentium, cum velint, dirimunt lites»[60] – che è il regno, appunto, del più assoluto arbitrio.

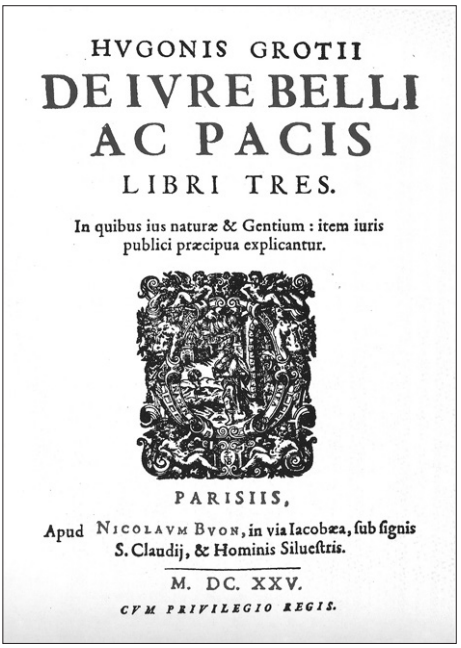
L'idilliaco quadro offerto dal Fortescue, forse consapevole di esprimere più che altro un *wishful thinking*, dovrà fare i conti con i passaggi normativi a cui la vita parlamentare del regno inglese sarà costretta a percorrere; a partire il *Reformation Parliament*, che tra il 1529 ed il 1536 impegnò duramente i protagonisti della vita istituzionale d'oltre Manica, soprattutto in vista del conflitto con la Chiesa romana. In particolare appare decisivo, dal nostro angolo visuale, il *Dissolution of the Lesser Monasteries Act* del 1536[61], la norma sollecitata da re Enrico VIII ed approvata dal Parlamento – secondo lo schema tipico del *King-in-Parliament* –, con la quale venivano espropriati e devoluti alla Corona i beni dei monasteri minori[62]. Già Frederick William Maitland, nella sua storia costituzionale inglese[63], aveva individuato proprio in quella norma un elemento di rottura con il tradizionale ordine giuridico medievale, in quanto essa avrebbe espresso una chiara supremazia del potere legislativo parlamentare (*statute-making power*) anche in deroga alle consuetudini e alle leggi fondamentali, tra le quali – ed è questo un dato ulteriore da porre in debito rilievo in questa sintesi – è collocato a pieno titolo il diritto di proprietà. Del resto, lo stesso Fortescue aveva messo in evidenza come l'Inghilterra fosse un regno dove «nec impune quisque bona alterius capit sine voluntate proprietarii eorundem…»; e questo valeva anche per il re, «quia nullius subditorum suorum bona juxta leges illas ipse deripere potest sine satisfactione debita pro eisdem»[64]. Ma, evidentemente, il *Dissolution Act* si poneva già in un'ottica assai diversa, orientata verso la supremazia degli *statutes*.

Ora, la specificità del caso inglese poneva un ulteriore aspetto problematico al processo di affermazione del potere legislativo quando indirizzato alla deroga del patrimonio consuetudinario tradizionale e alle cosiddette leggi fondamentali, in quanto quel potere era considerato paritariamente in capo al re e al parlamento. In realtà, già nel 1539 il *Proclamation by the Crown Act* affiancava al normale *statute-making* anche un potere specifico riconosciuto al re – all'epoca ancora Enrico VIII – di emettere *proclamations*, le quali, benché non potessero contenere confische o pene capitali, rappresentavano un attentato all'equilibro dei poteri finora, bene o male, operanti. Nessuna meraviglia quindi se già con Edoardo VI, nel 1547, il *Proclamation Act* fu abrogato. Su questa medesima linea di equilibrio costituzionale, va segnalato anche il *Case of Proclamations* del 1610, con cui la *Court of Common Pleas*, allora presieduta dal grande Edward Coke, ribadì il divieto di derogare alla *common law* mediante proclami regi: in particolare vi si affermava che «the King cannot change any part of the common law, nor create any offence by his proclamation,

which was not an offence before, without parliament» e, ancor più nettamente, che «the King has no prerogative but that which the law of the land allows him»[65].

Certo il clima dovette drasticamente mutare, ben più di quanto Giacomo I vi avesse già contribuito, con il figlio Carlo I[66]: fu proprio il potenziale scontro con quel sovrano – poi divenuto aperto e fatale – a dar vita alla celebre *Petition of Right* del 1628, nella quale sono ribaditi molti dei punti già presenti nella *Magna Charta*, quali il divieto di imporre tributi senza l'approvazione del parlamento e la legalità delle carcerazioni. Sappiamo come questo passaggio non valse ad impedire la guerra civile e il suo drammatico esito. Possiamo qui limitarci a ricordare come la gloriosa triade delle cosiddette carte costituzionali inglesi, dopo la *Magna Charta* e la *Petition of Right*, si sia completata con il *Bill of Right* del 1689[67], con cui la monarchia inglese, ora in mano di un Orange, veniva sottoposta ad una serie di limiti (*rights and liberties*), ormai da considerarsi consolidati: i sovrani, tra l'altro, perdevano la prerogativa di sospendere il vigore di una legge o di instaurare la legge marziale, di mantenere un esercito permanente in tempo di pace senza il consenso del parlamento e di prevalere sul *common law* con singoli privilegi.

Proprio la storia inglese, dalla quale il costituzionalismo contemporaneo verrà ispirato, sembra incarnare in maniera esemplare la valenza contrattuale insita nei suoi documenti più importanti: i grandi del regno o il parlamento propongono umilmente quanto il re si impegna ad accogliere e a non violare. Tale valenza contrattuale, oltre a costituire uno dei motivi più ricorrenti e di maggior portata del pensiero giusnaturalistico europeo, può essere


HVGONIS GROTII
DE IVRE BELLI
AC PACIS
LIBRI TRES.
In quibus ius naturæ & Gentium : item iuris publici præcipua explicantur.
PARISIIS,
Apud NICOLAVM BVON, in via Iacobæa, sub signis S. Claudij, & Hominis Siluestris.
M. DC. XXV.
CVM PRIVILEGIO REGIS.

L'edizione originale del De iure belli ac pacis *di Ugo Grozio, Parigi, 1625*

individuata in molti esiti delle vicende politiche europee. Per quanto meno esemplari e mitizzati delle carte inglesi, sono molti i patti giurati, capitoli o accordi di governo che si registrano nel secolo cruciale per la formazione degli Stati moderni.

Si noti come, nell'età in cui si affermavano prepotentemente le raffigurazioni di una potestà sovrana *ab-soluta* dal vincolo della legge – e ne abbiamo visto, pur sommariamente, le reazioni uguali e contrarie –, venissero opposti, contro l'arcinoto principio della *lex regia*[68], per un verso il riferimento agli *imperialii contractus legis vicem obtinentes* contenuto in una costituzione giustinianea (C.16.26) e, per l'altro, il passo di Baldo degli Ubaldi espresso in occasione della lettura proprio all'Ulpiano di D.1.4.1: «Licet princeps non ligetur

lege legis, ligatur lege conventionis»[69]. Insomma, *legibus solutus* non voleva affatto dire *contractibus solutus*: così come i sudditi sono tenuto al rispetto della legge, i sovrani lo sono in virtù di vincoli contrattuali.

Ad una lettura di tipo contrattuale era passibile non soltanto la *Magna Charta* inglese, ma anche, per restare tra i documenti medievali di lunga durata, anche se meno branditi dalla dottrina e dalla storiografia, la *Joyeuse Entrée de Brabant* del 1356, carta delle libertà (fiscali e giudiziarie) stipulata tra i rappresentanti di nobiltà clero e città e la sovrana Giovanna di Brabante[70], considerata una delle fonti storiche della costituzione belga del 7 febbraio 1831. Ma, per tornare all'età moderna oggetto della nostra attenzione, possiamo ricordare le libertà, i privilegi e le franchigie riconosciute *in vim contractus* da Francesco I di Valois agli Stati della Bretagna nel 1515 e a quelli della Linguadoca nel 1522. Né è possibile tralasciare la capitolazione elettorale di Francoforte con cui l'imperatore Carlo V d'Asburgo si impegnava a far osservare le leggi dell'Impero e di modificarle solo con il consenso dei principi elettori e dei *Länder*, documento considerato dalla dottrina di diritto pubblico tedesco come una delle fonti dei *Grundgesetze*. Sullo stesso piano, memorabile fu anche lo scontro che oppose Ferdinando I, fratello di Carlo V, alla Boemia, che gli riconobbe i diritti ereditari solo con la dieta e la relativa capitolazione del 1545. Inoltre, per restare nella medesima area mitteleuropea, va almeno accennato al passaggio di consegne dei diritti sovrani sull'Ungheria dagli Jagelloni agli Asburgo, trasferimento che fu accompagnato da una lunga serie di capitolazioni e di convenzioni sistemate nel 1514 dal giurista István Werböczy nel suo *Tripartitum, opus juris consuetudinarii inclyti Regni Hungariae*. E che dire, infine, della Polonia? La dieta polacca, che procedeva direttamente all'elezione del re, aveva nel 1501 approvato la legge *de non praestanda oboedientia*, conferente ai sudditi – ma in concreto alla *Szlachta*, il ceto aristocratico polacco – uno *jus resistendi* in caso di esercizio illegittimo della sovranità. Inoltre, la legge *Nihil novi*, approvata dal re Alessandro Jagellone nel 1505, avrebbe impedito ai sovrani qualsiasi mutamento all'ordinamento vigente senza il consenso della medesima nobiltà riunita nella Camera dei deputati e nel Senato della Polonia. E infine, per chiudere questa precipitosa rassegna, segnaliamo i celebri *Pacta conventa* del 1573, con cui la dieta polacca poneva forti limiti al potere del futuro re di Francia Enrico di Valois, trovatosi a cingere la corona di Polonia per poco più di un anno, tra il 1573 e il '74.

Scrive bene Angela De Benedictis, che ha valorizzato molti degli esempi poc'anzi enumerati[71], quando nota che la «relazione tra principe e popolo veniva intesa come una "mutuo consensu et publice contracta obligatio"» e come la «costituzione dell'ordine statale da parte di parti contraenti un patto era concretamente resa nella figura giuridica della *lex fundamentalis*»[72]. Si veniva quindi ad instaurare una netta relazione tra il momento convenzionale del *pactum* o della *capitolatio* e il complesso delle *leges fundamentales*, nell'alveo delle quali patti e capitolazioni accedevano col valore di patrimonio consuetudinario fondativo del rapporto tra sudditi e corona, anche grazie all'incessante lavorìo di sistemazione e di conferimento di 'senso' storico-politico operato dalla dottrina giuridica[73].

La stessa De Benedictis, che alle istituzioni e ai patti di governo dell'area imperiale ha dedicato opportuno spazio, rileva il grande impegno con cui la giuspubblicistica sei e settecentesca ha evidenziato il carattere contrattuale costantemente ravvisabile nelle delibere delle diete, recepite dall'imperatore mediante i *Reichsabschiede*: il contratto era quindi «considerato come il più alto e sicuro strumento per raggiungere forza vincolante, per quanto lo stesso principe fosse o potesse essere al di sopra del diritto»[74]. Contratto vince legge, potremmo grossolanamente riassumere: dalla seconda il sovrano può prescindere, non dal primo, ritenuto insuperabile.

Credo che l'insistenza con cui il paradigma contrattuale fu impiegato nella prassi dei rapporti politici tra sovrano e rappresentanze cetual-territoriali non sia del tutto ininfluente nell'affermazione e nella diffusione di quel medesimo paradigma sul piano della rappresentazione teorica. Il modello con cui l'archetipo pattizio viene piegato dal giusnaturalismo – nelle sue molteplici varianti, da quella hobbesiana a quella pufendorfiana, a quella, infine, lockiana – raggiunge l'obiettivo di collocare il *consensus* sulla linea strategica di confluenza dello stato naturale in quello sociale e di assumerlo quale fonte logicamente e cronologicamente primaria dello Stato. L'assolutizzazione del modello consensual-contrattuale, il quale su un altro piano, quello della prassi, serviva quale strumento giuridico di qualificazione dei rapporti politici, ne prefigurava in definitiva la sua 'neutralizzazione'. Alla pluralità dei *pacta* tra corpi e sovrano il giusnaturalismo contrattualista affiancava, per sostituirlo, il singolo *pactum* originario della costituzione dello Stato. Del resto, ancor prima che si affermasse la *vulgata* groziana, Johannes Althusius, nella sua *Politica methodice digesta*[75], sosteneva che la sovranità non aveva potere originario, bensì derivato, in quanto è la *consociatio* – composta di comunità, provincie e terre – ad avere la titolarità del potere, pur essendo incapace di esercitarlo in proprio[76].

Come già affermato in premessa, non intendo qui ripercorrere le linee dell'elaborazione del giuscontrattualismo di matrice groziana, la cui decisività è stata ribadita da una ininterrotta linea storiografica. In questa sede invece mi preme sottolineare come il pattismo praticato tra Quattro e Cinquecento sia cosa ben diversa dal contrattualismo teorico sei-settecentesco. È fondato il valore costituzionale che una certa storiografia ha attribuito al primo, finalizzato alla limitazione del potere monarchico e alla tutela delle libertà cetuali e territoriali; solo del secondo, invece, è possibile parlare nel senso di una individualizzazione del rapporto politico svincolato dalla concreta dialettica dei poteri corporativi e radicato invece nell'assolutezza neutralizzante dei diritti soggettivi naturali, non più oggetto di negoziazione, bensì ricondotti alla loro radice extra-storica[77]: diritti, come si direbbe oggi, non negoziabili, ma suscettibili soltanto di norme dichiarative.

I distinguo, forse alquanto brutali, ma che ritengo assolutamente necessari per scongiurare interpretazioni indebite dei processi storici concretamente operanti, non impediscono certo, e anzi in qualche misura autorizzano ad individuare elementi di contatto tra pratiche pattizie ed ideologie contrattualistiche, tanto più ricchi di implicazioni quando metabolizzati da una dottrina giuridica attenta al dato storico,

più che a quello ideal-tipico o metastorico. Stolleis a questo proposito ha parlato di un *diritto di natura concreto*[78], con riferimento ad autori quali Johann Wolfgang Textor, il quale, insieme a Samuel Pufendorf, aveva studiato a Jena sotto il magistero dell'olandese Dominikus Arumaeus, autore quest'ultimo dei cinque tomi dei *Discursus academici de iure publico*[79], con i quali si procede alla «penetrazione del diritto costituzionale vigente in quella materia accademica chiamata *politica*, cui corrisponde la graduale estromissione del diritto romano dallo *jus publicum*»[80]. Sulla scia dell'insegnamento del maestro, Textor era giunto a negare che l'impero potesse identificarsi con la monarchia, «evidenziando come gradualmente i diritti imperiali abbiano ceduto il posto alle capitolazioni elettorali, con la conseguente divisione dei diritti di maestà tra imperatore e ceti» e sottolineando, inoltre, «il carattere contrattuale delle diete»[81]. Del resto, sulla stessa linea si poneva Pufendorf, il quale, non soltanto rilevava come alcuni prìncipi tedeschi fossero ormai da considerarsi «quasi reges», ma teneva a ribadire nelle pagine del *De Statu Imperii Germanici* – edito nel 1667 con lo pseudonimo, com'è noto, di Severino Monzambano – la natura "irregolare" dell'impero germanico a causa di una sovranità non unitaria, arrivando a concludere come tale disomogeneità potesse rappresentare una minaccia alla struttura e alla solidità dello Stato medesimo[82].

Bisognerà attendere la sistemazione di colui che è considerato il padre del diritto costituzionale tedesco, Johann Jakob Moser, realizzata mediante il monumentale *Teutsches Staatsrecht*[83], per ordinare l'intricata trama dei rapporti giuridici tra le varie realtà istituzionali germaniche secondo una chiave interpretativa che faceva della dimensione storica un elemento essenziale ed irrinunciabile. Sarebbe interessante – ma debordante gli stretti limiti della presente sintesi – dar saggio dell'uso della ricerca storica praticata da tutta una scuola giuspubblicistica tedesca, che alla documentazione del passato ricorreva per tracciare le linee portanti di quella architettura complessa e plurale che era l'Impero.

È questo quadro comunque che ha consentito a Erwin Hölzle di sottolineare come «il diritto dello Stato per ceti» abbia «contribuito in modo sostanziale alla formazione del diritto naturale moderno» e come, in «questo processo di sviluppo, le libertà degli antichi ceti» siano state «trasformate nella libertà, nel senso del diritto naturale»[84]. Secondo Hölzle è proprio il ricorso alla storia, e più precisamente alle origini storiche del fondamento della sovranità, che ha consentito alla giuspubblicistica europea d'età moderna di evocare in quel lontano passato un contatto con la natura e con il diritto che dalla natura spontaneamente sgorga:

> Se è il diritto di epoche più antiche, delle origini, ad essere richiamato, allora si tratta di un diritto molto legato alla natura e perciò molto vicino al diritto naturale. Questa vicinanza diventa manifesta nel concetto di contratto sociale, che, in parte, è dedotto dalla natura dell'uomo, in parte è inteso dal punto di vista storico-genetico. […] Il diritto veniva preteso come diritto storico, il suo valore consisteva proprio nella sua conferma attraverso la storia[85].

Si arriva persino a ritenere, con un suggestivo paradosso, come la tanto declamata forma assolutista dello Stato moderno non sia altro che una «una fase di transizione», per usare l'espressione di Otto Hintze[86], tra lo Stato per ceti e lo Stato moderno pro-

priamente detto. La reazione corporativa di quello Stato per ceti avverso i conati accentratori dello Stato assolutista avrebbe portato quindi alla teorizzazione di ambiti 'naturali' di libertà, accompagnata da una prassi politica di rappresentatività dei ceti medesimi che sarebbe alla base della intensificazione dell'attività statale.

Questa accentuazione del contesto politico d'area tedesca, area in cui peraltro la dottrina di diritto pubblico – è bene sottolinearlo – ebbe sviluppo e primazia indiscutibili, non vuol dire che anche altre aree, come già in parte è stato illustrato, non abbiano fatto emergere elementi ed aspetti in seguito utilizzati dal primo costituzionalismo moderno. Di *Ancient Constitution* si parla correntemente in Inghilterra già dalla metà del Seicento, in riferimento al ruolo del Parlamento – e ben sappiamo come il mito della *Happy Constitution* inglese produrrà suggestioni fortissime in autori settecenteschi come Montesquieu e Jean-Louis De Lolme[87]. Tra la fine del Seicento e i primi anni del Settecento in Francia si registra una letteratura che, opponendosi alle modalità di governo di Luigi XIV, fa riferimento ad una "antica costituzione" francese – che Saint-Simon, ad esempio, identifica con un patto, osservato per prassi, che garantisce le prerogative dei ceti e dei corpi intermedi[88]. Gerhard Oestreich individua invece nella Spagna la patria di un «diritto naturale europeo fondato sulla libertà, in quanto antagonista delle dottrine assolutistiche», il quale poi venne tra l'altro «recepito dall'ambiente impregnato di vita per ceti dei Paesi Bassi»[89]: come non ricordare, in effetti, l'atto 'costituente' con cui gli Stati Generali delle Province Unite proclamavano il 26 luglio 1581 la decadenza di Filippo II come sovrano dei Paesi Bassi, dichiarando che «Dio non ha creato i popoli schiavi dei loro prìncipi»?[90]

Due secoli più tardi le colonie americane, sulla base di un diritto di resistenza rivisitato a fine Seicento da John Locke, potevano dichiarare la loro condizione di Stati indipendenti: il giusnaturalismo e il giuscontrattualismo raccoglievano i loro più vistosi frutti. Eppure di quei frutti si erano già intravisti i germogli, prima che nelle pagine dei trattati politico-filosofici, nelle prassi di governo e negli assetti consuetudinari tenacemente opposti alle mire accentratrici dei prìncipi europei cinque e seicenteschi. Il valore contrattuale dei patti giurati, delle capitolazioni e di certe leggi; la limitazione della sovranità attraverso l'affermazione di libertà e prerogative cetuali e territoriali; l'individuazione di un patrimonio di regole fondamentali fatte assurgere a fattore identitario, e nel medesimo tempo contenitivo, del potere politico; e, *last but non least*, il rispetto della proprietà come requisito insuperabile del rapporto originario tra suddito e sovrano – sono tutti elementi con cui il costituzionalismo settecentesco, ereditandoli dal contesto giuridico-politico europeo dei due secoli precedenti, costruì i suoi primi edifici.

Solo nella piena consapevolezza di questo percorso – che è prima di tutto un percorso storico-giuridico – può assumere illuminante consistenza l'insegnamento di Nicola Matteucci, che definiva il costituzionalismo come «la tecnica giuridica delle libertà», vale a dire come quel laboratorio teorico che «non guarda tanto a "chi" deve governare, ma a "come" si deve governare, perché mira soprattutto a una limitazione del governo attraverso il diritto»[91].

* Il saggio qui presentato è il frutto elaborato di una relazione svolta al convegno *L'ordine costituzionale come problema storico*, organizzato dalla Società Italiana di Storia del Diritto e tenutosi a Parma nelle giornate del 15 e del 16 dicembre 2011.

[1] Una dimensione costituzionale è stata colta, per ultimi, dai contributi di C. Povolo, *Un sistema giuridico repubblicano: Venezia e il suo stato territoriale (secoli XV-XVIII)*, e di R. Savelli, *Che cosa era il diritto patrio di una repubblica?*, entrambi in I. Birocchi, A. Mattone (a cura di), *Il diritto patrio tra diritto comune e codificazione (secoli XVI-XIX)*, Roma, Viella, 2006, rispettivamente alle pp. 297 ss. e 255 ss.

[2] Soprattutto quelle del saggio *Il 'privato', il 'pubblico', lo Stato*, in G. Chittolini, A. Molho, P. Schiera (a cura di), *Origini dello Stato. Processi di formazione statale in Italia fra medioevo ed età moderna*, Bologna, Il Mulino, 1994, pp. 553 ss.

[3] Mi riferisco naturalmente al classico *Land und Herrschaft. Grundfragen der territorialen Verfassungsgeschichte Südostdeutschlands im Mittelalter*, Baden bei Wien, Rohrer (1939); tr. it. *Terra e potere*, Milano, Giuffrè, 1983, specialmente alle pp. 157 ss., oltreché ai saggi composti tra il 1939 ed il 1958 e riuniti sotto il titolo *Neue Wege der Verfassungs- und Sozialgeschichte*, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht (1968); tr. it. a cura di P. Schiera, *Per una nuova storia costituzionale e sociale*, Milano, Vita e Pensiero, 1970, in ispecie il saggio *I diritti di libertà nell'antica società per ceti*, pp. 201 ss.

[4] O anche di "costituzioni" per ceti: cfr. ad es. O. Hintze, *Tipologia delle costituzioni per ceti in occidente*, in Id., *Stato e società*, Bologna, Zanichelli, 1980, pp. 222 ss. Sul radicamento "regionale" dello Stato – o sistema – per ceti, insiste D. Gerhard, *Regionalismo e sistema per ceti: tema di fondo della storia europea*, in E. Rotelli, P. Schiera (a cura di), *Lo Stato moderno*, vol. I: *Dal medioevo all'età moderna*, Bologna, Il Mulino, 1971, pp. 193 ss.

[5] Chittolini, *Il privato* cit., pp. 567-568.

[6] Ivi, p. 569.

[7] Luca Mannori ha opportunamente notato come «Lo sgretolarsi […] dell'immagine dello Stato moderno come entità monolitica ed omogenea, come grande progetto artificiale impostosi vittoriosamente sull'entropia della storia», sia destinato in realtà ad aprire «un nuovo spazio di ricerca», a condizione però di «cominciare a pensare un'indagine di segno opposto rispetto a quella praticata per lungo tempo dagli storici delle istituzioni», cioè evitando di «cercare a ritroso, in un passato sempre più remoto, i presunti tratti originari dello Stato moderno», L. Mannori, *Genesi dello Stato e storia giuridica* [a proposito di: *Origini dello Stato. Processi di formazione statale in Italia fra medioevo ed età moderna*, a cura di G. Chittolini, A. Molho, P. Schiera, Bologna, Il Mulino, 1994], in «Quaderni fiorentini», n. 24, 1995, p. 504. Una rassegna critica sulla relativa storiografia in L. Blanco, *Note sulla più recente storiografia in tema di 'Stato moderno'*, in «Storia. Amministrazione. Costituzione. Annali dell'Istituto per la Scienza dell'Amministrazione Pubblica», n. 2, 1994, pp. 259 ss.

[8] Si vedano a tal proposito le penetranti osservazioni in D. Quaglioni, *La sovranità*, Roma-Bari, Laterza, 2004, pp. 45 ss.

[9] M. Fioravanti, *Stato e costituzione*, in Id. (a cura di), *Lo Stato moderno in Europa. Istituzioni e diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2002, pp. 3-14.

[10] Ivi, p. 13.

[11] L. Mannori, B. Sordi, *Storia del diritto amministrativo*, Roma-Bari, Laterza, 2001, pp. 5 ss.

[12] Ivi, pp. 13.

[13] Alberico Gentili, *Regales disputationes tres*, vol. I: *De potestate Regis absoluta*, Londini, apud Thomam Vautrollerium, 1605, pp. 10-11. Cfr. D. Panizza, *Il pensiero politico di Alberico Gentili. Religione, virtù e ragion di stato*, in *Alberico Gentili. Politica e religione nell'età delle guerre di religione*, Atti del convegno (San Ginesio, 17 maggio 1987), Milano, Giuffrè, 2002, p. 182.

[14] Un «fatto rivoluzionario», come lo definisce Nicola Matteucci in *Le origini del costituzionalismo moderno*, in L. Firpo (a cura di), *Storia delle idee politiche economiche e sociali*, Torino, UTET, 1980, vol. I, p. 567.

[15] M. Stolleis, *Stato e ragion di Stato nella prima età moderna*, Bologna, Il Mulino, 1998, vol. I, p. 146.

[16] Cfr. P.D. Stewart, *Innocent Gentillet e la sua polemica antimachiavellica*, Firenze, La Nuova Italia, 1969.

[17] I. Gentillet, *Discours sur les moyens de bien gouverner et maintenir en bonne paix un Royaume ou autre Principauté, divisé in trois parties, assavoir, du Conseil, de la Religion et de la Police que doit tenir un Prince, contre Nicolas Machiavel Florentin*, [Genève], s.e., 1576. Pubblicato anche come *Anti-Machiavel* (cfr. ed. par C.E. Rathé, Genève, Droz, 1968).

[18] Gentillet, *Discours* cit., p. 49. Sulla centralità della Legge salica, Guillaume Postel pubblicò nel 1522 un volumetto (*La loy Salique. Les origines et auctoritez de la Loy Gallique nommée communement Salique*, Paris, en la rue Sainct Jacques aux Cicongnes, 1522): cfr. S. Testoni Binetti, *Casualità e contingenza nella definizione delle leggi fondamentali. Guillaume Postel e il dibattito sulla legge Salica*, in F. Biondi Nalis (a cura di), *Studi in memoria di Enzio Sciacca*, vol. I: *Sovranità, democrazia, costituzionalismo*, Milano, Giuffrè, 2008, pp. 425. Si veda anche R.E. Giesey, *Le rôle méconnu de la loi Salique. La succession royale, XIVe-XVIe siècles*, Paris, Les Belles Lettres, 2007.

[19] Gentillet, *Discours* cit., p. 51.

[20] Ivi, p. 50.

[21] Ivi, p. 48.

[22] *Staatsverfassung und Mächtepolitik. Zur Genese von Staatenkonflikten im Zeitalter des Absolutismus*,

Berlin, Duncker & Humblot, 1979, pp. 49 ss.

[23] *Fundamental Law and the Constitution in Sixteenth-Century France*, in R. Schnur (Hrsg.), *Die Rolle der Juristen bei der Entstehung des modernen Staats*, Berlin, Duncker & Humblot, 1986, pp. 327.

[24] *Die Lehre von der "Lex Fundamentalis" und die Hausgesetzgebung europäischer Dynastien*, in J. Kunisch (Hrsg.), *Der dynastische Fürstenstaat. Zur Bedeutung von Sukzessionsordnungen für die Entstehung des frühmodernen Staates*, Berlin, Duncker & Humblot, 1982, pp. 3 ss.; *Von den "leges fundamentales" zur modernen Verfassung in Europa. Zum begriffs-und dogmengeschichtlichen Befund (16.-18. Jahrhundert)*, in «Ius Commune», n. 25, 1998, pp. 121 ss.; *Öffentliches Recht in Gestalt der "Leges Fundamentales" in mittelalterlichen Alten Reich*, in «Giornale di storia costituzionale», n. 21, 2011, pp. 25 ss.

[25] J.A. Maravall, *Le origini dello Stato moderno*, in E. Rotelli, P. Schiera (a cura di), *Lo Stato moderno*, vol. I: *Dal medioevo all'età moderna*, cit., p. 82.

[26] I. Birocchi, *Alla ricerca dell'ordine. Fonti e cultura giuridica nell'età moderna*, Torino, Giappichelli, 2002, pp. 98-99. Osservazioni importanti dello stesso Italo Birocchi sul tema delle leggi fondamentali in rapporto con il costituzionalismo moderno in *La carta autonomistica della Sardegna tra antico e moderno. Le "leggi fondamentali" nel triennio rivoluzionario (1793-96)*, Torino, Giappichelli, 1992, in particolare alle pp. 159 ss.

[27] Cfr. P. Prodi, *Il sacramento del potere. Il giuramento politico nella storia costituzionale dell'Occidente*, Bologna, Il Mulino, 1992, pp. 197 ss.

[28] Su cui si vedano i vari saggi raccolti nel volume *El pactismo en la historia de España*, Madrid, Instituto de España, 1980, in particolare quello di J. Vallet de Goytisolo, *Valor jurídico de las leyes paccionadas en el Principado de Cataluña*, pp. 75 ss.

[29] Stolleis, *Stato e ragion di Stato* cit., p. 151.

[30] Mannori-Sordi, *Storia del diritto amministrativo* cit., p. 18.

[31] P. Costa, *Democrazia politica e Stato costituzionale*, Napoli, ESI, 2006, p. 9.

[32] C. de Seyssel, *La Grande Monarchie de France*, Paris, par Regnault Chauldière, 1519.

[33] Il passo di Seyssel è stato recentemente ripreso da M. Caravale, *Alle origini del diritto europeo.* Ius commune, droit commun, Common Law *nella dottrina giuridica della prima età moderna*, Bologna, Monduzzi, 2005, p. 156. Nelle pagine a seguire il medesimo A. passa in rassegna il dibattito dei giuristi francesi cinque-secenteschi circa la consistenza e l'efficacia delle *loix fondamentales*. Sul Seyssel politico e storico, si veda il volume collettivo P. Eichel-Lojkine (éd.), *Claude de Seyssel. Écrire l'histoire, penser la politique en France, à l'aube des temps modernes*, Rennes, Presses Universitaires de Rennes, 2010, in particolare il saggio di J.M. Constant, *La monarchie tempéré prônée par Claude de Seyssel: une idée d'avenir dans le monde politique français, aux XVIe et XVIIe siècles*, pp. 153 ss.

[34] É. Pasquier, *Les recherches de la France, ruveuës et augmentées de quatre livres*, Paris, chez Iamet Mettayer et Pierre l'Huillier, 1596. Sul Pasquier, V. Piano Mortari, *Diritto romano e diritto nazionale in Francia nel secolo XVI*, Milano, Giuffrè, 1962, pp. 109 ss.; D. Thickett, *Estienne Pasquier (1529-1615). The Versatile Barrister of 16th Century France*, London, Regency, 1979; Matteucci, *Le origini del costituzionalismo* cit., pp. 576-578 e 596-599; M. Yardeni, *Enquêtes sur l'identité de la "nation France" de la Renaissance aux Lumières*, Seyssel, Champ-Vallon, 2004, pp. 71 ss.; J.H. Dahlinger, *Étienne Pasquier on Ethics and History*, New York, Peter Lang, 2007.

[35] J. de Coras, *Question politique: s'il est licite aux subjects de capituler avec leur prince* (1570), ed. R.M. Kingdon, Genève, Droz, 1989.

[36] F. Hotman, *Franco-Gallia* (1573), ed. by R.E. Giesey, Cambridge, Cambridge University Press, 1972.

[37] Cfr. D.R. Kelley, *François Hotman. A revolutionary's ordeal*, Princeton, Princetown University Press, 1973; C. Vivanti, *Assolutismo e tolleranza nel pensiero politico francese del Cinque e Seicento*, in Firpo (a cura di), *Storia delle idee* cit., vol. 4/I, pp. 41 ss.; J.G.A. Pocock, *The Ancient Constitution and the Feudal Law. A Study of English Historical Thought in the Seventeenth Century. A Reissue with a Retrospect*, Cambridge, Cambridge University Press, 1987, pp. 16 ss.; P. Costa, Civitas. *Storia della cittadinanza in Europa*, vol. 1: *Dalla civiltà comunale al Settecento*, Roma-Bari, Laterza, 1999, pp. 81 ss.; P.A. Mellet, *Les Traités Monarchomaques. Confusion des temps, résistance armée et monarchie parfaite (1560-1600)*, Genève, Droz, 2007.

[38] A. Marongiu, *Il Parlamento in Italia nel medio evo e nell'età moderna. Contributo alla storia delle istituzioni parlamentari dell'Europa occidentale*, Milano, Giuffrè, 1962, p. 558; Id., *Dottrine e istituzioni politiche medievali e moderne. Raccolta*, Milano, Giuffrè, 1979, pp. 315-317 e 367-368.

[39] Cfr. Marongiu, *Dottrine* cit., pp. 322-323.

[40] Costa, *Civitas* cit., pp. 70-71.

[41] Il passo è opportunamente valorizzato da D. Quaglioni, *I limiti della sovranità. Il pensiero di Jean Bodin nella cultura politica e giuridica dell'età moderna*, Padova, CEDAM, 1992, p. 22.

[42] Si vedano i contributi raccolti da M. Gaille-Nikodimov in *Le Gouvernement mixte. De l'idéal politique au monstre constitutionnel en Europe (XIIIe-XVIIe siècle)*, Publications de l'Université de Saint-Étienne, Saint-Étienne, 2005. Cfr. anche M. Fioravanti, *Costituzione*, Bologna, Il Mulino, 1999, pp. 51 ss.

[43] J. Aylmer, *An Harborowe for Faith-*

ful and Trewe Subjectes, agaynst the late blowne Blaste, concerninge the Governmente of Wemen, wherin be confuted all such reasons as a stranger of late made in that behalf, with a breife exhortation to Obedience, Strasborowethe [i.e. London, by John Day] 1559, rist. Amsterdam, Theatrum Orbis Terrarum, 1972. Cfr. P.A. Lee, *'A Body Politique to Governe': Aylmer, Knox and the debate on Queenship*, in «The Historian», n. 52, 1990, pp. 242 ss., e A.N. McLaren, *Political Culture in the Reign of Elizabeth I: Queen and Commonwealth, 1558-1585*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004, pp. 59 ss.

44 Pubblicato postumo a Londra nel 1583. L'edizione più recente è a cura di M. Dewar, edito a Cambridge, Cambridge University Press, 2009. Cfr. M Dewar, *Sir Thomas Smith. A Tudor Intellectual in Office*, Athlone Press, London, 1964.

45 L. Le Caron (pseud. Charondas), *Panégyrique III: du Devoir des magistrats…*, Paris, R. Estienne, 1567. Su Le Caron, M. Foisil, *La loi et le monarque absolue selon les Pandectes ou Digestes du droit français de Charondas le Caron (XVIe s.)*, in *La formazione storica del diritto moderno in Europa*, Atti del III Congresso internazionale della Società Italiana di Storia del Diritto (Firenze 25-29 aprile 1973), Firenze, Olschki, 1977, vol. I, pp. 221 ss.

46 B. de Girard du Haillan, *De l'Estat et Succez des affaires de France…*, Paris, P. L'Huiller, 1571. Cfr. V. De Caprariis, *Propaganda e pensiero politico in Francia durante le guerre di religione*, Napoli, ESI, 1959, vol. I, pp. 257 ss.

47 P.C. Ramirez, *Analyticus tractatus de lege regia, qua in principes suprema et absoluta potestas translata fuit, cum quadam corporis politici ad instar phisici, capitis et membrorum connezione*, Caeseraugustae, apud Ioanne à Lanaja & Quartanet, 1616. Cfr. P. Fernández Albaladejo, *Materia de España. Cultura politica e identidad en la España moderna*, Madrid, Marcial Pons, 2007, pp. 65 ss.

48 C. Besold, *Dissertatio singularis de statu reipublicae mixto*, in Id., *Dissertatio politico-iuridica de majestate in genere eiusque juribus specialibus, in tres sectiones distributa*, Argentorati, sumptibus haeredum Lazari Zetzneri, 1625, pp. 210 ss. Cfr. M. Stolleis, *Storia del diritto pubblico in Germania*, vol. I: *Pubblicistica dell'Impero e scienza di polizia, 1600-1800*, Milano, Giuffrè, 2008, pp. 116-117, 160-161, e R. von Friedeburg, *The juridification of natural law: Christoph Besold's claim for a natural right to believe what one wants*, in «The Historical Journal», n. 53.1, 2010, pp. 1 ss. Si veda anche M. van Gelderen, Q. Skinner, *Republicanism and Constitutionalism in Early Modern Europe*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002, vol. I, pp. 211-212.

49 B. Carpzov, *De Capitulatione Caesarea, sive de Lege regia Germanorum tractatus*, Bicurgicorum Metropoli, impensis J. Birckneri, 1623, a cui farà seguito, dello stesso Autore, il *Commentarius in legem regiam Germanorum, sive capitulationem imperatoriam… Accessit tenor capitulationum Caroli V, Ferdinandi I, Maximiliani II…*, Lipsiae, sumptibus A. Kühnen, 1640. Cfr. R. Hoke, *Die Souveränitätslehredes Benedict Carpzov*, in H. Haller, C. Kopetzki, R. Novak, S. L. Paulson, B. Raschauer, G. Ress, E. Wiederin (Hrsg.), *Staat und Recht. Festschrift für Günther Winkler*, Wien, Springer, pp. 319 ss. Sul Carpzov, si veda da ultimo il volume collettaneo curato da G. Jerouschek, W. Schild, W. Gropp, *Benedict Carpzov: Neue Perspektiven su einem umstrittenen säschischen Juristen*, Tübingen, Edition diskord, 2000.

50 J. Limnaeus, *Tomus primus iuris publici imperii Romano Germanici, quo tractatur de principiis iuris publici, de Germanorum origine*, Argentoratim typis & sumptibus Friderici Spoor, 1657. Cfr. Stolleis, *Storia del diritto pubblico in Germania*, vol. I, cit., pp. 270-271. Sul Limnaeus, R. Hoke, *Die Reichsstaatsrechtslehre des Johannes Limnaeus. Ein Beitrag zur Geschichte der deutschen Staatswissenschaft im 17. Jahrhundert*, Aalen, Scientia Verlag, 1968.

51 Cfr. Fioravanti, *Costituzione* cit., pp. 71 ss.

52 Cfr. A. De Benedictis, *Politica, governo e istituzioni nell'Europa moderna*, Bologna, Il Mulino, 2001, pp. 214-215.

53 T. Hobbes, *Behemoth, or the Long Parliament*, ed. by S. Holmes, Chicago, Universty of Chicago Press, 1990, pp. 116-117. La piena sovranità della monarchia francese si contrapponeva, per Bodin, alla *deplumata aquila* dell'impero tedesco (cfr. Stolleis, *Stato e ragion di stato* cit., p. 223).

54 Cfr. R.D. Congleton, *Perfecting Parliament. Constitutional Reform, Liberalism and the Rise of Western Democracy*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011, specialmente pp. 266 ss.

55 Cfr., ad es., G. Ferrara, *La Costituzione. Dal pensiero politico alla norma giuridica*, Milano, Feltrinelli, 2006, pp. 24-25, e Costa, *Civitas* cit., Roma-Bari, 1999, p. 33. Sul testo alla base del costituzionalismo inglese si veda lo studio fondamentale di J. C. Holt, *Magna Carta*, Cambridge, Cambridge University Press, 1992².

56 Un'efficace sintesi del pensiero politico-giuridico del Fortescue in A. Cromartie, *Common law, counsel and consent in Fortescue's political theory*, in C. Carpenter, L. Clark (eds.), *The Fifteenth Century*, vol. IV, *Political culture in late Medieval Britain*, Woolbridge, Boydell, 2004, pp. 45 ss.

57 J. Fortescue, *De laudibus legum Angliae*, edited by S.B. Chrimes, Cambridge, Cambridge University Press, 1942, p. 40.

58 Su tale formula, si vedano le notazioni ancor oggi assai suggestive di Brunner, *Terra e potere* cit., pp. 552 ss.

59 In realtà il diritto romano ha tramandato anche principî di

sapore anti-assolutistico, come quello di sottoposizione alla legge (*Digna vox maiestate regnantis legibus alligatum se principem profiteri*, C.1.14[17].4) e di consenso rappresentivo (*quod omnes tangit, ab omnibus comprobetur*, C.5.59.5.2). Cfr. quanto rileva A. Padoa Schioppa, *Italia ed Europa nella storia del diritto*, Bologna, Il Mulino, 2003, pp. 321-324 e 349-352.

60 Fortescue, *De laudibus legum Angliae* cit., p. 80.

61 In J.R. Tanner, *Tudor constitutional documents, A.D. 1485-1603, with an historical commentary*, Cambridge, Cambridge University Press, 1930, pp. 58 ss.

62 Cfr. L.F. Solt, *Church and State in Early Modern England, 1509-1640*, Oxford, Oxford University Press, 1990, pp. 30 ss.

63 F.W. Maitland, *The Constitutional History of England. A course of lectures delivered*, Cambridge, Cambridge University Press 1908, pp. 253 ss.

64 Fortescue, *De laudibus legum Angliae* cit., p. 86.

65 Cit. in R.F.V. Heuston, *Essays in constitutional law*, London, Stevens & Sons, 1961, p. 60. Cfr. anche Matteucci, *Le origini del costituzionalismo* cit., pp. 611-612. Lo stesso Coke aveva già altrove definito *fundamental law* quella relativa all'intangibilità del *common law*: cfr. Caravale, *Alle origini del diritto europeo* cit., p. 224. Sul tema si veda anche J.W. Gough, *Fundamental Law in English Constitutional History*, Oxford, Clarendon Press, 1955, pp. 30 ss. Su Edward Coke e sulla sua influenza sul costituzionalismo moderno, J. Beauté, *Un grand juriste anglais: Sir Edward Coke (1552-1634). Ses idees politiques et constitutionnelles ou aux origines de la democratie occidentale moderne*, Paris, Presses Universitaires de Frances, 1975. Si vedano anche L. D'Avack, *Potere legislativo e potere giurisdizionale nel pensiero di Sir Edward Coke*, in *Studi in onore di P.A. D'Avack*, vol. IV, Milano, Giuffrè, 1976, e Costa, *Civitas* cit., pp. 188 ss.

66 Sulle prerogative monarchiche teorizzate e praticate dai due sovrani Stuart, G.A. Ritter, *Diritto divino e prerogative dei re inglesi, 1603-1640*, in E. Rotelli, P. Schiera (a cura di), *Lo Stato moderno*, vol. III: *Accentramento e rivolte*, Bologna, Il Mulino, 1974, pp. 69 ss., nonché G. Burgess, *Absolute Monarchy and the Stuart Constitution*, Yale, Yale University Press, 1996.

67 Su cui si veda almeno L.G. Schwoerer, *The Declaration of Rights, 1689*, Baltimore, John Hopkins University Press, 1981.

68 Sul dibattito olandese (in particolare nelle opere di Gronov, Huber, il Perizonius e Schoock) relativo all'interpretazione da dare alla *lex regia* – in realtà senatoconsulto più che legge – tra *translatio* e *concessio*, si veda F. Lomonaco, *"Lex regia": diritto, filologia e "fides historica" nella cultura politico-filosofica dell'Olanda di fine Seicento*, Napoli, Guida, 1990.

69 Cfr. J. Canning, *The Political Thought of Baldus de Ubaldis*, Cambridge, Cambridge University Press, 1987, p. 241.

70 Cfr. A. Clerici, *Costituzionalismo, contrattualismo e diritto di resistenza nella rivolta dei paesi Bassi (1559-1581)*, Milano, Franco Angeli, 2004.

71 De Benedictis, *Politica* cit., pp. 288 ss.

72 Ivi, p. 292.

73 Cfr. Mohnaupt, *Von den "leges fundamentales"* cit.; Id., *Öffentliches Recht in Gestalt der "Leges Fundamentales"* cit.

74 De Benedictis, *Politica* cit., p. 294.

75 J. Althusius, *Politica methodice digesta et exemplis sacris et profanis illustrata*, Herbornae Nassoviorum, ex Officina Christophori Corvini, 1603.

76 Cfr. oltre alle classiche pagine di O. von Gierke, *Giovanni Althusius e lo sviluppo storico delle teorie politiche giusnaturalistiche*, Torino, Einaudi, 1943, anche G. Duso, *Una prima esposizione del pensiero politico di Althusius: la dottrina del patto e la costruzione del regno*, in «Quaderni Fiorentini», n. 25, 1996, pp. 65-126; Costa, *Civitas* cit., pp. 88 ss.; D. Quaglioni, *Quale modernità per la "Politica" di Althusius?*, in «Quaderni fiorentini», n. 39, 2010, pp. 631 ss. Si vedano anche i saggi riuniti da F. Ingravalle e C. Malandrino nel volume *Il lessico della "Politica" di Johannes Althusius. L'arte della simbiosi santa, giusta, vantaggiosa e felice*, Firenze, Olschki, 2005.

77 Di *philosophical contractarianism* (di matrice hobbesiana) non sovrapponibile a un *constitutional contractarianism* ereditato dalla prassi istituzionale di lunga durata parlano Harro Höpfl e Martyn P. Thompson in *The History of Contract as a Motif in Political Thought*, in «American Historical Review», n. 84, 1979, pp. 919 ss. Si legga in particolare quanto gli Autori scrivono a p. 941: «The history of contractualism subsequent to Hobbes is, indeed, in part a record of the adaptations and modifications of the language Hobbes consolitated. This language spoke of "natural right", "natural liberty", "natural equality", "condition of nature", "covenant", and "sovereignity" – best described as the language of philosophical contractarianism, because the theoretical ambitions and the aimed-for generality of thought of those who employed it tended to be greater than that of the alternative language, best described as constitutional contractarianism. This second language set covenant within the terminological context of "fundamental law", "fundamental rights" or "liberties", "original contract", and "ancient" or "fundamental constitution". In constitutional contractarianism particular positive laws and the institutional inheritance of specific polities were most relevant and important, rather than universal propositions about all men and all polities. This was, in effect, the direct continuation of the kind of think-

ing found in the works of Hotman, Mornay, Bèze, and Althusius. The contractual language consolidated by Hobbes – the language in which the famous contractualist treatises of Pufendorf, Spinoza, Locke, Thomasius, Christian Wolff, Vattel, Rousseau and Fichte were written – has received by far the most attention in the secondary literature. Constitutional contractarianism has, by contrast, been almost entirely neglected. But the continuing and quite distinct tradition of constitutional contractualism remained in vital strand in the fabric of the early history of contractarianism».

78 Stolleis, *Stato e ragion di Stato* cit., p. 122.

79 Jena, J. Beithmann, 1616-1623.

80 Stolleis, *Stato e ragion di Stato* cit., p. 121.

81 Ivi, p. 123.

82 Cfr. M. Stolleis, *Textor und Pufendorf über die Ratio Status Imperii im Jahre 1667*, in R. Schnur (Hrsg.), *Staatsräson. Studien zur Geschichte eines politischen Begriffs*, Berlin, Duncker & Humblot, 1975, pp. 441 ss.

83 In 50 volumi (Nürnberg, Leipzig, Ebersdorf, 1737-54). Sul Moser, K.S. Bader, *Johann Jacob Moser*, in M. Müller, R. Uhland (Hrsg.), *Lebensbilder aus Schwaben und Franken*, Stuttgart, Kohlhammer, 1960, pp. 92 ss.; R. Rürup, *J.J. Moser. Pietismus und Reform*, Wiesbaden, Steiner, 1965; E. Schömbs, *Das Staatsrecht Johann Jacob Mosers (1701-1785). Zur Entstehung der historischen Positivismus in der deutschen Reichspublizistik des 18. Jahrunnderts*, Berlin, Speyer & Peters, 1968; M. Walker, *Johann Jakob Moser and the Holy Roman Empire of the German Nation*, Chapel Hill, University of North Carolina, 1981.

84 E. Hölzle, *Frattura e continuità nell'evoluzione moderna della "libertà" tedesca*, in Rotelli, Schiera (a cura di), *Lo Stato moderno* cit., vol. I, p. 95.

85 Ivi, p. 96.

86 O. Hintze, *Condizioni storiche generali della costituzione rappresentativa*, in Id., *Stato e società* cit., p. 133. Sul dibattito sulle costituzioni cetuali in area asburgica, L. Bussi, *Fra unione personale e Stato sovranazionale. Contributo alla storia della formazione dell'Impero d'Austria*, Milano, Giuffrè, 2003, pp. 252 ss.

87 Cfr. C.P. Courtney, *Montesquieu e Burke*, Oxford, Blackwell, 1963.

88 Cfr. E. Sciacca, *Il problema del costituzionalismo nella storia del pensiero politico moderno. Alcune questioni metodologiche*, ora in *Studi in memoria di Enzo Sciacca*, vol. II: *Liber amicorum*, Milano, Giuffrè. 2008, p. 7; De Benedictis, *Politica* cit., p. 341.

89 G. Oestreich, *Problemi di struttura dell'assolutismo moderno*, in E. Rotelli, P. Schiera (a cura di), *Lo Stato moderno*, vol. I, cit., p. 174.

90 Cfr. C. Vivanti, *Le guerre di religione nel Cinquecento*, Roma-Bari, Laterza, 2007, p. 68. Sul dibattito teorico connesso con il moto di indipendenza olandese, si veda M. Van Gelderen, *The Political Thought of the Dutch Revolt, 1555-1590*, Cambridge, Cambridge University Press, 1992.

91 N. Matteucci, *Costituzionalismo*, in *Enciclopedia delle scienze sociali*, Roma, Treccani, 1992, vol. II, p. 522.

El ensayo fundacional de la libertad de prensa en la tradición constitucional euroatlántica: la *Areopagitica* de John Milton. Repercusión e influencia en la Inglaterra de su tiempo, 1644-1674

MARÍA NIEVES SALDAÑA DÍAZ

> A good Booke is the pretious life-blood of a master spirit, imbalm'd and treasur'd up on purpose to a life beyond life*.

1. *La* Areopagitica *en la Revolución Puritana: divergencias y convergencias en la historiografía miltonista*

El ensayo fundacional de la libertad de prensa en la tradición constitucional euroatlántica hay que buscarlo en el agitado período de la Revolución Puritana inglesa, en el escrito que el poeta republicano John Milton dirigió al Parlamento inglés en 1644 con el sugerente título de *Areopagitica, A Speech for the Liberty of Unlicensed Printing to the Parlament of England* para demandar la extinción del férreo sistema de censura previa vigente en la Inglaterra de mediados del siglo XVII[1]. Desde entonces, sus célebres argumentos a favor de la libertad de prensa fueron aprehendidos y retomados en la ideología colonial y revolucionaria norteamericana de mediados y finales del siglo XVIII, en los albores de la Revolución francesa, en las avanzadas doctrinas sobre la libertad de expresión magistralmente articuladas por John Stuart Mill y en la formulación de la teoría del *Mercado de las Ideas* que el juez de la Corte Suprema de los Estados Unidos Oliver Wendell Holmes hizo célebre al defender una interpretación más abierta de la Primera Enmienda de la Constitución norteamericana a principios del siglo XX. Por esto no sorprende que la *Areopagitica* haya sido la prosa miltoniana más editada[2], habiendo merecido múltiples interpretaciones de todo signo, como refleja la abundante bibliografía generada a lo largo de más de 370 años[3].

Sin embargo, la doctrina miltonista ha mantenido opiniones divergentes sobre la efectiva influencia que ejerciera la *Areopagitica* en la Inglaterra puritana y revolucionaria del siglo XVII. Aunque muy tempranamente el republicano John Toland se había referido al efecto que había tenido el escrito en su breve semblanza sobre la

vida de Milton de 1698[4], sin duda, el paradigmático exponente de la concepción más favorable sobre la repercusión que alcanzó el ensayo areopagítico entre sus contemporáneos es David Masson, el conocido biógrafo miltoniano de la segunda mitad del siglo XIX, al afirmar que la *Areopagitica* tuvo un considerable impacto tras su aparición en 1644, describiendo su influencia en los escritos posteriores de Lilburne y Henry Robinson, entre otros, así como en la probable lasitud que provocó en la aplicación del restrictivo sistema inglés de licencias[5]. No obstante, desde el primer tercio del siglo XX la mayoría de los autores se han mostrado muy reticentes a aceptar la repercusión atribuida por Masson a la *Areopagitica*. Así, desde una postura muy escéptica, William Haller ha rechazado el análisis del biógrafo miltoniano al no encontrar referencias de esta obra maestra en los cientos de panfletos impresos durante la etapa puritana, afirmando que la *Areopagitica* no contribuyó en modo alguno a la reputación e influencia contemporánea de Milton, habiendo pasado totalmente desapercibida y sin lograr efecto alguno sobre la restrictiva regulación de la prensa vigente en la Inglaterra de 1644[6].

Realmente, Haller parece desconocer las evidentes conexiones entre la *Areopagitica* y la coetánea literatura toleracionista que le precedió y a la que sirvió de caldo de cultivo. Por este motivo, William R. Parker ha intentado aproximarse a una posición intermedia entre Masson, víctima de la «superstition of masterpieces», es decir, de la fama que ya había alcanzado la *Areopagitica* en el siglo XIX como obra maestra, y el profesor Haller, cautivo de lo que llama «clipping bureau error», argumentado Parker que existen diversos tipos de evidencias sobre las que construir la reputación contemporánea de Milton de forma que, aunque las alusiones en la prensa contemporánea constituyen un importante referente de la influencia alcanzada por el discurso areopagítico, también deben ser tenidas en cuenta las menciones en textos manuscritos y otras manifestaciones que reflejarían una mayor repercusión de las doctrinas de la *Areopagitica* entre los contemporáneos de Milton, localizando Parker diversas alusiones a la *Areopagitica* entre 1644 y 1674, a las que se refiere posteriormente en su conocida biografía sobre Milton de finales de la década de los años 60[7].

Asimismo, Don M. Wolfe ha mostrado una posición más abierta sobre la repercusión que tuviera el ensayo miltoniano durante la Revolución Puritana, analizando las conexiones entre las doctrinas de la *Areopagitica* y los escritos toleracionistas de William Walwyn, John Lilburne, Richard Overton y John Goodwin[8]. Igualmente, Ernest Sirluck se ha referido a la influencia del escrito miltoniano en la literatura toleracionista contemporánea en su edición de la *Areopagitica* incluida en el segundo volumen de la excelente colección de la obra en prosa de Milton[9]. Y Christopher Hill ha afirmado que la *Areopagitica* plasma mejor que ningún otro escrito del momento el espíritu de la Revolución Puritana, proyectándose sobre la literatura revolucionaria de forma más palpable de lo que ha reconocido la doctrina más escéptica, influenciando los panfletos de Hezekiah Woodward, Lilburne, Walwyn y otros líderes de los *Levellers*, así como los escritos posteriores de John Hall y John Saltmarsh[10].

Por todo, para aproximarnos a la efectiva influencia y repercusión que ejerció la *Areopagitica* en tiempos de Milton no

puede olvidarse la literatura toleracionista precursora del ensayo areopagítico, en la que germina, aunque tímidamente y como mecanismo para asegurar la libertad de conciencia en el plano religioso, un incipiente discurso a favor de la libertad de prensa, destacando especialmente los escritos de Thomas Cartwright, Leonard Busher, Roger Williams, Samuel Hartlib, William Walwyn, John Goodwin y Henry Robinson. Coetánea literatura toleracionista que sirvió de caldo de cultivo de la *Areopagitica*. Por esto no sorprende que, aunque la defensa de la libertad de prensa no constituya principal preocupación de la doctrina *Leveller* hasta los últimos años de la década de 1640, resuenen los ecos areopagíticos en las doctrinas toleracionistas inmediatamente posteriores de Woodward, Lilburne, Saltmarsh, Maboott y Overton y, especialmente, a partir de 1649 en los escritos del movimiento *Leveller* frente al fortalecimiento del control de la prensa, como reflejan la Petición de 19 de enero de 1649 y los argumentos de Gilbert Mabbot ante la Cámara de los Comunes para renunciar a las funciones de censor, así como en los escritos de Thomas Pride en 1652 y John Goodwin en 1655. Incluso, los argumentos de la *Areopagitica* a favor de la libertad de prensa resuenan con fuerza tras la Restauración, casi treinta años después de su aparición y a pocos meses del fallecimiento de Milton, en la controversia religiosa que tiene lugar entre Andrew Marvell y los partidarios del anglicano Samuel Parker entre 1672 y 1673, extendiéndose así la influencia de la *Areopagitica* durante tres décadas, desde su aparición en 1644 hasta la muerte del mismo Milton en 1674.

Con todo, como se analiza más adelante, Milton articuló en la *Areopagitica* una aproximación más secular que la de la literatura toleracionista contemporánea, extendiendo la reivindicación del libre debate al ámbito político y público, adelantándose así en más de un siglo a la concepción moderna de la libertad de expresión[11]. Por esto los argumentos de la *Areopagitica* alcanzan mayor repercusión tras la Revolución Gloriosa de 1688 y por esto se retoman con fuerza especialmente en las Revoluciones norteamericana y francesa y en sus procesos constituyentes de finales del siglo XVIII, constituyendo, por todo esto, el ensayo fundacional de la libertad de prensa en la tradición constitucional euroatlántica[12].

2. *Escritos precursores de la* Areopagitica *en la literatura toleracionista inglesa: de Busher a Walwyn*

Aunque es cierto que la reivindicación de las libertades de expresión y de prensa encuentra en la conquista de la tolerancia y la libertad religiosa una raíz común en la historia constitucional inglesa, sin embargo, son escasos los escritos precursores de la *Areopagitica* de Milton. Así, en defensa del emergente movimiento puritano del período isabelino del último tercio del siglo XVI, el presbiteriano Thomas Cartwright apela a la libertad de discusión en materia religiosa en su panfleto *A Second Admonition to Parliament* (1572), «freely to discusse all things as they are set forthe in the woorde of God»[13]. No obstante, si se quiere identificar el genuino precursor de la concepción miltoniana sobre el «encuentro abierto» entre las distintas opiniones, hay que dirigir la mirada hacia el baptista Leonard Busher, quien al defender un amplio concepto

de tolerancia religiosa ya había reivindicado en su escrito *Religions Peace: or, a Plea for Liberty of Conscience* (1614) la libertad de expresión como mecanismo para asegurar la libertad de conciencia en el plano religioso, otorgándole a toda suerte de cristianos y judíos libertad para escribir, debatir, comunicar, imprimir y publicar cualquier asunto concerniente a la religión, anticipando así en 30 años no sólo las doctrinas toleracionistas que Roger Williams haría célebre en *The Bloudy Tenent, of Persecution, for Cause of Conscience* (1644), sino también las doctrinas miltonianas sobre el libre encuentro entre la verdad y el error:

> It be lawful for every person or persons, yea, Jews and papists, to write, dispute, confer and reason, print and publish any matter touching religion, either for or against whomsoever [...] That errors being brought to the light of the word of God, will vanish as darkness before the light of a torch. Even as the chaff before the wind cannot stand so error before truth cannot abide[14].

Quince años más tarde, el impresor puritano Michael Sparke, encarcelado por editar varios escritos sin licencia de impresión, desafió la legalidad del Decreto de la *Court of Star Chamber* de 1586[15], en el que se basaba la autoridad de la *Court of High Commission*[16], en su escrito de defensa ante el Tribunal, *Defence in High Commission against Unlicensed Printing* (5 de mayo de 1629), por «directly intrenching on hereditary liberty and being contrary to Magna Carta, the Petition of Right, and other statutes», anticipando las doctrinas que Milton esgrimiría quince años más tarde en la *Areopagitica*[17].

Salvo esta y otras excepciones, son escasas las defensas de la libertad de prensa previas a la *Areopagitica* de Milton. Aunque si han de mencionarse algunos precedentes, no puede pasarse por alto el poder liberador que ya a principios de la década de 1640 le atribuye el polifacético Samuel Hartlib en su escrito *A Description of the Famous Kingdom of Macaria* (1641), augurando que el arte de la imprenta extendería el saber de tal manera que el pueblo, conociendo su propios derechos y libertades, no estaría sujeto a opresión, y así, poco a poco, todos los reinos serían como Macaria «The art of printing will so spread knowledge, that the common people, knowing their own rights and liberties, will not be governed by way of oppression; and son, by little and little, all kingdoms will be like Macaria». Argumentos precursores de la *Areopagitica* a los que aludirá el mismo Hartlib en 1650[18].

Asimismo, dos años más tarde, William Walwyn, el pensador más radical del grupo de los *Levellers*, anticipa la metáfora miltoniana de la conflagración entre la verdad y el error en el panfleto toleracionista *The Power of Law* (19 de septiembre de 1643), proclamando la ulterior conquista de la verdad «plaine truth will prove all sufficient for vanquishing of the most artificiall, sophisticall errour that ever was in the world; give her but due ant patient audience, and her persuasions are ten thousand times more powerfull to work upon the most dull refractory mind, then all the adulterate allurements and deceiving of art»[19].

Igualmente, aunque bajo un postulado más secular, el escritor toleracionista Henry Robinson adelanta en unos meses las doctrinas areopagíticas en su panfleto *Liberty of Conscience: or the Sole Means to Obtaine Peace and Truth* (24 de marzo de 1644). Al advertir, al igual que hiciera Milton más tarde, que la restricción de la libertad de opiniones supone un obstáculo para el avance del conocimiento, el alcance de la verdad y la

superación de las doctrinas erróneas que impone la tiranía de la superstición, Robinson defiende un encuentro paritario y abierto entre las diferentes concepciones, otorgando a todos los combatientes igual libertad para hablar, escribir o imprimir, anticipando así los argumentos de la *Areopagitica* sobre el embate de la verdad y su pretendido carácter infalible:

> But farre more rarely shall you finde a man to give preheminence in point of his religion, each thinking hiw owne to be the truest; this combat therefore must be fought out upon eaven ground, on equall termes, neither side must expect to have greater liberty of speech, writing, priting, or whatsoever else, then the other [...] doe we suspect that errour should vanquish truth? This is so vaine that no man will confesse so much[20].

De igual manera, el predicador independiente John Goodwin avanza en *Theomachia, Or the Grand Imprudence of Men Runing the Hazard of Fighting against God* (2 de septiembre de 1644) la supuesta fe miltoniana en la victoria de la verdad[21], afirmando que el único medio que asegura la búsqueda y el lucimiento de la verdad, así como la supresión de la falsedad, es abrir puertas a los errores, herejías y opiniones disidentes:

> It being certain that error cannot be healed or suppressed but by the manifestation of truth, as darkenesse cannot be destroyed or removed but by the shining of the light; that way which affords the greatest advantages and the best incouragements unto men, both for the searching out, and bringing forth into light the truth being found, must needs be so farre from opening doores unto errors, heresies, unsound opinions, &c. that it steers the most advantagious and hopefull course that lightly can be taken, for the evicting, and consequently for the suppression of them[22].

Aunque, sin duda, el escrito precursor de la *Areopagitica* más relevante es el panfleto atribuido a William Walwyn con el sugerente título de *The Compassionate Samaritane* (junio o julio de 1644), en el que Walwyn anticipa la supuesta fe miltoniana en la victoria de la verdad, evidenciándose su estrecha conexión con la *Areopagitica*[23]. En efecto, la apreciable similitud con la estructura expositiva y argumental de la *Areopagitica* revela que probablemente Milton había leído *The Compassionate Samaritane*, aunque también puede apreciarse la influencia que a su vez ejerciera el ensayo areopagítico en la segunda edición del panfleto de Walwyn, publicado tan solo dos meses después de la aparición de la *Areopagitica*, el 5 de enero de 1645[24]. Así, al apelar, al igual que hiciera Milton, a la garantía que representa el Parlamento para la libertad en la historia constitucional inglesa, Walwyn ofrece un férreo ataque al riguroso sistema de licencia previa que bajo el control de la *Stationers' Company* imponía la Orden del Parlamento de 14 de junio de 1643, afirmando que el efecto de la Orden es contrario al perseguido y esgrimiendo en su argumentación la metáfora areopagítica del encuentro abierto entre la verdad y el error:

> The Press was to be open and free for all in time of Parliament: I shall make bold as a Common of England, to lay claime to that privilege, being assured that I write nothing scandalous, or dangerous to the State (which is justly, and upon good grounds prohibited by Your Ordinance to that effect) [...] yet it hath by reason of the qualifications of the Licensers wrought a wrong way, and stopt the mouthes of good men, who must either not write at all, or no more then is sutable to the judgements and interests of the Licensers [...] Truth is not used to feare, or to seeke shifts or stratagems for its advancement! I should rather thinke that they who are assured of her should desire that all mens mouthes should be open, that so errour may discover its foulnesse, and truth become more glorious by a victorious conquest after a fight in open field[25].

Por tanto, diversos interlocutores del discurso de la tolerancia religiosa contemporáneos de Milton, como Roger Williams, Henry Robinson, John Goodwin y William Walwyn, anticiparon algunos principios en contra del sistema de licencias, estableciendo una indudable conexión entre libertad religiosa y libertad de prensa. Sin embargo, como se analiza a continuación, Milton consigue mantener una aproximación más secular, pues, como han señalado diversos autores, no puede negarse que hay en la *Areopagitica* una amplitud de espíritu, un poder para observar las cuestiones sociales sin usar las lentes de la teología nuevo en Milton y muy poco común en su tiempo[26].

3. *El ensayo fundacional de la libertad de prensa: la* Areopagitica *de John Milton*

Sin duda, la concepción moderna de la libertad de prensa es inaugurada por el discurso que John Milton dirigió al Parlamento de Inglaterra el 24 de noviembre de 1644 con el singular título de *Areopagitica, A Speech for the Liberty of Unlicensed Printing to the Parlament of England*[27], cuando se le deniega la publicación de su primer ensayo sobre la disolución del vínculo matrimonial, *The Doctrine and Discipline of Divorce: Restor'd to the Good of Both Sexes* (1 de agosto de 1643)[28], a causa de la Orden parlamentaria de 14 de junio de 1643, que había restaurado un rígido sistema de licencia previa, prohibiendo la impresión o publicación de cualquier libro o panfleto antes de ser licenciado y registrado por la *Statationers' Company*[29].

Para fundamentar la extinción del férreo sistema de control de la prensa vigente en la Inglaterra de 1644, Milton analiza primeramente el origen histórico de la censura en Europa, su ineficacia y sus efectos perjudiciales para el avance del conocimiento y la consecución de la libertad, remontándose a la concentración de poder político en manos de la Iglesia Católica Romana, origen de las prohibiciones y quema de libros «After which time the Popes of Rome engrossing what they pleas'd of Politicall rule into their own hands, extended their dominion over mens ayes, as they hay before over their judgements, burning and prohibiting to be read, what they fansied not», y situando en los tentáculos del célebre Tribunal de la Inquisición la expansión europea del sistema de censura, «that this project of licencing crept out of the *Inquisition*, was catch up by our Prelates, and hath caught some of our Presbyters»[30].

Y no le falta razón a Milton. La Congregación de la Inquisición inició su andadura a partir de 1231, cuando el Papa Gregorio IX publica la Constitución *Excommunicamus et Anathematisamus* que atribuía a la jurisdicción papal la persecución de heréticos y cismáticos, alcanzando notable influencia en Alemania, Francia e Italia, y, especialmente, en España, tras su refortalecimiento por los Reyes Católicos en el siglo XV, situando Milton en el Concilio de Trento y en la Inquisición española el nacimiento de la censura mediante los Índices de Libros Prohibidos, los llamados *Index librorum prohibitorum et expurgatorum*, «untill the Councell of Trent, and the Spanish Inquisition engendring together brought forth, or perfeted those Catalogues, and expurging Indexes»[31], de ahí que la lengua inglesa se sirviese del término latino *imprimatur* para referirse a tal dictatorial mecanismo de licencia de prensa,

> […] and besotted us to the gay imitation of a lordly *Imprimatur* […] so apishly Romanizing, that the word of commnad was set downe in Latine […] for that our English, the language of men ever famous, and formost in the atchievements of liberty, will no easily finde servile letters anow to speel such a dictatorie presumption English[32].

Tras el análisis histórico de la censura y con un discurso heredero del humanismo racionalista[33], Milton expone los argumentos a favor de la libertad de prensa, afirmando que la libre discusión de mentes y opiniones contribuye al conocimiento y al ejercicio de la razón y, en consecuencia, a alcanzar la virtud y, finalmente, la libertad[34], por esto advierte al Parlamento de Inglaterra de los perjuicios que causa la censura, desincentivando todo tipo de aprendizaje y de saber, reprimiendo la formación tanto del pueblo como del propio gobernante y limitando las expectativas de todo progreso político y social, por todo Milton afirma que la Orden del Parlamento «conduces nothing to the end for which it was fram'd»[35].

Asimismo, para Milton el libre encuentro de mentes y opiniones contribuye al enfrentamiento abierto entre las diversas concepciones y a la conquista de la verdad, siendo éste el argumento de la *Areopagitica* que ha alcanzando mayor influencia en el moderno proceso de conceptualización de la libertad de expresión:

> Thoug all the windes of doctrin were let loose to play upon the earth, so Truth be in the field, we do injuriously by licencing and prohibiting to misdoubt her estrenght. Let her and Falshood grapple; who ever knew Truth put to the wors, in a free and open encounter?[36]

Sin embargo, realmente Milton no muestra en la *Areopagitica* una confianza absoluta en el alcance último de la verdad, equiparando su búsqueda a la del cuerpo del mítico dios Osiris, diseminado, según cuenta la tradición egipcia, en miles de partes esparcidas al viento, de ahí que su búsqueda sea continua e interminable[37]. Y es que, dada la irremediable falibilidad de la naturaleza humana, la verdad no puede ser establecida definitivamente, encontrándose en continuo estado de emergencia. Sin olvidar que la verdad raramente está libre de prejuicios y ataduras sociales, siendo más bien leal hija de su tiempo, de ahí que, como sabiamente afirma Milton, los escritos licenciados no son sino «the language of the times»[38].

Por todo, Milton reclama al Parlamento inglés la libertad de saber, de hablar y de argüir libremente según la conciencia por encima de todas las libertades, constituyendo el primer escrito de la modernidad que reivindica la libertad de expresión como derecho individual no sujeto a una determinada connotación religiosa o política, ni circunscrito al ámbito parlamentario, adelantándose así Milton a la concepción moderna de la libertad de expresión que emerge en las dos Revoluciones atlánticas de finales del siglo XVIII:

> If it be desir'd to know the immediate cause of all this free writing and free speaking […] it is the liberty, Lords and Commons, which your own valorous and happy counsels have purchast us, liberty which is the nurse of all great wits […] Although I dispraise not the defence of just immunities, yet love my peace better, if that were all. Give me de liberty to know, to utter, and to argue freely according to conscience above all liberties[39].

Finalmente, en el último pasaje de la *Areopagitica* Milton vincula la libertad de debate con el buen gobierno, de manera que la libertad de expresión no sólo contri-

buirá al desarrollo de la persona sino también al buen funcionamiento del Estado, de ahí la relevancia de la libertad de crítica y exhortación al poder, en caso contrario, la inevitable falibilidad humana conducirá a un gobierno desinformado y despótico, conectando así Milton la dimensión individual y colectiva de la libertad de expresión y justificando la extirpación de todo tipo de control[40]:

> This I know, that errors in a good government and in a bad are equally almost incident; for what Magistrate may not be mis-inform'd, and much the sooner, if liberty of Printing be reduc't into the power of a few; but to redresse willingly and speedily what hath bin err'd, and in highest authority to esteem a plain advertisement more then others have done a sumptuous bribe, is a virtue (honour'd Lords and Commons) answerable to Your highest actions, and whereof none can participat but greatest and wisest men[41].

Por tanto, lo que distingue a un buen gobierno es la capacidad para reconocer y corregir errores, de ahí la relevancia del libre debate y de la libertad de crítica implementada desde las esferas ciudadanas. Dinamismo individual y colectivo, privado y público, que refleja el epígrafe introductorio que en boca de *Las Suplicantes* de Eurípides abre las puertas de la *Areopagitica*, proclamando el discurso miltoniano desde el frontispicio que la libertad de crítica reconocida al ciudadano contribuye tanto al aprendizaje individual como al progreso colectivo:

> This is true Liberty when free born men
> Having to advise the public, may speak free,
> Which he who can, and will, deserves high praise;
> Who neither can, nor will, may hold his peace:
> What can be juster in a State than this?[42]

En definitiva, como he analizado más detenidamente en estudios previos, la *Areopagitica* es mucho más que un mero alegato a favor de la libertad de prensa. En efecto, en el discurso miltoniano se entrelazan tanto los clásicos principios del humanismo racionalista, que visiona al individuo como sujeto autónomo capaz de decidir constantemente entre el bien y el mal, sometido al continuo devenir que implementa la incesante conquista de la verdad y la libertad, como el emergente énfasis que la doctrina republicana hizo recaer sobre el humanismo cívico de corte maquiavélico, esto es, la necesaria conjugación de la dimensión individual y colectiva de la libertad, la inevitable integración de la libertad individual en el dinamismo de la igualitaria realización pública. Por tanto, el ejercicio libre y racional de la libertad de expresión contribuye al progreso social, al control del poder y al buen gobierno, de ahí el rechazo miltoniano a toda censura o licencia previa, constituyendo así el dinamismo individual, político y social presupuesto fundacional de la libertad de prensa que Milton reclama en la *Areopagitica*[43].

Se confirma así el carácter fundacional del discurso miltoniano, adelantándose en más de un siglo a la concepción moderna de la libertad de expresión. Por esto no sorprende que las avanzadas doctrinas de la *Areopagitica* alcanzaran escasa repercusión en el discurso de la tolerancia religiosa imperante en la Inglaterra de mediados del siglo XVII. Con todo, como se analiza a continuación, sus argumentos sobre el origen histórico de la censura a manos de la jerarquía papal romana y el célebre Tribunal de la Inquisición, así como sobre la virtualidad del encuentro abierto entre las distintas concepciones para el avance del conocimiento y la ulterior conquista de la verdad y sobre las bondades de la libertad

de prensa para el buen funcionamiento del gobierno, fueron retomados por la literatura toleracionista de la etapa puritana y, especialmente, por los escritores radicales del periodo republicano, resonando incluso en las controversias religiosas tras la Restauración, extendiéndose así la influencia de la *Areopagitica* durante tres décadas, desde su aparición en 1644 hasta la muerte de Milton en 1674.

4. *Repercusión e influencia de la Areopagitica en tiempos de Milton: 1644-1674*

Tan solo un mes después de la aparición de la *Areopagitica*, el primer escritor en adoptar la oratoria miltoniana a favor de la libertad de prensa es el puritano Hezekiah Woodward, aunque bajo un discurso menos secular. En sus *Inquiries into the Causes of Our Miseries* (23 de diciembre de 1644), Woodward rechaza el sistema de licencias apelando a la verdad y a la razón, y al tiempo que otorga a los libros, al igual que hiciera Milton en la *Areopagitica*, cierto carácter antropomórfico, retoma la genealogía miltoniana del sistema de licencias, remontando al célebre Tribunal de la Inquisición de Roma el origen del obligado *imprimatur*:

> Touching my licence here, I have no Imprimatur, no licence to speak. To which I could answer, Yes, that I Have, for by the grace of God, Truth, and Reason, the old Licensers of old, have licenced my words all along. And truly mi spirit could never go forth with any other way of licensing, or midwifring such births as are books into the world […] Gods law this, and mans Law that, carried all along through a series of time, and never interrupted, nor reversed, or made null till it came through the Inquisition Court of Rome, whence we have our Imprimatur, Let this be printed[44].

Las manifiestas semejanzas entre el panfleto de Woodward y las doctrinas de la *Areopagitica* fueron probablemente la causa de que Woodward y Milton fuesen interrogados por la Cámara de los Lores el 28 de diciembre de 1644, asunto del que disponemos escasos detalles, aunque según relatan los biógrafos miltonistas, la Cámara, aprobando o no las doctrinas de Milton, «soon dismissed him»[45].

Igualmente, el análisis retrospectivo que ofreciera Milton en la *Areopagitica* del sistema de licencias adoptado por el Parlamento inglés es reproducido un mes más tarde por John Lilburne, el líder más representativo del grupo de los *Levellers*, en el escrito que dirigió al puritano William Prynne, *A Copie of A Letter to Mr. William William Prinne upon his last booke intitled 'Truth Triumphing over Falshood, Antiquity over Novelty'* (7 de enero de 1645), en el que se lamenta de la intolerancia de los presbiterianos y defiende la libertad de expresión para los independientes, reclamando Lilburne la libertad de prensa que la jerarquía eclesiástica inglesa, aleccionada por la Inquisición española, había sustraído y encerrado bajo la llave de un *Imprimatur*:

> That the Presse might be as open for us as for you, and as it was at the beginning of this Parliament, which I conceive the Parliament did of purpose, that so the freeborne English Subjects might enjoy their Liberty and Priviledge, which the Bishops lad learned of the Spanish Inquisition to rob them of, by locking it up under the Key or an Imprimatur, in whose tyrannicall steps the Synod treades[46].

Y posiblemente aleccionado por Milton y Lilburne, en abril de ese mismo año Richard Overton, también un conocido representante del grupo de los *Levellers*, atribuye a la Orden de 1643 similar origen

genealógico al referido en la *Areopagitica* en su escrito *The Araignement of Mr. Persecution* (8 de abril de 1645):

> Making strict search and inquiry after him from Religion to Religion, found him at length amongst the Papists, under the name of Mr. Spanish-Inquistion; but the subtile Fox no sooner perceived their Authority, but shrunke out of his Roman Papall Robe, and presently turned Protestant, clad with and English Episcopall habit, under the name of Mr. High-Commission[47].

Un año más tarde, el predicador radical John Saltmarsh reivindica la libertad de expresión en asuntos religiosos en *The Smoke in the Temple. Wherein is a Designe for Peace and Reconciliation of Believers of the Several Opinions of these Times* (1646), reflejándose la influencia de las doctrinas miltonianas cuando reclama libertad de prensa y opinión, garantizándose así el libre debate y las comunicaciones abiertas sin restricciones, causa de grandes males para los Estados,

> Let there be liberty of the press for printing, to those that are not allowed pulpits for preaching. Let that light come in at the window which cannot come in at the doore, that all may speak and write one way, that cannot another. […] Let there be free debates and open conferences and communication, for all and of all sorts that will, concerning difference in spirituals; still allowing the state to secure all tumults or disturbances. Where doors are not shut, there will be no breaking them open. So where debates are free there is a way of vent and evacuation, the stopping of which hath caused more troubles in states than anything[48].

Asimismo, el 25 de abril de 1647 se alude a la *Areopagitica* en la correspondencia germana de Samuel Hartlib, el conocido amigo de Milton que, como se analizó más arriba, había adelantado ya algunos principios areopagíticos en *A Description of the Famous Kingdom of Macaria* (1641) y en cuyo círculo se evidencia a su vez la popularidad de la *Areopagitica*[49]. Así, aunque a juicio del interlocutor alemán de Hartlib el ensayo miltoniano adolecía de un excesivo tono satírico y su estilo debía ser más moderado, con todo, se recomendaba que fuese traducido para que circulara «in other lands where such tyranny reings»[50].

Aunque, sin lugar a dudas, los argumentos esgrimidos por Milton a favor de la libertad de prensa resuenan con mayor intensidad cuando se produce la definitiva quiebra del movimiento *Leveller* con la República cromwelliana. En efecto, la relativa libertad de prensa que había caracterizado a los últimos años del período revolucionario amenaza con desaparecer en 1649 ante la presión del sector presbiteriano, provocando la reacción del movimiento *Leveller* y la reactualización de las doctrinas de la *Areopagitica*[51]. Así, el documento que refleja un mayor acercamiento a los principios de la *Areopagitica* es la Petición que el grupo *Leveller* dirigió al Parlamento en defensa de la libertad de prensa, *The Humble Petition of firm and constant Friends to the Parliament* (19 de enero de 1649). Rechazando el control de la prensa por su identificación con la tiranía y la sumisión a la esclavitud, por la supresión de la verdad, el fomento de la ignorancia y la servidumbre, la Petición proclama las bondades de la libre circulación de opiniones para el buen funcionamiento del gobierno, resonando los últimos párrafos de la *Areopagitica*[52]:

> For whatever specious pretences of good to the Commonwealth have bin devised to overaw de Pres, ye all times foregone will manifest, it hath ever ushered in a tyrannie; mens mouth being to be kept from making noise, whilst they are robd of their liberties; So was it in the late Prerogative times before this Parliament, whilst upon pretence of care of the publike, Licensers were set over the Press, Truth was suppressed, the people

> thereby kept ignorant, and fitted only to serve the unjust ends of Tyrants and Oppressers, whereby the Nations was enslaved […] The liberty whereof appears so essential unto Freedom, as that without it, its impossible to preserve any Nation from being liable to the worst of bondage: for what may not be done to that people who may not speak or write, but at the pleasure of Licensers? As for any prejudice to Government thereby, if Government be just in its Constitution, and equal in its distributions, it will be good, if not absolutely necessary for them, to hear all voices and judgements, which they can never do, but by giving freedom to the Press […] to put the least restraint upon the Press, seems altogether inconsistent with the good of the Commonwealth, and expressly opposite and dangerous to the liberties of the people, and to be carefully avoided, as any other exorbitancy or prejudice in Government[53].

Un mes más tarde, John Lilburne dedicó algunas líneas a la defensa de la libertad de prensa en *Englands New-Chaines Discovered* (26 de febrero de 1649), conectando todo sistema de censura con cualquier atisbo de tiranía, «That you will open the Press, whereby all trecherous and tyrannical designes may be the easier discovered, and so prevented, which is a liberty of greatest concernment to the Commonwealth, and which such only as intend a tyrannie are engaged to prohibit»[54]. Igualmente, en la segunda parte del panfleto, *The Second Part of Englands New-Chaines Discovered* (24 de marzo de 1649), se afirma que la libertad de prensa es parte esencial de una nación libre, «but what freedom indeed is there, so long as they stop the Presse, which is indeed, and hath to be accounted in all free Nations, the most essential part thereof»[55]. Similitud con los planteamientos de la *Areopagitica* que probablemente justifican por qué Milton desoyó la orden del Consejo de Estado de refutar el escrito *Leveller*[56].

Asimismo, como muy tempranamente apuntara el republicano John Toland en su breve semblanza sobre la vida de Milton de 1698[57], en mayo de 1649 destacan los argumentos que expusiera Gilbert Mabbott ante la Cámara de los Comunes para renunciar a las funciones de censor, argumentos que se nutren de la más enérgica defensa miltoniana de la libertad de prensa[58]. Así, atribuyendo al sistema de censura los mismos males que para la libertad se expusieran en la *Areopagitica*, considerando injusto e ilegal prohibir a la prensa difundir libremente aquello que pudiera descubrir cualquier síntoma de corrupción en el Estado, contribuyendo así a la ignorancia del pueblo y a su esclavización, Mabbott ofrece la misma solución miltoniana al control de la prensa, considerando conforme a derecho imprimir cualquier libro o panfleto sin sujeción a censura alguna, siempre que quede constancia de los nombres del autor e impresor, garantizándose así la responsabilidad de lo escrito o publicado:

> Because that Imployment (as he conceives) is unjust and illegal as to the Ends of its first Institution, *viz*. to stop the Presse from publishing any thing, that might discover the Corruption of Church or State in the time of Popery, Episcopacy, and Tyranny, the better to keep the People in ignorance, and carry on their Popish, Factious, and Tyrannical Designs for the enslaving and destruction both of the Bodies and Souls of all the free People of this Nation […] Because it is lawfull (in his Judgement) to print any Booke, sheete, &c. without Licensing, so as the Authors and Printers do subscribe their true Names thereunto, that so they may be liable to answer the Contents thereof; and if they offend therein, then to be punished by such Lawes are or shall be for those Cases provided[59].

De la misma manera, los términos de la *Areopagitica* resuenan en los panfletos del reformista John Hall, fundamentalmente en el escrito en el que aboga por la reforma del obsoleto sistema universitario inglés,

An Humble Motion to the Parliament of England Concerning the Advancement of Learning: and Reformation of the Universities (1649), utilizando Hall expresamente el término "*Areopagitick*" para referirse a su propio texto, «But since this [attack on abuses in universities] would amount to a long rabble, and degenerate into some *Satyre* or *Pasquill*, rather then an *Areopagitick*» y apelando al Parlamento para que derogue el odioso sistema de licencias que restringe el avance del saber y del conocimiento en el Estado, porque, como había argumentado previamente Milton en la *Areopagitica*, la licencia previa de escritos «silences so many Truths, and frights so many ingenuities, and makes them abhorre the publick»[60].

Un año más tarde, Samuel Hartlib nos relata en su diario de 1650 en qué medida Milton estaba contrariado por la vigencia del sistema de licencias, que el Parlamento inglés había mantenido y estaba aplicando erróneamente, pues tras la llamada *Bradshaw Press Act*, de 20 de septiembre de 1649[61], no había sido designado censor alguno por lo que en su opinión podían publicarse libros y ensayos sin ser licenciados, siempre que fuese registrado el nombre del autor o del impresor, reafirmando así Milton de nuevo los principios defendidos en la *Areopagitica*, «There are no Licensers appointed by the last Act so that everybody may enter in his booke without License, provided the Printers or authors name bee entered that they may be forth coming if required»[62]. Por esto no sorprende que en febrero de 1652 se publicara en Londres una versión latina licenciada por Milton del manifiesto sociniano del origen polaco conocido como el *Racovian Catechism* (1609)[63], lo que motivó que a principios de abril fuese requerido ante la Cámara de los Comunes, apelando Milton en su defensa, según relata en su diario el diplomático de origen alemán Liewe van Aitzema, a sus propias convicciones que había defendido ocho años atrás en la *Areopagitica*:

> There was recently printed here the Socinian Racovian Catechism. This was frowned upon by Parliament; the printer says that Mr. Milton had licensed it; Milton, when asked, said yes, and that he had published a tract on the matter, that men should refrain from forbidding books – and in approving of that book he had one no more than follow his conviction[64].

Por todo no extraña que unos meses antes, en julio de 1651, el profesor de origen alemán Christopher Arnold se hubiera referido a la *Areopagitica* de Milton en una extensa carta sobre las personalidades y libros de la Inglaterra del momento remitida a George Richter, entonces Vicerrector de la Universidad de Altorf, reconociendo Arnold el carácter precursor del ensayo miltoniano en la defensa de la libertad de prensa[65]:

> John Milton, that celebrated defender of the English people, once also wrote *Areopagitica*, *a Speech for the Liberty of Unlicensed Printing, to the Parliament of England*, that is, a speech in behalf of the freedom to print books without a license, addressed to the Parliament of England; against its rule by which only books approved by license were allowed to be printed. That most ingenious author would seem to me to have imagined that today's liberty (that is, 1644) existed long ago among his Areopagites[66].

Un año más tarde, en una enconada controversia con los impresores presbiterianos que reclamaban el restablecimiento de las atribuciones de la *Stationers' Company*, resuenan los principios defendidos por Milton en la *Areopagitica* en el escrito de un grupo de seis oficiales liderado por el coronel Thomas Pride con el título *The Beacons*

Quenched (8 de octubre de 1652), reivindicándose la virtualidad de la prensa para combatir el error y rechazándose la censura de los libros como se había argumentado con ocasión del *Racovian Catechism* licenciado por Milton, «And if those Books have 19 parts of good Matter, and the 20th part Popery, it wer a great pitty the much good should suffer for the little evill, as it was excellently said by a Worthy Member of Parliament upon occasion of debate concerning the Racovian Catechism, who upon that reason passed his Vote against the burning of it»[67].

En 1655, vigente el Protectorado y transcurridos ya diez años desde la publicación de la *Areopagitica*, el escritor toleracionista John Goodwin sostiene la inoperatividad de cualquier sistema de censura en *A Fresh Discovery of the High-Presbyterian Spirit* (1655), resonando los argumentos miltonianos sobre la ineficacia del control de la prensa al proclamar Goodwin que es un proyecto utópico liberar al mundo de todo error y herejía, «The setting of Watchmen with authority at the door of the Presse to keep errors and heresies out of the world, is as weak a project and design, as it would be to set a company of armed men about an house to keep darknesse out of it in the night season»[68]. Con todo, aunque el texto contiene una brillante defensa de la libertad de prensa, sin embargo, no fue escrito con la misma habilidad literaria ni ilustrado con la suerte de fuentes clásicas que ofrece el discurso areopagítico, y mientras que en el ensayo de Goodwin domina el tono religioso que caracterizaba por entonces a los planteamientos de quienes luchaban por la libertad de prensa, en la *Areopagitica*, por el contrario, revolotea el espíritu libertario y secular que ha contribuido a su eternización[69].

Asimismo, a finales del Protectorado, el monárquico Richard Watson alude en sentido irónico al ensayo areopagítico en un escrito impreso fuera de Inglaterra, *The Panegyrike and the Storme, Two Poëtike Libells by Ed. Waller, Vassa'll to the Usurper, Answered by more Faythfull Subjects of his Sacred Majesty Charles ye Second* (1659), en el que atacaba el panegírico que el poeta y parlamentario Edmund Waller había dirigido a Cronwell unos años antes, *A Panegyric to My Lord Protector* (1655), denunciando Watson la ausencia de libertad de prensa durante el periodo cromweliano y refiriéndose expresamente a Milton como «that poëtike Areopagite»:

> Why I but now salute you, save your *guess*,
> Thanke, Sr, your late *Dictatour of the Presse*,
> Whose spreading Power, like an *Erratike Plague*,
> Though bred at *London*, met me at the *Hague*;
> Nor could I scape it, if my *Papers* came
> To his endeared Dort or *Amsterdame*.
> More curious *Satyrists* had seen the light,
> If that poëtike *Areopagite*
> Had from your *Senate* gaind the *voting Word*,
> Or His old *Highnesse* more *authentike Sword*,
> *For the Pens priviledge*, That all might be
> From *Viewes,* & *Censures*, or *suppressions*, free;
> That *Truth*, ris'n from the grave, might *London's street*
> Walke, uncontrolled, in her *winding*-sheet;
> Not smotherd' in the *baskets bottome* lie,
> Breathing *short whispers*, as forbid *the crie*;
> Or by *new Patent* mount th' *unsainted stall*
> In *Pauls Church-yard*, or *Peters Pallace Hall*[70].

Finalmente, tras la Restauración y a pocos meses del fallecimiento de Milton, en una exacerbada controversia eclesiástica sobre libertad religiosa, el poeta y amigo de Milton Andrew Marvell sigue muy de cerca el discurso de la *Areopagitica* en su escrito *The Rehearsal Transprosed* (1672), en el que ataca en tono satírico al entonces Archidiácono de Canterbury, el anglicano Samuel

Parker, refiriéndose irónica y magistralmente Marvell a los efectos perniciosos que el eclesiástico achacaba a la libertad de prensa:

> The press (that villanous engine) invented much about the same time with the Reformation, hath done more mischief to the discipline of our Church than the doctrine can make amends for […] But now, since printing came into the world, such is the mischief, that a man cannot write a book, but presently he is answered. Could the press but at once be conjured to obey only an imprimatur, our author might no disdaine, perhaps, to be one of its most zealous patrons. There have been ways found out to banish ministers, to find not only the people, but even the grounds and fields where they assembled, in conventicles; but no art yet could prevent these seditious meetings of letters […] O, printing! how hast thou disturbed the peace of mankind! That lead, when moulded into bullets, is not so mortal as when formed into letters![71]

La influencia de la *Areopagitica* en el discurso de Marvell es tan evidente que los partidarios de Parker lo mencionan expresamente. Así, Richard Leigh[72] afirma en *The Transproser Rehearsed* (1673) que el discurso de Marvell sobre la libertad de prensa «is little else but Milton's *Areopagitica* in short hand»[73]. Por todo, no sorprende que, aunque el mismo Samuel Parker cite despectivamente la oratoria de la *Areopagitica* en su escrito de réplica a Marvell, *A Reproof to the Rehearsal Transposed* (6 de mayo de 1673), reconozca, no obstante, que había sido considerada durante el período revolucionario como una obra dotada de gran ingenio y sentido:

> Has not your beloved Press after all your fondness sold you a sweet bargain, and more than turn'd her tayl upon you? With what zeal and courage have you asserted its Liberty from the bondage of *Imprimatur* and the Inquisition of Prelates? What stiff and stubborn Homilies have you made to make it good that the suppression of a good Libel "is no less than Martyrdom, [marginal note: Areopag Pag. 4.] and if it extend to the whole Impression a kind of Massacre, whereof the Execution ends not in the Slaying of an Elemental Life, but strikes at that ethereal and fifth essence, the breath of Reason it self, slays an Immortality rather than a Life?" Such fustian bumbast as this past for stately wit and sense in that age of politeness and reformation[74].

En definitiva, la influencia de la *Areopagitica* no sólo se manifiesta en los escritos del período revolucionario; como se analiza en este estudio se extiende durante tres décadas, desde su publicación en 1644 hasta la muerte del mismo Milton en 1674, e incluso va más allá, alcanzando notable repercusión en la ideología radical *Whig* inglesa de finales del siglo XVII cuando se intenta fortalecer el sistema de licencias. Traspasando así la influencia de la *Areopagitica*, la naturaleza perecedera de su progenitor para iniciar una senda perenne e inmortal, haciendo honor a las palabras del mismo Milton cuando vaticinaba en la *Areopagitica* la pervivencia eterna de los buenos libros, pasaje que ha servido de epígrafe introductorio de este estudio y aparece como frontispicio en la Biblioteca Pública de Nueva York, «a good Booke is the pretious life-blood of a master spirit, imbalm'd and treasur'd up on purpose to a life beyond life»[75].

5. *Consideraciones finales. La* Areopagitica *en la tradición constitucional euroatlántica*

Aunque la *Areopagitica* no logró la inmediata extinción del férreo sistema de censura previa imperante en la Inglaterra de 1644, que se mantendría vigente durante media

centuria, sin embargo, como se desprende del estudio realizado, la *Areopagitica* no pasó desapercibida en su tiempo[76]. Las diversas alusiones en la literatura panfletaria contemporánea a los argumentos a favor de la libertad de prensa que Milton articuló magistralmente en la *Areopagitica* muestran que fue conocida, leída y referenciada. Sus argumentos están presentes en la literatura toleracionista de la etapa puritana y, especialmente, en los escritos de *Levellers* y pensadores radicales del período republicano, resonando incluso durante la Restauración en la controversia religiosa de 1672-1673, extendiéndose así la influencia de la *Areopagitica* durante tres décadas, desde su aparición en 1644 hasta la muerte de Milton en 1674.

Con todo, hay que reconocer que la repercusión de la *Areopagitica* fue menor de la que merecía, probablemente a causa de la concepción eminentemente secular y avanzada de la libertad que se desprende del ensayo. En efecto, la defensa de la libertad de prensa esgrimida por Milton es incomparable a la de otros contemporáneos, faltando la sistematización e interconexión de argumentos que ofrece el discurso areopagítico, de ahí que las ocasionales declaraciones de Walwyn, e, incluso, la tímida Petición que el grupo *Leveller* dirigió al Parlamento en 1649, palidezcan frente al resplandeciente razonamiento de la *Areopagitica* sobre el poder liberador del encuentro abierto entre la verdad y el error, el debate de las ideas como presupuesto para el avance del conocimiento individual y social, la inevitable falibilidad de los censores, así como la limitaciones del poder estatal sobre la libertad individual[77].

Por tanto, no sorprende que la influencia de la *Areopagitica* sea más evidente en la ideología radical *Whig* inglesa de finales del siglo XVII, cuando se intenta fortalecer el sistema de licencias, manifestándose especialmente en los escritos a favor de la libertad de prensa de Charles Blount[78], William Denton[79] y Matthew Tindal[80]. Incluso, el influjo de la *Areopagitica* está presente cuando se produce la revocación del sistema de licencias por el Parlamento en 1695[81], a lo que contribuyó una especie de Memorándum contrario a su aplicación atribuido a John Locke[82], en cuya biblioteca de 1667 se incluyen varios escritos de Milton, entre los que se encuentra, curiosamente, la *Areopagitica*[83].

Igualmente, no sorprende que los argumentos areopagíticos a favor de la libertad de prensa traspasaran las fronteras oceánicas y fueran sucesivamente aprehendidos por la ideología colonial y revolucionaria norteamericana a lo largo del siglo XVIII, resonando en los primeros documentos que surcaron las colonias frente a la regulación restrictiva del libelo sedicioso vigente en el *common law*, como reflejan los artículos periodísticos de Benjamín Franklin y la memorable defensa que del impresor Peter Zenger ofreciera Andrew Hamilton en 1735, así como en los escritos de aquellos que adoctrinaron la Revolución, especialmente en los sermones del pastor bostoniano Jonathan Mayhew y, más significativamente, en los escritos a favor de la libertad de prensa del padre fundador de la independencia norteamericana, el mismo Thomas Jefferson, notablemente influenciado por la repercusión que estaban teniendo los principios de la *Areopagitica* en la Francia revolucionaria, gracias a la adaptación que el Conde de Mirabeau había publicado en los meses previos a la convocatoria de los Estados Generales, reflejándose así la pre-

sencia e influencia de la *Areopagitica* en las dos Revoluciones atlánticas[84].

Y tampoco sorprende que las doctrinas de la *Areopagitica* estén presentes en la concepción decimonónica de la libertad de expresión magistralmente articulada por John Stuart Mill en *On Liberty* (1859)[85], y en la formulación de la teoría del *Marketplace of Ideas* que hizo célebre el magistrado de la Corte Suprema de los Estados Unidos Oliver Wendell Holmes en defensa de una interpretación más abierta de la Primera Enmienda de la Constitución norteamericana a principios del siglo XX[86].

Por todo, finalmente, no sorprende que la *Areopagitica* esté considerada el ensayo fundacional de la libertad de prensa en la tradición constitucional euroatlántica[87].

* John Milton, *Areopagitica. A Speech for the Liberty of Unlicensed Printing to the Parlament of England*, London, 164.

[1] Según el conocido Catálogo de George Thomason, la *Areopagitica* fue editada sin licencia ni registro de impresión, con el título y el nombre de Milton, el 24 de noviembre de 1644, al respecto J.M. French (ed.), *The Life Records of John Milton*, 5 voll., New York, Gordian Press, 1966, vol. II, pp. 113-114. En el presente trabajo se utilizará la edición publicada en D.M. Wolfe (Gen. Edit.), *Complete Prose Works of John Milton*, 8 voll., New Haven and London, Yale University Press, 1953-1982, vol. II, Ernest Sirluck (ed.), pp. 485-570. Todas las obras de prosa de Milton que se citan en este estudio pertenecen a esta edición, en adelante abreviadamente *CPW*.

[2] Para una revisión de las distintas ediciones y traducciones de la *Areopagitica* hasta mediados del siglo XX, *CPW*, vol. II, pp. 480-481. Para una reciente edición bilingüe inglés-español, *John Milton. Areopagítica*, estudio preliminar de M. Carrillo, traducción, edición y notas de J. Curbert, Madrid, Tecnos, 2011. Para una edición italiana, J. Milton, *Areopagitica. Discorso per la libertà di stampa*, testo inglese a fronte, a cura di M. y H. Gatti, Milano, Bompiani, 2002.

[3] Entre los estudios más recientes en la bibliografía anglosajona, W. Chernaik, *Areopagitica: 'The Known Rules of Antient Libertie*, en «European Legacy», vol. 17, n. 3, 2012, pp. 317-331; R.M. Schwartz, *Truth, Free Speech, and the Legacy of John Milton's Areopagitica*, en «Teoria», vol. 32, n. 1, 2012, pp. 47-58; F.G. Mohamed, *Milton and the post-secular Present. Ethics, Politics, Terrorism*, Stanford, Stanford University Press, 2011, especialmente Capítulo 2, pp. 43-65; C. Tilmouth, *Milton on Knowing Good from Evil*, en P. Hammond y B. Worden (eds.), *John Milton: Life, Writing, Reputation*, Oxford, Oxford University Press, 2010, pp. 43-65; I.M. Morehouse, Areopagitica: *Milton's Influence on Classical and Modern Political and Economic Thought*, en «Libertarian Papers», vol. 1, n. 38, 2009, pp. 1-14; P.M. Dowling, *Civil Liberty and Philosophic Liberty in John Milton's 'Areopagitica'*, en «Interpretation - A Journal of Political Philosophy», vol. 33, n. 3, 2006, pp. 281-294. En la escasa bibliografía italiana, L. Moscati, *Milton e le origini della libertà di stampa in Inghilterra*, en *Diritto e libertà. Studi in memoria di Matteo Dell'Olio*, 2 voll., Torino, Giappichelli, 2008, pp. 1046-1056. Y en la también escasa bibliografía española, un análisis general del escrito, con abundante aparato crítico y bibliográfico, puede consultarse en M.N. Saldaña Díaz, *En defensa de la libertad de prensa: la* Areopagítica *de John Milton*, en «Revista de Estudios Políticos», n. 125, 2004, pp. 277-324; también de la misma autora, *Libertad de prensa y energía política en la* Areopagítica *de John Milton*, en «Revista Internacional de Pensamiento Político», n. 3, 2007, pp. 211-235.

[4] J. Toland, *The Life of John Milton*, en *A Complete Collection of the Historical, Political and Miscellaneous Works of John Milton*, 3 voll., Amsterdam, 1698, vol. I, p. 23.

[5] D. Masson, *The Life of John Milton: Narrated in Connexion with The Literary, Historical and Political Events of His Time*, 7 voll., Macmillan, London, 1859-1894, especial-

mente vol. III, pp. 431-434.

6 W. Haller (ed.), *Tracts on Liberty in the Puritan Revolution, 1638-1647*, 3 voll., New York, Columbia University Press, 1934, vol. I, Appendix B, *Milton's Reputation and Influence, 1643-1647*, pp. 134-139. Haller localiza alusiones a la *Areopagitica* unos años más tarde en *Two Early Allusions to Milton's* Areopagitica, en «Huntington Library Quarterly», n. XII, 1949, pp. 207-212.

7 W.R. Parker, *Milton's Contemporary Reputation. An Essay Together A Tentative List of Printed Allusions to Milton, 1641-1674, and Facsimile Reproductions of Five Contemporary Pamphlets Written in Answer to Milton*, Columbus, Ohio State University Press, 1940, pp. 2-4, 25-27, 79, 80, 108, 115-117; también de Parker, *Milton: A Biography*, 2 voll., 2nd ed., Oxford, Oxford University Press, 1996, vol. I, pp. 273-274, 389, 540-541, 630 y 890 nota 97.

8 D.M. Wolfe, *Milton in the Puritan Revolution*, New York, Thomas Nelson and Sons, 1941, pp. 128-138.

9 *CPW*, vol. II, pp. 82-92.

10 C. Hill, *Milton and the English Revolution*, London, Faber and Faber, 1977, pp. 222-224.

11 Sobre el carácter secular de la *Areopagitica*, entre otros, P.M. Dowling, *Polite Wisdom. Heathen Rhetoric in Milton's* Areopagitica, Boston, Rowman & Litttlefield Publishers, 1995; Wolfe, *Milton in the Puritan Revolution* cit., pp. 121, 135-136; R.V. Leeper, *Strange Bedfellows: John Milton and Karl Marx on Censorship*, en «Free Speech Yearbook», vol. 34, 1996, pp. 24-40.

12 En este sentido, entre otros, M. Dry, *The First Amendment Freedoms, Civil Peace and the Quest for Truth*, en «Constitutional Commentary», vol. 15, n. 2, 1998, pp. 325-354, especialmente p. 329; V. Blasi, *John Milton's* Areopagitica *and the Modern First Amendment*, en «Communications Lawyer», vol. 14, n. 4, 1996, pp. 12-19, especialmente p. 12; M.A. Graber, *Transforming Free Speech: The ambiguous Legacy of Civil Libertarianism*, Berkeley, Los Angeles, Oxford, University of California Press, 1991, p. 3.

13 El escrito puede consultarse en W.H. Frere y C.E. Douglas (eds.), *Puritan Manifestoes: A Study of the Origins of the Puritan Revolt with a Reprint of the Admonition to the Parliament and Kindred Documents, 1572*, New York, B. Franklin, 1972, p. 93.

14 El documento es reproducido en E.B. Underhill (ed.), *Tracts on Liberty of Conscience and Persecution, 1641-1661*, New York, Burt Franklin, 1966, pp. 1-81, especialmente pp. 51, 53. Sobre el carácter precursor de las doctrinas areopagíticas, Wolfe, *Milton in the Puritan Revolution* cit., p. 27; y también, M.Y. Hughes, *Milton as a Revolutionary*, en *Ten Perspectives on Milton*, New Haven and London, Yale University Press, 1965, p. 265.

15 Al respecto F.S. Siebert, *Freedom of the Press in England, 1476-1776: The Rise and Decline of Government Control*, Urbana, University of Illinois Press, 1965, pp. 61-63; W.M. Clyde, *The Struggle for Freedom of the Press From Caxton to Cromwell*, London, Oxford University Press, 1934, pp. 14-15.

16 Sobre estos órganos, F.W. Maitland, *The Constitutional History of England*, H.A.L. Fisher (ed.), Cambridge, Cambridge University Press, 1963, pp. 54-105; R.G. Usher, *The Rise and Fall of the High Commission*, Oxford, Clarendon Press, 1968.

17 Recogido en Siebert, *Freedom of the Press in England, 1476-1776* cit., p. 140. El escrito de Sparke es reproducido en G. Kemp y J. McElligot (eds.), *Censorship and the Press, 1580-1720*, 4 voll., London, Pickering & Chatto, 2009, vol. I, 1625-1629.

18 *The Harleian Miscellany*, London, 1809, vol. IV, p. 386. Al respecto, J.T. Shawcross, *Milton: A Bibliography For The Years 1624-1700*, Medieval & Renaissance Texts & Studies, vol. 30, Binghamton, New York, 1984, p. 150.

19 El panfleto es reproducido en Haller (ed.), *Tracts on Liberty in the Puritan Revolution, 1638-1647* cit., vol. II, pp. 273-304, especialmente p. 278.

20 Reproducido en Haller (ed.), *Tracts on Liberty in the Puritan Revolution, 1638-1647* cit., vol. III, pp. 105-178, especialmente pp. 133, 175.

21 En este sentido Sirluck, *CPW*, vol. II, pp. 112-113.

22 El escrito puede consultarse en Haller (ed.), *Tracts on Liberty in the Puritan Revolution, 1638-1647* cit., vol. III, pp. 2-59, especialmente p. 33.

23 En este sentido Hill, *Milton and the English Revolution* cit., p. 101.

24 Al respecto Sirluck, *CPW*, vol. II, p. 87.

25 Reproducido en Haller (ed.), *Tracts on Liberty in the Puritan Revolution, 1638-1647* cit., vol. III, pp. 60-104, especialmente pp. 63, 94.

26 Cfr. Wolfe, *Milton in the Puritan Revolution* cit., pp. 121, 135-137, 351; H.J. Laski, *The* Areopagitica *of Milton after 300 Years*, en H. Ould (ed.), *Freedom of Expression: A Symposium, Based on the Conference Called by the London Centre of the International P.E.N. to Commemorate the Tercentenary of the Publication of Milton's* Areopagitica, London, New York, Hutchinson International Authors, 1945, p. 169.

27 Muy probablemente, el singular título del ensayo rememora el discurso que bajo el nombre de *Areopagiticus* pronunciara hacia el año 355 a. C. el filósofo griego Isócrates ente la *Ekklesia* ateniense en defensa de la restauración del sistema democrático vigente en tiempos de Solón. En este sentido Dowling, *Polite Wisdom: Heathen Rhetoric in Milton's* Areopagitica cit., pp. 1-8; y Sirluck, *CPW*, vol. II, p. 486, nota 1.

28 El escrito es reproducido en *CPW*, vol. II, pp. 220-356.

[29] El texto de la Orden es reproducido en ivi, pp. 797-799.
[30] Ivi, pp. 493, 501-502.
[31] Ivi, pp. 502-503.
[32] Ivi, pp. 502-503, 504-505.
[33] En este sentido, Wolfe, *Milton in the Puritan Revolution* cit., p. 136.
[34] *CPW*, vol. II, pp. 527-528.
[35] Ivi, p. 521.
[36] Ivi, p. 561.
[37] Ivi, p. 549.
[38] Ivi, pp. 534, y 562-563.
[39] Ivi, pp. 559-560.
[40] Para un estudio previo más detenido de este aspecto, Saldaña, *Libertad de prensa y energía política en la* Areopagítica *de John Milton* cit., pp. 219-222.
[41] *CPW*, vol. II, p. 570.
[42] Ivi, p. 485. Sobre el relevante significado de este pasaje introductorio de la *Areopagitica*, P. Dowling y D. Davies, *'Shrewd Books, with Dangerous Frontispieces': Areopagitica's Motto*, en «Milton Quarterly», vol. 20, 1986, pp. 33-37; P. M. Dowling, *Areopagitica* and *Areopagiticus*: The *Significance of the Isocratic Precedent*, en «Milton Studies», vol. 21, 1985, pp. 49-69; J. A. Wittreich, Jr., *Milton's Areopagitica: Its Isocratic and Ironic Contexts*, en «Milton Studies», vol. 4, 1972, pp. 101-115.
[43] Cfr. Saldaña, *En defensa de la libertad de prensa: la Areopagítica de John Milton* cit., especialmente pp. 290-298; y de la misma autora, *Libertad de prensa y energía política en la Areopagítica de John Milton* cit., pp. 214-238.
[44] Recogido en *CPW*, vol. II, pp. 506-507, nota 72. En el mismo sentido Hill, *Milton and the English Revolution* cit., p. 223. La influencia de la *Areopagitica* también se recoge en la colección bibliográfica de Shawcross, *John Milton: A Bibliography For The Years 1624-1700* cit., p. 134.
[45] French (ed.), *The Life Records of John Milton* cit., vol. II, pp. 116-117; Masson, *The Life of John Milton* cit., vol. III, pp. 291-297.
[46] El documento es reproducido en Haller (ed.), *Tracts on Liberty in the Puritan Revolution, 1638-1647* cit., vol. III, pp. 179-187, especialmente pp. 182-183. Sobre las similitudes entre la *Areopagitica* y el escrito de Lilburne, Masson, *The Life of John Milton* cit., vol. III, p. 433; Sirluck (ed.), *CPW*, vol. II, p. 89. Véase también el escrito de Lilburne *Englands Birth-Right Justified*, 8 de octubre de 1645, en Haller (ed.), *Tracts on Liberty in the Puritan Revolution, 1638-1647* cit., vol. III, pp. 258-307, especialmente p. 268.
[47] El escrito puede consultarse en ivi, pp. 203-256, especialmente p. 211.
[48] Reproducido en Woodhouse (ed.), *Puritanism and Liberty, being the Army Debates (1647-1649) from the Clarke Manuscripts with Supplementary Documents*, Chicago, University of Chicago Press, 1951, pp. 181-183. Al respecto Wolfe (ed.), *Milton in the Puritan Revolution* cit., pp. 128-129.
[49] D. Norbook, *Rhetoric, republicanism and the public sphere: Marten, Waller and Milton, 1641-1644*, en *Writing the English Republic: Poetry, Rhetoric and Politics, 1627-1660*, New York, Cambridge University Press, 2000, pp. 122-124.
[50] Este asunto es analizado por L. Miller, *A German Critique of Milton's Areopagitica in 1647*, en «Notes & Queries», vol. 36, n. 1, 1989, pp. 28-29.
[51] En este sentido D.M. Wolfe (ed.), *Leveller Manifestoes of the Puritan Revolution*, New York, Humanities Press, 1967, pp. 322-323.
[52] Sobre la influencia de la *Areopagitica*, ivi, p. 324.
[53] La Petición es reproducida en ivi, pp. 326-330, especialmente pp. 327-329.
[54] Recogido en Clyde, *The Struggle for Freedom of the Press From Caxton to Cromwell* cit., p. 171. El escrito está reproducido en W. Haller y G. Davies (eds.), *The Leveller Tracts, 1647-1653*, New York, Columbia University Press, 1944, pp. 156-170.
[55] Reproducido íntegramente en Wolfe, *Milton in the Puritan Revolution* cit., pp. 397-415, especialmente p. 411; también en Haller y Davies (eds.), *The Leveller Tracts, 1647-1653* cit., pp. 171-189.
[56] Sobre este asunto, Masson, *The Life of John Milton* cit., vol. IV, p. 87; French (ed.), *The Life Records of John Milton*, vol. II, 1639-1651 cit., pp. 239-240; y también Wolfe, *Lilburne's Note on Milton*, en «Modern Language Notes», vol. 56, n. 5, 1941, pp. 360-363.
[57] Toland, *The Life of John Milton* cit., vol. I, p. 23.
[58] Al respecto Masson, *The Life of John Milton: Narrated in Connexion with The Literary, Historical and Political Events of His Time* cit., vol. III, pp. 431-432; T. Birch, *A Complete Collection of the Historical, Political, and Miscellaneous Works of John Milton: Correctly printed from the Original Editions. With an Historical and Critical Account of the Life and Writings of the Author; containing several Original Papers of His, Never before Published*, 2 voll., London, A. Millar, 1738, vol. I, pp. XXV-XVI.
[59] *A Perfect Diurnall of Some Passages in Parliament*, n. 304, 21-28 May, 1649, p. 2531, reproducido en French (ed.), *The Life Records of John Milton*, vol. II, *1639-1651* cit., pp. 251-252; también en Parker, *Milton's Contemporary Reputation* cit., pp. 79-80; y en Shawcross, *Milton: A Bibliography For The Years 1624-1700* cit., p. 148.
[60] J. Hall, *Advancement of Learning*, A.K. Croston (ed.), Liverpool, Liverpool University Press, 1953, pp. 28-30. La influencia de la *Areopagitica* se señala en French (ed.), *The Life Records of John Milton* cit., vol. II, pp. 224-225; Shawcross, *Milton: A Bibliography For The Years 1624-1700* cit., p. 147; Sirluck (ed.), *CPW*, vol. II, p. 209, nota 7; Hill, *Milton and the English Revolution* cit., p. 223; Parker, *Milton: A Biography* cit., vol. II, p. 890, nota 97; asimismo, W. Haller analiza la alusión al ensayo miltoniano en *Two Early Allusions to Milton's Areopagitica*, en «Huntington Library Quarterly», vol. XII, 1949, pp. 207-212.

[61] Al respecto Siebert, *Freedom of the Press in England, 1476-1776: The Rise and Decline of Government Control* cit., pp. 222-223.

[62] *Hartlib's Ephemerides for 1650*, en JMLR, II, 278, reproducido en French (ed.), *The Life Records of John Milton* cit., vol. II, pp. 278-279; también en G.K. Turnbull, *Hartlib, Dury and Comenius: Gleanings from Hartlib's Papers*, Liverpool, University Press of Liverpool, 1947, p. 41. Asimismo, se recoge la alusión a la *Areopagitica* en Shawcross, *Milton: A Bibliography For The Years 1624-1700* cit., p. 150; y en Masson, *The Life of John Milton* cit., vol. IV, pp. 116-118.

[63] *The Racovian Catechisme: Wherein you have Substance of the Confession of those Churches, whicn in the Kingdom of Poland, and the Great Dukedome of Lithuania… do affirm*, Amsterdam, 1652.

[64] Al respecto Masson, *The Life of John Milton* cit., vol. IV, pp. 423,438; French (ed.), *The Life Records of John Milton* cit., vol. III, p. 206; Parker, *Milton: A Biography* cit., vol. I, p. 395; L. Miller, *New Milton Texts and Data from the Aitzema Mission, 1652*, en «Notes & Queries», vol. 37, n. 3, 1990, pp. 279-288; A. Blum, *The Author's Authority: Areopagitica and the Labour of Licensing*, en M. Nyquist y M.W. Fergunson (eds.), *Re-Membering Milton: Essays on the Texts and Traditions*, New York and London, Methuen, 1987, pp. 88-89; G. Campbell y T.N. Corns, *John Milton: Life, Work, and Thought*, Oxford, Oxford University Press, 2008, pp. 244-245 y 248.

[65] Parte de la carta es reproducida en Masson, *The Life of John Milton* cit., vol. IV, pp. 350-352. Leo Miller sostiene que la carta es de fecha de 7 de octubre de 1651 en *The Date of Christopher Arnold's Letter*, en «Notes & Queries», vol. 31, n. 3, 1984, pp. 323-324.

[66] Carta de Christopher Arnold a George Richter, 26 de Julio/5 de agosto de 1651, *Epistolae Selectiores*, Nuremberg, 1662, p. 491, reproducida y traducida al inglés en French (ed.), *The Life Records of John Milton* cit., vol. III, pp. 63-64. Igualmente en Parker, *Milton's Contemporary Reputation* cit., pp. 26, 108; Parker, *Milton: A Biography* cit., vol. I, pp. 274, 389; Shawcross, *Milton: A Bibliography For The Years 1624-1700* cit., p. 212.

[67] T. Pride [*et al.*], *The Beacons Quenched: Or The Humble Information of divers Officers of the Army, and other well-affected persons, to the Parliament and Commonwealth of England; concerning the Machivilian design of the Presyterians, now carryin on by the Stationers of London*, London, printed by H. Hills, 1652, p. 13. Al respecto, Wolfe, *Milton in the Puritan Revolution* cit., p. 130; y Clyde, *The Struggle for Freedom of the Press From Caxton to Cromwell* cit., pp. 229-233.

[68] Ivi, Appendix F, p. 333. Igualmente se reconoce la influencia de la *Areopagitica* en Wolfe, *Milton in the Puritan Revolution* cit., p. 129.

[69] En este sentido Clyde, *The Struggle for Freedom of the Press From Caxton to Cromwell* cit., p. 258.

[70] La alusión a la *Areopagitica* es inicialmente referenciada por Haller, *Two Early Allusions to Milton's Areopagitica* cit., pp. 208-212; también en French (ed.), *The Life Records of John Milton* cit., vol. IV, 1655-1659, pp. 247-249; y en Parker, *Milton: A Biography* cit., vol. I, pp. 540-541.

[71] A. Marvell, *The Rehearsal Transprosed*, 1672, pp. 6-7. Sobre la evidente influencia de la *Areopagitica* en el escrito de Marvell, Masson, *The Life of John Milton* cit., vol. VI, p. 706; G.F. Sensabaugh, *That Grand Whig, Milton*, Stanford, Stanford University Press, 1952, pp. 37-38.

[72] La autoría del escrito no está muy clara, pues se atribuye también a Samuel Butler. Al respecto N. von Maltzahn, *Samuel Butler's Milton*, en «Studies in Philology», vol. 92, 1995, pp. 482-495.

[73] R. Leigh, *The Transproser Rehears'd: or the Fifth Act of Mr. Bayers's Play*, etc., 1673, pp. 131, 136-137, reproducido en Masson, *The Life of John Milton* cit., vol. VI, p. 706; también en Parker, *Milton's Contemporary Reputation* cit., pp. 115-116; y en French (ed.), *The Life Records of John Milton* cit., vol. V, 1670-1674, pp. 54-55.

[74] S. Parker, *A Reproof to the Rehearsal Transposed, in A Discourse to its Authour*, 1673, p. 191, reproducido en French (ed.), *The Life Records of John Milton* cit., vol. V, pp. 50-51; igualmente en Parker, *Milton: A Biography* cit., vol. I, p. 630; Id., William R., *Milton's Contemporary Reputation* cit., pp. 116-117; Sensabaugh, *That Grand Whig, Milton* cit., pp. 37 y 38.

[75] *CPW*, vol. II, p. 493.

[76] En este sentido, W.R. Parker, *Milton: A Biography* cit., vol. I, p. 274.

[77] Al respecto Wolfe, *Milton in the Puritan Revolution* cit., pp. 121, 135.

[78] R. Blount, *A Just Vindication of Learning or An Humble Address to the High Court of Parliament in Behalf of the Liberty of the Press*, 1679; y también Id., *Reasons Humbly Offered for the Liberty of Unlicens'd Printing*, 1693, reproducidos en S. Parks (ed.), *Freedom of the Press: Four Tracts 1664-1693*, New York & London, Garland Publishing, 1975, documentos B y C. Al respecto G.F. Sensabaugh, *Adaptations of Areopagitica*, en «The Huntington Library Quarterly», vol. XIII, 1950, pp. 201-205.

[79] W. Denton, *An Apology for the Liberty of the Press*, 1681. Al respecto Sensabaugh, *Areopagitica Adapted*, en «Modern Language Notes», vol. 61, 1946, pp. 166-169.

[80] M. Tindal, *A Letter to a Member of Parliament Shewing That a Restraint of the Press Is Inconsistent with the Protestant Religion, and Dangerous to the Liberties of the Nation*, 1698, reproducido en S. Parks (ed.), *Freedom of the Press: Six Tracts 1698-1709*, New York & London, Garland Publishing,

1974, documento A.

[81] Al respecto Siebert, *Freedom of the Press in England, 1476-1776* cit., pp. 260-263.

[82] Sobre este asunto, L.P. King, *The Life and Letters of John Locke*, London, Bell and Daldy, 1858, pp. 202-209.

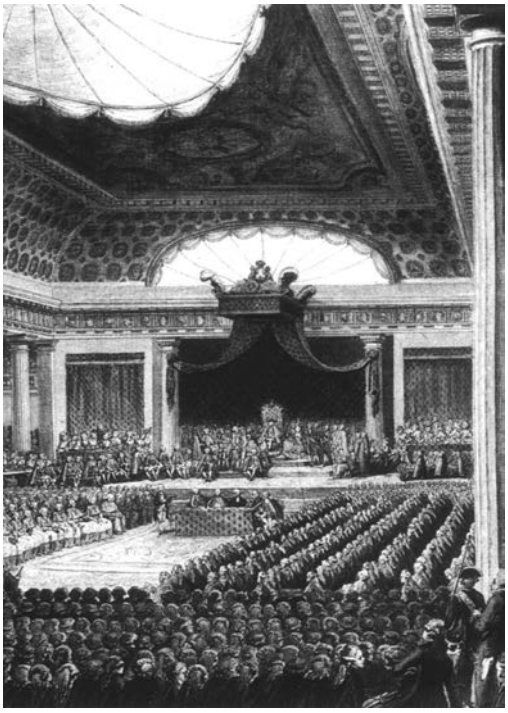
[83] Recogido en Shawcross, *Milton: A Bibliography For The Years 1624-1700* cit., p. 219.

[84] Para un estudio previo, Saldaña Díaz, *Recepción e influencia de la Areopagítica de John Milton en la ideología colonial y revolucionaria norteamericana: de Franklin a Jefferson*, en «Historia Constitucional» (Revista Electrónica), n. 13, 2012, pp. 661-696.

[85] Sobre la influencia de la *Areopagitica* en la obra de Mill, A. Haworth, *Free Speech*, London and New York, Routledge, 1998, pp. 118-130, 224 ss; S. Justman, *The Hidden Text of Mill's Liberty*, Savage, Rowman & Littlefield, 1991, pp. 75-110.

[86] Para un estudio previo, Saldaña Díaz, *La génesis del Mercado de las Ideas: la Areopagítica de John Milton. Su recepción en la tradición jurídica norteamericana: Oliver W. Holmes y la Primera Enmienda*, en E. Conde Naranjo (ed.), *Vidas por el Derecho*, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid, 2012, pp. 59-100.

[87] Cfr. Dry, *The First Amendment Freedoms, Civil Peace and the Quest for Truth* cit., p. 329; Blasi, *John Milton´s Areopagitica and the Modern First Amendment* cit., p. 12; Z. Chafee, Jr., *Free Speech in the United States*, Cambridge, MA., Harvard University Press, 1941, Appendix I, p. 569.



La Rivoluzione francese e la Grecia. Quattro scritti di propaganda filofrancese di Korais[1]

GIORGIO STAMBOULIS

1. *Uno sguardo sui Balcani di fine Settecento*

La Rivoluzione francese segna un momento di trasformazione fondamentale nella coscienza e nella vita dei Balcani. In particolare, la situazione sociale e il panorama culturale greco subiscono un cambiamento profondo e significativo[2]. I quattro scritti di Korais, che qui saranno presi in considerazione, sono un'espressione paradigmatica e allo stesso tempo unica di questo processo. Quindi, occorre fare un inquadramento del complesso rapporto tra Rivoluzione francese e mutamento nei Balcani.

L'ellenismo, prima della fine del '700, era il fattore culturale unificante della comunità ortodossa sotto la dominazione ottomana: infatti, la Sublime Porta non riconosceva entità etniche, ma solamente componenti religiose differenti. Pertanto, la Chiesa ortodossa era riconosciuta come la guida spirituale e politica di tutti gli ortodossi[3]. Questo aveva delle ricadute profonde sulla vita culturale dei Balcani, poiché la Chiesa utilizzava come lingua della liturgia e dei libri solamente il greco antico. Inoltre, i testi di carattere religioso costituivano la stragrande maggioranza della produzione libraria in lingua greca[4].

D'altro canto, gli ortodossi dovevano, con ogni probabilità, identificarsi maggiormente come comunità religiosa piuttosto che sotto il profilo etnico. In pratica, Bulgari, Serbi, Rumeni e Greci erano legati alla comune appartenenza religiosa, mentre erano solo relativamente divisi dalle differenze etniche e linguistiche, se non come comunità locali piuttosto che nazionali. Le distinzioni nazionali non avevano confini di demarcazione ben definiti ed identificabili, capaci di delineare ampie e sufficientemente omogenee identità collettive.

Del resto, la vita culturale nei Balcani non si presentava come particolarmente dinamica almeno sino agli inizi del Settecento, dal momento che la produzione libraria era abbastanza scarsa e le scuole, di carattere esclusivamente ecclesiastico, non potevano fornire una formazione che

andasse al di là dell'insegnamento della grammatica antica e del commento scolastico dei testi di Aristotele[5]. La situazione sociale non era molto differente, poiché l'aristocrazia bizantina era stata quasi completamente eliminata o assimilata dall'Impero ottomano, così che l'elemento sociale numericamente dominante degli ortodossi era formato dai contadini, mentre il clero rappresentava sia l'élite politica che quella culturale. I ceti cittadini di artigiani e mercanti si configuravano (almeno sino alla seconda metà del '600) come poco rilevanti[6].

Il movimento che è stato denominato da Dimaras "illuminismo neogreco" rappresenta da un punto di vista di storia delle idee, una trasformazione profonda della società balcanica ortodossa ed in particolare di quella greca. Tuttavia, tale mutamento non è comprensibile, se non teniamo presente alcuni fattori di carattere generale. La questione è chiaramente molto complessa, per cui è necessario concentrarsi sulle problematiche che sono maggiormente correlate con l'opera di Korais e, più specificatamente, con i quattro scritti che verranno analizzati qui.

Innanzi tutto, bisogna mettere in luce la diffusione ampia ed articolata dell'ellenismo durante il Secolo dei Lumi: infatti, la lingua greca costituiva l'idioma comune di tutta la cultura balcanica ortodossa, ben oltre i ristretti confini dell'attuale Grecia. D'altronde, la cultura classica greca e i testi sacri o teologici greci erano la materia di qualsiasi insegnamento superiore nel Sud-Est europeo[7]. In pratica, il greco ricopriva la funzione, simile a quella del latino per l'Europa occidentale, di lingua colta esclusiva delle élite ortodosse nei Balcani. Questa situazione rimarrà sostanzialmente immutata fino alla fine del Settecento.

La diaspora, inoltre, rappresentava un'ulteriore articolazione dell'ellenismo, poiché comunità greche (o almeno di lingua greca) si trovavano disseminate in tutta Europa, a partire dalla caduta di Costantinopoli nel 1453[8]. La crescita di un'importante classe mercantile aveva rinfocolato e arricchito queste comunità, che spesso si venivano a configurare, durante tutto il Settecento e per i primi due decenni dell'Ottocento, come centri essenziali dell'Illuminismo neogreco. I libri pubblicati in lingua greca rivelano l'importanza della diaspora nello sviluppo culturale ellenico: infatti, le tipografie sono quasi totalmente assenti nella penisola balcanica, se eccettuiamo Istanbul e Jassy (che nascono solo alla fine del secolo); mentre la quasi totalità dei testi vengono stampati all'estero, in particolare a Venezia[9].

Le comunità elleniche all'estero si presentano, nel corso del Settecento, come alcuni dei principali centri di produzione e diffusione dei libri legati all'illuminismo Occidentale. Vienna, Parigi, Trieste e Lipsia sono tra le città più rilevanti in questo senso. Mentre, nella penisola balcanica, Bucarest, Giannina, Chios e Smyrne si dimostrano molto significative, in virtù delle proprie scuole dirette da insegnanti che si ispirano alle nuove idee[10].

Bisogna sottolineare come gli intellettuali illuministi siano stati tendenzialmente girovaghi, per cui possiamo ritrovare la stessa persona sia in centri della diaspora che all'interno dell'Impero ottomano. Spesso, i periodi trascorsi in Occidente, anche in età relativamente avanzata, rappresentavano l'opportunità di arricchire la propria formazione e di pubblicare i propri scritti. Voulgaris costituì un esempio paradigmatico di questa situazione: egli insegnò

prima a Giannina, poi all'Accademia Atonita di Athos, infine a Istanbul. Dopodiché si spostò in Germania per soggiornare a Lipsia e Halle. Mentre passerà gli ultimi anni della sua vita nella Russia zarista[11].

Il quadro descritto era fortemente influenzato dal peso crescente della classe mercantile greca, che sviluppava i propri traffici attraverso l'Impero e le principali mete russe e dell'Europa centrale ed occidentale. Tale sviluppo si fece più evidente a partire dalla seconda metà del '600, quando la componenete ebraica perse la sua posizione favorevole all'interno del commercio ottomano, venendo soppiantata dai mercanti greci e, in parte, da quelli serbi[12].

La classe mercantile ebbe, secondo autori come Kitromilides e Dimaras, un ruolo centrale nella diffusione delle idee illuministiche. Infatti, i mercanti furono tra i principali sottoscrittori delle opere, originali o di traduzione, ispirati alle nuove idee, che venivano pubblicati, quasi esclusivamente, con tale metodo. Inoltre, le scuole di orientamento rinnovatore e i viaggi all'estero degli studenti più promettenti erano sempre più spesso sostenuti da gruppi di mercanti facoltosi. D'altro canto, non bisogna dimenticare che la maggior parte degli intellettuali illuministi provenivano dalle file del clero come ad esempio: Voulgaris, Theotokis, Filippidis, Kostantas, Moisiodax, Gazis ed altri. Tuttavia, il pubblico dei nuovi scritti colti sembrava essere composto in buona parte da mercanti, artigiani e piccoli commercianti. I mercanti e il personale addetto ai trasporti (marinai, carovanieri etc.), inoltre, erano un ulteriore fattore attivo di mediazione culturale con l'Europa, poiché entravano costantemente in contatto con la società e la vita francese, asburgica, tedesca etc. Il risultato era l'importazione, in un contesto totalmente differente, di usi, costumi e mode europee[13].

La componenete sociale del mondo greco legata al commercio rappresentò un potente fattore di cambiamento culturale: sia come recettore e finanziatore delle nuove idee, sia come elemento di trasmissione e contatto tra Impero ottomano ed Europa. Le Guerre napoleoniche fecero incrementare in maniera esponenziale il ruolo e la forza dei mercanti greci, soprattutto a causa delle difficoltà dei commercianti occidentali, legate alle lunghe guerre e al blocco continentale imposto da Napoleone[14].

Bisogna ora rilevare un ultimo nodo problematico, che è direttamente collegato alla Rivoluzione francese. Le idee illuministiche erano penetrate nell'area balcanica a partire dalla seconda metà del Settecento, tramite l'insegnamento e le pubblicazioni di alcuni intellettuali proveninti dal clero, ma legati ai *Fanariotes* e ai circoli dei mercanti. Questo aveva provocato alcune frizioni tra gli ambienti "conservatori" e gli intellettuali promotori delle nuove idee, come dimostrano gli allontanamenti dall'insegnamento di Voulgaris all'Accademia Atonita del Monte Athos e di Moisiodax dall'Accademia di Jassy. Tuttavia, si trattava di una situazione fluida ed intricata, caratterizzata da divergenze acute, ma non riconducibili a schieramenti polarizzati e precostituiti. Basti pensare che Voulgaris, il quale utilizzava nelle proprie lezioni testi come il *Saggio sull'intelletto umano* di Locke e il *Memnone* di Voltaire, era stato nominato direttamente alla direzione dell'Accademia Atonita, dal patriarca Cirillo V[15].

Questo quadro si spiega a causa di due elementi correlati: in primo luogo, la Sublime Porta era poco attenta alla penetrazione delle idee illuministiche, conside-

randole una questione interna ortodossa, senza alcun risvolto sovversivo; d'altro lato, la Russia, che veniva vista dal Patriarcato e a livello diffuso come il possibile agente della liberazione dalla dominazione musulmana, era, durante il regno di Caterina II, uno dei principali esempi di dispotismo illuminato, per via della costante relazione tra i *philosophes* e Caterina stessa. Per tale ragione, il Patriarcato non aveva assunto una posizione apertamente contraria alle idee illuministe[16].

Le guerre russo-turche del 1768-1774 e del 1787-1792 avevano moderato gli entusiasmi rispetto ai russi, poiché Caterina II sembrava più interessata alla propria strategia territoriale che ad una effettiva liberazione degli ortodossi sotto la dominazione ottomana. Le guerre napoleoniche e, specificatamente, l'occupazione delle Isole Ionie dopo il trattato di Campoformio, avevano posto la Francia come possibile agente della liberazione greca. La propaganda francese e l'entusiasmo di molti intellettuali greci, come Korais, avevano diffuso l'impressione che Napoleone potesse essere il reale protagonista della rinascita ellenica. L'impatto della Rivoluzione (che per i Balcani va intesa come un unico fenomeno dal 1789 al 1815) fu enorme e modificò la società e la cultura in maniera significativa ed articolata[17].

Tuttavia, qui intendo rilevare due aspetti preliminari, prima di osservare le modalità in cui Korais cerca di "tradurre" la Rivoluzione francese nella cultura greca.

Inizialmente, la Rivoluzione non fu percepità come una minaccia da parte del potere ottomano, poiché venne confinata a questione interna tra cristiani. La spedizione d'Egitto del 1798 segnò uno spartiacque essenziale, in quanto minacciava direttamente gli interessi dell'Impero. La risposta fu il tentativo di mobilitare tutte le diverse componenti etnico-religiose: il Sultano impose una presa di posizione a tutti i *millet* contro l'invasore ateo e si proclamò difensore di tutte le fedi dell'Impero. La conseguenza fu che, a partire da questo momento, il Patriarcato si rese protagonista di una dura propaganda antirivoluzionaria ed antilluminista ed impose un indice dei libri contro tutti i testi considerati sovversivi. Tale impostazione rimase sostanzialemnte invariata sino alla scoppio della Guerra d'indipendenza greca del 1821, per cui si delineò una frattura tra fautori del rinnovamento e le autorità ecclesiastiche.

L'esito si profilò come una netta contrapposizione tra i difensori dello status quo, incarnato dal Patriarcato ecumenico e i difensori delle idee illuministe e della Francia rivoluzionaria. Le posizioni, a partire da questo momento, subirono una netta polarizzazione tra i difensori dell'ortodossia tradizionalista antioccidentale e i propugnatori di una profonda trasformazione politica e culturale sulla scia del modello europeo[18].

L'illuminismo neogreco si era caratterizzato nella produzione dei suoi maggiori esponenti quali Voulgaris, Moisiodax, Katartzis, per l'evocazione della rinascita culturale del *ghenos* (che si potrebbe tradurre come stirpe), inteso come crogiolo linguistico e culturale che attraversava tutti gli ortodossi dei Balcani. Invece, a partire dall'ultimo decennio del Settecento si introdusse insistentemente il tema della liberazione nazionale, tramite la nascita di un movimento protonazionalista, che ci interroga circa il rapporto tra cultura illuministica e nascita del nazionalismo. Il tema della rinascita culturale si unì ormai

con la rivendicazione, più o meno esplicita, dell'emancipazione nazionale su base etnico-linguistica[19].

Il fenomeno ebbe una portata molto vasta e di lungo periodo in quanto ruppe l'unità ortodossa dei Balcani tipica dei secoli precedenti. Il punto nevralgico, in questa sede, è mettere in luce la modificiazione culturale che simultaneamente guidò e registrò tale mutamento. Le linee di separazione vennero a essere tracciate sempre più sulle distinzioni etniche, mentre perdevano la loro posizione esclusiva quelle religiose. L'illuminismo neogreco fu pionieristico in tal senso e la figura di Korais in particolar modo, sebbene ciò avvenisse nel segno di una continuità con le idee universalistiche dei Lumi.

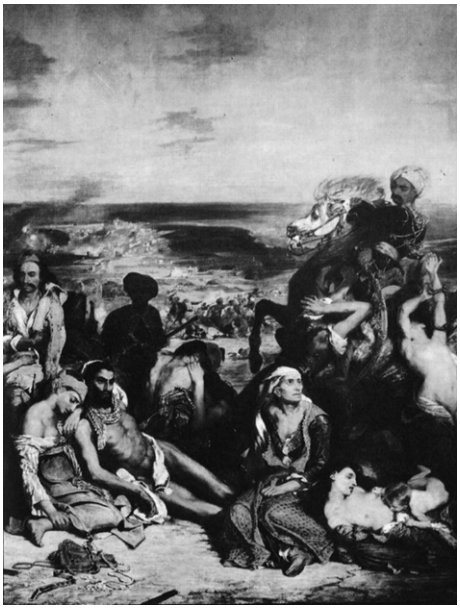
2. *Korais negli anni della propaganda rivoluzionaria*

Adamantios Korais nasce a Smyrne il 27 aprile 1748 e muore a Parigi il 6 aprile 1833. La sua vita copre l'arco di tutto l'illuminismo neogreco, secondo la periodizzazione di Dimaras, (1770-1821) così come tutto il periodo della lotta di liberazione greca[20]. In questa sede, non è essenziale sviluppare una dettagliata ricostruzione biografica, ma è necessario mettere in luce alcuni aspetti legati al contesto in cui i quattro scritti che verranno analizzati sono stati composti[21]. Gli scritti in questione sono: l'*Adelfiki Didaskalia*, l'*Asma Polemistirion*, il *Salpisma Polemistirion e* il *Dialogo dyo Grekon.* L'arco temporale è compreso tra il 1798 e il 1805.

In primo luogo, Korais comincia la sua opera di propaganda filofrancese in età avanzata, poiché nel 1798 ha già cinquant'anni. Tuttavia, questi testi rappresentano essenzialmente una fase "giovanile" della sua produzione intellettuale, dal momento che in precedenza aveva lavorato solo su due traduzioni in francese dal greco antico di opere di Teofrasto e Ippocrate. Il motivo va ricercato nella sua lunga e non lineare formazione. Korais aveva studiato a Smyrne in una scuola di stampo tradizionalista e, parallelamente, sotto la guida di un pastore protestante olandese, Bernard Keun, che gli aveva fornito le prime notizie circa i nuovi fermenti intellettuali europei. Il padre, successivamente, aveva tentato di passargli in eredità la professione di mercante di sete, per cui, tra il 1772 e il 1778, era stato mandato ad Amsterdam per seguire gli affari della famiglia. Pare però che Korais dimostrasse una scarsa attitudine per gli affari e fosse molto più impegnato ad arricchire la propria cultura attraverso le possibilità fornite da un grande centro europeo, come la città olandese. L'esito, pertanto, era stato disastroso ed egli si vedeva costretto a tornare in Grecia contro la propria volontà. Tale soluzione lo trovò poco soddisfatto e, dopo molte insistenze, riuscì a tornare in Europa per studiare medicina a Montpellier nel 1782, dove conseguì la laurea nel 1788. L'interesse reale di Korais era però incentrato sulle lettere e la filologia, come dimostrano gli appunti rinvenuti nella sua biblioteca a Chios da Dimaras[22].

Lo troviamo nel 1788 a Parigi, dove diventa testimone entusiasta degli avvenimenti rivoluzionari. Le lettere, che spedisce costantemente a Dimitrios Lotos, sono una narrazione e un'analisi ricca degli avvenimenti e delle sue propensioni politiche[23].

Durante gli anni della Rivoluzione francese, comincia a dedicarsi in maniera



Delacroix, *Il massacro di Scio*

costante alla filologia classica, entrando in contatto con importanti studiosi francesi come Villoisson ed altri, mentre non esercita la sua professione di medico. La sua adesione alla Francia illuminista e rivoluzionaria è totale ed egli sembra essenzialmente rivolto ad intraprendere la carriera di filologo di professione, immerso ormai nel mondo europeo. Le sue prime traduzioni di una certa notorietà, che sono *I caratteri* di Teofrasto e il *Trattato dell'aria, delle acque e dei luoghi* di Ippocrate, sono significativamente in francese e rivolte al pubblico europeo.

La conquista delle Isole Ionie da parte di Napoleone, attraverso il trattato di Campoformio, rappresenta un cambiamento di direzione essenziale, che porta ad una svolta nella sua attività. Infatti, Korais si rivolge ora alla situazione dei greci sotto l'Impero ottomano e alle loro possibilità di liberazione: a partire da questo momento la sua opera sarà rivolta principalmente al pubblico greco e non a quello europeo. L'*Adelfiki Didaskalia* del 1798, rappresenta, in un certo senso, il punto di svolta nei suoi orientamenti[24].

Le guerre napoleoniche, dunque, spingono l'intellettuale di Chios ad impegnarsi nel tentativo di rinascita culturale e di liberazione nazionale dei greci, che diventerà uno degli scopi principali della sua produzione, sebbene solo da un punto di vista culturale e mai nella diretta attività politica e rivoluzionaria.

Questi brevi cenni ci portano a mettere in evidenza alcuni aspetti. Innanzi tutto, Korais nasce in una famiglia di mercanti, classe la cui importanza abbiamo sottolineato nella trasformazione sociale e culturale dei Balcani. Tuttavia, egli si rivela come una figura doppiamente anomala: infatti, la maggior parte degli autori illuministi provenivano dalle file del clero, mentre, d'altro canto, Korais è essenzialmente l'unico intellettuale di professione greco di questo periodo, capace di sostentarsi esclusivamente grazie alla sua produzione. Il mondo in cui si muove, inoltre, è sostanzialmente quello della diaspora, poiché vivrà a Parigi ininterrottamente a partire dal 1788 fino alla fine dei suoi giorni, dove diventerà un punto di riferimento per molti giovani studenti ed intellettuali greci, che soggiorneranno per lunghi o brevi periodi nella capitale francese. In questo senso, il pubblico delle sue opere è, almeno in buona parte, composto dai greci che vivono al di fuori dell'Impero ottomano o nei principati fanarioti di Moldova e Valacchia, come possiamo notare dalle liste dei sottoscrittori delle sue pubblicazioni[25].

La Rivoluzione francese e l'ambiente parigino, ad ogni modo, condizionano in maniera fondamentale le sue propensioni politiche e le sue inclinazioni intellettuali, poiché Korais tenta di portare (o meglio riportare, secondo la sua concezione) le idee dei Lumi e le politiche democratiche nel mondo greco. L'obiettivo, infatti, per i greci non è quello di avviarsi nella strada della civilizzazione partendo da zero, ma di ritornare ai fasti del passato, così che possano diventare «le premier exemple de la régénération d'un peuple»[26]. In questa prima fase, come vedremo, tale obiettivo si traduce in una decisa adesione alla politica espansionista francese, nella speranza che si possa arrivare alla liberazione della Grecia. Tuttavia non si tratta di un'adesione incondizionata, poiché le sue posizioni sono legate all'ambiente degli *Idéologues*, di cui condivide le convinzioni fondamentali, sebbene nella forma più democratica ed avanzata, incarnata dalla figura di Condorcet. Quindi, Korais si riconosce in questa corrente sia politicamente che intellettualmente, per cui l'allontanamento degli *Idéologues* dalla politica napoleonica si ripercuoterà nella sua visione filofrancese, in particolare nel dialogo del 1805[27].

3. *I quattro testi di propaganda filofrancese*

Gli scritti di Korais, che saranno presi in considerazione, si configurano come un interessante tentativo di traslazione culturale delle idee politiche francesi. Per tale ragione, non proporrò un'esposizione cronologica del loro contenuto, bensì un percorso che tenti di evidenziare alcuni nodi tematici rilevanti.

Questi scritti sono, da un punto di vista formale, di carattere molto eterogeneo: infatti, la *Adelfiki Didaskalia* è uno pamphlet in risposta alla *Patriki Didaskalia*, che era una violenta requisitoria antirivoluzionaria e antifrancese attribuita, probabilmente falsamente, al patriarca di Gerusalemme Anthimios[28]; L'*Asma Polemistirion*, del 1800, è un canto rivoluzionario composto per le truppe greche impegnate nella spedizione d'Egitto; il *Salpisma Polemistirion*, del 1801, è la prosecuzione in forma di prosa della propaganda smaccatamente filofrancese dell'*Asma*; infine, il *Dialogo dyo Grekon*, del 1805, è l'ultimo scritto di Korais che vede nella Francia napoleonica una speranza di liberazione per i greci, ma è significativamente redatto nella forma più problematizzante del dialogo.

Il punto di contatto, che consente di accostare queste opere, va rintracciato nella comune adesione ai valori della Rivoluzione francese, unita alla diretta presa di posizione in favore della politica di "esportazione della libertà", praticata prima dal Direttorio e poi da Napoleone. La reazione antifrancese del Patriarcato, provoca in Korais una difesa attiva della causa francese, associata a quella dei Lumi e della libertà, che ha forti connotati propagandistici.

Nell'*Adelfiki Didaskalia*, ad esempio, invita i greci di Trieste a trasferirsi nelle Isole Ionie, liberate dai francesi dalla dominazione veneziana, e ormai terre felici di libertà:

> La Grecia tutta, con le lacrime agli occhi, prega i mercanti greci di Trieste di abbandonare la città dell'ingrato e antigreco Imperatore, e di trasferirsi nelle proprie isole liberate di recente, dove, senza timore di qualsiasi tradimento, possono vivere felici e liberi[29].

Questo passo è segnato dalla notizia della prigionia del protomartire greco Rigas Velestinlìs, e dalla consegna del pensatore tessalo e dei suoi compagni alle autorità ottomane da parte degli austriaci, che deve provocare, secondo l'autore, nei Greci questa reazione contro l'Imperatore responsabile della morte dei patrioti. Per tale ragione, Korais invita gli agenti economici greci di Trieste, ovvero i mercanti, ad abbandonare la città per mettere in difficoltà l'economia locale. I mercanti rivestono una funzione molto importante nella visione dell'intellettuale di Chios, il quale sembra ritenere che la comunità greca possa addirittura mettere in difficoltà, con la loro dipartita, la Trieste asburgica.

D'altro canto, la breve evocazione delle Isole Ionie, in mano ai francesi, ha tinte decisamente luminose, dal momento che, per il semplice mezzo dell'occupazione napoleonica, sarebbero divenute terre di felicità e libertà, senza alcuna possibilità di un ritorno indietro o di un abbandono da parte dei liberatori. Senza dubbio, si trattava di una previsione eccessivamente ottimistica, dato che le isole passarono sotto il controllo dei russi, già a partire dal 1799.

Nel *Salpisma Polemistirion*, Korais invita i greci a partecipare e a collaborare con i francesi durante la spedizione d'Egitto, indicandoli come amici e liberatori:

> Servite i francesi con zelo, offrite loro il necessario per vivere. Aiutate gli amici della stirpe greca con le navi, con le mani, con il cuore, e con la vostra vita, se il bisogno dovesse richiederlo[30].

I greci, dunque, devono essere alleati fedeli e attivi dei francesi. In questo testo, chiaramente, la tensione propagandistica prende il sopravvento: lo scopo principale è favorire la causa francese, come fonte dell'emancipazione greca dal giogo ottomano.

L'*Asma Polemistirion* si presenta, forse, come il culmine di questa attività propagandistica: il canto, infatti, è incentrato sulla celebrazione dei francesi e dell'unione con i greci:

> Mirabili e Valorosi Francesi,
> come voi non ci sono altri
> Tranne i Prodi Greci,
> allenati dalle difficoltà.
> Amici della libertà,
> e della salvezza dei Greci.
> Quando abbiamo i francesi,
> qual'è la necessità di altri?
> Francesi e Greci legati,
> uniti con la fratellanza,
> non sono più Greci o Francesi
> ma una nazione Grecofrancese[31].

Korais, dunque, invoca un'unità fortissima tra greci e francesi, ed è convinto che la politica di Napoleone possa portare alla liberazione dalla dominazione ottomana. La sua scelta, tuttavia, non è semplicemente dettata dalla congiuntura internazionale. La Francia, infatti, incarna ai suoi occhi il modello europeo più avanzato di libertà e progresso.

La Rivoluzione ha incrementato in maniera decisiva la diffusione delle conoscenze e della cultura, rendendo la Francia il centro del mondo civilizzato:

> Le menti della nazione divennero più sagge e più coraggiose e i Francesi, ormai più illuminati di tutte le altre nazioni europee anche prima del cambiamento, espansero (fatto strano), i lumi delle arti e delle scienze anche in questo momento travagliato di cambiamento[32].

La Francia non rappresenta solamente un alleato potente contro l'Impero ottomano, ma anche la nazione più avanzata nel progresso scientifico e culturale. La Rivoluzione francese si configura come una tappa fondamentale nei progressi dello spirito umano, nel senso che Condorcet aveva dato

a questa formulazione[33]. Questo aspetto non è separato dalla potenza militare francese, anzi i due fattori sono fortemente interconnessi, poiché le grandi vittorie delle armate rivoluzionarie si basano essenzialmente sull'«amore della libertà guidato dalla saggezza»[34]. La libertà e i lumi, dunque, sono i tratti distintivi che pongono la nazione francese come la punta più avanzata nel moto del progresso umano.

L'immagine che Korais propone ha una valenza centrale. Tuttavia, la predilezione per la Francia rivoluzionaria viene sostenuta, anche per le sue ricadute immediate sulla situazione greca. In primo luogo, le guerre francesi in Europa hanno l'effetto di risvegliare «la giusta indignazione dei greci»[35]. L'espansione della Rivoluzione, quindi, ha l'esito di riportare in vita il desiderio di emancipazione nazionale tra il popolo ellenico. Inoltre, il modello francese porta ad uno sviluppo culturale senza precedenti: infatti, l'autore di Chios mette in evidenza la grande effervescenza che caratterizza il decennio 1790-1800. Il dato evidente emerso in questo periodo è che «in Grecia, sono state edificate scuole, sono stati tradotti e sono stati stampati più libri stranieri di quanti siano stati visti in Grecia dalla caduta di Costantinopoli fino ad allora»[36].

L'opera di traduzione, dunque, è considerata un fattore essenziale di progresso culturale. Il contatto e la mediazione delle conoscenze europee sono necessarie alla rinascita dei greci, in modo tale che lo sviluppo culturale e civile si concretizzi attraverso l'opera di traduzione, che esporta le idee illuministe nel mondo neogreco. La Francia rivoluzionaria, in tal senso, non rappresenta solo il modello più evoluto di libertà politica, ma anche un potente fattore attivo di progresso nella diffusione dei lumi e di risveglio del desiderio di emancipazione nazionale, grazie ai contatti culturali e alla diffusione del suo modello politico tramite le guerre napoleoniche.

Per queste ragioni, la Russia zarista non può più costituire la speranza principale di liberazione, perché non si configura come un modello avanzato e capace di portare una reale emancipazione politica. Nel *Dialogo dyo Grekon*, del 1805, Korais sostiene che Caterina poteva rappresentare una valida ipotesi di liberazione per i greci, negli anni '70 del Settecento, durante la Guerra russo-turca del 1768-1774, poiché la Russia era comparativamente più evoluta dell'Impero ottomano. Ora, però, che la Francia amplia il suo raggio d'azione nella zona del Mediterraneo orientale, l'Impero zarista non è altro che un'alternativa regressiva.

> So molto bene che lo zelo religioso fa si che molti si aspettino dai russi, non l'istruzione, non i lumi, non la libertà di tutta la stirpe, bensì il permesso di costruire chiese, quante, come e quando vogliono[37].

La Russia, dunque, può certo fornire la liberazione militare dei greci, ma non è in grado di determinare un cambiamento e un apporto sufficiente in fatto di libertà e cultura. Nella scala del processo di civilizzazione rimane arretrata rispetto alla Francia rivoluzionaria[38].

D'altro canto, si può notare come l'appartenenza alla stessa fede ortodossa non abbia un valore significativo per l'autore, ed anzi venga trattata con una certa asprezza, poiché gli elementi essenziali della rinascita nazionale passano per l'istruzione, i lumi e la libertà, e non per la costruzione di nuovi edifici religiosi.

Sebbene il valore del modello francese rimanga inalterato, nel *Dialogo dyo Grekon* del 1805, si fa strada la delusione per l'evoluzione della politica napoleonica. Se nell'*Asma Polemistirion*, del 1800, Korais era giunto a sostenere la fusione dei greci e dei francesi, ora, sebbene sia auspicato l'aiuto dei francesi, dice che: «Anche senza l'aiuto dei francesi non è possibile che il nostro popolo rimanga ancora a lungo sotto la schiavitù dei turchi»[39]. La Francia, dunque, era tanto il modello migliore da seguire, quanto un fattore già attivo nella marcia verso il progresso della Grecia. Tuttavia, bisogna rilevare un tratto specifico di questa visione progressiva, che differisce da quelle di Condorcet in maniera significativa, poiché il progresso greco si configura sia come miglioramento futuro che come ritorno alla grandezza classica[40].

I lumi, nell'ottica di Korais, devono ritornare alla loro patria di origine, per cui il caso della Grecia appare come una questione di rinascita più che di civilizzazione lineare. I lumi europei traggono la propria origine dalla gloria degli antichi, le cui conoscenze sono state ereditate dall'Europa direttamente dagli esuli greci di Costantinopoli durante il Rinascimento. La trasmissione delle dottrine illuministe e rivoluzionarie non si presenta come una ricezione d'idee avanzate da parte di una regione arretrata. Si tratta, invece, di un duplice movimento, poiché le idee antiche sono state trasferite in Occidente durante il Rinascimento ed ora devono ritornare nella loro terra di origine, per risvegliarla dopo una lunga fase di decadenza.

Questa problematica complessa è coerentemente sviluppata nel *Mémoire* del 1803, ma permea anche questi scritti. La Rivoluzione francese, ad esempio, ha prodotto «molti uomini dotati, con grande saggezza e grande virtù simili alle virtù, che celebriamo nei Greci e nei Romani»[41]. La superiorità dei francesi, d'altro canto, è saldamente legata alla loro migliore conoscenza delle opere degli antichi greci. Nel *Dialogo dyo Grekon*, Cleante chiede a Aristocle il motivo per cui i francesi devono la loro maggiore saggezza agli antenati dei greci ed ecco come risponde:

> Perché, i francesi hanno indagato e hanno riflettuto maggiormente di tutti i popoli dell'Europa sugli scritti dei nostri antenati. Dotati per natura di grande acutezza, trovarono il modo di tradurre nella loro lingua tutto il bene, che rese celebri i Greci[42].

L'opera di traduzione, pertanto, è doppia dato che i francesi hanno tratto la propria superiore saggezza dallo studio degli antichi ed ora i greci devono ritornare alla propria gloria passata, attraverso l'opera di trasmissione delle idee europee ed in particolare francesi. Questo ritorno comprende una vera e propria opera di traduzione: infatti, come già riportato in precedenza, Korais pone tra i fattori che certificano lo sviluppo culturale greco, proprio l'aumento vertiginoso delle traduzioni di libri stranieri[43]. Questo passo presenta un ulteriore dato, ovvero il riferimento all'acutezza *naturale* dei francesi, che pone in forte risalto una distinzione di radice etnico-genetica. I francesi non sono superiori semplicemente sulla base del processo di incivilimento, ma anche in virtù di una dote che li caratterizza come nazione.

Dobbiamo, quindi, vedere quali sono i principali contenuti culturali che Korais intende trasmettere dalla Francia dei lumi e della Rivoluzione alla propria patria. Più specificatamente mi soffermerò su due tratti: la definizione della libertà politica e

la nascita di una concezione nazionale.

Partiamo dalla questione nazionale. In primo luogo non dobbiamo caricare di eccessive implicazione il tema delle doti naturali propriamente legate ad uno specifico popolo, dal momento che tale tematica, sebbene possa evocare *ex-post* immagini inquietanti, era abbastanza diffusa nel discorso illuminista. Basti pensare alle implicazioni che avevano le differenze climatiche nell'*Esprit de lois* (poi riprese da Rousseau nel *Contrat social*), dove tali diversità si ripercuotevano sulle forme politiche, sui costumi e sulle strutture sociali. Tale assunzione, però, è la spia di una connotazione profonda del pensiero politico di Korais, ovvero della centralità posta, almeno a partire dall'ultimo decennio del Settecento, sulla questione nazionale.

La nazione diviene, nel discorso di Korais, un potente mezzo di propaganda politica e di identificazione collettiva. Il cambiamento rispetto alla tradizione dell'ellenismo balcanico è totale: infatti, il fattore di identificazione politica fondamentale, all'interno dell'Impero ottomano, era l'appartenenza religiosa. Il Patriarcato di Costantinopoli era il centro deputato a rappresentare gli ortodossi e svolgeva alcune funzioni amministrative come: la gestione delle scuole, la funzione giudiziaria e, in parte, anche quella di esigere le tasse. Si sovrapponevano, poi, sistemi di organizzazione politica locali, però l'unico centro superiore per gli ortodossi era individuabile nel Patriarcato.

Rigas Velestinlìs, del resto, nel suo progetto costituzionale per i Balcani del 1797, aveva immaginato un grande Stato balcanico, unificato dalla cultura greca comune a tutti i popoli della regione, senza alcun riferimento ad una concezione di stampo

Il monastero di San Paolo sul monte Athos in un'icona cartacea del XVIII secolo

nazionale. Korais, invece, propone, sulla scia della Francia rivoluzionaria, un discorso di tipo nazionale, rivolto esclusivamente ai greci. In questo senso, è significativo l'uso del vocabolo *ethnos*, nel senso di "nazione", che certo non soppianta il termine *ghenos* (stirpe), ma vi si sovrappone e tende a conferire anche al secondo termine una connotazione di stampo etnico-nazionale[44].

La nazione, in Korais, acquista forti tratti sostanziali: infatti, incontriamo spesso la patria come entità personificata, in particolare nella veste di madre afflitta, che invoca la rivolta. Nel *Salpisma polemistirion*, ad esempio, le pagine 4-13 sono occupate da una lunga lamentela della Madre-Patria che richiede ai suoi figli di salvarla dai dolori della dominazione turca.

> Con tutto ciò, la velocità di questa vendetta è nelle vostre mani, Figli miei; nelle vostre mani è la guarigione rapida delle mie pene, dovete spogliarmi senza indugio da questi cenci laceri e profanati e dovete vestirmi nuovamente con la gloria antica[45].

La nazione si manifesta come un elemento molto potente, sebbene la personificazione della patria non sia di per sé appannaggio esclusivo del moderno nazionalismo. Tuttavia, tale immagine si configura proprio come espressione diretta di un sentimento nazionale, o quanto meno protonazionale, di tipo moderno. Del resto, la somiglianza con la figura della *Marianne*, incarnazione femminile della nazione francese nata nel periodo rivoluzionario, non sembra casuale[46]. I greci trovano elementi di unione di tipo sostanzialmente culturale, ovvero nella lingua comune e nell'eredità classica. Nel *Dialogo dyo grekon*, questi due fattori rappresentano i motori endogeni che hanno favorito un nuovo inizio. Per tale ragione, sostiene Cleante, «abbiamo cominciato ad illuminarci»[47].

Tuttavia, come sostenuto da Hobsbawm, le identità collettive non si definiscono tanto e solo nel tentativo di ricercare tratti di omogeneità comune, quanto nell'individuazione di fattori che tendono a demarcare la diversità rispetto all'altro[48]. Se poi, l'altro acquista una forte connotazione negativa, l'effetto coagulante di una determinata proposta identitaria dimostra una potenza di attrazione ancora maggiore.

La Rivoluzione francese aveva posto con forza la contrapposizione politica tra la nazione libera e i suoi nemici interni ed esterni, sebbene non ponesse il tema dell'esclusione a livello etnico, ma appunto riguardo all'adesione profonda verso i valori della Rivoluzione stessa. Lo straniero, almeno dal punto di vista teorico, non aveva un'importanza centrale sotto il profilo della determinazione dell'inclusione nella cittadinanza. Per tale ragione, sebbene la Rivoluzione partorisca una forma abbastanza compiuta di stato-nazione, cioè di uno Stato forgiato per una specifica nazione, ciononostante l'esclusione dello straniero non è ancora ben definita. In tal senso la frase di Tallien, pronunciata nel 1795, risulta emblematica: «i soli stranieri in Francia sono i cattivi cittadini»[49].

Questa contrapposizione acquista caratteristiche peculiari negli scritti di Korais: qui la distinzione tra amici e nemici della libertà viene a sovrapporsi a quella di carattere etnico. L'*Asma Polemistirion* sintetizza bene questa sovrapposizione nel suo incipit:

> Amici miei compatrioti,
> Fino a quando dovremmo essere schiavi,
> Dei malvagi musulmani,
> Dei tiranni della Grecia?[50]

I turchi, dunque, rappresentano "l'altro" da combattere sia in quanto musulmani, sia in quanto tiranni: i due aspetti sono perfettamente sovrapposti. Nel *Dialogo dyo Grekon* troviamo una conferma di quest'analisi. I turchi, infatti, sono i discendenti degli sciti, nella cui storia non si trovano altro che «scorrerie, rapine, distruzioni di città, sottomissioni e stragi di intere nazioni»[51]. La religione musulmana, d'altro canto, non aiuta, poiché «rifiuta e teme i lumi»[52], il che non significa che i Turchi non possano progredire sulla strada della civilizzazione, ma semplicemente che si tratta di una strada più lunga e complessa rispetto a quella dei greci che «discendono dalla nazione più saggia dell'Europa antica»[53].

Il modello della nazione francese, dunque, acquista connotati nuovi, poiché l'oppressione politica viene associata ad una precisa comunità nazionale (per quanto difficilmente i turchi potessero essere identificati come comunità nazionale). Il problema della nazionalità assume una denotazione diversa nella sua traslitterazione in un contesto nuovo, che sembra anticipare, almeno in parte, gli sviluppi nazionalistici tipici dell'Ottocento.

La nazione francese era improntata alla contrapposizione tra cittadini eguali e privilegiati all'interno dell'Antico regime e, successivamente, tra la libertà e il dispotismo delle teste coronate d'Europa. La Grecia, nel pensiero di Korais, acquista senso sulla base della propria storie e sulla sua omogeneità in antitesi al dominatore straniero imperiale. Il fatto che la Grecia sarà, nel 1829, il primo Stato nazionale europeo, nato a partire dal processo di disgregazione di un impero multinazionale, è un dato che giustifica ulteriormente tale lettura.

Non bisogna, d'altronde, forzare troppo questa interpretazione, poiché in ultima istanza Korais riconduce tutta la questione alla constatazione che «la tirannia, amico mio, non convive mai nello stesso luogo con la filosofia»[54].

La differenza tra greci e turchi è essenziale, ma è nonostante ciò ricondotta nell'alveo delle differenti radici storiche e della diversa predisposizione ad accogliere un sistema politico libero, sul modello francese. La tirannia e l'oppressione rimangono i valori che demarcano la distinzione tra le nazioni, sebbene tale iato sia basato su un preciso confine etnico per quanto non di tipo razziale.

Il connubio tra lumi e libertà, tipico almeno di una certa parte del discorso rivoluzionario francese, viene mantenuto in maniera inequivocabile, ma assume, nella sua trasposizione periferica, una forte caratterizzazione nazionale, non del tutto presente nell'originale francese. Il modello politico, del resto, viene tradotto in modo abbastanza fedele, in particolare Korais rende in modo aderente all'originale alcune idee tipiche della Rivoluzione riguardo a problematiche come: il diritto di resistenza all'oppressione, la contrapposizione tra Stato retto da leggi o retto da una volontà arbitraria, la natura della legge stessa etc. La concettualizzazione della natura della legge credo che possa rappresentare un esempio significativo di tale opera di traduzione delle idee politiche rivoluzionarie ed illuministe.

Korais non sviluppa in questi testi una proposta sistematica volta alla trasformazione globale del sistema politico ottomano, in cui vivono i greci, verso una forma repubblicana. Tuttavia, soprattutto nella *Adelfiki Didaskalia* del 1798, si possono rintracciare alcuni riferimenti ai valori normativi, che devono guidare le istituzioni fondate sulla libertà. In primo luogo, il sistema politico trova le proprie radici autentiche nel primato assoluto della legge, contrapposta alle volontà parziali ed arbitrarie.

> L'unica forma di governo sicura è quella nella quale le leggi sole, e non le volontà di una parte dei cittadini, dominano con eguaglianza impersonale su tutti[55].

Questo concetto della sostituzione del regno delle volontà arbitrarie particolari con la supremazia della legge è molto diffuso durante i dibattiti costituzionali francesi, a partire dal 1789, ed è riconducibile ad una lunga tradizione repubblicana, che qui sembra ispirata all'opera di Rousseau[56].

Il concetto di libertà è presentato in una forma curiosa, poiché unisce un'enunciazione abbastanza restrittiva, rispetto a quelle della Rivoluzione francese, ad un'assunzione del concetto di volontà generale. La libertà, infatti, è «il potere che detiene ogni cittadino di fare tutto ciò che non è impedito dalla legge»[57]. Questa assunzione è simile, anche se non completamente aderente, all'articolo 4 della Dichiarazione dei diritti del 1789:

> La liberté consisté à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui. Ainsi, l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres membres de la société la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la loi[58].

La formulazione di Korais, sul modello di Montesquieu, individua direttamente ed esclusivamente il limite della libertà individuale nella legge, mentre la Dichiarazione del 1789 riconduce tale limite alle leggi, ma come strumento per la tutela dei diritti naturali di ogni singolo cittadino. Del resto, la volontà generale viene individuata come la fonte originaria della legge, la quale si configura come generale sia nella sua fonte (la volontà generale) sia nel suo oggetto, poiché non deve avere ricadute particolaristiche. La legge, infatti, è «la volontà generale di diversi uomini riuniti personalmente, o tramite rappresentati, con lo scopo di costituire uno Stato»[59]. Questo passo ricalca quasi in maniera letterale l'articolo 6 della Dichiarazione dei diritti del 1789:

> La loi est l'expression de la volonté générale. Tous les citoyens ont droit de concourir personnellement, ou par leurs représentants, à sa formation. Elle doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse. Tous les citoyens étant égaux à ses yeux, sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité, et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents[60].

In pratica, il passo di Korais ricalca la prima frase dell'enunciato della Dichiarazione dei diritti. Tuttavia, si può notare una differenza interessante: Korais pone la volontà generale nell'atto costitutivo dell'associazione politica, piuttosto che come partecipazione alla formazione della legge. Tale divergenza si spiega semplicemente con la necessità, per greci, di arrivare all'atto costitutivo di un'associazione politica fondata sulla libertà, mentre il testo francese sancisce proprio questa nascita. Korais riprende in sostanza la formulazione francese, in particolare quella del 1789, del rapporto tra legge e libertà, sebbene vi apporti alcune modifiche. Soprattutto, deve immaginare un futuro atto di nascita di un nuovo Stato.

La formulazione del concetto di libertà, però, rappresenta la differenza più significativa: infatti, sebbene il passo di Korais non sia in contraddizione con la Dichiarazione dei diritti del 1789, tuttavia il testo greco insiste sul rapporto libertà e limiti posti dalla legge sulla scia della formulazione dell'*Esprit de lois*. Korais, dunque, ricava dal modello francese due pilastri politici fondamentali per la situazione dei greci: la necessità di edificare uno Stato nazionale e l'esigenza di fondare questo Stato sui valori della libertà scaturiti dalla Rivoluzione francese.

Considerazioni finali

I testi di Korais analizzati si prefiggono l'obiettivo di creare un ponte tra il centro

francese e la periferia greca, tramite un'opera di "traduzione" delle idee politiche ed istituzionali. Questo tentativo non si profila come una mera trasposizione del modello in un ambito periferico, ma come un'operazione di adattamento originale rispetto al nuovo contesto.

Uno dei tratti che affiora con più forza in questi scritti di Korais è la centralità del problema nazionale. Tale categoria viene senza dubbio mutuata dal lessico della Rivoluzione francese, ma allo stesso tempo si trasforma. La nazione era una categoria propriamente politica nel contesto francese, poiché indicava soprattutto il corpo dei cittadini liberi ed eguali, che abbattevano i privilegi dei nobili e del clero. Senza dubbio, si trattava della nazione dei francesi, ma non appariva prioritariamente incentrata su una caratterizzazione etnica. Le contrapposizioni forti sono tra rivoluzionari e controrivoluzionari, amici e nemici della libertà. "L'altro" che coagula l'identità collettiva della nazione non è tanto riconducibile allo straniero, quanto ai nemici, tanto interni quanto esterni, della Rivoluzione stessa.

Korais, invece, sovrappone a tale immagine della nazione una di carattere fortemente etnico: i suoi scritti sono rivolti ai greci affinché combattano per la costruzione di uno Stato *per i greci* contro un impero multinazionale. La tirannia da abbattere si incarna in una certa componente nazionale, ovvero i turchi, in quanto detentori del potere politico. Potere politico e divisione nazionale, così, vengono a confondersi e a fondersi: "l'altro" contro cui lottare è tanto il nemico della libertà, quanto un popolo differente. L'emancipazione politica può avvenire solamente come autodeterminazione nazionale di uno specifico popolo.

Bisogna tenere bene a mente la necessità di non fare ragionamenti *ex-post*: infatti, i due poli della questione (libertà politica e liberazione nazionale) sono per Korais inscindibili ed egualmente prioritari. Per tale ragione, egli predilige l'aiuto francese rispetto a quello russo, che rifiuta risolutamente, così come, sostiene che «il turco pacifico» deve essere lasciato libero di andarsene o di rimanere in Grecia[61]. Del resto, alla fine dell'*Asma polemistirion* aveva evocato la fusione dei greci coi francesi in un'unica nazione greco-francese, per cui il richiamo nazionale di Korais deve essere visto nella sua propria logica (e nella sua tensione interna) senza caricarlo di significati impropri.

Tuttavia, rimane il dato che la Rivoluzione francese, con i suoi richiami all'universalità dei diritti e, almeno in parte, a una visione cosmopolitica, produce nel mondo balcanico la nascita di forti sentimenti nazionali. Il problema della traduzione (in senso largo) delle culture, annesso al rapporto tra centri e periferie, riveste una funzione fondamentale per comprendere tale fenomeno. Korais, infatti, è indubbiamente un esponente del tardo illuminismo e un testimone entusiasta della Rivoluzione. Così, la sua opera è espressione viva sia della cultura illuminista che dell'esperienza rivoluzionaria, senza però che egli sia un semplice mediatore culturale passivo. La sua personalità ed il contesto balcanico trasformano significativamente i valori e le idee francesi a contatto con una realtà differente.

La periferia, dunque, non è semplicemente il luogo in cui vengono esportati i valori dei presunti centri di produzione delle idee, ma piuttosto un mondo "altro", dove i valori importati si adattano e si mo-

dificano in maniera originale, producendo risultati differenti.

La Todorova fa notare, nel suo articolo *The Trap of Backwardness*, come la prima nazione nata "per sottrazione", ovvero dal processo di disgregazione di un impero multinazionale e non per un fenomeno di unificazione di realtà separate, si verifichi proprio nella periferia balcanica, con la nascita dello Stato greco[62]. La trasformazione delle idee e dei fenomeni "centrali" in contesti periferici può forse rivelare esiti che sono impliciti e potenziali, ma ancora non pienamente sviluppati nei luoghi culturalmente più "avanzati".

La figura e l'opera di Korais pone in questione anche il nesso tra secolo dei Lumi e nazionalismo, mettendo in risalto la compresenza, nei fenomeni culturali più tardi legati all'illuminismo, di sentimenti nazionali e cultura politica dei diritti. La storiografia classica sul nazionalismo ha spesso trascurato questi aspetti, mettendo in risalto le radici romantiche del nazionalismo rispetto al cosmopolitismo del pensiero settecentesco[63].

Del resto, le opere di Korais sono paradigmatiche di un caso di studio molto rilevante in quest'ottica: l'illuminismo neogreco, che si sviluppa in un periodo tardo (1770-1821), rivela una forte commistione tra le idee dei lumi e la nascita di un orizzonte protonazionale.

Gli studi, anche recentissimi, che ripropongono lo stereotipo dell'identità cosmopolita dell'illuminismo come ad esempio nelle opere del celebre studioso Tzvetan Todorov, appaiono in tal senso poco applicabili al contesto balcanico, sebbene la fedeltà ai principali valori politici provenienti dall'Europa non risulti tradita, ma accostata alle rivendicazioni etnico-nazionali[64].

[1] Questo scritto è la rielaborazione della mia comunicazione avvenuta, l'11 febbraio 2010, nel corso del seminario congiunto *Translating Cultures / Tradurre culture*, tra il Dipartimento di studi storici e geografici dell'Università di Firenze e il Department of History and Civilisation dello European University Institute.

[2] K.Th. Dimaras, *Neoellinikos Diafotismos*, Atene, Ermis, 2007, pp. 245-262; P.M. Kitromilides, *Neoellinikos Diafotismos*, Atene, Morfotiko Idrima Ellinikis Trapezas, 2000, pp. 252-287 e 381-394; P.M. Kitromilides, *I Galliki epanastasi ke i Notioanatoliki Evropi*, Atene, Diatton, 1990, pp. 19-69.

[3] Si tratta evidentemente di una situazione che ha avuto una mutazione lenta almeno durante tutto il XVIII secolo, tuttavia il periodo che va dalla Rivoluzione e alle Guerre napoleoniche ha segnato una fase di accelerazione fondamentale: L.S. Stavrianos, *The Balkans since 1453*, New York, New York University Press, 2000, pp. 96-115. D.A. Zakythinos, *The making of Modern Greece, From Byzantium to Independence*,

Oxford, Basil Blackwell, 1976, pp. 43-55. P.M. Kitromilides, *An Orthodox Commonwealth, Symbolic Legacies and Cultural Encounters in Southeastern Europe*, Aldershot-Burlington, Variorum, 2007. R. Detrez, *Understanding the Pre-National(ist) Balkans: the "Romaic" Community*, in P. M. Kitromilides, A. Tabaki (eds.), *Greek-Bulgarian Relations in the Age of National Identity Formation*, Atene, Insitiute for Neohellenic Research-National Hellenic Research Foundation, 2010, pp. 21-69. Questa tesi è fortemente criticata da Sugar, il quale ritiene che l'unità del *millet* ortodosso costituisca soltanto una finzione, sotto la quale coverebbero insanabili differenze etniche. P.F. Sugar, *Southeastern Europe under Ottoman Empire*, Seattle-London, Washington University Press, 1977, pp. 209-232.

4 Il testo fondamentale per una sintesi della storia del libro greco durante la dominazione ottomana è la raccolta postuma di Iliou, il quale mette in luce come, seguendo i dati della *Bibliographie Hellénique* di Legrand, il 76% dei libri pubblicati sono di argomento religioso, vedi F. Iliou, *Istories tou Ellinikou vivliou*, Iraklion, Panepistimiakes Ekdosis Kritis, 2005, pp. 19-36.

5 A. Angelou, *Ton Foton 2*, Atene, Morfotiko Idrima Ellinikis Trapezas, 1988, pp. 397-467. Kitromilides, *Neoellinikos Diafotismos*, cit., pp. 27-83. Stavrianos, *The Balkans since 1453*, cit., pp. 96-115 e 137-156.

6 T. Stoianovitch, *The Conquering Balkan Orthodox Merchant*, in «The Journal of Economic History», n. 20, 1960, pp. 234-313; Sugar, *Southeastern Europe under Ottoman Empire*, cit., pp. 209-232; Stavrianos, *The Balkans since 1453*, cit., pp. 96-115 e 137-156.

7 Stavrianos, *The Balkans since 1453*, cit., pp. 137-156. Kitromilides, *Orthodox Culture and Collective Identity*, in Id., *An Orthodox Commonwealth* cit., pp. 131-145; A. Camariano-Cioran, *Les Academies princieres de Bucarest et de Jassy, et leurs professeurs*, Thessaloniki, Institute for Balkan Studies, 1974, pp. 10-19 e 663-677.

8 L. Vranoussis, *L'Hellenisme postbyzantin et l'Europe. Manuscrits, livres, imprimeries*, Vienna, Austria, 1981; Kitromilides, *Neoellinikos Diafotismos*, cit., pp. 27-83.

9 Iliou, *Istories tou Ellinikou vivliou*, cit., pp. 51-108.

10 Kitromilides, *Neoellinikos Diafotismos*, cit., pp. 80-81 (mappa centri illuminismo neogreco); Camariano-Cioran, *Les Academies princieres de Bucarest et de Jassy* cit. Iliou, *Istories tou Ellinikou vivliou*, cit., pp. 51-108. R.D. Argyropoulou, *Neoellinikos Ithikos ke Politikos stochasmos: apo ton Diaphotismo ston Romadismo*, Salonicco, Ekdosis Vonias, 2003, pp. 16-41.

11 Kitromilides, *Neoellenikos Diafotismos*, cit., pp. 53-70; S.K. Batalden, *Catherine II's Greek prelate: Eugenios Voulgaris in Russia, 1771-1806*, Boulder, Columbia University Press, 1982; G.P. Henderson, *The Revival of Greek Thought (1620-1830)*, State University of New York Press, Albany-New York, 1970, pp. 41-75.

12 Stoianovitch, *The Conquering Balkan* cit., pp. 234-313; Stavrianos, *The Balkans since 1453*, cit., pp. 137-156 e 198-213.

13 Questo schema interpretativo è condiviso da una lunga storiografia, sebbene sia stata criticata, alla fine degli anni '70 del Novecento, da alcuni autori di formazione americana come Djordjevic e Sugar. Già Korais, nel suo *Mémoire* del 1803, aveva posto l'accento sull'importanza dello sviluppo di una forte classe mercantile per il progresso della Grecia. A. Coray, *Mémoire sur l'état actuel de la civilisation dans la Gréce, lu à la Société des Observateurs de l'homme, le 16 Nivôse, an XI (6 Janvier 1803)*, Parigi, F. Didot, 1803; Dimaras, *Neoellinikos Diafotismos*, cit., pp. 23-91; Angelou, *Ton Foton 2*, cit., pp. 361-368; Kitromilides, *Neoellinikos Diafotismos*, cit., pp. 27-83. Per una analisi del cambiamento nella composizione del pubblico dei lettori, nel periodo dell'illuminismo neogreco, vedi Iliou, *Istories tou Ellinikou vivliou*, cit., pp. 123-194. Djordjevic e Sugar, invece, tendono a considerare di scarsa importanza il ruolo dei mercanti, sia sotto il profilo sociale, sia sotto quello della storia delle idee, poiché vogliono mettere in rilievo il "ritardo" socio-economico dei Balcani, come evidenziato dalla Todorava. cfr. D. Djordjevic, *Balkan Versus European Enlightenment: Parallelisms and Dissonances*, in «East European Quarterly», n. 9/4, 1975, pp. 487-497; cfr. P.F. Sugar, *The Enlightenment in the Balkans: Some Basic Considerations*, in «East European Quarterly», n. 9/4, 1975, pp. 499-507; M. Todorova, *The Trap of Backwardness: Modernity, Temporality, and the Study of Eastern European Nationalism*, in «Slavic Review», n. 64, 2005, pp. 140-164.

14 Stoianovitch, *The Conquering Balkan*, cit., pp. 234-313; Stavrianos, *The Balkans since 1453*, cit., pp. 137-156; S.S. Macesich, *French Revolution, Napoleon and the Balkan Enlightenment*, in «East European Quarterly», vol. IX, n. 4, 1975, pp. 455-470. In questo senso Mcgowan valuta che circa i 3/4 del traffici tra Impero ottomano e Paesi stranieri sul Mediterraneo fosse in mano a mercanti Greci, vedi B. McGowan, *The Age of the Ayans 1699-1812*, in H. Inalcik, D. Quataert (eds.), *An Economic and Social History of the Ottoman Empire*, Cambridge University Press, Cambridge, 1997, pp. 724-742.

15 Kitromilides, *An Orthodox Commonwealth*, cit., pp. 257-272. Angelou, *Ton Foton*, cit., pp. 11-132.

16 D.G. Apostolopoulos, *La revolution francaise et ses repercussions dans la societe grecque sous domination ottomane: reactions en 1798*, Atene, Lénis, 1997; Kitromilides, *I Galliki epanastasi*

ke i Notioanatoliki Evropi, cit., pp. 19-69. F. Venturi, *La rivolta greca del 1770 e il patriottismo dell'età dei lumi*, Roma, Unione internazionale degli istituti di archeologia, storia e storia dell'arte in Roma, 1986.

[17] L'impatto della Rivoluzione francese e delle guerre napoleoniche sui Balcani sono state oggetto di vari studi. Propongo qui alcuni dei più rilevanti: N. Iorga, *La Révolution française et le Sud-Est de l'Europe*, Bucarest, (s.n.), 1934; A.V. Daskalakis, *Rhigas Velestinlis: la révolution française et les préludes de l'indépendance hellénique*, Parigi, (s.n.), 1937; L.S. Stavrianos, *Antecedents to the Balkan Revolutions of the Nineteenth Century*, in «The Journal of Modern History», vol. XXIX, n. 4, 1957, pp. 335-348. D. Djordjevic, S. Ficher-Galati, *The Balkan Revolutionary Tradition*, New York, Columbia University Press, 1981; *La Révolution française et l'hellénisme moderne, Centre de Recherche Néohellenique Actes du IIIe colloque d'histoire*, Atene, EIE, 1989; P.M. Kitromilides, *I Galliki Epanastasi kai i Notioanatoliki Evropi*, Atene, Diatton, 1990.

[18] La sovrapposizione tra illuminismo e Rivoluzione francese può apparire approssimativa sotto il profilo storiografico. Tuttavia è necessario far notare che tale commistione era radicata nella coscienza degli autori, greci ed europei, dell'epoca. La giustapposizione dei due termini, presente nell'articolo, sta ad indicare tale dato e non una scelta di analisi storica dei due momenti. Su questo vedi anche: P. Kondylis, *O Neoellenikos Diafotismos: i Philosophikes Idees*, Atene, Themelio, 1988, pp. 201-212.

[19] Questo aspetto non è stato ancora sufficientemente sviscerato dalla storiografia, sebbene venga spesso enunciato. In particolare, la componente di separazione etnica tra gruppi nazionali, in base alla storia e al sangue, non è stata oggetto di riflessioni adeguate. Un esempio di tale mancanza la si può riscontrare in un saggio dell'importante storico greco Panayotopoulos, che vede l'emergere del nazionalismo, ma senza un'analisi delle sue conseguenze sull'impianto illuminista e rivoluzionario: cfr. V. Panayotopoulos, *La formation de la pensée politique moderne dans la Grèce du XIXe siècle*, in *La Révolution française et l'hellénisme moderne*, cit., pp. 247-258.

[20] Sulla questione della periodizzazione riguardo all'illuminismo neogreco vedi A. Tabaki, *Peri Neoellikou Diaphotismou: Remata Ideon kai Diavli Epikinonias me ti Ditini Skepsi*, Atene, Ekdosis Ergo, 2004, pp. 13-40.

[21] Esiste in italiano una buona, sebbene sintetica, ricostruzione biografica fatta da V.A. Rotolo, *Korais e la Questione della Lingua in Grecia*, Palermo, Presso l'Accademia, 1965, pp. 5-50. La migliore biografica in lingua greca rimane quella scritta alla fine dell'Ottocento da Therianos: D. Therianos, *Adamantinos Korais*, Trieste, Typos tou austrouggriko Loud, 1889-1890. Su questo testo e la storiografia su Korais dell'Ottocento, vedi: E.N. Franghiscos, *A Survey of Studies on Adamantios Korais during the Nineteenth Century*, in «The Historical Review», n. 2, 2005, pp. 93-128. Sono, inoltre, utili le informazioni contenute nelle seguenti pubblicazioni: Dimaras, *Neollenikos Diafotismos*, cit., pp. 301-389. A.V. Daskalakis, *Adamantios Korais ke i Eleftheria ton ellinon*, Atene, Afi Klisiuni, 1965. K.T., Dimaras, *Istorika Frontismata*, vol. II: *Adamantinos Korais*, Atene, Poreia, 1996. E.N. Franghiskos, *Adamantios Korais*, Atene, Ta Nea, 2010.

[22] Dimaras, *Istorika Frontismata*, cit., vol. II, pp. 11-38.

[23] Le lettere di Korais sono state tradotte in francese nel 1880 e sono state utilizzate come fonti per ricostruire alcuni avvenimenti da parte di Hippolyte Taine, A. Coray, *Lettres de Coray au Protopsalte de Smyrne Dimitrios Lotos sur les évènements de la Révolution française*, Parigi, Firmin-Didot, 1880.

[24] Questo aspetto è ben analizzato da Iliou nella sua postfazione all'edizione dell'*Asma Polemistirion*: F. Iliou, *Introduzione*, in A. Korais, *Asma Polemistirion*, Atene, Elliniko Logotechniko ke Istorino Archio, 1982, pp. 25-59.

[25] Iliou, *Istories tou Ellinikou vivliou*, cit., pp. 123-194.

[26] A. Coray, *Mémoire sur l'état actuel de la civilisation dans la Gréce, lu à la Société des Observateurs de l'homme, le 16 Nivôse, an XI (6 Janvier 1803)*, Parigi, F. Didot, 1803, p. 63.

[27] Argyropoulou, *Neoellinikos Ithikos ke Politikos stochasmos*, cit., pp. 123-142. F. Iliou, *Stin trochia ton Ideologon: Korais-Daunou-Fornarakis*, in «Chiaka Chronika», n. 10, 1978, pp. 36-68. A. Politis, *Korais ke Fauriel*, in «O Eranistis», n. 11, 1974, pp. 264-295. Kondylis ha criticato questa tesi, sostenendo una sostanziale estraneità teorica tra Korais e gli *Idéologues*: Kondylis, *O Neoellenikos Diafotismos*, cit., pp. 201-212.

[28] Questa attribuzione viene considerata falsa dalla storiografia greca, così come sosteneva Korais, mentre Clogg ha sostenuto di non trovare riscontri che ne attestino la falsità cfr. R. Clogg, *The 'Dhidhaskalia Patriki' (1798): An Orthodox Reaction to French Revolutionary Propaganda*, in «Middle Eastern Studies», vol. V, n. 2, 1969, pp. 87-11. Per la tesi contraria vedi: Apostolopoulos, *La revolution francaise et ses repercussions dans la societe grecque sous domination ottomane*, cit., pp. 29-64.

[29] "Η Ελλάς όλη με τα δάκρυα εις τους οφθαλμούς παρακαλεί τους εν Τεργεστίν πραγματευομένους Γραικούς να αφήσωσιν εις ερήμωσιν την πόλιν του αχαρίστου και μισέλληνος Αυτοκράτορος, και να μετοικιθώσιν εις τας νεώστι ελευθερωθείσας αυτής

νήσους, όπου χωρίς κανένα φόβον προδοσίας ευτυχείς και ελεύθεροι δύνανται να ζήσωσιν." A. Korais, *Adelfiki didaskalia pros tous euriskomenous kata pasan tin Othomanikin epikratian grekous, eis antirrisin kata tis psevdonymos en onomati to Makariotato Patriarcho Hierosolymon endothisis en Konstantinopoli patrikis didaskalias*, Roma [i.e. Parigi], Anno VII della libertà, 1798, p. v.

30 "Υπηρετήσατε τους Γάλλους με προθυμίαν, προσφέρετε εις αυτούς τα προς ζωήν αναγκαία. Βοηθήσατε με τα καράβια, με τας καρδίας, και με την ζωήν σας αυτήν, αν η χρέια το καλέση, τους φίλους του Ελληνικού γένους." Atromitos o ek Marathonios (i. e. A. Korais), *Salpisma Polemistirion*, Alessandria (i. e. Parigi), Ek tin ellinikin Tipografian Atromitou tou Marathoniou (i. e. Eberhart), 1801, p. 18.

31 "Θαυμαστοί Γενναίοι Γάλλοι,/ Κατ΄εσάς δεν είναι άλλοι,/ Πλην Γραικών, ανδρειωμένοι,/ Κ΄εις τους κόπους γυμνασμένοι./ Φίλους της ελευθερίας,/ Των Γραικών την σωτηρίας,/ Όταν έχωμεν τους Γάλλους,/ Τις η χρέια από άλλους;/ Γάλλοι και Γραικοί δεμένοι,/ Με φιλίαν ενωμένοι,/ Δεν είναι Γραικοί η Γάλλοι,/ Αλλ΄έν έθνος Γραικογάλλοι,/", Korais, *Asma Polemistirion*, cit., p. 11.

32 "Αι ψυχαί του έθνους έγιναν σοφώτεραι και γενναιότεραι και οι Γάλλοι, πλέον φωτισμένοι παρά τάλλα έθνη και πριν της ματαβολής, αύξησαν (πράγμα παράδοξον) και εις αυτήν την ταραχήν της μεταβολής τα φώτα των τεχνών και των επιστημών." A. Korais, *Ti prepi na kamosin i Greki is tas parusas peristasis. Dialogo dyo grekon*, Atene, Logudera, 2000, p. 23.

33 La bibliografia circa la concezione del progresso proposta da Conorcet è sterminata, qui citerò solo alcuni testi che considero particolarmente rilevanti: K.M. Baker, *Condorcet. From Natural Philosophy to Social Mathematics*, Chicago and London, The University of Chicago Press, 1975. M. Crampe-Casnabet, *Condorcet, lecteur des lumières*, Paris, PUF, 1985. R. Waldinger, *Condorcet: the problematic nature of progress*, in L. Cohen Rosenfield (ed.), *Condorcet Studies I*, Atlantic Highlands, Humanities Press, 1984, pp. 117-129. A. Cento, *Condorcet e l'idea di progresso*, Firenze, Parenti, 1956. C. De Boni, *Condorcet: L'"esprit général" nella rivoluzione francese*, Roma, Bulzoni, 1989, pp. 155-180.

34 "Της ελευθερίας ο έρος οδηγούμενος από την σοφίαν." Korais, *Salpisma Polemistirion*, cit., p. 12. Qui si nota la sovrapposizione tra illuminismo e Rivoluzione nel pensiero di Korais, a cui precedentemente ho fatto riferimento.

35 "Την δικαίαν των Γραικών αγανάκτησιν", Korais, *Adelfiki didaskalia*, cit., p. 26.

36 "Εσυστήθησαν εις την Ελλάδα σχολεία, μετεφράσθησαν και ετυπώθησαν δι΄αυτήν ξένα βιβλία περισσότερα αφ΄όσα ίδεν η Ελλάς από την άλωσιν της Κωνσταντινουπόλεως έως τότε." Korais, *Dialogo dyo Grekon*, cit., p. 24.

37 "Εξεύρο πολλά καλά, ότι της θρησκείας ο ζήλος κάμνει πολλούς να προσμένωσιν από τούς Ρώσους, όχι παιδείαν, όχι φωτισμόν, όχι ελευθερίαν όλου του γένους, αλλά την άδειαν να κτίζωσιν εκκλησίας, όσας όπου και όταν θέλωσιν." Korais, *Dialogo dyo Grekon*, cit., p. 27.

38 Korais teorizza ampiamente una visione evolutiva e progressiva del genere umano, sulla scia dell'*Esquisse* di Condorcet e delle teorie successive degli *Ideologues*, nel *Mémoire* redatto nel 1803. Coray, *Mémoire sur l'état actuel de la civilisation*, cit.

39 "Το γένος ημών δεν είναι πλέον δυνατόν να μαίνη πολύν καιρόν δουλωμένον." Korais, *Dialogo dyo grekon*, cit., p. 65.

40 Dimaras, *Istorika Frontismata*, cit., vol. I, pp. 115-129. Kitromilidis, *Neoellenikos Diafotismos*, cit., pp. 387-402. M. Pechlivanos, *Ekdoches neoterikotitas stin kinonia tou ghenous. Nikolaos Mavrokordatos, Iosipos Moisiodax, Adamantios Korais*, Salonicco, s.n., 1999, pp. 157-219. V. Mourdoukoutas, *Korais and the idea of progress: from theory to action*, in P.M. Kitromilides (ed.), *Adamantios Korais and the European Enlightenment*, Oxford, Svec, 2010, pp. 225-244. A.V. Daskalakis, *Adamantinos Korais Ke I Eletheria ton ellinoon*, Atene, Afi Klisiuni, 1965, pp. 193-198.

41 "Πολλοί άνδρες στολισμένοι, άλλοι με μεγάλην σοφίαν, άλλοι μ΄αρετάς παρομοίας των αρετών, όσας θαυμάζομεν εις των Ελλήνων και των Ρωμαίων την ιστορίαν." Korais, *Dialogo dyo Grekon*, cit., p. 23.

42 "Διότι παρά όλα της Ευρώπης τα έθνη οι Γάλλοι περισσότερον εξέτασαν και εμελέτησαν τα συγγράμματα των προγόνων ημών. Πλουτισμένοι από την φύσιν με μεγάλην οξύτητα του νου, εύρηκαν τον τρόπον εις την γλώσσάν των όλα τα καλά, όσα εδόξασαν τους Έλληνας." Ivi, pp. 44-45.

43 Ivi, p. 24.

44 Il termine "ghenos" (γένος) è di difficile traduzione, poiché include in sé il significato di stirpe e genia, ma, almeno nel greco settecentesco, senza alcuna sfumatura nobiliare. Piuttosto il significato rimanda ad una comune appartenenza comunitaria e culturale della diaspora ellenica.

45 "Μ΄όλον τούτο, εις τας χείράς σας είναι, τέκνα μου, να επιταχύνετε την εκδίκησιν ταύτην· εις τας χείράς σας είναι να ιατρεύσετε το γρηγορώτερον τας πληγάς μου, να με εκδύσετε χώρις αργοπορίαν άπο τα σχισμένα τούτα και μεμολυσμένα ράκια, και να με στολίσετε πάλιν με την αρχαίαν μου δόξαν." Korais, *Salpisma polemistirion*, cit., p. 12.

46 Sul concetto di protonazionalismo vedi E.J. Hobsbawm, *Nation and Nationalism since 1780: Programme, Myth, Reality* (1992); tr. it. *Nazioni e nazionalismi dal 1780: programma, mito, realtà*, Torino, Einaudi, 2002, pp. 3-53. Sull'uso simbolico dell'immagine della Marianne vedi M. Agulhon, *Marianne au combat: L'imagerie et la symbolique républicaines de 1789 à*

1880, Paris, Flammarion, 1979. J. Garrigues, *Images de la Révolution: l'imagerie républicaine de 1789 à nos jours*, Parigi, Bibliothèque de documentation internationale contemporaine, 1988.

47 "Ηρχίσαμεν να φωτιζώμεθα." Korais, *Dialogo dyo grekon*, cit., p. 16.

48 "L'unità delle classi e delle nazioni è definita da ciò che esse hanno in comune in confronto ad altri gruppi e non dalla loro omogeneità interna." E.J. Hobsbawm, *Worlds of Labour: further studies in the history of labour* (1984), tr. it. *Lavoro, cultura e mentalità nella società industriale*, Roma-Bari, Laterza, 1986, p. 76.

49 Citato in R. Brubaker, *Citizenship and Nationhood in France and Germany* (1992), tr. it. *Cittadinanza e nazionalità in Francia e Germania*, Bologna, Il Mulino, 1997. p. 91. Il testo di Brubaker propone, anche un'acuta analisi del problema.

50 "Φίλοι μου συμπατριώται,/ Δούλοι νά΄μεθα ως πότε,/ Των αχρέιων Μουσουλμάνων,/ Της Ελλάδος των τυράνων;" Korais, *Asma polemistirion*, cit., p. 3.

51 "Καταδρομάς, αρπαγάς, πόλεων αλώσεις, αιχμαλωτισμούς και φόνους αλοκλήρων εθνών." Korais, *Dialogo dyo grekon*, cit., p. 17.

52 "Αποστρέφεται και φοβείται τα φώτα." *Ibidem*.

53 "Καταγόμενοι από το πλέον σοφόν έθνος της παλαιάς Ευρώπης." Ivi, p. 18.

54 "Η τυραννία, φίλε μου, ποτέ με την φιλοσοφίαν εις τον αυτόν τόπον δεν εσυγκατοίκησεν" Ivi, p. 21.

55 "μόνον ασφαλές πολίτευμα είναι εκείνο, εις το οποίον οι νόμοι μόνοι δεσπόζουσι με απροσωπόληπτον ισότητα επάνω εις όλους, και όχι αι θελήσεις των κατά μέρος πολιτών." Korais, *Adelfiki didaskalia*, cit., p. 53.

56 Korais annuncerà, nella traduzione di *Dei delitti e delle pene* del 1802, l'intento mai realizzato di tradurre il *Contratto sociale*, per tale ragione l'influsso delle idee del ginevrino appare probabile. Argyropoulou, *Neoellinikos Ithikos ke Politikos stochasmos*, cit., pp. 91-115. Sulla visione rousseauiana della legge vedi R. Derathé, *Jean-Jacques Rousseau et la science politique de son temps* (1988), tr. it. *Jean-Jacques Rousseau e la scienza politica del suo tempo*, Bologna, Il Mulino, 1993, pp. 272-303. A. Burgio, *Eguaglianza, interesse, unanimità, la politica di Rousseau*, Napoli, Bibliopolis, 1989, pp. 107-118. M. Viroli, *Jean-Jacques Rousseau e la teoria della società bene ordinata*, Bologna, Il Mulino, 1993, pp. 109-221. E. Cassirer, *Das problem Jean-Jacques Rousseau* (1932), tr. it. E. Cassirer, R. Darnton, J. Starobinski, *Tre letture di Rousseau*, Roma-Bari, Laterza, 1994, pp. 3-91. J.F. Spitz, *La liberté politique. Essai de généalogie conceptuelle*, Parigi, PUF, 1995, pp. 341-394.

57 "Η εξουσία την οποίαν έχει πας ένας πολίτης να πράττη όσα οι νόμοι δεν εμποδίζουσιν" Korais, *Adelfiki didaskalia*, cit., p. 53. Qui troviamo una citazione quasi letterale di Montesquieu: «La liberté est le droit de faire tout ce que les lois permettent». C. L. d. S. Montesquieu, *Oeuvres complètes de Montesquieu*, Basilea, J. Decker, 1799, p. 350.

58 M. Gauchet (ed.), *La Révolution des droits de l'homme*, Parigi, Gallimard, 1989, p. I.

59 "Η κοινή θέλησις διαφόρων ανθρώπων συνελθόντων προσωπικώς, η διά τοπότορη τών, με σκοπού του να συστήσωσι πολιτείαν." Korais, *Adelfiki didaskalia*, cit., p. 53.

60 Gauchet, *La Révolution des droits de l'homme*, cit., p. I.

61 "Τον ήσυχον Τούρκον" Korais, *Salpisma polemistirion*, cit., p. 21.

62 Todorova, *The Trap of Backwardness*, cit.

63 Gli studi principali in tal senso sono: Hobsbawm, *Nation*, cit. B. Anderson, *Imagined Communities: Reflections on the Origin and Spread of Nationalism* (1991), tr. it. *Comunità immaginate, Origini e diffusione dei nazionalismi*, Roma, Manifestolibri, 1996. E. Gellner, *Nation and Nationalism* (1983), *Nazioni e nazionalismo*, Roma, Editori Riuniti, 1985. H. Kohn, *The Idea of Nationalism: A Study in Its Origins and Background* (1944), tr. it. *L'idea del nazionalismo nel suo sviluppo storico*, Firenze, La Nuova Italia, 1956.

64 La visione cosmopolitica dell'illuminismo, intesa come uno dei suoi tratti più propri, può essere ritrovata in diverse opere di Todorov come ad esempio: T. Todorov, *Nous et les autres, la réflexion francaise sur la diversitè humaine* (1989), tr. it. *Noi e gli altri. La riflessione francese sulla diversità umana*, Torino, Einaudi, 1989. T. Todorov, *La peur des barbares* (2008), tr. it. *La paura dei barbari. Oltre lo scontro delle civiltà*, Milano, Garzanti, 2009.

The Challenges of the Romanian Constitutional Tradition[1]
I. Between Ideological Transplant and Institutional Metamorphoses

MANUEL GUȚAN

It is a platitude today to state that the Romanian modern constitutional law has been almost completely architected by way of the constitutional transplant. On the other hand, it is puzzling how poor the contemporary Romanian discourse about it is. At least in the Romanian legal literature its presence is accidental and, when approached, it is usually stereotypical. Using ideas and intellectual formulas borrowed from the philosophy of culture, ethno-psychology and history of cultures, the few concerned with the subject are the prisoners of some determinism which is far from helping the thorough understanding of the legal/constitutional transplant phenomenon. Theories like "cultural synchronism" or "artificial convergence"[2] are relevant for explaining the meeting between the Romanian (constitutional) culture and the Western one but are insufficient for figuring out the concrete mechanism of the constitutional transplant, its causes and effects. Moreover, these perspectives were usually explaining only the origins and mechanisms of building the modern Romanian constitutionalism and constitutional law. After transplantation, ideas and institutions were considered as inner parts of the Romanian legal/constitutional system and analyzed as such, with very small references to their origins. In a very strong positivistic climate, Romanian legal scholars were and still are interested more in formal legal normativity than in acknowledging the legal-cultural context.

This kind of historical approach is, in my opinion, misleading. As long as legal positivism neglects contextualization, there is little chance to correctly understand the real challenges of the Romanian constitutional tradition. Constitutional transplant is the cornerstone of this contextualization, fully explaining the fate of the Romanian constitutional tradition over decades and its nowadays significance. Generally, detecting the peculiar causes of the constitutional transplant is decisive for discovering its prerequisites and tracing the fate of the imported legal institutions

in the importing society. Mechanisms of constitutional transplant are important for understanding the interplay between the (legal) culture of the importing society (Romania in our case) and the (legal) culture of the exporting society. Studying the effects of legal transplant is crucial for evaluating its failure or success. Last but not least, detecting the actors of constitutional transplant is important for grasping the intellectual effervescence lying behind it. The constitutional transplant is not an implacable process occurring beyond human expectations, hopes, desires, anxieties or complexes, beyond rational or irrational. Constitutional transplant either implies circulation of ideas, as Alan Watson points out[3], receptivity for the information existing outside someone's legal tradition, as Patrick Glenn emphasizes[4] or even resistance to a foreign legal culture, as Pierre Legrand correctly highlights[5].

In the Romanian case, constitutional transplant meant receptivity for external legal ideas, coupled with a strong switch of mentality in the case of the Romanian political elite which, being the main actor of the legal import, had become both the proponent of the cultural engineering through the imported institutions and the insistent irritator of the domestic Romanian (legal) culture. After all, the whole Romanian legal modernization affair was a matter of some anxious metamorphosed (Europeanized) mentalities at the elite's level who intended to produce social change through cultural engineering.

This is why the present paper will try to go beyond the "traditional" Romanian scholarship's approaches as regards Romania's social, political and legal/constitutional modernization in the 19th and 20th centuries. The real challenges of the Romanian constitutional tradition resided less in the way the transplanted ideas and institutions have been encapsulated in the constitutional normativity but in the way they have been imported, understood, adapted, produced effects and have been re-produced in the Romanian society. Particularly, my approach will mark a special emphasis on the Romanian critical self-perception about the constitutional modernization process, excluding from the start "the danger of confusing form with substance", an intellectual tendency correctly noticed by Kenneth Jowitt when speaking about modernization in South-Eastern Europe[6]. Legal-cultural engineering through constitutional transplant gave birth not only to a sincere hope that the imported institutions will force the change in mentality but also to a critical reaction against it.

Bearing all these in mind, I shall approach the history of the Romanian constitutional tradition in two main units of ideas. The present part of my work will outline the inherent linkage between the imported constitutional ideas, imported constitutional institutions and the Romanian socio-political context which they were supposed to shape. Consequently, after a brief overview of the geopolitical context in which the Romanian national state has been established and evolved (Chapter 1), I will focus on the institutional and political developments of the Romanian constitutional life (Chapter 2). Due to the existence of an important discrepancy between the way Romanians assimilated through transplant the western constitutionalism and the western institutional models, different sections will analyze the ideology behind the institutions (2.1) and

the concrete way in which the more or less voluntary imported institutions have been applied (2.2). The peculiar intermingle between constitutional ideas, institutions and praxis gave birth to the Romanian modern constitutionalism and established the latitudes of the Romanian constitutional tradition, whose general characteristics will be cornered at the end (Chapter 3). A further to come second part of my work will be dedicated to the morphology of the Romanian constitutional tradition.

1. *Geopolitical context*

Geopolitically, the beginning of the 19th century found the Romanian Principalities – Wallachia and Moldova – under a strict political and economic control exercised by their suzerain power – the Ottoman Empire. On the Romanian thrones Turkey frequently was naming wealthy and influent Greeks, inhabitants of the Greek district of Istanbul – Phanar (hence their name – phanariots). This *statu quo* dramatically changed after the intense social turbulences that occurred in 1821 Wallachia, when a leader of the small Romanian aristocracy – Tudor Vladimirescu – took over for a few weeks the political control over the country. Although the social and administrative demands of this so-called "revolution" have been rejected, its main end – the purification of the state apparatus from the massive Greek influence – has been achieved. Turkey gave up the practice of crowning phanariots and the Romanian thrones went back to the Romanian ruling houses.

Under the European influence and, especially, under the Russian pressures, Turkey accepted to change the Romanian Principalities' international status. Important political and commercial provisions regarding the Romanians have been stipulated in the Treaties of Akkerman (1826) and Adrianopol/Edirne (1829). The latter stipulated the urgent settlement of an Organic Regulation in each Principality, aiming to reconfigure and modernize their internal political and administrative organization. These Regulations have been enacted under the Russian occupation (1828-1834), entering into force in 1831/1832.

Suffering a small rectification in 1849, the Organic Regulations have been partially abolished after the entering into force of the 1858 Paris Convention. This one has kept the two distinct Romanian Principalities but under the reign of the Prince Alexandru Ioan Cuza (1859-1866) they got united under a unique kind of unitary national state. Being internationally recognized only for the time of Cuza's rule, Romania had to follow a long and embarrassing diplomatic endeavor until its fully recognized independence in 1878.

The end of the 1st World War has brought the full accomplishment of the Romanians' national political ends. The Versailles Peace Treaty (1919) consecrated the international status of a new Romanian national state which doubled its size, after annexing important territories inhabited by majoritarian Romanian communities (Transylvania, Bukovina, Bessarabia). The Ribbentrop-Molotov treaty of 1940 has broken away important Romanian territories in favor of Romania's neighbors, which have been just partially recovered in 1945.

Accordingly, the present Romanian state is the outcome of the international *statu quo* established after the 2nd World War.

2. *Institutional and Political Developments*

It is worth mentioning that the Romanian modern constitutionalism has known from its beginnings a relative parallelism between the founding ideas disseminated by the political elite and the institutions currently shaping the way the Romanian political power was formally organized. The explanation simply resides in the fact that, at least until 1864, the internal political and administrative organization of the Romanian Principalities has been decided by the European powers. While achieving from Western Europe the intellectual values and principles of modern constitutionalism, the Romanian political elite was constrained to ask at the doors of Turkey, Russia, Austria, France, Prussia and Great Britain the transposition of ideas into recognized constitutional institutions. Usually and regretfully, the Romanian reform proposals have just sporadically made their way towards the acceptance of the international community. Not surprisingly, for decades one could find out two histories of the Romanian constitutionalism: one reflected in the ideology and reform proposals of the Romanian political and intellectual elite, the other reflecting principles and institutions designed by the external decision-making factors.

2.1. *The Intellectual Origins of the Romanian Modern Constitutionalism – the Ideas Behind the Institutions*

2.1.1. *1800-1831*

The birth of the Romanian modern constitutionalism grew up as an intellectual movement of political ideas among the Romanian multi-layered aristocratic class. Fortunately or not, political modernism at the beginning of the Romanian 19th century has not been brought over by the Third Estate, like in the Western Europe, but by the open-minded elements of the Romanian aristocracy. Undoubtedly, their ideas were not contingent to the inner Romanian political culture of the time but rather developed under the influence of the French Revolution of 1789. Still, they got a strong impact especially through the lower and middle Romanian nobility, who were looking for ideological guidance on their way toward fulfilling the national political agenda. Externally, the new intellectual trend was an important ideatic support for the struggle against the Ottoman domination. Living since Middle-Ages in two political entities – Wallachia (Muntenia) and Moldova – as autonomous provinces of the Ottoman Empire (they have been never organized as ottoman paşalik), the Romanians were now inspired by the wind of change which blew up from the Napoleonic France.

The hope for freedom has been originally expressed in the numerous petitions and reform programs which have been addressed to the emperor Napoleon and the Russian Tsar at the beginning of the 19th century[7]. Internally, the Romanian nobility's political agenda was rather parochial.

In the world of this peculiar constitutionalism, human rights have been rather promoted as the aristocratic rights and the limitation of power rather as the division of power between the Prince (*Domnul*) and the aristocracy. The timid political action which accompanied the petitional effervescence has ended in 1821 Wallachia with a popular movement which has been bloodily extinguished by the ottoman army. Hopefully, political results didn't miss the picture: the Greek dynasties promoted by Turks on the Romanian thrones have been thrown away and the Romanian dynasties have been reinstalled after 110 years.

Following their proponents, the reformist constitutional ideas and their institutional expression have swung between an aristocratic republicanism emancipated from its phanariot-Greek bindings and a sort of limited monarchy based on a timid representative regime, not very clearly delimited from the old feudal estates. Thus, the hardcore elements of the modern constitutionalism – postulating and guaranteeing human rights and the limitation of power – are difficult to be cornered in the numerous reform proposals of the 1820s and the beginning of the 1830s. The need to abolish the absolutism and to protect the freedom of the individuals in a constitutional written framework was just sporadically inscribed in a Moldavian reform proposal of 1807[8]. The generous principles of the 1789 *French Declaration of the Rights of Men and Citizen* have been partially intermingled with the old aristocratic privileges and the envisaged limitation of power was quite far from the liberal need to protect the human being. Regularly, in this period, human rights and rule of law looked like formal and artificial postulations (especially in the famous 1822 *Constitution of the "Carvunari"*) and the fight against the phanariot princes' absolutism was architected as a fairest distribution of powers inside the Romanian aristocratic layer. Separation of powers has been residually suggested but it was still far from being a technique of setting limits for the political power. When occurred, the limitation of the Prince's powers didn't imply the effective limitation of the political power (1822)[9]. Alternatively, in other cases, the Prince was endowed with his traditional central political role in the state and the sovereignty of the nation (or of the people) was not yet an alternative to the full sovereignty of the monarch.

Generally, the reform proposals of the period 1800-1831 were constantly interested rather in the promotion of the aristocratic privileges, the aristocracy's access to power excluding or limiting the Prince, in having ruling Princes of Romanian origin, the internal autonomy of the Romanian Principalities and freedom of commerce, the reform of the judicial and administrative systems than in the need to install a new political order fully endowed with the liberal values. The essentials of the modern constitutionalism were only partially present, therefore one must not be tempted to confound the use of the concept of "constitution" (1st time in 1829) and the suggestion of its supremacy (1822) with the attachment to a modern constitutional regime.

2.1.2. *Ideological reactions against the Organic Regulations (1831-1848)*

After the coming into force of the Organic Regulations (OR) and their application, the

political aims and strategy of the Romanian aristocracy have changed. Despite its expectations, the OR postulated an apparently modern political regime where, actually, the entire political power resided in the hand of the monarch (*gospodar*). Not only they refused the hegemonic pretentions of the aristocracy but allowed a political development toward neo-absolutism, which effectively occurred in Moldova. Consequently, the fight against the monarchical political abuse and limitation of his powers remained a constant presence in the reform proposals of the Romanian liberal aristocracy. As the revolutionary year 1848 was approaching, the projection of the modern constitutionalism took complex shapes and, in the same time, the political agenda has been completed with a national agenda: the political independence and the building of the Romanian unitary national state set the collective expectations on fire.

At the end of the 1830s, the ideological maturation of the Romanian political elite was evidenced by its reform proposals and political concepts. The influence of the West was still strong, encouraged by the increasing number of young Romanian aristocrats who graduated a law school (mainly) in France or even defended their law doctorates in the same intellectual area. The ideological climate knew a radical transformation in this context, setting aside the fight for aristocratic privileges and promoting the citizen as the central element of the constitutional architecture. The Romanian political language considerably changed under this process, attesting the deep penetrations of both ideas and concepts in the Romanian political and constitutional cultures. As the intimate link between constitutionalism and the written constitution was clearer, the concept of "constitution" (*constituție*, *constituțiune*) was already popular[10], urging for systematical and detailed constitutional projects. In this context, the Romanian constitutional import has come naturally, Western principles and ideas being followed by their institutional arrangements.

All these are evident in the important *1838 Constitutional project* belonging to the liberal Ioan Cîmpineanu. The strong influence of the French Constitutional *Charte* of 1830 is responsible here both for the implicit presence of some modern constitutionalism's essentials – i.e. sovereignty of nation, human rights and citizenship, representative government, the constitution as paramount law, separation of powers, responsibility and accountability of government, judicial independence – and for the chance to get an internal logic and a coherent constitutional text.

Unfortunately, a particular intermingle between the imported institutions and the Romanian understanding of the constitutional architecture promoted a rather incoherent text, where the peculiar relationships between legislative and executive were misleadingly depicted. The lack of skills in legal texts' preparation, the novelty of the approached subject or the subordination of the constitutional project to the main Romanian political project – building the national unitary state – could be pertinent explanations for its failure. Anyway, in a clumsy political and constitutional language, this project develops one of the main constitutional themes of the Romanian constitutionalism: limiting the monarchical power through a constitutional arrangement based on the mechanisms of the parliamentary regime. Imported using the

evasive and unclear formulas of the 1830 French *Charte* (where the text was far from expressly consecrating a parliamentary regime), this sort of representative regime entered the Romanian political imaginary as the most pertinent constitutional solution in the Romanian Principalities, where the neo-absolutism of the OR Princes was symptomatic. Significantly for the projection of a Romanian constitutional identity, the constitutional text stipulates an unicameral parliament, sticking to the Romanian tradition and limiting the dimension of the constitutional transplant.

2.1.3. *1848 Revolution*

The political reaction against the abuses of the OR Princes has come to its climax during the revolutionary year 1848. Apart from the street turbulences and political movements, which took place especially in Wallachia, the Romanian 1848 Revolution knew an effervescent ideological expression. Its tension has been felt, both in Wallachia and Moldova, in the numerous petitions, proclamations, declarations and even constitutional projects published in a short period of time. Generally, they were not only a reaction against OR but also a political and constitutional blueprint for a desired-to-be modern Romanian state. On the one hand, they synthesized the attachment for the essential values of the modern constitutionalism, as it manifested in the last few decades and, on the other hand, they were trying to design a complex political and institutional architecture meant to nourish both the needs for modernization and the desire to build a constitutional identity. Thus, beyond the already intellectual adaptation to the institutions, principles and concepts of the Western modern constitutionalism, beyond acknowledging the supreme juridical and political status of the written constitution, the reformist elite was this time in search of a peculiar Romanian modern constitutionalism. The quest for constitutional identity was clearly linked to the fight for national identity and the hope to live in an independent unitary Romanian state. Thus, the proclamation of the human rights has come as an expression of the Romanian social needs and the institutional design has been filtered through a (apparent) critical consideration of the external models. An appeal to the Romanian constitutional traditions has naturally flourished, even if it was rather a rhetorical expression of the intellectual historicism. The constitutional transplant has remained the main ideological and institutional support for building Romanian constitutionalism.

Through its ideas, the Romanian 1848 Revolution is considered to be the ultimate expression of the fight against the residual feudal institutions still present in the OR. This is why the strive for "equality" and "liberty" was backed up by numerous political and social demands, e.g. liquidation of the aristocratic privileges, land for the peasants, freedom for the gipsy slaves, freedom of expression etc. The equality before the law of the Romanians was completed by a first explicit attempt to build a Romanian nation understood as a political community (*demos*) and not as an ethnic community (*ethnos*), but no less emotionally coagulated by the feeling of "fraternity". In this context, national sovereignty naturally implied a representative regime

based either on a prudent large censitary suffrage (*Kogălniceanu constitutional project*) or on the romantic universal vote (*Islaz proclamation*). For the first time, supremacy of the constitution has been acknowledged both through the special procedure of enactment – it is relevant here the distinction made between the constitutive power and constituted power (Wallachia) – and the special procedure of amendment (*Kogălniceanu constitutional project*).

While remaining the main internal political goal of the Romanian political elite, the limitation of power was not concluding as regards the choice of the system of government. The external influences have been decisive for the existing alternatives: the French Constitution of 1848 was responsible for the strong Wallachian republicanism, while the Belgian Constitution of 1831 urged for a constitutional monarchy in Moldova. Generally, the concrete interest for a complex institutional architecture was rather low in the numerous punctual petitions and proclamations, the separation of powers usually missing this time either explicitly or implicitly. When present (*Kogălniceanu constitutional project*), it was lost in a clumsy and unclear constitutional text. Symptomatically, while massively appealing to the constitutional transplant, the Romanian elite did not succeed to make congruent their political ideas with the institutions to be imported. The constitutional project designed by Mihail Kogălniceanu, trying to combine the 1848 French quasi-presidential regime with the demands of the constitutional monarchy and parliamentary regime is an excellent example of, on the one hand, the poor knowledge of the deep structural and institutional requirements of the modern constitutionalism (leading to institutional cacophony), and, on the other hand, the consequences of the irrational constitutional import. Thus, this was the period that consecrated in the Romanian constitutional culture an appetite for vigorously outlining principles of constitutionalism like limited government, separation of powers, protection of human rights, judicial independence and impartiality, accompanied by a small interest or skills in institutional arrangements necessary for effectively giving them life[11].

2.1.4. *The Ad-Hoc Assemblies (1857) and the Reign of Alexandru Ioan Cuza (1859-1866)*

The intellectual and political effervescence of the revolutionary year 1848 was a preamble of the year 1857 when the Romanian modern constitutionalism has crystallized all its essentials. Summoned by the European powers, through the express provisions of the Paris Treaty of 30th of March 1856, the deputies of the Romanian social layers, elected and gathered in what has remained in history as *Ad-hoc Assemblies* of 1857, synthesized a half century of intellectual liberal positioning against the constitution, constitutionalism and state. Being seeded in the same fertile ground of the Romanian nationalism in search of one independent and unitary state, the values of constitutionalism have been officially expressed in front of Europe by the voices of ideologically mature Romanian elite, conscious of the needs of the Romanian nation and of the way it has to follow in order to be recognized as a European nation. All these called for a representative regime marked by a censitary suffrage; the separa-

tion of powers, timidly structured after the *checks and balances* mechanisms typical for the parliamentary regime, i.e. the inviolability of the monarch, the (political) responsibility of the government in front of the Assembly, the right of the monarch to dissolve the parliament; the immovability of the judges and their independence; the supposedly traditional unicameral parliament; the already obsessive limitation of monarchical power evidenced by the relative veto of the Prince; the rule of law.

Despite the institutional arrangement architected by the European powers in the Paris Convention of 1858, which was rather far from taking into consideration the firm but still purely consultative voices of the Romanians (see *infra*), the ideological and political fight for constitutionalism has been a constancy until 1866. At stake was the balance between the parliamentary regime, seen as the key political structure of the Romanian constitutionalism and the potential monarchical authoritarianism laying behind the unclear text of the Paris Convention. Uncertainty was an opportunity for the liberal political elite to perpetuate its pro-parliamentarianism convictions – even the constitutional project drawn up in 1859 by the Focşani Central Commission was strictly based on the accepted principles of the parliamentary regime – notwithstanding Prince Cuza's pretty badly masked appetite for authoritarianism. The representative government and the parliamentary regime were facing the limited (still authoritarian) monarchy. This time the ideological conflict has moved from the projects, petitions and proclamations into the modern Parliament established by the Paris Convention and did not stop when Prince Cuza installed his personal authoritarian regime after the *coup d'état* of May 1864. In fact, the struggle against the monarchical authoritarianism was the cause of Cuza's abdication in 1866, making way for the full establishment of the parliamentary regime.

2.1.5. *The years of parliamentarianism (1866-1938)*

The Romanian modern constitutionalism has gained its complete constitutional expression in the Constitution of 1866. It was the first constitutional act plenary expressing the Romanian external and internal sovereignty, although, formally, Romania was still under the Ottoman suzerainty. As pertinently remarked the Romanian scholars[12], it was not the outcome of the overnight infusion of the Western liberalism but rather the result of decades of ideological sedimentation. Nonetheless, it was the outcome of the massive ideological and institutional influence of the western liberal constitutionalism.

This time, manifesting its national sovereignty, the Romanian people, through its deputies, neither asked for the understanding of the European powers any more, nor merely theoretically proclaimed its desires but it actually directly regulated its own political institutions in the frame of a constitution whose main designer it pretended to be. Anyway, the Constitution of 1866 was neither the original expression of the Romanian political culture nor of the Romanian constitutional culture. The constitutional transplant was at ease and this reality has marked the Constitution's destiny. The ideas and ideals were basically of

French origin but, spectacularly, the institutions were Belgian. Recently overcoming a regime extensively inspired by the French Second Empire's authoritarianism, the liberal and conservative political elite of 1866 was not influenced by the way the French people institutionalized their constitutionalism[13]. Instead, the Belgians, a small people with a relatively similar political destiny as the Romanians, with a huge appetite for freedom, have become the model to be followed. Thus, the Belgian Constitution of 1831 was the main institutional provider for the Romanian Constitution of 1866.

Designing a Constitution for the first time by itself, without being bothered by anybody, the Romanian elite has been tempted to primarily focus on the constitutional principles and values intimately expressing the Romanian constitutional identity. This is why, the large majority of the human rights imported from the Belgian constitution have been neglected in the Constitutional Assembly and the separation of powers – not inscribed in the constitutional text – was missing from the debates either[14]. The well prized parliamentary regime was partially institutionalized and only tangentially approached in the Assembly. Being probably satisfied by its regulation following the high Western standards of constitutionalism, the Romanian deputies forgot to question the valences of the dualist parliamentary regime transplanted from Belgium, especially the place and the role to be played by the young German Prince, Carol I. The demand of the Prince to be empowered with an absolute veto (while the initial project stipulated a relative veto) was not analyzed in the context of the historical necessity to limit the monarchical power.

Long debates have been dedicated to the unicameral structure of the Parliament, the place of the national religion – Christian orthodoxy – in the constitutional text, the freedom of expression and the ethnocentric understanding of nation and citizenship. While the unicameral Parliament was an old demand of the Romanian political elite in search of constitutional tradition and the orthodoxy a cultural value maltreated by Cuza's regime, the presence of ethnocentrism was rather puzzling. The past constitutional projects and proclamations were interested in a Romanian people not sanguinely, linguistically or religiously differentiated. Moreover, under the French revolutionary ideology influence, there had been an attempt to consecrate a political understanding of the nation. Now, the meeting of the Romanian nation with the Romanian national unitary state in the Constitution resulted in an intimate link between them, projecting the *ethnos* as the "ground zero" of the Romanian constitutionalism. In a country where the economic activities have been increasingly concentrated in the hands of a Jewish middle class, the ethnocentrism was Christian-centered, xenophobic and, symptomatically, anti-Semitic. Thus, the Romanian original constitutionalism entered into conflict with the Western constitutionalism.

Until 1938, the debates on constitutionalism were not only focused on the Romanian constitutional aspirations, but on the way the essentials of the constitutionalism, partially institutionalized, were working in the Romanian society. In this endeavor the Romanian legal-political elite was joined by the public law doctrine, as soon as law faculties began to function in Iasi (since 1864) and Bucharest (since 1859). Note-

worthy is the intellectual effervescence surrounding the way in which King Carol 1st manifested his constitutional powers. Symptomatically, at that time, there were no clear doctrinal patterns regarding the way the political elite and the public opinion would have been expected to understand the King's political attitudes. There were no clear at all the effective differences between the dualist and monist parliamentarianism or their political implications and there was not a consensus as to the kind of political regime the Constitution of 1866 has regulated. The opinions were divided, as some of them postulated an activist monarch (specific to the dualist parliamentarianism)[15] and others were adopting the dictum "*le roi règne mais il ne gouverne pas*" (typical to the monist parliamentarianism)[16]. At the end of the day, beyond any theoretical cannons, the perception of the role of the Romanian monarch was dictated by national and parochial interests. The preservation of the Romanian unitary state, the excellent image in Europe of the house of Hohenzollern-Sigmaringen and the partisan interest to get to the power pushed the Romanian political elite to sustain a moderate monarchical authoritarianism whose dimension gone beyond the accepted limits of the liberal constitutionalism and approached the Romanian monarchy to "*Deutsche Konstitutionalismus*". The central role played by the king remained a characteristic of the Romanian constitutionalism until 1938, facilitating the instauration of the royal dictatorship.

For the rest, the constitutional ethnocentrism has been ideologically perpetuated, even if the Constitution of 1923 seemed to have formally consecrated the political community (*demos*). In a new multiethnic climate, installed after the 1st World War, the need to identify the Romanians with the ethnic Romanians was considerable. Anti-Semitism was still at stake, amplified by the European nationalist and fascist ideologies. Especially, Romanian ethnocentrism has gained particularity from the perpetual identification between ethnicity and Christian orthodoxy, aspect that gave the extremist "Iron Guard" its huge popularity in the period. Human rights, encapsulated in the substantial (not formal) ethnocentric citizenship, remained a theoretical subject, the huge illiterate majority of the Romanian peasant population being ignorant as regards its constitutional rights. The freedom of expression has sometimes heated the spirits but the main focus envisaged the political rights and the right to property. Closely linked to the quality of the Romanian democracy, the right (at the time obligation) to vote has triggered intense debates ending, in the interwar period, with the partial consecration of the universal vote (Constitution of 1923). On the other hand, the sensitive problem of the (land) property, systematically avoided even by the most fervent Romanian liberals (at their turn important landowners) made room, in the context of the 1st World War, to a more or less (forced) change in mentality. The property as a social function allowed a massive expropriation and distribution of land to the peasants after 1917.

2.1.6. *The Fall of the Romanian Modern Constitutionalism (1938-1947)*

The modern liberal constitutionalism does not have a very long history in Romania.

Practically, it has never had a real consistency. Ideologically, it started to fall at the beginning of the 1930s.

The core of this process resided in the huge political magnitude conferred to the monarchical power. It is worth mentioning in this sense the important ideological turns occurred in the academic legal doctrine. It is relevant the opinion of a leading scholar, Paul Negulescu, who, while constantly preaching the inadequacy between the Romanian political culture and the constitutional values stipulated in the 1866 Constitution, proposed a political regime capable to fairly entrust the political control to an authoritarian king[17]. Due to their corrupt political mentality, it has been said, the Romanians are not made for constitutionalism and parliamentary regime, but for a strong centralized government in the framework of an administrative or authoritarian monarchy[18]. In a European political context dominated by authoritarianism and extremism, the "royal Constitution" of 1938 was meant to consecrate the weak capacity of the Romanian political class to cope with the demands of modern constitutionalism and parliamentary regime. The passage from constitutionalism to authoritarianism would have been nothing more than to sincerely undress the unfitting values and institutions of the western constitutionalism, borrowed from France and Belgium, and wear constitutional clothes appropriate for the Romanian needs and spirit. This attitude made way for all the intellectual frustrations which, since 1860s, condemned the Constitution of 1866 as being too large a cloth for the Romanian political mentality (see *infra*).

This perspective was largely embraced by the public opinion and became an official dogma. Associated with the multiparty system, the parliamentary regime has been condemned. Infested with the "plague of the party politics" and dependent on the corrupt multiparty system, the Romanian parliamentary regime had to disappear. Programmatically, the legal banishment of the political parties (except the official one) has been accompanied with a strong appetite for political centralism. The separation of powers has been dissolved in the supremacy of the monarchical power and the parliamentary regime, as if it has ever existed, was replaced with the authoritarian (administrative) monarchy. The representative regime, based on the corporatist ideology, was only a juridical framework for a formal democracy where the state was prepared to confiscate the public space in favor of a unique political party (The National Rebirth Front) and its official ideology. In this context, the manipulated plebiscitary system, utilized after 1938, has legitimated the falsity of the electoral process and the appearance of democracy of the previous period.

Step by step, the core themes of the Romanian anti-constitutionalism, which has dominated the Romanian political life until 1989, have been ideologically installed: the confusion of powers, the suppression of the judicial independence and impartiality, the supreme role of the head of state, the refusal of multiparty system or the domination of the party-state (The National Rebirth Front, The Iron Guard), the cult of personality and the myth of the providential leader. Political monism, political centralism (going to extreme militarization in the years of the 2nd World War), the gathering of the nation around its leader, the aggressive ethnocentrism and even the suppression of the

constitution (1940), all these have been officially dedicated to the myth of the national state, to whose building has been in fact devoted the entire process of the Romanian political and social modernization[19]. Running away from constitutionalism meant "to give back" Romania to the Romanians and the properly organized state to the nation. The "state of siege" was the juridical argument formally invoked to justify this constitutional depression, thus manifesting the shortcomings of a constitutionalism which couldn't manage to arrange its surviving in the case of extreme necessity. The short constitutional restoration between 1944 and 1947, before the long communist era, has done nothing more than to highlight the dramatic moments of the fall of the Romanian constitutionalism.

The theme of national salvation was redundantly coupled with the emblematic figure of the "savior" of the state and the cult of his personality. The theme of the savior was not quite brand new. Back in 1864, Cuza was "saving" the nation and the state threatened by dissolution. At his turn, Carol 1st has sincerely "saved" the nation and the state despite the internal political instability and external dangers. Nonetheless, 1938 and the following years have added to this trend a completely new magnitude of the phenomenon, harshly mediated and institutionalized. Carol 2nd was an official savior, Marshall Ion Antonescu proclaimed himself "The Leader *(Conducatorul)* of the State"[20] and Nicolae Ceauşescu will soon turn into a "new Messiah".

Interestingly, all of them have in common a more or less explicit and ideologically elaborated distrust or contempt of the constitutionalism and mechanisms of parliamentary regime. Cuza invoked the unwillingness and incapacity of the Romanian political elite of 1864 to follow the mechanisms of the parliamentary regime and appealed to a personal regime to modernize the state. Carol 1st was not an ideological fan of the parliamentary regime. On the contrary, the main solution he discovered to impose the political order in the Romanian society, marked by political instability and corruption, was the soft institutionalization of the authoritarian model of his predecessor. In the absence of the political possibilities to do that, he underpinned a political regime which was pretty far from the parliamentary regime's parameters. The appearance of a parliamentary regime was the curtain behind which the modernization of the Romanian society could be realized and the state could function. For Carol 2nd and his intellectual entourage the failure of the Romanian multiparty system to cope with the parliamentary regime was the cause of all evils in the Romanian society[21]. It was common sense to eradicate the historical political parties, politicianism and political corruption for helping the Romanian state to be functional. Antonescu had at least the excuse of the war. As to the communists, they'd have ideological resources to condemn all the above.

As long as the state and its savior have been prized in the period 1938-1944, the citizen was de-individualized and mixed in an abstract professional solidarity devoted to the state's reproduction and based on the traditional ethnocentrism and anti-Semitism. Article 27 of the 1938 Constitution is more than relevant:

> Only the Romanian citizens are admissible in the public offices, civil and military, *taking into consideration the majoritarian and state-creator character of the Romanian nation*.

In this context, extreme ethnocentrism and nationalism led to extreme political attitudes, as the Romanian government of the years 1940-1944 joined Nazi Germany in undertaking the Holocaust. At their turn, far from being spoiled, ethnic Romanians knew an important restriction of their constitutional liberties justified by the same "state of emergency"[22].

2.1.7. *Communist Anti-constitutionalism (1948-1989)*

Massively influenced by the Soviet constitutional ideology, the communist constitutions of 1948, 1952 and 1965 left behind the values of the liberal constitutionalism. Being far from organically assimilating the essentials of the liberal constitutionalism yet, the Romanian society was forced to face the ones of the Soviet constitutionalism. The Western constitutional models, freely chosen by the Romanian political elite, were replaced by the Soviet constitutional model, imposed by the conqueror. Thus, the sovereignty of the nation was replaced with the "real popular sovereignty", the representative mandate with the imperative one and the separation of powers by the unity of the state power; political pluralism made room for the leading role of the Communist Party; the administrative decentralization was substituted by "democratic centralism" and the rule of law by the "popular legality"; finally, the formal consecration of the human rights was replaced by the "material guaranteeing" of them. In both cases, the Romanians faced an inorganically elaborated constitutional ideology. Yet, the values of the Western liberal constitutionalism have been intellectually assimilated over decades by the large part of the Romanian political elite. In contrast, the Soviet constitutionalism leaked into the underground ideological world of the Romanian communism only in the interwar period. However puzzling and foreign the liberal constitutionalism would have been for the Romanian society, it was barely comparable with the shock the overnight established Soviet constitutional order provoked in the Romanian society. Backed by the Soviet army tanks, Soviet constitutionalism was as aggressive as necessary to conquer ideological positions in a country with poor intellectual appetite for the political left.

However, as strange as it was for the Romanian society, the Soviet constitutionalism was no less ideologically displayed as perfectly fitting its necessities and peculiarities. Interestingly, the anti-bourgeoisie discourse, claiming the falsity of the liberal constitutionalism, was backed in the Romanian case by a real falsity of the parliamentary regime. In fact, being imported and ideologically handled by the Romanian political elite of the moment, it couldn't have been something else than a foreign corpus meant to irritate the Romanian culture. An important cultural engineering was expected but this time it was done with the instruments of terror.

Accordingly, the modern Constitution, a written juridical space originally meant to limit the political power and protect the citizen from its abuses, had been reconfigured as a formal juridical act endowed with supremacy meant to legitimate the new social and political order based on: the building of the "socialist society", liquidation of "man by man exploitation", the policy

of "peace and friendship" with the Soviet Union, the leading role of the Communist Party (1952). The omnipresence and omnipotence of the Communist Party rendered obsolete the multiparty system and the separation of powers. In the same time, the national sovereignty was replaced by a restrained popular sovereignty and, thus, changing the mechanisms of political representation.

All these ideologically preceded the long totalitarian communist period, when the same effective disregard of human rights was covered by the generous philosophy of "popular democracy" as a "form of "proletariat's dictatorship". Under the mask of "class fight", the communist state practiced the same expurgation of its citizens, the bourgeois liberal space being replaced with the ideologically standardized one of Marxism-Leninism. The class solidarity or "collaboration between workers and peasants" postulated more the principle of equality than of liberty. The "new communist citizen" was supposed to be more equal than free. Not accidentally, the negative rights were overshadowed by an extended package of social (positive) rights. Private property, the core of the liberal human rights, was compelled to make room for the socialist collective property.

The apparent ethnic-free ideology preaching the friendship between the "exploited classes" – workers and peasants – has finally failed, during the dictatorship of Ceausescu, when the theme of nationalism was dramatically recurrent and the communist ethnocentrism resumed the tradition of the past ethnocentric constitutionalism.

2.1.8. *Preliminary ideological "balance sheet"*

Ideologically, the Romanian modern constitutionalism has been marked by:

- A continuous programmatic attitude against the monarchical authoritarianism;
- Limitation of the (monarchical) power was supposed to be realized, declaratively, through the postulation of human rights and the separation of powers, without any clear interest for the constitutional mechanisms of human rights protection and the mechanisms of *checks and balances*;
- Representative government was poorly endowed with democratic value, the censitary suffrage being appreciated for decades as the most efficient solution for a significantly illiterate and politically immature society;
- The parliamentary regime was largely considered as the ideal expression of a representative government;
- The Romanian nation has constantly been identified with the Romanian ethnicity, as an expression of the Romanian people's fight for liberty, independence and identity.

On the other hand, ideological attitudes against the principles of modern constitutionalism had been manifest:

- A rhetoric which put the building and protection of the national unitary state above all other political values and, moreover, above the citizen;
- The parliamentary regime had to be erased if it endangered the well-functioning and modernization of the state;
- The corrupt Romanian political men-

tality and the eternal partisan conflict between the political factions have been invoked in favor of a centralized authoritarian regime more suitable to assure the functionality of the Romanian state.

2.2. *From Constitutional Text to Constitutional Life*

The Romanian constitutional architecting process was an awkward endeavor both institutionally and practically. On the one hand, the constitutional modernization has not always been an internal Romanian affair in the 19th and 20th centuries. The first half of the 19th century has been dominated by the ongoing design of a Romanian constitutional agenda by some of the main European powers, e.g. Ottoman and Russian empires. The Organic Regulations of 1831/1832 (written under the Russian occupation) and the Paris Convention of 1858 are the most relevant constitutional acts of the period, allowing the political passage from the two distinct Romanian principalities – Wallachia and Moldova – to the Romanian unitary state of 1862. In the 20th century, the communist constitutions of 1948 and 1952 mark a new episode of constitutional imperialism, this time under the pressure of the Soviet Union. On the other hand, the Romanian-origin constitutionalism has been overshadowed by the important discrepancy between the institutional constitutional architecture and the effective constitutional life.

Basically, this situation was due not only to the massive constitutional import but also to the inner peculiar cultural context of the Romanian society. Regularly, the constitutional principles and values ideologically acquired have not been followed by constitutional practices. Constitutionally and politically, the Romanian balance sheet was rather negative. Generally, from 1830 to 1989, the Romanian constitutional life has been dominated by more or less aggressive and negative authoritarian or dictatorial regimes.

2.2.1. *The Organic Regulations (1831/1832 - 1858)*

The two Organic Regulations have come into force in each of the Romanian Principalities – 1831 in Wallachia and 1832 in Moldova – following an international compromise between Russia and Turkey, settled down in the Treaty of Adrianopol/Edirne (1829), as regards their statute and internal political organization. Despite being drafted by two aristocratic Romanian commissions, OR were rather the work of the Russians, imposing their peculiar vision over the institutional arrangements in the Romanian Principalities. Paying limited attention to the numerous Romanian aristocratic reform proposals of the period, they gained no less limited legitimation in the eyes of the Romanian political elite. This is why, over decades they haven't been considered genuine Romanian constitutional acts. Nonetheless, for a relatively long period of time (until 1858) they played a regulatory role for the organization of the political power and for how it was expected to be exercised in the Romanian society[23].

What would surprise any analyst of the Regulations would be the strange intermingle between the principles of the mod-

ern constitutionalism and the conservative-feudal ones. The reformatory vision of the Romanian aristocracy, configured by the Russian interests, had finally lead to a political structure of the state which not only was sketching some of the general coordinates of the modern constitutionalism (still, human rights were missing from the picture) but also has perpetuated monarchical powers pretty close to the ones belonging, in the past, to the phanariot princes. The very first constitutional regulation of the separation of powers was rather formal as, due to his effective powers, the Prince (*Domnul*) had become the central organ of the state. The unicameral Assembly (*Obişnuita Adunare Obştească*) elected on aristocratic bases, was rather a consultative organ of the Prince than a modern Parliament. The aristocratic attempt to limit the monarchical power has thus failed, in a constitutional design fairly accused for its neo-absolutism.

Notwithstanding, the preservation of the oriental type of monarchical absolutism, despite the façade of the separation of powers[24], even if they didn't replace the old feudal society with a liberal one, only touching up the existing organization, giving privileges without creating liberties[25], although they have completely enslaved the Romanian Principalities to Russia, practically transforming them in Russian provinces, even if they were a despotic, authoritarian, aristocratic, anti-French and fully a Russian work[26], OR represented a first step toward a rationally organized state activity[27]. In the same time, the interest of the Russian Empire for a balanced political life in the Romanian Principalities led, paradoxically, to the manifestation of some weak features of the parliamentary regime. Being endowed with considerable power and permanently oscillating between an enlightened and a despotic absolutism, the Romanian princes was not allowed by the Russians to abuse their power to dissolve the Assembly. Moreover, for keeping the political equilibrium, the Prince himself sometimes appointed ministers among the aristocrats agreed by the Assembly. In the same time, even if the ministers were only completely politically irresponsible officers of the prince, there have been cases where the Assembly directly rendered them liable and cases where they took political and legislative initiatives before the Assembly without the consent of the Prince. Thus, there had been timidly delineated a two-headed executive (executive and prince), typical to the dualist parliamentary regime[28]. Despite these evolutions, the political life in the Romanian Principalities was pretty far from the coordinates of modern constitutionalism and the parliamentary regime had to follow a long and difficult road in the next decades before somehow working its way into the Romanian society.

2.2.2. *The Paris Convention of 1858 and its Additional Statute of 1864*

The Paris Convention of 1858 created a constitutional architecture of the Romanian Principalities as a strange intermingles between the principles of modern constitutionalism and the neo-absolutism disguised in the Organic Regulations. It consecrated a European perspective over the internal organization of the Romanian Principalities taking sporadically into con-

sideration the Romanian wishes expressed in the Ad-Hoc Assemblies, as long as they fitted with the political interests of the European powers. The appetite for constitutionalism of the Romanians gathered in the Ad-Hoc Assemblies had no chance to be materialized as the text of the Paris Convention has been bargained by the not very addicted to liberal constitutionalism European powers. Turkey, Russia and Austria were sticking to the authoritarian Organic Regulations. Significantly, the considerable French impact over the Convention was also responsible for the authoritarian flavor of the constitutional act, as the influence of the French Constitution of 1852 may be detected in many aspects.

In this context, the presence in the Paris Convention of some modern constitutionalism's essentials i.e. constitutional monarchy, representative government, separation of powers, (juridical) responsibility of the ministers, immovability of the judiciary, stipulation of a minimal package of human rights, represents more a façade, without any functional impact, in a constitutional architecture devoid of the compulsory mechanisms of *checks and balances* between the executive and legislative. Thus, any appearance of a parliamentary regime timidly developed in the years of OR and the intense demands for parliamentarianism expressed by the Romanians had been suppressed by the interests of the European powers to design a Romanian monarch after the image and likeness of the Organic Regulations. The recovery of some important features of the neo-absolutist monarchy designed by the OR has theoretically hampered the chance for a "face-to-face" between executive and legislative, where the two powers to be endowed with efficient constitutional means of reciprocal action allowing each one to determine the existence of the other. Instead, a monarch (elected for life and) endowed with the legislative initiative, actively leading the governmental activity – being neither irresponsible nor juridically or politically responsible –, helped by ministers politically responsible exclusively towards him, endowed with the power to dissolve the Assembly and with an absolute veto was facing a unicameral legislative (*Adunarea electivă*) devoid of legislative initiative and the power to render the ministers politically liable[29]. The Central Commission of Focsani, a common institution of the (still) two Romanian Principalities was too weak – due to its way of recruitment and its constitutional powers – to set the balance between the executive and legislative[30].

Fortunately, the European powers were too sensitive in keeping the fragile political balance between them as to obsessively stick to the text of the Paris Convention. Consequently, the Romanians had the enormous chance to acquire their national expectations, by gradually building, between 1859 and 1862, the Romanian national unitary state. In the same time, the considerable ideological popularity of the parliamentary regime pushed the Romanian political life towards these political coordinates, despite the authoritarian character of the Paris Convention. Prince Cuza himself had to cope with this intellectual trend at the beginning of his reign, despite his appetite for a strong monarchy. Therefore, until 1864, Prince Cuza preferred to leave the heavy burden of governance on the ministers' shoulders, fueling the hope that the principle "*le roi règne mais il ne gouverne pas*" could become a political reality

in Romania. In this context, public voices have been heard preaching the correlated principle of the prince's irresponsibility (totally ignored by the Convention's text).

Unfortunately, practicing the parliamentarianism meant the obstruction of the modernization schedule envisaged by the Prince and his liberal-reformist cabinets, due to a Parliament dominated by conservative aristocrats, mainly landowners, elected through a very high wealth census. Having entered the era of modernization and partial democratization, the Romanian political life started to discover the disadvantages of the multiparty system, early manifesting itself rather as a game of interest groups than as a political fight for the national interest. Political instability has grown as a consequence of Cuza's preference for moderate liberal cabinets which were far from reflecting the important conservative majority. Instead, Cuza regularly accepted the dismissal of his cabinets by the Parliament, consolidating the principle of the cabinet's solidary political responsibility towards the legislative. In the same time, even if the Prince repeatedly appealed to his constitutional absolute veto, he refrained himself from dissolving the conservative Parliament, throwing the executive and legislative into a continuously negative functional parallelism. On the other hand, he wouldn't have had a real alternative, as the high wealth census would have brought on the Parliament's benches the same conservative deputies. Political crisis couldn't last forever, it needed to be extirpated from its constitutional roots. This should have been done, in Cuza's vision, not only through the electoral reform, allowing a large liberal middle class to enter the Parliament, but also through a radical constitutional revision meant to increase Prince's powers and turning the Parliament in a humble annex of him. This meant authoritarianism. For this end, he gave the *coup d'état* of 1864[31].

At this point, we come to the reason of this pretty detailed outline of the Convention's life. This political moment was crucial for the fate of Romanian constitutionalism. The Paris Convention of 1858 imposed the existence of two Romanian Principalities each having a different monarch. Romanians succeeded in electing the same Prince for both of them and finally in obtaining the international recognition of one national unitary state named Romania, in 1862. The Paris Convention did not encourage the parliamentary regime but the Romanians have tried to practice it, as an expression of their belief in the chance to limit the monarchical power. Unfortunately, a totally disadvantageous electoral system has promoted a conservative Parliament full of self-interested landowners and the necessary liberal reforms couldn't be done. Why Prince Cuza has chosen the monarchical authoritarianism to cope with this crisis? Nobody from abroad was pushing the Romanian political life in this direction. Having agreed that the *coup d'état* was a necessity, one could ask whether the Romanian constitutionalism would have benefited more from it by reinforcing the mechanisms of the parliamentary regime. All the Prince should have done was to widen the access to the Parliament. The posterity has absolved Cuza by invoking the urgency of consolidating and modernizing the young Romanian unitary state. But this perspective did legitimate the idea that the national interest is more important than the means to protect it. If the first attempt

to seriously practice the imported parliamentary regime was a failure, it was superfluous to spend time in order to fix it. It was more efficient to eliminate it from the political equation and replace it with a more adequate political mechanism.

On the other hand, one must not forget Cuza's personal appetite for authoritarianism. As a constant and faithful admirer of Napoleon III, he was not an admirer of the parliamentary regime. Not surprisingly, the foreign constitutional model for his Additional Statute of the Paris Convention was the French Constitution of 1852. Consequently, the new constitutional architecture was residually keeping the separation of powers but considerably consolidating the control of the Prince over the Parliament. Inaugurating the Romanian bicameralism, the newborn Senate (*Corpul ponderator*) has become, following its French model, the "Trojan horse" of the Prince inside the Parliament, due to the essential role played by the head of state in the recruitment of its members. The Senate's main use was to check the activity of the Elective Assembly by means of an *a priori* "constitutional review" of its adopted legislative acts. In the same time, the French-origin State Council, through its important legislative powers has become, under Cuza's control, the main legislative drafter of the state. Thus, the monarch had the power to initiate any legislative project he wanted, as president of the State Council he could supervise the drafting process, he had the power to block the legislative project in the Senate, if necessary, on the grounds of unconstitutionality, and finally, to refuse the sanctioning by using his veto. In this context, the consolidation of democracy, underpinned by a more flexible censitary vote was undermined by the mechanism of the manipulated plebiscite.

Worriedly, the reign of the Prince Cuza has proven that the modernization of the Romanian state and society could be done not in the context but only against the constitutionalism and the parliamentary regime. The history must somehow give him justice: like Napoleon I, Cuza has succeeded to endow, after 1864, the Romanian state and society with modern reforms, in all fields of activity. Nonetheless, his political gestures have given a strong blow to the parliamentary regime.

2.2.3. *The Democratic Constitutions (1866 and 1923)*

The year 1866 brought into the Romanian constitutional life the first Romanian Constitution. Drafted in a really delicate international climate, menacing to end the existence of the young Romanian unitary state – recognized only during the reign of the Prince Cuza – the Constitution of 1866 was the expression of a people eager to become free from its undesired international bounds and capable of constitutional self-expression. Being designed by Romanian liberals, it was a manifestation of sovereignty (the constitutional text is silent about the ottoman suzerainty) and wanted to be a manifestation of Romanian constitutional identity. After decades when the Romanian constitutional order has been established from abroad, the Romanian political elite was ready to inscribe in the constitution the national constitutional values and principles. Many of them were already discussed and programmatical-

ly postulated in different reform projects, waiting for their formal-juridical consecration.

Since the constitutional values and principles were imported, assimilated and domesticated during decades, constitutional institutions and architecture have been regularly found in the most popular constitutional models of the day. Expectedly, the Romanian Constitution of 1866 was the result of a massive constitutional transplant. Intensively used by the Focşani Central Commission for its constitutional draft of 1859, the text of the Belgian Constitution of 1831 was the main inspirer of the 1866 Romanian Constitution. Having the prestige of the foreign constitutional model as the main cause of the constitutional transplant and the necessity to urgently consolidate the young Romanian unitary national state as the ultimate reason, the Constitution of 1866 was meant to meet the expectation of independence, freedom and constitutionalism of the Romanian political elite.

The outcome was a constitutional text which was trying to combine, on the one side, institutional tradition with institutional innovation and, on the other side, a peculiar Romanian angle of understanding constitutionalism with the (already) quasi-universally recognized values of modern constitutionalism. The regulation of the foreign (German origin) dynasty successfully consecrated the wishes of the Romanian political elite and the first-born right to inherit the throne essentially contributed to the clarification of the succession line to the Romanian crown. The constitutional, foreign and hereditary monarchy was far from being traditional but was voluntary and rationally accepted as an inevitable necessity for constitutional and political modernization. On the other hand, prestige was a cause of irrationally giving up to some other traditional institutions: the bicameral Parliament has been regulated despite its compromising by Cuza's authoritarian regime and the Romanian unicameral tradition.

The Constitution consecrated the values of the modern constitutionalism cherished by the Romanian political elite: sovereignty of the nation, representative government, human rights, the constitution as a paramount law, separation of powers, limited government, juridical responsibility and accountability of government, judicial independence and impartiality and the amending power of the people (through its deputies). Instead, it was containing nothing clear about the parliamentary regime and its peculiar mechanisms of *checks and balances*. By importing from the Belgian Constitution without improving, the Romanians gained the same evasive constitutional provisions about the political regime. The monarch was irresponsible but the text was silent on the political responsibility of the cabinet against the Parliament; the monarch had the power to dissolve the Parliament but the text said nothing about the power of the Parliament to dismiss the cabinet. Moreover, the institution of the cabinet was not expressly regulated. The attention was thus concentrated on the monarch: what would be his constitutional position and his effective power?!

The constitutional text was pretty confusing, as some of its provisions would have perfectly fitted also into a Constitution or Charter regulating the limited monarchy. The principle "*le roi règne mais il ne gouverne pas*" (consecrating the monist parliamen-

tary regime) was an implicitly possible key to understanding the constitutional text but, in the same time, the same text could have been rightfully understood in the still widespread terms of the dualist parliamentary regime. The difference was quite important: on the one hand the king would have been a passive member of the executive, letting the burden of governing on the cabinet's shoulders, on the other hand the king would have been an active member of the executive, sharing the burden of governing with the cabinet. The important constitutional powers of the Romanian monarch would give more justification to the last alternative. Thus, the clarification of the political regime to be followed has been left to the constitutional practice.

The effective constitutional life during the long reign (1866-1914) of Prince Carol 1st (King from 1881) was far from evolving in the direction of a monist parliamentary regime but, in the same time, was also pretty far from manifesting as a dualist parliamentary regime. Being intensively active in the field of the foreign and military policies and taking a permanent political control over his cabinets, using or menacing to use his absolute veto in order to control the legislative production of the parliament, King Carol 1st has become "the master of the [state] institutions". Far from becoming the neutral power cherished by Benjamin Constant, the King took the central place in the constitutional architecture and acted as the conductor of the Romanian political life. Educated in Germany, he was not a supporter of the parliamentary regime and even less a fighter for the human rights. On the contrary, he was an adept of an authoritarian way of governing, as he let to be understood in his first years of reign[32].

Nonetheless, he was an honest man. This is why, at the beginning, he tried to stick to the parliamentary regime's mechanisms, thus meeting the expectations of the majority of the Romanian political elite. But the frequent dismissal of the cabinets by the Parliament and the extreme political instability lead the monarch to tolerate and even to encourage the appearance of some constitutional practices which, while giving a strong blow to the Romanian constitutionalism and parliamentary regime, have brought political stability. Failing to revise the 1866 Constitution in order to formally consecrate the authoritarian regime, the King has appealed to informal mechanisms to gain political control. Carol 1st has started to alternate to the power, more or less arbitrarily, the main political parties of the period – Conservative and Liberal -, trying to artificially recreate in Romania the British two-party system. When the king considered properly, he was dismissing the cabinet and was offering the power to the political party in opposition. In the same time, in order to ensure a parliamentary majority to the new cabinet, he was dissolving the bicameral Parliament dominated by deputies supporting the former cabinet. By an extreme control of the local administrative apparatus and manipulation of the elections, the new cabinet was always succeeded in sending in the Parliament an important majority. Thereafter, by a strict control over the parliament, the cabinet was applying its own or the King's political agenda[33].

This political process overshadowed and finally compromised the birth of the Romanian modern constitutionalism in the 19th century and at the beginning of the 20th century. The concrete mechanisms

of *checks and balances* were missing, failing their mission to limit the monarchical power, the executive has become omnipotent and the Parliament – despite the continuous democratic input – has become an instrument in the hands of the cabinet. Above all, the King actively manipulated the strings of the political power. The political regime distanced from the coordinates of the parliamentarianism and manifested rather at the latitude of a limited monarchy endowed with an (moderate) authoritarian monarch[34]. Moreover, all these happened in a country where, despite some timid positive evolutions, human rights were far from the minds of the huge illiterate mass of peasants.

Nonetheless, at least at the formal-juridical level, the positive constitutional evolution didn't miss the picture. The electoral reform of 1884, through the lowering of the electoral census, announced the universal (masculine only) vote consecrated in 1917 and in the new Constitution of 1923. The important peasants' uprising of 1907 determined the constitutional reform of 1917, allowing huge land expropriations. The famous Tramways trial of 1912 has organically gave birth to an *a posteriori* constitutional review exercised that time by a county court and formally entrusted to the High Court by the Constitution of 1923.

Unfortunately, the Constitution of the Great Romania (1923), despite the mythical approach of its text and practices by the generations of historians after 1989, was not an incentive for a fully democratic life. Practically, it has remained just a splendid constitutional text fully endowed with the last acquisitions of the modern constitutionalism in a political and constitutional context stigmatized by the insufficiencies of the reign of Carol 1st. Although the constitutional provisions were clear this time about the institution of the Cabinet (*Consiliul de miniştri*), they were still silent about its solidary political responsibility against the parliament. The monarch was as formally powerful as the Constitution of 1866 made him in the past and the mechanisms of the parliamentary regime, doctrinally and rhetorically still at stake, were to be find out in the Romanian constitutional tradition.

But the constitutional traditions coming from the Old Romanian Kingdom (1866-1918) were far from being favorable to the parliamentary regime. Old negative constitutional and political habits survived the 1st World War and the building of the Great Romania in 1918 irrefutably marked the interwar Romanian constitutional life. The core of the political life was centered on the chiefs of the political parties, getting usually the position of the prime minister and, after 1930, on the authoritarian monarch Carol 2nd. The appearance of a parliamentary democratic regime was underpinned by the universal (masculine) vote, the intense debates in the Parliament and the necessary support of the parliamentary majority for the cabinet. But the reality was different. The explosion of the multiparty system after the 1st World War left behind the obsession for the two-party system but the mechanisms of getting to the power were the same: the King regularly had the central role in calling a political party to the power, the dissolution of the Parliament followed immediately and the new cabinet gained a huge majority in the new parliament. Despite the increasing number of the electorate and the numerous political parties, the elections were always (except in

1937) manipulated. To the strong pressures exercised by the government through the public administration have been constantly added the high rate of analphabetism, the important mass of the people always voting with the government's candidates ("governmental dowry"[35]) and an electoral law of 1926 allowing a bonus of 50% of the parliament's seats to the political party having gained 40% of the votes. It was easy to obtain by force and moral pressures 40% in order to obtain the absolute majority in the parliament.

As a consequence, the preeminence of the Executive over the Parliament was still considerable and on an ascendant trend[36]. The governmental agenda was fulfilled usually ignoring the Parliament by avoiding the debates in the legislative or constantly appealing to the emergency ordinances. A Parliament continuously preoccupied by the conflicts between the political fractions inside the majority or the minority, a weak opposition, empty rhetoric and personal interests was not very hard to control. In the same time, in order to maintain its authority, the Executive frequently declared the "state of siege", which allowed it not only to pass exceptional legislation but also to restrain human rights. Above all, the King Carol II was making and unmaking cabinets, he authoritatively influenced the governmental agenda and was doing pressures over the Parliament. In an internal context marked by the corruption and instability of the political life, falsity of the political elite, increasing extremist manifestations on the right and an external context where the democracy and parliamentarianism were condemned, the authoritarian attitude of the monarch was prized and ideologically exploited as the only alternative for Romania.

As a conclusion, it is not necessary worth to say that the Romanian parliamentary regime and fight against the monarchical power failed in the above discussed period. The parliamentary regime apparently existed (*see infra*) and the kings have constantly been the center of the political life. Instead it is very important to bear in mind the cause of this failure: both the kings Carol 1st and Carol 2nd considered, in different contexts and manners, that the Romanian political culture and societal specificity was not favorable to the economic and social modernization in the presence of the parliamentary regime. Carol 1st has given it a façade existence and Carol 2nd formally extirpated it from the constitution.

2.2.4. *The Right-Hand Dictatorial Regimes (1938-1944)*

The royal "*coup d'état*" of February 1938 brought to an end the 72 years of Romanian pseudo-parliamentary democracy. The "new era" of the Romanians freshly started, was to be achieved through a new constitutional architecture meant to fix the political mistakes of the past, identified with the parliamentary regime and the dirty electoral arrangements of the political parties. Consequently, these ones should have been forbidden. The new political regime was ideologically based on the "salvation" of the Romanian nation, accordingly the new Romanian Constitution should have regulated a Savior empowered with necessary powers to fulfill the work of regeneration and promotion of "the country's permanent interests".

The new plebiscitary Constitution of 1938 proclaimed the "constitutional mon-

archy" as form of government but it was setting apart the values of the liberal constitutionalism. The concept "constitutional" was related to the constitutional powers of the monarch and their constitutional limits. But the constitutional text was far from intending to limit the monarchical power. Furthermore, by eliminating the *checks and balances* between the executive and legislative, the constitutional powers of the King were considerably enhanced. Thus, by giving up the separation of powers principle, the Constitution was concentrating all the political power in the hands of the monarch – formally entitled "*the head of the state*"-, recreating an institutional design akin to the limited monarchy regulated through the Paris Convention of 1858 and its Developing Statute.

Interestingly, the Constitution of 1938 was meant to be the first Romanian constitution to meet the real needs and the true peculiarities of the Romanian culture. As the parliamentary regime and democracy were merely appearances, manifesting a complete incongruence between the imported constitutional ideology and institutions and the constitutional life, the authoritarian monarchy was supposed to be the only system of government fitting the Romanian expectations for modernity. Consequently, the Constitution consecrated the sovereignty of the nation but the King became the holder of both executive power (exercised through a cabinet politically responsible only before the King) and legislative power (exercised through the bicameral Parliament). The political parties being dissolved, the parliamentary regime became history. Even if the principle of king's irresponsibility and inviolability was consecrated, the principle "*le roi regne mais il ne gouverne pas*" disappeared. Getting the power to designate the Cabinet and getting it politically responsible, the King has become actively involved in the governmental agenda, confirming rather the principle "*the king both reigns and governs*".

The political regime swung between monarchical authoritarianism, as public ideology, and its implied totalitarian consequences. Legislating by decrees-law was highlighting the concentration of power in the hands of the monarch and his cabinet and the consecration of the National Rebirth Front as the only political party has confiscated the state and intended to control the individual's minds. The perpetual "state of siege" has given to the strong and militarized executive the constitutional instruments against constitutionalism. Human rights, especially freedom of association and freedom of expression, have been seriously affected. Moreover, by continuing the 19th century tendency to subdue the human individual to the superior interests of the community he/she belongs, the Constitution of 1938 made the love for the country and the sacrifice for its existence the ultimate duty for all Romanian citizens, generally, and for the Romanian ethnic group, especially. The terror was imposed by a new incriminatory system getting the freshly reactivated death penalty as its core.

The authoritarian regime succeeded, more or less declaratively, to be the opposite of what the parliamentary regime was: the corrupt multiparty system has been replaced with the unique party totalitarian system; politicianism and the fight for personal interests were replaced with the centralized «love» for national interests; the selfish individual never-accomplished-to-be citizen has been replaced

with the fully-dedicated-to-the-nation-cause and ready-to-be-sacrificed-citizen; the falsity and wildness of the elections in the multiparty system was replaced by the «correctness and civilized recruitment» in the corporatist system; the futile political rhetoric in the Parliament was replaced with the «dedicated sobriety» of the non-politically enrolled deputies.

After the abdication of King Carol 2nd (September 1940), the dictatorial regime of Marshall Ion Antonescu removed any trace of liberal constitutionalism which the Constitution of 1938 would have kept. Freshly a victim of the territorial demands of its neighbors and threatened by the German occupation, Romania resumed the philosophy of the "country's savior" – a providential man, authoritarian and endowed with sufficient will and power to sacrifice himself in order to regain the Romanians' dignity. This one has been discovered in the person of Ion Antonescu. Assuming the philosophy of *Fuehrerprinzip*, the dictatorship was, as Antonescu declared, a "new regime"[37]. This time, the novelty resided in the hardened fight against the constitution and constitutionalism: the Constitution of 1938 was suspended (5th of September 1940), the Parliament was dissolved, the pro-fascist «Iron Guard» was recognized as the only political force (until 1941); the monarchy was formally maintained but the young King Mihai 1st (crowned in 1940) was completely shadowed by the providential leader Antonescu. By way of decrees-law, Antonescu was fully empowered to govern whereas the King's powers were dramatically reduced, as he was supposed to play a more decorative role. The King no more passively or actively controlled the government. This time, "*the King neither reigns nor governs*". Cumulating the title of "State's leader" and the function of Prime Minister, Antonescu was, until his arrest in 1944, the supreme legislator and executive in the state.

The political regime of Antonescu was officially dictatorial, anti-liberal, against the political parties (after giving up the collaboration with the Iron Guard), anti-individualist, anti-Semitic, corporatist, plebiscitarian and nationalist. Looking for legitimacy, it was considered as perfectly fitting the Romanian standards of constitutional life during the 2nd World War and, in the same time, as perfectly compatible with the authoritarian regimes dominating Europe. But this wasn't just a suspension of liberal constitutionalism. It was the end of it.

As a conclusion, it must be retained the important role played by this period in the fall of the Romanian constitutionalism. This one was not extirpated by the Soviet troupes and ideology in 1945 as many would be tempted to believe. It was already finished from within when the communists have gained the power. Communists have not annihilated a glorious and well-functioning parliamentary regime but rather gave the deathly blow to a completely sick political regime. They did nothing else than to build on its ruins.

2.2.5. *The Communist Constitutions (1948, 1952, 1965)*

The arrest of Marshal Antonescu of August 23rd 1944 brought to an end the right-hand dictatorships and gave hope to those believ-

ing in the restoration of the constitutional monarchy. By the decree-law no. 1626 from 31st of August 1944, the main pillars of the modern constitutionalism were rebuilt: human rights, as they have been regulated by the 1866 Constitution, and the separation of powers, as it was regulated by the 1923 Constitution. The mentioned decree was reinstating the constitutional monarchy and was creating the constitutional premises to recovering the mechanisms of the parliamentary regime. Unfortunately, the presence of the Soviet army on the Romanian territory and the massive political support provided by Moscow to the Romanian Communist Party led the political life towards the instauration of the communist dictatorship. The communist cabinet of Petru Groza, brought in power with the Soviet support, created the premises for the effective extinguishment of the parliamentary democracy in Romania. After the fabricated elections of November 1946, the communists won an important majority in the parliament, the "historical" political parties have been dissolved in the summer of 1947, the King Mihai 1st has been obliged to abdicate and, finally, the Republic has been proclaimed on December 30th 1947.

The political work being done, the constitutional work was expected to follow. Basically, the Belgian constitutional model of 1831 has been replaced by the Soviet constitutional model of 1936. The communist Romanian Constitutions of 1948 and 1952 were designed respecting the institutional coordinates of the Soviet's one. The separation of powers and the system of *checks and balances* becoming obsolete, the architecture of the unique state power included a hierarchy of organs having on top the Great National Assembly (*Marea Adunare Națională*). Being endowed with important powers, the GNA was supposed to act as a unicameral Parliament headed by a collective Presidium. Following the increasing importance of the later, it was transformed in the Council of State in 1961. Technically, the distinction between the legislative and executive was not suppressed but, this time, there was a strict political subordination of the executive (*Consiliul de Miniștri*) towards the legislative, the latter being politically responsible only directly to the people. Beyond self-dissolution (1948), no other constitutional instrument or organ existed in order to limit the power of this super-organ. A careful distribution of competences between the legislative and executive/administrative was completed by a detailed distinction between the central and local organs of the state's power: the popular councils. In the very spirit of totalitarianism, the institutional structure of the state was doubled with one of the Communist Party and ideologically coagulated by the official political dogma.

The 1965 Constitution, designed in the context of Nicolae Ceauşescu's ascension to the power, marked the passage from the Popular Republic to the Socialist Republic. The ideological bounce, trying to reflect a change in the quality of the Romanian communism, was followed by a new constitutional architecture. Beyond appearances, the new state structure was meant to express Ceauşescu's strong political influence, as Secretary General of the Romanian Communist Party. The institution of the President was created, by a constitutional revision, in 1974, in order to constitutionally reflect the personalization of the power. Being indirectly elected by the GNA and endowed with important powers, tak-

ing also the presidency of the State Council, Ceauşescu has become the head of a factual absolute monarchy. Any constitutional attempt to assure the supremacy of the constitution – like the *a priori* constitutional review – or to limit the presidential power – like presidential political responsibility against the GNA – have remained mere words in the constitutional text.

Lacking the limiting mechanisms of the power, it didn't take very long for the abuse to show up. Practically, the proletariat's dictatorship has turned the Romanian political regime into a totalitarian space, gradually endowed with the extreme cult of personality dedicated to the communist leaders Gheorghiu-Dej and, especially, Nicolae Ceauşescu. Political persecution through arbitrary arrest, deportations, expurgation, mass releases, fabricated trials, ideological re-education in prison, collaboration with the political police created an atmosphere of terror, fear, distrust and frustration. The frustration of the population has inevitably increased in a society endowed with constitutions promising economical miracles through the socialist property, forced agricultural cooperation and nationalized planned economy but which has arrived to experience just huge lines for food. Corruption, an old friend of the Romanian society, has gained an impressive magnitude in this context. At the end of the communist regime, during Ceauşescu's presidency, the communist constitutional values and principles, as formal and illusory they already were, have become mere decorations for the megalomaniac personal dictatorship of Ceauşescu. Encouraged by the formal provisions of the 1965 Constitution and by the interference between state and Communist Party, the President has come to politically subordinate both the executive (Consiliul de Ministri) and the legislative (GNA).

From afar, the most striking gap between the constitutional texts and the constitutional and political practices regarded human rights. The "new communist man" was far from becoming the communist citizen or, simply, a citizen. The principle of equality before the law was harshly broken by the effectively hierarchized Romanian society, getting on top the privileged communist party's nomenclature; women's rights were largely consecrated but they were born too late to get a chance to be seriously applied; the right to learn was compromised by the Marxist-Leninist ideological dictate or by the extreme cult of personality dedicated to communist leaders Gheorghiu-Dej and Ceauşescu; the universal right to vote was annulled by the total manipulation of the elections; the right to property has been dissolved in the collective property; the right to association was determined by the existence of the party-state and different forms of institutionalized associations aimed to official propaganda; the freedom of expression was annihilated by the propaganda, official fight against religion and by the terror installed through political police (*Securitatea*) and censorship; the intangible rights were inexistent due to political oppression (ending until 1960s with political prison) and total lack of judiciary's independence.

Conclusions

After all the above considerations, the balance sheet of the Romanian constitutionalism is rather negative:

- Constantly, a huge gap between the constitutional text and constitutional life dominated the period;
- Regretfully, any attempt to practically introduce the parliamentary regime has failed, being replaced with a more or less authoritarian regime. The strong or even extreme personalization of power was a central characteristic of the Romanian constitutionalism;
- Paradoxically and practically, the parliamentarianism has constantly been proven to be a danger for the existence of the Romanian national unitary state and for its political stability;
- The Romanians never seriously practiced the principles of the modern constitutionalism: they didn't succeed either to limit the monarchical power or to balance the relation between executive and legislative;
- Human rights were only formally consecrated; they never succeeded to become a true state of mind in the Romanian society;
- The Parliament was perpetually overwhelmed and controlled by a strong executive. It has never played an important role as in other parliamentary systems;
- The bicameral Parliament got pretty deep roots in the Romanian constitutional culture despite the traditional unicameral legislative before 1864;
- Democracy never actually existed. The elections were constantly manipulated and fabricated. The parliaments, before or after installing of the communism, lacked the democratic legitimacy.

[1] This work was supported by the Social Fund within the Sectorial Operational Program Human Resources Development 2007-2013.

[2] R. Carp, *Responsabilitatea ministerială*, Bucureşti, C.H. Beck, 2003, pp. 192 ff.

[3] A. Watson, *Comparative Law and Legal Change*, in «The Cambridge Law Journal», n. 37, 1978, p. 315.

[4] H.P. Glenn, *Legal Traditions of the World*, Oxford, Oxford University Press, 2004, pp. 13 ff.

[5] P. Legrand, *The Impossibility of 'Legal Transplant*, in «Maastricht Journal of European and Comparative Law», n. 4, 1997, pp. 111-124.

[6] K. Jowitt, *The Sociocultural Bases of National Dependency in Peasant Countries*, in K. Jowitt (ed.), *Social Change in Romania 1860-1940: A Debate on Development in a European Nation*, Berkley, University of California, 1978, p. 12.

[7] V. Georgescu, *Mémoires et projets de réforme dans les Principautés roumaines 1769-1830*, Bucarest, Association internationale d'études du Sud-Est européen, 1970, pp. 42 ff.

[8] V. Şotropa, *Proiectele de constituţie, programele de reforme şi petiţiile de drepturi din ţările Române în secolul al XVIII-lea şi prima jumătate a secolului al XIX-lea*, Bucureşti, Editura Academiei Republicii Socialiste România, 1976, pp. 46-47.

[9] C.T. Axente, *Essai sur le Régime représentatif en Roumanie*, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1935, p. 60.

[10] I. Stanomir, *Naşterea Constituţiei. Limbaj şi drept în Principate până la 1866*, Bucureşti, Nemira, 2004, pp. 146 ff.

[11] M. Guțan, *Constituționalism și import constituțional în România modernă. Proiectul de constituție de la 1848 al lui Mihail Kogălniceanu*, in « Studia Politica», n. XI, 2011, pp. 227-255.

[12] S. Tănăsescu, *Modern constitutionalism and the sources of the*

Romanian Constitution of 1866, in «Analele Universităţii din Bucuresti. Drept», n. LVI, 2006, p. 14.

13 M. Guţan, *La réception de l'institution napoléonienne du préfet en Roumanie*, in M.- L. Moquet-Anger (ed.), *Les institutions napoléoniennes*, Paris, L'Harmattan, 2006, p. 66.

14 Al. Pencovici, *Desbaterile Adunarei Constituante din anul 1866 asupra Constitutiunei şi Legei electorale*, Bucureşti, Tipografia Statului, 1883, pp. 78 ff.

15 C.G. Dissescu, *Cursul de drept public român, Volumul II: Drept constituţional*, Bucureşti, Stabilimentul grafic. I.V. Socecu, 1890, pp. 759-762.

16 Gh. Tătărescu, *Regimul electoral şi parlamentar în România*, Bucureşti, Editura Fundaţiei Pro, 2004, pp. 119 ff.

17 P. Negulescu, *Tratat de drept administrativ român. Vol. II: Organizarea administrativă a României, Partea I-a*, Bucureşti, Editura Vremea, 1930, pp. 94, 152; P. Negulescu, *Tratat de drept administrativ. Vol. I: principiile generale*, Bucureşti, Editura Vremea, 1934, p. 10.

18 P. Negulescu, G. Alexianu, *Tratat de drept public*, Tomul I, Bucureşti, Casa Şcoalelor, 1942, pp. 223-224.

19 *Proclamaţia Regelui Carol al II-lea din 20 februarie 1938*, in C. Ionescu (ed.), *Dezvoltarea constituţională a României. Acte şi documente 1741-1991*, Bucureşti, Lumina lex, 1998, pp. 587-588.

20 *Decret-Regal nr. 3151 din 14 septembrie 1940, prin care Statul Român devine Stat Naţional Legionar*, in Ionescu, *cit.*, p. 665.

21 *Decret-Lege pentru dizolvarea tuturor asociaţiunilor, grupărilor sau partidelor politice din 31 martie 1938*, in Ionescu, *cit.*, pp. 612-614.

22 *Decret-Lege pentru pierderea cetăţeniei române din 20 aprilie 1938*, in Ionescu, *cit.*, pp. 614-616.

23 C.G. Dissescu, M.D. Dumitrescu, *Istoria şi principiile dreptului public român. Drept constituţional*, Ediţia a II-a, Bucureşti, Carol Gobl, 1903, p. 329.

24 A. Iordache, *Principatele Române în epoca modernă*, Bucureşti, Albatros, 1998, vol. II, pp. 23-25.

25 T. Drăganu, *Începuturile şi dezvoltarea regimului parlamentar în România până la 1916*, Cluj Napoca, Dacia, 1991, pp. 39-40.

26 P. Eliade, *La Roumanie au XIXe siècle. II: Les Trois présidents plénipotentiaires (1828-1834)*, Paris, Hachette et Cie, 1914, pp. 114-115.

27 A.D. Xenopol, *Istoria românilor din Dacia Traiană*, ed. III-a, Bucureşti, Editura Cartea Românească, 1930, vol. XI, p. 100.

28 Drăganu, *Începuturile* cit., pp. 56-57.

29 M. Guţan, *The Administrative (Authoritarian) Monarchy, A Paradigm for the Constitutional Realism in Modern Romania?*, in G.H. Gornig, B. Schöbener, W. Bausback, T. Irmscher (eds.), *Iustitia et Pax – Gedächtnisschrift für Dieter Blumenwitz*, Berlin, Dunker & Humbolt, 2008, pp. 1171-1173.

30 M. Guţan, *Convenţia de la Paris din 1859 şi debuturile executivului modern în România*, in «Acta Universitatis Lucian Blaga. Seria Jurisprudentia», n. 1-2, 2004, pp. 108-110.

31 Guţan, *The Administrative (Authoritarian) Monarchy* cit., pp. 1173-1176.

32 S.L. Damean, *Carol I al României 1866-1881*, Bucureşti, Paideia, 2000, pp. 133-140.

33 Tătărescu, *Regimul electoral* cit., pp. 39 ff.

34 M. Guţan, *Reflexii asupra debuturilor regimului parlamentar în România modernă. Intre transplant constituţional şi autoritarism regal*, in «Dreptul», n. 8, 2011, pp. 131-162.

35 M. Dogan, *Analiză statistică a "democraţiei parlamentare" din România*, Bucureşti, Ed. Partidului Social-Democrat, 1946, pp. 25-45.

36 *Ivi*, pp. 101-110.

37 *Proclamaţia Domnului Prim-ministru, General Ion Antonescu, către Ţară din 6 septembrie 1940*, in Ionescu, *Dezvoltarea constituţională* cit., pp. 650-651.

«Colmare il baratro». Il 'pericolo socialista' secondo Emile de Laveleye e Manfredi Siotto Pintor

GIAN PAOLO TRIFONE

1. *Tra rivoluzione e «blocchismo»*

Obiettivo del presente lavoro è mettere in evidenza le posizioni di due giuristi di orientamento 'liberale' sul socialismo alla fine del Secolo XIX: Manfredi Siotto Pintòr, esponente della corrente del realismo giuridico e promotore di un coinvolgimento popolare attraverso il suffragio universale, che responsabilizzerebbe la totalità dei cittadini di fronte allo Stato inteso non come "persona", ma come "forma" particolare di governo; ed Émile de Laveleye, anche più realista del suo collega italiano non tanto per analoga connotazione scientifica e quindi in senso anti-dogmatico, ma in quanto osservatore accorto dei fenomeni economici che, a suo giudizio, sono destinati a condizionare inesorabilmente le politiche degli Stati europei.

Senza cercare a tutti i costi una corrispondenza di vedute – che pure in qualche misura emerge quanto all'attenzione sociologica per la comunità in rapporto alle istituzioni e al conseguente atteggiamento polemico nei confronti del vigente procedimento rappresentativo – le critiche e le soluzioni proposte dei due autori, lette in controluce, possono fornire taluni spunti di riflessione sugli ordinamenti dei loro Paesi di origine, in un momento in cui l'affermazione del movimento socialista avrebbe potuto perturbarne gli assetti consolidati.

Siotto Pintòr, definendo i teorici italiani del socialismo «miopi», intrisi di ideologismi e falsi miti, scrive che essi

> ignorano la storia, rinnegano la sociologia, e vanno ogni giorno di più impelagandosi in un dottrinarismo scolastico peggiore di ogni metafisica, rendendosi ridicoli anche al cospetto delle masse[1].

Non è da credersi, afferma il giurista genovese, che certi sistemi possano adeguarsi alla società nel suo complesso. In effetti, è appena il caso di appuntare come in Italia, un Paese dall'economia ancora prevalentemente agricola, la coscienza politica del

quarto stato risulti circoscritta alle zone del Settentrione in via di industrializzazione[2]. Sicché, almeno da principio, l'anelito di internazionalizzazione socialista è contraddetto dalla relativizzazione del movimento operaio ad un definito ambito territoriale. Frattanto, il Sud è sempre più abbandonato a sé stesso, ma pesante come una nazione nella nazione. Questa contrapposizione si risolve da subito nel provincialismo delle classi produttive del Nord e in generale di tutto il settore economico settentrionale, quindi anche del suo proletariato; manifestato, peraltro, da un diffuso dissentimento dell'identità nazionale[3].

Il partito socialista italiano nasce, nel 1892, non «fondato sul principio delle adesioni individuali, ma come una grande confederazione di associazioni operaie [...] che entravano a farne parte in quanto tali, collettivamente»[4]. E malgrado i buoni propositi, confermati con la svolta statutaria del 1895, al fine di evitare chiusure e divisioni, certe difficoltà "identitarie" si sarebbero gradualmente accentuate[5]. Con l'affermazione del 1903 e l'Internazionale dell'anno successivo, il partito avrebbe scelto la via dell'intransigenza. Nonostante le posizioni moderate di Turati, Treves e Bissolati, che infatti vengono messi in minoranza dall'asse Labriola-Mocchi[6].

Dopo gli insuccessi della "azione diretta", la scissione si sarebbe compiuta con il Congresso del 1908. Il "programma" di Turati, come noto, si presenta mediano tra l'intransigenza rivoluzionaria e l'abbandono del destino della classe operaia ad una "benintenzionata" classe dirigente. Il radicalismo va superato tenendo fermo l'antagonismo di classe ma senza rifiutare riforme parziali, che non siano tuttavia una mera concessione del potere istituzionale, bensì il frutto della conquista politica, nel rifiuto del "socialismo di Stato" dagli immutabili equilibri di classe[7]. Insomma si tratta di posizioni meno rigide e orientate, in linea di massima, al suffragio universale, che tuttavia non si sarebbero mostrate decise, per il timore dell'esponente di partito nei confronti del voto agli analfabeti, di cui egli temeva – non senza qualche ragione – la strumentalizzazione.

Nessun riformismo è invece accettabile per Arturo Labriola che, come Sorel in Francia, caldeggia un sindacalismo militante e antistatalista, la cui arma fondamentale sia lo «sciopero generale espropriatore»[8]. La «tensione religiosa della violenza rivoluzionaria» è condivisa dal socialista italiano e dal francese contro lo Stato, di cui nulla è possibile salvare; nemmeno il partito, laddove legalizzato. In questa misura, è ovvio che il Parlamento, luogo ufficiale dei compromessi, sempre favorevoli alla classe al potere, sia la prima delle istituzioni da abbattere[9].

Al contrario, Gaetano Salvemini è favorevole alla concorrenza dei diversi interessi e dei vari partiti. Particolarmente dopo lo sclerotizzarsi di quello socialista sul "programma minimo"[10]. Salvemini non ritiene il caso di tergiversare: al «riformismo omeopatico» del gruppo in Parlamento, secondo lui, corrisponde «la vuotaggine inconcludente del rivoluzionarismo convulsionario»[11], quando invece le riforme immediate «delle quali più dalle masse è sentita l'urgenza» sarebbero individuabili concretamente in alcuni tagli della fiscalizzazione indiretta e nella autonomia amministrativa e finanziaria a comuni e regioni, epurazione e indipendenza della magistratura e suffragio universale. Posto che «un programma minimo socialista

differente dai programmi degli altri partiti non è mai esistito e non potrà mai esistere», la «coscienza» e il «metodo», ossia «la pressione del proletariato organizzato in partito di classe», avrebbero contraddistinto l'impegno socialista. Quanto alla questione a lui più a cuore – quella meridionale, che lasciava il Paese diviso, essa avrebbe dovuto passare attraverso la riforma elettorale, «condizione indispensabile perché la classe lavoratrice possa mettere in valore 'sul terreno politico' le forze che riesce a organizzare con l'uso delle libertà elementari»[12]. Senza di ciò la più generale 'questione sociale' non sarebbe stata verosimilmente affrontabile. E ad ogni modo «il problema va risoluto non a Roma, ma nelle province, distruggendo col suffragio universale il monopolio amministrativo e politico delle camorre locali»[13].

D'altro canto, secondo Siotto Pintòr le dottrine rivoluzionarie producono fascinazioni inquietanti, pericolose per la libertà politica: «l'essenza del sistema di Hegel [cui il socialismo si rifarebbe] sta nella riduzione dello Stato ad una soggettivazione dell'individuo, ad una creazione del pensiero individuale»[14]. Effettivamente il Partito socialista italiano, dal 1892, si sarebbe proposto come una struttura di solidarietà per una fascia di "emarginati della politica" sempre più consistente, di identità forte e separata rispetto allo «Stato borghese»; fenomeno a cui la *intellighenzia* liberale risponde con proposte di vario tenore, ma quasi sempre all'insegna dell'autodifesa[15]. Come è stato osservato da una particolare prospettiva, «il confronto con il socialismo diviene (in termini espliciti o impliciti) una componente fondamentale dei discorsi tardo-ottocenteschi della cittadinanza: non si dà una terza via senza che il socialismo venga evocato come una minaccia»[16].

Cartolina di propaganda per la Comune di Parigi

Va comunque detto che i rigurgiti estremisti del partito socialista sono stati dovuti all'atteggiamento repressivo e non di rado brutale del governo nei confronti delle masse operaie. Basti pensare ai "fasci siciliani", sedati con le armi, nonché alle giornate di scioperi del 1904, anch'essi repressi violentemente da un autoritarismo che farebbe solo il gioco delle sinistre estreme. Occorre quindi «colmare il baratro, prima che si arrivi alle giornate di sangue»[17]. Qualcuno, come Sidney Sonnino, pare accorgersene, criticando il socialismo non per le sue aspettative progressiste, di miglioramento delle condi-

zioni delle classi subordinate, quanto per i suoi metodi, anarcoidi e rivoluzionari. Il popolo andrebbe coinvolto in un processo di integrazione presumente un "elevamento", come attesta Majorana[18] e come era già stato sostenuto qualche anno prima da Francesco De Sanctis, che non di meno si regolava con prudenza e propendeva per un conservatorismo moderato, per cui la libertà giacobina assumeva un aspetto contraddittorio, ossia di "limite". In tal senso, la democrazia avrebbe ricevuto la sua legittimazione da parte del «medio ceto» degli avvocati, medici, letterati; ossia, per intendersi, dei «prevalenti già di cultura», a vantaggio delle classi inferiori[19]. Si trattava della stessa «missione morale» di educazione delle masse al valore della «stabilità», nel rispetto della costituzione e per respingere il socialismo, «questa nuova religione che coscrive a poco a poco tutti i lavoratori», riaffermata in seguito da Attilio Brunialti[20].

Per non fare altri esempi, in fine Secolo molti liberali moderati condividono ancora il «sogno comune […] che si manifesta soprattutto attraverso l'immagine armonica di una società e di uno Stato pacificamente conciliati»[21]; il che nella sostanza si traduce in riforme sociali tutt'al più di contenimento[22], sempre in nome di una eguaglianza legale soltanto formale[23].

Non è un caso che i rivoluzionari più ferventi «resping[a]no insieme Parlamento, democrazia e simili in quanto istituti della borghesia capitalistica, con la relativa ideologia, che ora si viene degradando come ideologia piccolo-borghese»[24], così però negandosi, in via di principio, l'opportunità di un'affermazione politica nazionale efficace e convincente. Frattanto, il gruppo socialista in Parlamento pratica ciò che Salvemini definisce «blocchismo»:

> nella azione politica generale si è rotta ogni unità di indirizzo. Ognuno pensa solo per sé, ed è indifferente alle necessità degli altri […]. Il blocchismo è diventato la tattica elettorale indispensabile. Il blocco non su un programma di riforme determinate; ma il blocco fine a sé stesso; non per conquistare una posizione nuova, ma per conservare le posizioni attuali[25].

In Italia, più che in altre parti d'Europa, l'estrema sinistra ha avuto un esordio contrassegnato da scarsa capacità operativa unitaria.

2. *Il vento francese*

Qualche anno prima rispetto alle suddette vicende italiane, la Francia aveva già accusato stanchezza per i paradigmi ereditati dalla Rivoluzione del 1789 a favore dei legami associativi intermedi tra il cittadino e lo Stato. Oltralpe, i timori della *élite* dei notabili sono pressoché i medesimi che in buona parte dell'Europa "liberale": la disgregazione del tessuto sociale passa attraverso le affermazioni di una politica sovversiva, di origine bassa, nemica delle istituzioni. Per di più, il movimento socialista ha in Francia più solide organizzazioni che altrove: la *Confedération générale du travail* attraverso il suo organo, *La voix du peuple*, e la sua rivista, il *Mouvement socialiste*, su cui scrive quel Georges Sorel che, evocando il «bagno di sangue» per la rigenerazione della società, avrebbe poi gettato un ponte tra la sinistra eversiva e la destra estrema[26].

A metà del Secolo, Pierre Leroux denuncia l'instabilità della Francia alle prese con la rappresentanza politica, in una oscillazione tra "il vecchio e il nuovo"[27]. E

mentre già in Inghilterra, come notato da Bagehot[28] la democrazia progredisce per settori d'interessi, la Rivoluzione e gli ideali rousseauviani di suo riferimento hanno segnato la coscienza politica della nazione francese come un dogma. Tuttavia gli aneliti alla rappresentanza di classe tendono ormai a cozzare con l'universalismo individualistico ufficializzato dalla legge Le Chapelier.

Le avvisaglie non mancano. Già dagli anni trenta, subito dopo l'insurrezione lionese, la polemica antiparlamentare si accende di fervori classisti quando Jean Reynaud pone l'accento sulla falsità della rappresentanza del "popolo" nell'aula: gli interessi, sostiene l'enciclopedista, vanno classificati per gruppi omogenei legittimamente rappresentati[29]. E ancora non siamo al 1848, l'anno del suffragio universale. Soltanto il clamore per l'avvenimento mette in secondo piano le rivendicazioni dei lavoratori del club degli Egualitari a Parigi e del Comitato centrale di Grenoble per la rappresentanza delle diverse professioni nella lista repubblicana[30].

Ma dagli anni sessanta l'opposizione al cesarismo prende forza e si esprime attraverso i giornali: «Le Siècle», il «Journal des debàts», «Le Temps». Il 17 febbraio 1864 l'«Opinion nationale» pubblica il *Manifesto dei Sessanta*, uno dei testi fondamentali del movimento operaio francese. Vi si legge che la democrazia, per i sui portati egualitari del tutto teorici, comporta una negazione della vita reale, fatta invece di differenze. L'anno seguente, Proudhon dà alle stampe *La capacità politica delle classi operaie*, con cui esorta gli operai a cercare, attraverso la separazione sociale, la propria identità autonoma[31]. Il concetto di "identità" torna a separarsi dall'individuo, protagonista assoluto delle ragioni della borghesia, per riferirsi alla categoria, al "gruppo" di appartenenza, in cui il singolo scompare. I *Sessanta* «celebrano l'uomo qualunque»[32]. A sua volta, la rappresentanza non è più una questione di eccellenza; al contrario, l'eletto si vuole un semplice esponente, integrato ai suoi elettori che rappresenta per motivi di competenza: «in alto si ignora quello che si sa in basso», come già aveva scritto Girardin; un operaio può essere rappresentato solo da un operaio[33].

Come risolvere il dissidio sul piano della politica? È la domanda a cui cercano di rispondere i repubblicani. E la risposta migliore sembra avere carattere compromissorio. Nessun ostacolo viene imposto all'operaio perché entri in Parlamento, in nome del principio per cui «chiunque si distingua e si elevi, abbia la possibilità di distinguersi ed elevarsi»[34]. Ma qualora egli lo faccia, diventerà il rappresentante della Nazione. Sembra un gioco di specchi, invece è la via da percorrere per neutralizzare la coscienza proletaria e portarla nell'alveo del sistema istituzionale. La rappresentanza di classe, insomma, deve in un modo o nell'altro divenire rappresentanza sociale.

Comunque all'inizio degli anni ottanta la tensione è palpabile. A partire dal primo congresso operaio del 1876, ma soprattutto con quello di Marsiglia del 1879, in cui viene creata la Federazione dei lavoratori socialisti di Francia, la Comune parigina acquista un peso allarmante attraverso scioperi e propaganda[35]. E nel 1882 viene fondato il Partito operaio. A destra come a sinistra, si fanno strada idee antiparlamentariste di carattere ora reazionario, ora rivoluzionario. A questo punto, la politica comincia a prestare attenzione alle scienze sociologiche, quelle di Durkheim, tra tutti,

Antonio Labriola

che denuncia «l'assenza di quadri secondari inseriti tra l'individuo e lo Stato»[36]. La legalizzazione delle associazioni professionali sembra l'antidoto alla sovversione: «dopo l'annientamento della Comune di Parigi, la legge Waldeck-Rousseau (21 marzo 1884) finisce col riconoscere la legalità dei sindacati corporativi»[37].

Allo stato dei fatti, in Francia, la parola "socialismo" si vuole che assuma – oltre al significato suo proprio di nuova forza politica antagonista rispetto a quella borghese – anche un'altra valenza: quella di "sociabilità", per il bisogno di trovare un diverso tipo di organizzazione da darsi alla comunità, affinché essa non si rivolti contro lo Stato. Beninteso, la «folla» inquieta anche Oltralpe, basti pensare all'eco degli scritti di Sighele[38], Taine[39], Le Bon[40], o alle pubblicazioni di Renan o di Tarde sulla «Revue des deux Mondes»[41]; ma la democrazia, in seguito al suffragio universale, impone un cambio di prospettiva: dagli individui, monadi scollegate, alle associazioni, comunità nella comunità, organizzate attorno al perseguimento di uno scopo. Rimane da pensare a come ricomprenderle nelle istituzioni; detto altrimenti, a come "controllarle".

3. *Il «laboratorio politico dell'Europa»*

La definizione di Joseph Bartelemy[42] è espressiva del fermento culturale in Belgio negli anni novanta dell'Ottocento, dopo che il suffragio universale è arrivato in ritardo rispetto alla Francia. Occorre recuperare il tempo perduto. A sinistra come a destra, si vuole innovare. I socialisti vogliono realizzare una *democrazia operaia* in termini non soltanto politici ma sociologici[43]. Tra i conservatori ci si avvede del fatto che il suffragio universale incontrollato può portare a forme plebiscitarie legittimanti taluni cesarismi scongiurabili, per cui è più opportuno organizzare la rappresentanza sulla base degli interessi[44].

Di certo il dibattito belga non passa inosservato in Francia, dove la paura del numero e l'esigenza di elaborare un sistema di democrazia «reale» sono oggetto di attenzione da parte di giuristi come Duguit, che progetta una riforma del Senato per «gruppi organici sociali»[45]; di Benoist, che propone una rappresentanza per gruppi professionali nelle Camere[46]; e di La Grasserie, che prospetta, affianco alle due esistenti, una terza Camera del lavoro[47].

In Belgio, tra le voci sensibili al tema sociale c'è quella di Émile de Laveleye. Giurista raffinato – cofondatore dell'*Institut de droit International* nel 1873 – e di interessi poliedrici, dalla storia alla letteratura[48], egli, come già accennato, tende soprattutto a concentrare i suoi sforzi sulle scienze economiche che, secondo lui, hanno un rilievo essenzialmente politico; come risulta evidente in un suo saggio pubblicato sulla *Biblioteca di Scienze Politiche* di Brunialti: *Le forme di governo nelle società moderne*, dalla franchezza quasi spiazzante: «ciò che preoccupa prima di tutto gli uomini, è di sapere come si divideranno le ricchezze, non come si divideranno i poteri»[49]. L'affermazione si riferisce al problema – che sempre tale è considerato – del socialismo. Laveleye non si nasconde dietro astratte concettualizzazioni, dal momento che evidentemente il suffragio universale non ha portato la democrazia nelle istituzioni. Del resto, è proprio la sovranità popolare intesa come binomio Stato-cittadino a mostrare la sua debolezza, perché non garantisce il benessere della maggior parte della comunità. I comitati rivoluzionari, a leggere i loro manifesti, non si curano tanto della libertà politica, quanto della ripartizione dei capitali e degli strumenti di lavoro fra i lavoratori uniti in corporazioni. Per rimarcare: «la repubblica, il suffragio universale, si dice, sono forme vuote, che entusiasmano i gonzi, ma che non aumentano i salari»[50].

Le borghesie moderne, a detta di Laveleye, si sentono minacciate dalle forze di disgregazione e perciò tendono ad affidare le sorti della sicurezza sociale ad un potere autoritario. Ciò non vuol dire che la monarchia sia più efficace della repubblica, nella misura in cui è solo il consenso del popolo a garantire la stabilità di un governo; il quale, a prescindere dalla sua forma, ha sempre lo stesso compito: garantire la libertà. Cosa che ai socialisti non interessa, verrebbe da obiettare, leggendo le osservazioni precedenti. Il punto è che la libertà invisa alle nuove organizzazioni operaie non è l'indotto della distruzione dei privilegi nobiliari e della indipendenza delle assemblee. È affermativo che la cancellazione dei corpi intermedi abbia determinato la divisione della società per "classi" e la storia insegna come le lotte di classe abbiano sempre contribuito al dispotismo. Ogni qualvolta le plebi hanno conquistato i diritti politici, i primi provvedimenti sono stati per l'esproprio dei beni ai ricchi, attraverso confische, tassazioni, eversioni a favore del demanio. Ma spostare le ricchezze da una parte all'altra non procura eguaglianza e benessere. Sicché le lotte ricominciano, fin quando un tiranno non emerge dal popolo col suo favore, concedendo il suffragio «a chi non possiede il benessere, e senza dubbio questi vorrà servirsi dell'uno per acquistare l'altro»[51]. E se nell'antichità e nel Medioevo si poteva contare rispettivamente sulla forza-lavoro della schiavitù e sulla gleba in un regime di economia prevalentemente agricolo e in qualche modo autosufficiente, nei tempi moderni «ognuno è libero, ma isolato»:

> ciascuno può salire in alto, senza che nessuno lo arresti, ma può cadere nella più assoluta miseria, senza che nessuno lo sollevi […]. La emulazione generale è la legge della società. I posti principali spettano ai più attivi. È la lotta dell'esistenza trasportata dal campo zoologico in quello economico[52].

La conseguenza è l'instabilità sociale, che Laveleye definisce addirittura «universale», laddove le leggi economiche non riguardano più mercati ristretti, ma «la fa-

cilità degli scambi internazionali è oggi così grande, che tutto il continente forma un solo mercato». Il che, peraltro, spunta le armi delle organizzazioni operaie localizzate. Malgrado gli scioperi vadano moltiplicandosi, se il prezzo delle mercanzie tende a calmierarsi in ogni luogo data la internazionalizzazione del commercio, l'imprenditore non potrebbe alzare i salari senza alzare di conseguenza i prezzi, compromettendo la sua concorrenzialità e mandando in crisi l'azienda. Pertanto, l'unico tipo di sciopero efficace sarebbe quello generale. Motivo per cui l'associazione dei lavoratori tende a farsi *internazionale*, in virtù di una fede nuova e cosmopolita, sfociante nel fanatismo. I pericoli più temibili per la stabilità sociale sono dunque la spersonalizzazione degli individui confluenti nella massa-lavoro e la loro reazione che potrebbe provocare crisi "globalizzate":

> la solidarietà di tutti i mercati monetarii ha gittato nel mondo economico una nuova e gravissima causa di perturbazioni. Le crisi commerciali, come gli uragani, nate in un Paese, invadono successivamente tutti gli altri, seminando dovunque rovine sul loro passaggio.

Senza contare che il mercato provoca desolanti squilibri di identità. Si pensi agli operai scelti che, ricevendo un salario migliore, non si sentono più appartenenti alla classe proletaria ma nemmeno si ritrovano in quella borghese; o ai contadini, per cui la conquistata possibilità di comprare la terra si risolve in un indebitamento a vita. In sintesi, «la moderna industria» ha emancipato i lavoratori «da tutti gli ostacoli»,

> ma nel medesimo tempo ha fatto lor sentire nuovi bisogni e li ha esposti senza difesa a tutte le fluttuazioni del mondo degli affari, così di sovente agitato dalla trasformazione industriale e dalle crisi commerciali[53].

Il punto è che la "globalizzazione" industriale porta con sé una rivalsa delle classi non abbienti contro uno Stato livellato dai "dogmi borghesi", ormai anacronistici. Con un carico di conseguenze drammatiche in tema di sicurezza sociale, recuperabile solo con una riprogrammazione del territorio e della sua gestione politica.

4. *La democrazia inevitabile*

Sulla base di queste osservazioni, Laveleye cerca di dare la sua risposta al quesito divenuto più ricorrente: come reagire al "pericolo socialista"? La repressione gli sembra il rimedio meno opportuno. Il giurista pone l'accento sulla difficoltà di controllare l'opinione pubblica nella società odierna, dove gli strumenti di comunicazione – comizi, giornali – accelerano la diffusione di tutte le idee. Ma soprattutto, «si può impedire ai lavoranti di intendersi per regolare la misura del loro salario o per istituire associazioni di mutuo soccorso o società di consumo o di produzione»? Si tratterebbe di comprometterne la libertà di espressione e di organizzazione, in modo anticostituzionale.

In secondo luogo, ostacolare la manifestazione delle idee significherebbe trattare una fascia della popolazione da nemici della società, il che susciterebbe effetti pericolosamente destabilizzanti. È quanto si è fatto in Francia fino a quel momento, mentre l'Inghilterra ha dato più efficace esempio di come affrontare la crisi. Gli inglesi «hanno lasciato a queste idee [socialiste] un maggior campo, prima per un certo rispetto della libertà, in secondo luogo per non destare l'attenzione di coloro che ne sarebbero minacciati»[54]. È pur vero che

l'etica socialista inglese è complessivamente la meno sfavorevole allo statalismo. Si pensi a Sidney Webb, per il quale il socialismo è una forma di organizzazione della convivenza basata sulle strutture sindacali. La proprietà deve necessariamente essere ricondotta alla comunità, ma in modo graduale, progressivo e, soprattutto, nell'interesse collettivo. Del resto, come dimostra il caso delle *trade unions*, l'associazionismo operaio regolato dall'intervento pubblico è alla base della cosiddetta «democrazia industriale», in una società complessa: la libertà si determina attraverso la collaborazione delle parti sociali, data la interdipendenza dei bisogni individuali[55].

Per rimanere in tema, secondo Laveleye, la limitazione delle libertà riporterebbe ad un governo dispotico. Le borghesie, si diceva, sono tentate da esso nel miraggio della sicurezza sociale, che poi sarebbe quella di un nucleo ristretto della popolazione. Ma il governo dispotico è un governo instabile, preoccupato solo di durare e ossessionato dal pericolo di rivoluzioni: «il sovrano non è più padrone della sua vita, quando è assoluto padrone della vita dei suoi sudditi». Meglio la democrazia, sebbene ancora in evoluzione, dunque imperfetta; al punto che l'uguaglianza sul piano dei diritti non corrisponde ad una uguaglianza delle condizioni sociali, per cui non è ragionevole che ciascuno pretenda di modificare la propria condizione attraverso il voto. In questo senso, il Nostro non si discosta dal conservatorismo di Tocqueville, Passy, Renan, con cui condivide il timore per il «dispotismo democratico». È il tempo che modella le istituzioni politiche:

> una nazione non è dunque libera di adottare la forma di governo più confacente alla ragione, come si credette nel secolo XVIII. Bisogna tener conto dei costumi, delle idee, della scienza, degli interessi, cioè delle situazioni create dalla storia.

Non basta, insomma, definire la migliore organizzazione politica in termini di principio, laddove non esistono le condizioni per la sua attuazione: «interrogando la ragione, si sceglie ciò che è migliore; tenendo conto della tradizione, si sceglie ciò che è possibile»[56].

Verosimilmente, è proprio sul terreno delle tradizioni consolidate che le divergenze si acuiscono con i socialisti. Anche con quelli più inclini ad un atteggiamento "riformista", piuttosto che accesamente rivoluzionario. Non che Jean Jourès respingesse il teorema del conflitto, in qualche modo connaturato all'idea stessa del socialismo e risolvibile nella trasformazione dell'assetto privatistico della proprietà. Né la sua voce rappresenta quella di tutto il movimento[57]. Eppure è proprio con il segretario del Partito socialista francese che il moderato Laveleye trova molte consonanze. Malgrado le prospettive radicalmente opposte. Il socialismo militante di Jaurès deve esprimersi in senso graduale, prudente, democratico; si tratta quindi di una azione tutta interna allo Stato. Il proletariato «non è fuori dal sistema politico»; la sua azione è «incorporata nelle forme di una democrazia che moltiplica le forze del movimento operaio e a sua volta trova in esso il suo principale sostegno»[58]. Consenso della maggioranza del popolo, legittimità delle azioni politiche e riforme sono possibili, per il segretario socialista, sotto l'ombrello del suffragio universale e della rappresentanza proporzionale.

A ben vedere, le asserzioni di Jaurès si spingono sino all'affermazione di un individualismo "moralmente" appoggiato sui diritti: politici, innanzi tutto, e civili. Così

che l'antidoto a certe ideologie richiede un sempre maggiore perfezionamento, perché il cancro della società non si confonda con la sua parte sana. Laveleye è ben consapevole che la tendenza delle società moderne è a diventare «sempre più democratiche». Occorre dunque non cedere spazio alle estreme, mettere in ordine le monadi scomposte, restituire loro una identità ed una appartenenza diverse da quelle della repubblica unitaria e assolutista eretta sugli ideali di *libertà, uguaglianza, fraternità*, definiti «sacramentali» non senza timore per quelle idee che nell'89 portarono all'affermazione borghese, ma che adesso servono altrettanto bene la causa di un nuovo ordine sociale sulla scorta dei diritti, utili a liberarsi dai vincoli classisti. Ma tant'è: in una repubblica democratica, è la nazione, ossia l'insieme dei cittadini, a "nominare" tutte le autorità attraverso le elezioni; sarebbe dunque opportuno che questo popolo, da cui «emanano tutti i poteri», sia in condizione di fare «buone scelte». Esso dovrebbe essere abituato a seguire i pubblici affari, se non

> per crearsi una opinione sulle differenti questioni politiche, ma almeno per rendersi conto alla buona della direzione che bisogna prendere, e per discernere quali siano gli uomini più adatti per camminare in questo senso, con saggezza e nell'interesse ben inteso dei loro amministrati.

Insomma, l'istruzione può abilitare ad una scelta politica consapevole. E tuttavia, sostiene Lavaleye, in Francia nessun governo fino ad allora pare aver compreso che le masse, soprattutto se dotate del suffragio, avrebbero bisogno almeno della scolarizzazione elementare. Sicché

> la poca scienza e la niuna abitudine del *self-government* nel popolo, le molte apprensioni e le idee retrograde nel partito conservatore, le tradizioni del dispotismo e della violenza fra il partito repubblicano, in fine una pericolosa inimicizia di classi, ecco gli elementi che non rendono certo facile lo stabilirsi in Francia di una durevole repubblica[59].

Ma si rimanga all'assunto per cui la cultura, in ogni modo, dovrebbe accrescere la responsabilità politica. Tanto più in regime di suffragio universale che, come si è accennato, potrebbe diventare «l'arma della democrazia» lì dove le masse se ne servissero per «colpire i ricchi a beneficio di coloro che non lo sono». È evidente la presa di posizione di Laveleye che, non diversamente da Mosca o Sonnino in Italia, difende il liberalismo moderato attraverso la democrazia e non contro di essa. Specialmente laddove è dimostrato che, fuori da qualsiasi astrazione filosofico-giuridica, «ogni diritto è dunque naturale [...] che gli uomini devono in primo luogo trovare ed in seguito rispettare». E ci sembra di captare echi constantiani nella considerazione per cui essendo «naturale e di diritto» che ciascuno badi ai suoi affari ed interessi, «è desiderabile e di diritto che ogni uomo prenda parte alla direzione dei pubblici affari, perché il suo interesse vi è impegnato»[60], nell'opportuno rispetto del *neminem ledere*. È ciò che si richiede ad un buon governo: determinare il rapporto tra il bene pubblico e l'interesse dei privati cittadini, in una prospettiva organica.

5. *La partecipazione alla politica*

Dal momento che Laveleye sostiene il diritto elettorale attivo e passivo per «quelli soltanto che sono in grado di discernere queste regole», ossia «coloro che hanno

sufficiente ragione per vedere il rapporto che esiste fra buona direzione della cosa pubblica e il loro interesse», verrebbe da chiedersi quanto il Nostro non abbia a preferire la vecchia rappresentanza elitaria dei "capaci". Invece il limine tra liberalismo e democrazia è abbattuto proprio in considerazione dell'utile individuale, raggiungibile in funzione del bene comune per ragioni pratiche, ovvero di «interesse»:

> perché la minoranza che gode del suffragio fa quasi sempre le leggi, tutte in suo favore, od almeno non difende gl'interessi delle classi escluse dal voto, come queste farebbero da loro stesse,

esse non potrebbero meglio tutelarsi che prendendo parte alla «agitazione elettorale e al voto». Si tratta di capovolgere le stesse posizioni che Jaurès affermava propizie al suo socialismo riformista. In breve, l'educazione alla politica dipende dal suo esercizio, premessa la dovuta istruzione. Nuovi fondi all'insegnamento, dunque. La miglior difesa di uno Stato è l'autocoscienza dei suoi cittadini, che si ottiene attraverso la cultura. Abbia la Francia – è la proposta alquanto provocatoria – «l'energia di togliere molti milioni alla sua marina [...] e questi milioni li dedichi all'insegnamento»; e ancora: «si trasformino le restaurate Tuileries in una vera università, cioè nella vivente associazione di tutte le facoltà, di tutte le scienze, *universis disciplinis*»; fino alla affermazione più ardita: «la Repubblica dedichi l'antico palazzo dei Re alla scienza, universale sovrano dell'avvenire». Se insomma il suffragio universale è inevitabile, è il caso di intenderlo come veicolo di affermazione di una coscienza politica rinnovata e, finalmente, diffusa.

Sta di fatto che il suffragio universale e la democrazia non consentono una rappresentanza adeguata nel sistema bipolare. Il che porta ad occuparsi delle "minoranze", al fine di non lasciarle «nell'ombra», come il governo francese ha sempre fatto reprimendo le dissidenze, fino alle rivoluzioni. Rimane da escogitare il sistema più adeguato a tale genere di rappresentanza, posto che «ogni opinione che riunisce il quoziente elettorale [che risulterebbe dal numero degli elettori diviso per il numero dei rappresentanti da eleggere] dovrebbe avere un rappresentante». Laveleye ne riconosce due: quello di Hare, già famoso e relativo ad un tipo di rappresentanza proporzionale[61]; e quello di Baily, cosiddetto del voto uninominale[62]. Col primo sistema è l'elettore a fare una lista di preferenze, mentre col secondo è il capo del partito a fare la lista di eleggibili. Ossia: «Hare attribuisce maggiore influenza alla scelta individuale dell'elettore, Baily alla capacità di coloro che sono chiamati a guidare gli elettori». Quest'ultimo sistema, specialmente, consentirebbe ai capi di ogni partito di creare una lista che consentirebbe ai candidati secondari di portare voti a quello più popolare, al di fuori del sistema che favorisce i partiti maggiori.

Al contrario, l'elezione a due gradi, ancora preferita da chi ritrova in essa la vecchia rappresentanza dei "notabili", è anacronistica in regime di suffrago universale, nonché pericolosa perché terrebbe le minoranze lontane dalle istituzioni, alimentando il dissenso delle masse nei confronti del sistema parlamentare.

6. *Province autonome e decentramento*

Quale soluzione, dunque, alla crisi dello Stato liberale ed all'eversione dei movi-

menti rivoluzionari? Pare ormai certo che la verticalizzazione a tutti i costi abbia fallito. In particolare,

> i governi, senza vedere i pericoli che minacciano l'ordine sociale, hanno smunte le province d'uomini e di danaro, onde attirare nella capitale gli operai con lavori improduttivi, la gente agiata colla concentrazione dei poteri politici e coll'attrattiva dei divertimenti.

A tale «politica insensata» occorre porre termine – così Laveleye – «col dare alle province e ai comuni la indipendenza amministrativa e col lasciare in loro balìa le risorse che creano, e che ora vengono invece consumate dalle grandi città»[63]. Un'idea condivisa anche a sinistra. Almeno stando a quel Pierre-Joseph Proudhon che vent'anni prima, parlando di centralizzazione, l'avrebbe definita «scomparsa di ogni sorta di carattere indigeno nelle diverse località di un Paese», per cui «si crede con questo mezzo di esaltare nella massa la vita politica, invece la si distrugge nelle sue parti costitutive e fin nei suoi elementi». Certo, l'unità centrale era intesa spregiativamente, da Proudhon, come «unità politica borghese». Proprio quella «unità governativa in sostituzione dell'autonomia provinciale e municipale, a vantaggio della classe che porta l'abito contro quella che porta il camiciotto»[64].

Eppure le posizioni del socialista e del liberale sembrano non divergere sul punto della organizzazione localistica, che per entrambi ha direttamente a che vedere con l'economia. Del resto, l'evidenza dimostra che «le repubbliche che durano e prosperano sono federali», come la Svizzera e gli Stati Uniti. Il che riporta alle critiche senza mezze misure:

> una repubblica unitaria e assolutista come quella che si ha sempre voluto fondare in Francia è un mostro; è il maniero del dispotismo innanzi al quale si è innalzato un edificio repubblicano colle parole sacramentali: *libertà, uguaglianza, fraternità*; ma il paese non ne rimase meno soffocato, mancando l'aria e lo spazio per muoversi[65].

Il decentramento, dunque. La separazione degli interessi locali da quelli generali e l'affidamento dei primi ad amministrazioni indipendenti, elette dai cittadini. Nel nome di un sistema di limiti al potere centrale, bisognerebbe ristabilire le antiche assemblee regionali in relazione ad un sistema di province organizzato sulla consonanza degli interessi economici, in modo che si formi «un vero gruppo naturale». Tale forma di "autogoverno" sarebbe vieppiù funzionale all'educazione politica dei cittadini, che nelle assemblee provinciali imparerebbero a mettere in relazione i pubblici affari con i privati interessi. Sembrerebbe quasi di leggere Salvemini:

> il suffragio universale amministrativo [...] introdurrebbe nella vita comunale il proletariato, che a poco a poco farebbe esperienza, comprenderebbe i suoi interessi e offrirebbe le condizioni necessarie a un movimento legale davvero democratico, staccando dalla classe latifondista la piccola borghesia; renderebbe ben più difficile, se non altro perché più costosa, la corruzione, dovendo essa su una massa grande di elettori assumere proporzioni troppo vaste per spostare la maggioranza; ridurrebbe di molto, per le medesime ragioni, la influenza politica dei prefetti e degli altri agenti dello Stato[66];

se non fosse per le opposte posizioni: lo scongiuramento del socialismo da parte dell'uno; la affermazione di esso da parte dell'altro. Eppure è innegabile la comune prospettiva antirivoluzionaria della partecipazione popolare all'iniziativa politica, sì che, almeno in questo caso, i termini socialismo e progressismo possono essere riempiti del medesimo contenuto. Va da sé

che, per Laveleye, le autonomie locali dovrebbero essere coordinate al sistema parlamentare. Contro la corruzione elettorale prodotta dalla distribuzione degli appalti sulle opere pubbliche, le assemblee regionali dovrebbero essere in condizione di approvare le decisioni comunali attualmente istruite dal potere centrale, in virtù del fatto che dette assemblee avrebbero maggiore competenza riguardo ai rispettivi bisogni.

Avverso il *parlamentarismo* francese, si è prima accennato che il modello cui fare riferimento è offerto dagli Stati Uniti, in cui ogni ministro opera in una sfera separata senza alcuna influenza reciproca. In tal modo, un voto della Camera non può rovesciare un ministero, determinando crisi istituzionali che spesso sono solo strategiche sul piano politico, ma pregiudizievoli per il Paese. Inoltre, il Presidente sceglie i membri del Governo sulla base delle loro attitudini, «senza tener conto delle esigenze dei gruppi e degli intrighi parlamentari». Ciò fa si che essi «non essendo assorbiti dalle cure incessanti, necessarie in Europa a conservare la maggioranza, hanno tempo di occuparsi degli affari del Paese»; o, in parole più chiare: «non si trovano in balìa dei deputati, perché essi non possono farli cadere»[67].

A Laveleye piace chiosare con una citazione di Otto Bismarck: «il Governo di Gabinetto è una sciocchezza e un male di cui l'Europa non tarderà a guarire». Provocazioni a parte, le considerazioni per cui «una Repubblica costruita come un Impero» non può funzionare senza grandi partiti costituzionali sollevano ancora qualche riflessione.

7. *Dai difetti del sistema rappresentativo…*

È il momento di tornare a Manfredi Siotto Pintòr. Si era partiti dalla sua polemica contro i dogmatismi. Che siano essi rivoluzionari o conservatori, conducono tutti all'annullamento dell'individuo all'interno dello Stato, come si avrà modo di mettere in evidenza[68]. Ma, per restare ancora sul tema dei problemi "strutturali", in molti tratti le osservazioni del giurista italiano convergono con quelle di Laveleye; non tanto per uno speciale connubio d'intenti tra i due, quanto per una diffusa condivisione di certe idee in ambito progressista. Si pensi alle considerazioni del belga sul sistema elettorale che costringe le diverse opinioni a raggrupparsi in due fazioni rivali, a scapito di alleanze "organiche" e a detrimento della qualità dei parlamentari, laddove «gli spiriti vigorosi non trovano appoggio nei capi dei partiti locali». Con il conseguente disamore degli elettori per le urne, i quali pur voterebbero «se utilmente lo potessero fare per un candidato di loro scelta». È esattamente quanto sostenuto da Siotto Pintòr, sulla base della considerazione che la sovranità popolare è una finzione, mentre fuori dalla teoria «la maggioranza in Parlamento rappresenta la minoranza degli elettori»[69]. Ovvio che, con questi presupposti, l'elettore avverta l'impotenza della sua scelta.

Altra nota dolente è il carico di competenze dei deputati: «il Parlamento [è stato già osservato da Laveleye] avendo da regolare troppi affari, li regola male»[70]. Dal canto suo, Siotto Pintòr considera il peggiore dei mali del sistema parlamentare «odierno» la designazione alle funzioni dell'amministrazione fatta trascurando il «criterio della capacità tecnica speciale», per cui le decisioni sulle competenze sono

prese in base a ragioni clientelari[71]. Le opinioni dei due autori sembrano insomma vergate dalla stessa penna, anche quanto a sarcasmo. Si legga Laveleye:

> quando si sono distribuiti i portafogli tra i quattro punti cardinali e i cinque o sei gruppi che hanno costituita la maggioranza, qual posto resta agli specialisti? Così tra noi, non meno che sotto l'antico regime, il matematico necessario è soppiantato da un saltimbanco[72].

E lì dove il belga sottolinea il rapporto inversamente proporzionale tra la quantità degli interessi regolati dal potere centrale ed i mali che risultano dalla instabilità dei ministri e dalla incompetenza delle Camere, Siotto Pintòr intravede la necessità di «togliere allo Stato quelle funzioni che non sono assolutamente necessarie per assicurare la propria esistenza»; tutto il contrario rispetto alla dilatazione delle attribuzioni del governo, dato che «la politica è principalmente determinata dalla sollecitazione degli impieghi»[73]. E poco rileva che le conclusioni a cui arrivano i due giuristi hanno un taglio differente: il decentramento per il belga, la realizzazione di un sistema democratico in cui la selezione della classe dirigente passi attraverso una relazione reciproca tra il vertice e la base, in assenza di limiti al suffragio e in una prospettiva effettivamente «contrattuale»[74]. Pur sempre si intravede la coincidenza delle idee sulla crisi del sistema rappresentativo che, come Laveleye stesso si cura di denunciare, supera i confini dei due Paesi di riferimento ed appare più ampiamente europea, sotto la minaccia degli estremismi eversivi.

Ma Siotto Pintòr si cimenta anche sul piano più eminentemente speculativo. Occorre riprendere dal soggettivismo hegeliano, definito «vago ed evanescente», poiché esso

> non costituisce che un momento affatto secondario del sistema, e la stessa esaltazione dell'io, è presentata sempre in forma eminentemente astratta, senza un chiaro ed esplicito riferimento alla personalità individuale concreta[75].

Tanto più che le tendenze socialiste, che stanno mettendo in discussione un diritto ingessato tra gli articoli di un codice recentissimo, e tuttavia già indietro nella corsa coi tempi, conducono, attraverso l'attenzione da prestarsi ai diritti 'di ognuno', ad una inevitabile «*statificazione* definitiva dell'intera vita sociale», laddove l'esaltazione dell'uomo non può intendersi altrimenti che come mezzo pratico per l'esaltazione del fine, di genere collettivo. Del resto – così Siotto Pintòr – è quanto esplicitato dal Manifesto del partito comunista di Marx ed Engels: non è lo Stato *tout court* l'obiettivo nel mirino del proletariato, ma lo Stato 'borghese', col suo monopolio dei mezzi di produzione: sopraffatta la tirannide borghese, «tutti i socialisti veri fondano precisamente le loro speranze sullo Stato»[76]. L'interpretazione è solo apparentemente tendenziosa, se si pensa che per Marx lo Stato-nazione è l'impianto istituzionale della borghesia, funzionale ai suoi interessi economici e di classe, e insieme ad essa dovrà venire travolto; tuttavia, guardando alla Comune parigina, Marx non respinge l'idea di Stato, sia pure concepito su un diverso regime rappresentativo, per cui legislativo ed esecutivo non si distinguono più e diventano un "solo organismo" «non parlamentare, ma di lavoro», in cui il sistema elettivo è esteso a tutte le branche dello Stato, composto da consiglieri municipali eletti a suffragio universale nei diversi mandamenti revocabili in qualsiasi momento[77]. Quanto a Engels, egli intravede nella unità della nazione-Stato un

obiettivo di progresso della borghesia che fa buon gioco all'interesse del proletariato, nella misura in cui la rivoluzione è più prossima quanto più è avanzato lo sviluppo del sistema capitalistico. Per giunta, Engels scivola verso la accettazione dell'idea di nazione-territorio allorquando la ritiene «consona alla tesi secondo cui solo in un'area economica grande avrebbero potuto esserci fabbriche e classe operaia, cioè le condizioni giudicate imprescindibili per la rivoluzione proletaria»[78].

8. *…alla «statolatria» idealistica*

Ciò che non convince Siotto Pintòr è l'idea per cui la messa in comunione dei mezzi di produzione è la caratteristica del socialismo, mentre l'intervento dello Stato rileva soltanto in forma strumentale rispetto alla realizzazione dello scopo[79]. A prescindere dalle teorie in campo economico, non va trascurato come il determinismo materialistico assoluto non possa che tradursi in un altrettanto forte idealismo, laddove sono la specificazione del fine e l'individuazione dei mezzi per realizzarlo le caratteristiche di un qualsiasi "credo" ideologico. Insomma, dal momento che il socialismo "vuole" effettivamente concretizzare il suo progetto, sta già esponendo la sua come «dottrina d'azione», non come semplice «fatto teorico», e deve mettere a punto una condotta politica attraverso cui realizzarlo; il che porta inevitabilmente allo Stato, come istituzione suprema ordinante, da riempire del significato politico più aggradante. Qualche riscontro significativo: «nel pensiero di Lassalle non è difficile ritrovare tracce del mito sulla macchina statale prussiana votata alla ragione oggettiva e dunque all'interesse generale, divulgato da Hegel sia nei *Lineamenti della filosofia del diritto*, sia nel saggio *Sul progetto inglese di riforma elettorale*»[80]. In effetti, l'apparato statale era già diventato, per Lassalle e i suoi seguaci, il luogo ideale in cui il quarto stato può compiere il suo scopo di libertà in direzione anti-borghese, mentre a un 'socialismo di Stato' si richiamavano, per citarne alcuni, Rodbertus, Schaffle, Menger, sia pure con atteggiamenti differenti[81]. E in ciascuno dei casi, per tornare a Siotto Pintòr, è l'apriorismo ad ispirare tutto il processo:

> precisamente come la dottrina hegeliana, quando la si voglia valutare dall'unico punto di vista praticamente valutabile e interessante, null'altro significa, nessuna legittima conclusione permette, all'infuori di quella dell'assoluta statificazione di tutta la vita sociale[82].

Di conseguenza, è assolutamente pretenziosa – se non banale – l'accusa di individualismo recondito alla base delle tendenze rivoluzionarie, anarchiche o socialiste che siano. A parte il fatto che la differenza tra esse è evidente, come è stato ben rilevato da Giovanni Vacchelli. Partendo, peraltro, da premesse mal formulate, a giudizio di Siotto Pintòr. L'argomento di base è il principio di autorità e sue limitazioni, poste da parte della politica perché esso non si converta in arbitrio. È la *extrema ratio* della diffidenza verso l'autorità che porta gli uomini a sconfinare nell'anarchia come «impotenza del potere», in caso che quest'ultimo non venga bene inteso come una «funzione sociale», ossia un diritto/dovere. Argomentazione troppo proclive all'idealismo, nella misura in cui la fiducia nelle istituzioni ha dato più prova di tradimenti che di fedeltà da parte degli uomini che esse rappresentano:

> la storia, a parer nostro, dimostra a luce meridiana [...] come anche troppo l'umanità siasi affaticata ad escogitare i mezzi reputati idonei ad impedire gli eccessi che in ogni luogo e in ogni tempo derivarono sempre dalla fatale tendenza, da noi definita come personalizzazione del potere. E in questa materia può dirsi davvero che il coscienzioso osservatore sia legittimato piuttosto a lamentare la ostinata persistenza generale in quella infruttuosa ricerca, che non una salutare e savia diffidenza verso il principio di autorità, pur troppo ancora confinata negli animi di pochi veggenti[83].

E ciò non di meno, Vacchelli ha visto giusto nel precisare la differenza tra l'anarchia e il socialismo nella diffidenza verso il principio d'autorità «in se stesso» da parte della prima, e della sconfinata fiducia in esso da parte del secondo; al punto di considerare il potere «come il compimento di una funzione sociale, di un ufficio, di un dovere»[84].

In ogni modo, l'uso pedante delle definizioni non fa che confonderne il significato. Basti dire che l'individualismo può essere ben inteso alla base di un certo liberalismo, come per Mill o Spencer, allo stesso modo per cui, attraverso le teoriche hobbesiane, sfocia nel dispotismo, quello stesso di cui sono accusate le dottrine socialiste. Si potrebbe dunque concludere che liberalismo e socialismo hanno la stessa matrice culturale? Ovviamente no. Ciò che va tenuto presente è il diverso rilievo dello Stato in funzione del cittadino. Allora, l'unica dicotomia plausibile diventa quella liberismo-autoritarismo, a seconda della rilevanza attribuita all'uno o all'altro dei termini del binomio: l'autoritarismo sfocia nella «onnipotenza statuale»; il liberismo, nella «onnipotenza della individuale energia iniziatrice». La stessa chiave di lettura per cui crolla anche il presupposto della scuola formalistica, dal momento che non è nel corporativismo dogmaticamente traslato nella forma-Stato che è possibile elevare la società al di sopra di sé e dei suoi disagi. Ciascuno a suo modo, sembra che tutti, socialisti e repubblicani, cerchino la "salvezza" della società nello Stato, perdendo di vista il cittadino; e tornando, inesorabilmente, alla personalizzazione delle istituzioni, quasi che esse debbano esistere per sé stesse. Detto espressamente: è proprio la dogmatica che, nello sforzo di trincerarsi dietro lo Stato per difendersi dal socialismo, ne alimenta speranze e tendenze. L'"arma a doppio taglio" è la legge: onnipresente, invasiva, superbamente intenzionata a regolare qualsiasi fenomeno sociale. È lo «Stato provvidenza» ormai la nuova armatura del sistema legislativo «onnisciente e onnipotente», che, come ha scritto Gerolamo Boccardo,

> si ostina a mantenere e creare istituti inutili o superflui, che in tutte le molteplici e sempre crescenti amministrazioni pubbliche, persiste nello stolto sistema di retribuire malamente un numero doppio o triplo del necessario, aggiungendo sempre nuovi manipoli al già sterminato esercito degli spostati e degli affamati[85].

Né Siotto Pintòr si limita a condividere certe opinioni, ma va oltre nel sostenere che il liberalismo autentico del «lasciar fare, lasciar passare» è stato soppiantato dal più debilitante «lasciar fare ogni cosa all'insieme, al tutto, allo Stato». Fino alla negazione stessa dell'individuo a favore delle «entità» istituzionali o corporative, che tali non sono, bensì «generalizzazioni della nostra mente»:

> oggi, a furia di avere in bocca e di sentirsi suonare nelle orecchie le affermate entità dell'organismo sociale e della volente ed attiva personalità statuale, si è pervenuti pressoché all'estremo di perdere affatto di vista l'individuo, di consi-

derarlo quasi come un'astrazione, e di reputare invece come sole realtà concrete e vive, la Società e lo Stato[86].

Si tratta del «veleno sottile» del socialismo, in confronto al quale l'«anarchismo» non costituisce un concreto pericolo: l'individualismo che ne è il fomite non tollera nessuna forma di autorità pubblica, e sogna «la sostituzione di libere associazioni cooperative, basate unicamente sulla individuale iniziativa, a tutto il macchinario mostruoso della pubblica amministrazione invadente»; senza nessuna importanza da attribuire alle iniziative di alcuni «pazzi miserabili [che] commettono in nome dell'anarchia delitti orribili»[87].

Ad essere veramente preoccupante è invece il socialismo, col suo bagaglio di ideologismi rivoluzionari, smanioso di sostituire al modello liberale rappresentativo una dittatura del proletariato ancor più "statolatrica". Una piaga, possibilmente, da sanare non «col piombo e con le carceri», dato che, per sconfiggerle, bisogna «ricercare la intima radice ideale che ispira e muove le perniciose dottrine rivoluzionarie, e contro quella appuntare coraggiosamente, instancabilmente le armi vittoriose del pensiero»[88].

[1] M. Siotto Pintòr, *Sovranità popolare o sovranità degli ottimi? Contributo alla teoria democratica della sovranità*, Torino, F.lli Bocca, 1898, p. 140.

[2] Per ogni approfondimento, cito tra gli altri Z. Ciuffoletti, M. Degl'Innocenti, G. Sabbatucci, *Storia del PSI. Le origini e l'età giolittiana*, Roma-Bari, Laterza, 1992, R. Zangheri, *Storia del socialismo italiano*, Torino, Einaudi, 1993.

[3] Cfr. S. Rogari, *Alle origini del trasformismo. Partiti e sistema politico nell'Italia liberale: 1861-1914*, Roma-Bari, Laterza, 1998, pp. 163 ss.

[4] A. Aquarone, *L'Italia giolittiana (1896-1915)*, vol. I.: *Le premesse politiche ed economiche*, Bologna, Il Mulino, 1981, p. 53.

[5] Sul punto, M.E. Lanciotti, *La riforma impossibile: idee, discussioni e progetti sulla modifica del Senato regio e vitalizio (1848-1922)*, Bologna, Il Mulino, 1993, pp. 245 e 294 ss.

[6] Sulla «complessità» della situazione all'interno del PSI, F. Canale Cama, *Alla prova del fuoco. Socialisti francesi e italiani di fronte alla prima guerra mondiale (1911-1916)*, Napoli, Guida, 2006, pp. 27 ss.

[7] Cfr. P. Costa, *Civitas*, *Storia della cittadinanza in Europa*, Roma-Bari, Laterza, 2001, vol. III, pp. 327-331.

[8] Cfr. G. Sorel, *Riflessioni sulla violenza*, in *Scritti politici e filosofici*, a cura di G. Cavallari, Torino, Einaudi, 1975, pp. 110 ss.

[9] Cfr. Costa, *Civitas* cit., vol. III, pp. 350-356. Sui temi sindacali, del lavoro e della rappresentanza degli interessi, P. Passaniti, *Storia del diritto del lavoro*, Milano, Giuffrè, 2006 e P. Marchetti, *L'essere collettivo. L'emersione della nozione di collettivo nella scienza giuridica italiana tra contratto di lavoro e Stato sindacale*, Milano, Giuffrè, 2006.

[10] Cfr. G. Salvemini, *Per la riforma del programma minimo*, in «Critica sociale», 16 giugno 1900; *Ancora per la riforma del programma minimo*, in «Critica sociale», 1 agosto 1900; *A proposito dei limiti e degli obiettivi del programma minimo. Risposta ad Arturo Labriola*, in «Critica sociale», 1 settembre 1900 (ora in G. Salvemini, *Opere*, 4 voll., Milano, Feltrinelli, 2011, vol. II, pp. 148-54, 192-200, 200-4).

[11] G. Salvemini, *Relazione preparata per l'XI Congresso nazionale del partito socialista che si tenne a Milano dal 21 al 25 ottobre 1910*, in Id., *La sinistra e la questione meridionale*, Milano, Feltrinelli, 2011, p. 71.

[12] Ivi, p. 73.

[13] Ivi, p. 79.

[14] M. Siotto Pintòr, *Considerazioni storiche e teoriche intorno ai più gravi argomenti della etica politica*, vol. II.: *Lo Stato*, Roma, E. Voghera, 1898, p. 16.

[15] Sul punto, A. Mastropaolo, *Sviluppo politico e parlamento nell'Italia liberale. Un'analisi a partire dai meccanismi della rappresentanza*, in «Passato e presente», n. 12, 1986.

[16] Costa, *Civitas* cit., vol. III, p. 274.

[17] Siotto Pintor, *Sovranità popolare* cit., p. 20.

[18] Cfr. A. Majorana, *Il Governo parla-*

mentare all'inizio del secolo XX, in «La Riforma sociale», n. 8, 1901. Sul motivo sociologico, il recente contributo di L. Lacchè, *Lo Stato giuridico e la costituzione sociale. Angelo Majorana e la giuspubblicistica di fine secolo*, in G. Pace Gravina (a cura di), *Il "giureconsulto della politica". Angelo Majorana e l'indirizzo sociologico del diritto pubblico*, Macerata, eum, 2011, pp. 23-53, a proposito della tendenza alla socializzazione che avrebbe dovuto assumere il regime parlamentare di fronte alle nuove istanze politiche. Sulla carriera politica di Majorana, G. Barone, *Tra scienza e politica: Majorana ministro*, in ivi, pp. 55-69.

19 Cfr. F. De Sanctis, *La democrazia in Italia*, in «Il Diritto», 20 ott. 1877, pp. 164 ss.; e Id., *Il limite*, in «Il Diritto», 10 gen. 1878, pp. 164 ss.

20 A. Brunialti, *Il diritto pubblico inglese e le sue trasformazioni*, in *Biblioteca di Scienze Politiche*, serie II, Torino, Unione tipografico-editrice, 1886, p. 22.

21 G. Cazzetta, *Una costituzione «sperimentale» per una società ideale. I modelli giuridico-politici di Attilio Brunialti*, in «Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», n. 15, 1986, p. 311. Sul tema, più ampiamente G. Cianferotti, *Il pensiero di V.E. Orlando e la giuspubblicistica italiana fra Ottocento e Novecento*, Milano, Giuffrè, 1980.

22 Cfr. C. Ghisalberti, *La codificazione del diritto in Italia 1865-1942*, Roma-Bari, Laterza, 2007 (1985), pp. 121 ss.

23 Cfr. P. Grossi, *Introduzione al Novecento giuridico*, Roma-Bari, Laterza, 2012, pp. 101 ss.

24 Cfr. G. Perticone, *Parlamentarismo e anti-parlamentarismo nel post-Risorgimento*, in *Nuove questioni di storia del Risorgimento e dell'Unità d'Italia*, Milano, Marzorati, 1969, vol. II, p. 653.

25 Salvemini, *Relazione* cit., p. 68.

26 Cfr. M. Panarari, *Leon Duguit e il suo tempo*, in *Leon Duguit, Le trasformazioni dello Stato*, a cura di A. Barbera, C. Faralli, M. Panarari, Torino, Giappichelli, 2003, p. 20.

27 P. Leroux, *D'une représentation spéciale des prolétaires*, in *Euvres complètes*, Parigi, G. Sandré, 1850, t. I, pp. 347 ss. e Id., *Discours aux politiques*, in ivi, t. II, pp. 76 ss.

28 W. Bagehot, *La Costituzione inglese* (1867), Bologna, Il Mulino, 1995, pp. 173 ss.

29 J. Reynaud, *De la nécessité d'une représentation spéciale pour les prolétaires*, in «Revue encyclopédique», Parigi, aprile 1832.

30 Sul punto, A. Lanza, *All'abolizione del proletariato! Il discorso socialista fraternitario. Parigi 1839-1847*, Milano, Franco Angeli, 2010.

31 P.J. Proudhon, *La capacità politica delle classi operaie*, Città di Castello, il Solco, 1921².

32 P. Rosanvallon, *Il popolo introvabile. Storia della rappresentanza democratica in Francia*, Bologna, Il Mulino, 2005, p. 79.

33 E. Girardin, *La Révolution légale par la présidence d'un ouvrier*, Parigi, s.e., 1836, p. 10.

34 Da: «La Presse», 25 febbraio 1864, in Rosanvallon, *Il popolo introvabile* cit., p. 98.

35 Per ogni riferimento, cfr. J. Droz, *Storia del socialismo*, vol. I: *Dalle origini al 1875*, Roma, Editori riuniti, 1973, pp. 728 ss.

36 E. Durkheim, *Lezioni di sociologia. Fisica dei costumi e del diritto*, Milano, Etas Kompass, 1973, p. 99.

37 G. Soriano, *Francia – Un diritto reale, ma dipendente dai rapporti di forza*, p. 1, in «www.laquestionsociale.org», n. 1, 2004, <http://www.laquestionsociale.org/LQS/LQS_1/it_QS1_07_France.pdf>.

38 S. Sighele, *La folla delinquente*, Torino, Bocca, 1895.

39 Cfr. R. Pozzi, *Alle origini della psicologia delle folle: Taine e* Les origines de la France contemporaine, in M. Donzelli (a cura di), *Folla e politica. Cultura filosofica, ideologia, scienze sociali in Italia e Francia a fine Ottocento*, Atti, Napoli, Liguori, 1995, pp. 23-32.

40 Cfr. *La psicologie des foules* (1895), su cui A. Gérard, *Gustav Le Bon, la foule et la race*, in Donzelli (a cura di), *Folla e politica* cit., pp. 33-51.

41 Più diffusamente, L. Mangoni, *Una crisi fine secolo. La cultura italiana e la Francia fra Otto e Novecento*, Torino, Einaudi, 1985, pp. 19 ss.

42 J. Bartelemy, *L'Organisation du suffrage et l'éxperience belge*, Parigi, M. Giard & É. Brière, 1912, p. 6.

43 Cfr. H. Denis, *Deux conférences sur la constitution de la sociologie et l'organisation du suffrage universel*, Bruxelles, Impr. des travaux publics, 1891.

44 Cfr. A. Prins, *De l'esprit du gouvernement représentatif*, Bruxelles, s.e., 1906.

45 Cfr. L. Duguit, *Le Droit constitutionnel et la sociologie*, in «Revue internationale de l'enseignement», 1889.

46 Cfr. Ch. Benoist, *La crise del l'État moderne. De l'organisation du suffrage universel*, in «Revue des deux mondes», n. 130, *1895*, pp. 5-25.

47 R. La Grasserie, *De la transformation du suffrage universel amorphe en suffrage universel organique*, Parigi, V. Giard et E. Brière, 1896. Quello di una terza camera è un progetto risalente a Saint-Simon nel 1820. Saint-Simon intravede una «Camera di invenzione», una «Camera di esame» e una «Camera di esecuzione», in base a un progetto di rappresentanza delle capacità. Nulla di simile alle teorizzazioni di fine Secolo. Ma i saint-simoniani dopo di lui avrebbero seguito i suoi sistemi per approvare una rappresentanza separata del proletariato (cfr. Rosanvallon, *Il popolo introvabile* cit., p. 122).

48 Cfr. l'enciclopedia Treccani, <http://www.treccani.it/enciclopedia/emile-louis-victor-baron-de-laveleye>.

49 E. De Laveleye, *Le forme di governo nelle società moderne*, in *Biblioteca di Scienze Politiche*, a cura di A. Brunialti Torino 1886, Unione tipografico-editoriale, vol. II, pp. 840.

50 *Ibidem*.

51 Ivi, p. 851.

52 Ivi, pp. 852-853.

[53] Ivi, p. 855.
[54] Ivi, p. 859.
[55] Cfr. Costa, *Civitas* cit., vol. III, pp. 331-337; cfr. anche G. Sartori, *Democrazia: cosa è*, Milano, Rizzoli, 2000, p. 14.
[56] De Laveleye, *Le forme* cit., p. 863.
[57] Per una disamina delle diverse correnti, Costa, *Civitas* cit., vol. III, cap. VII.
[58] Ivi, pp. 320-323.
[59] De Laveleye, *Le forme* cit., p. 895.
[60] Ivi, p. 898.
[61] «Ogni elettore scrive sulla scheda prima il nome del candidato a cui più tiene, poi i nomi di coloro che desidera vengano nominati dopo il primo candidato […]. Nello spoglio d'ogni scheda, si tiene conto di un solo nome. Appena un candidato ha ottenuto il quoziente elettorale, viene proclamato eletto. Le schede successive poi, che portano il suo nome vengono assegnate al nome che gli viene dietro, e così di seguito. Risulta quindi che ogni scheda viene sempre contata in favore dell'opinione che voleva fare prevalere» (Ivi, p. 909).
[62] «Ogni elettore vota un solo nome, ma ciascun candidato deve avere anzi tutto depositato e pubblicato una lista di nomi, ai quali sarebbero successivamente contati i suffragi ch'egli avesse ottenuto oltre il quoziente elettorale necessario per assicurare la sua elezione. […] È una specie di elezione a due gradi, che accorda in certa misura ai capi del partito, il potere di designare coloro che meglio rappresentano la loro opinione» (Ivi, p. 910).
[63] Ivi, p. 858.
[64] P.J. Proudhon, *Mazzini e l'unità italiana*, in Id., *Scritti vari contro l'unità d'Italia*, Torino, Miraggi, 2010, pp. 41-45. Sul modello federale, in senso antistatualista, più ampiamente D. Andreatta, *Proudhon: dall'anarchia alla federazione*, Soveria Mannelli, Rubettino, 2010.
[65] Laveleye, *Le forme di governo* cit., p. 890.
[66] Salvemini, *Relazione* cit., p. 60.
[67] Laveleye, *Le forme di governo* cit., p. 963.
[68] Cfr. G.P. Trifone *Il diritto al cospetto della politica: Miceli, Rossi, Siotto Pintòr e la crisi della rappresentanza liberale*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 2010, pp. 54-56, 84-90.
[69] M. Siotto Pintòr, *Il sistema parlamentare rappresentativo. Mali e rimedi*, Torino, Roux e Frassati, 1895, p. 60.
[70] Laveleye, *Le forme di governo* cit., p. 933.
[71] Siotto Pintòr, *Il sistema* cit., pp. 82-83. Sul punto, cfr. Trifone, *Il diritto* cit., pp. 191 ss.
[72] Laveleye, *Le forme di governo* cit., p. 955.
[73] Siotto Pintòr, *Il sistema* cit., p. 78.
[74] Cfr. Siotto Pintòr, *Sovranità popolare* cit., p. 128 ss.
[75] Siotto Pintòr, *Lo Stato* cit., p. 17.
[76] Ivi, p. 19.
[77] Cfr. N. Bobbio, voce «Democrazia», in N. Bobbio, N. Matteucci, G. Pasquino (a cura di), *Dizionario di politica*, Torino, UTET, 2004, vol. I, p. 507.
[78] Sul punto, cfr. N. Merker, *Il sangue e la terra. Due secoli di idee sulla nazione*, Roma, Editori riuniti, 2001, pp. 87-91.
[79] Cfr. A. Hamon, in «Riforma sociale», a cura di S. Nitti, 15 lug. 1897, come cit. da Siotto Pintòr in *Lo Stato* cit., p. 19.
[80] R. Car, «*La dittatura della convinzione*». *Mutamento costituzionale e conflitto sociale in Ferdinand Lassalle*, in «Giornale di Storia Costituzionale», n. 21/I, 2011, p. 77.
[81] Cfr. Costa, *Civitas* cit., vol. III, pp. 281 ss.
[82] Siotto Pintòr, *Lo Stato* cit., p. 22.
[83] Ivi, p. 32.
[84] G. Vacchelli, *Le basi psicologiche del diritto pubblico*, Milano, Hoepli, 1895, p. 61.
[85] G. Boccardo, *Socialismo sistematico e socialisti incoscienti*, Roma, Forzani, 1897, § 43 e 44.
[86] Siotto Pintòr, *Lo Stato* cit., p. 34.
[87] Ivi, p. 36.
[88] Ivi, p. 37.

La genesi di una rappresentanza sovranazionale: la formazione dei gruppi politici all'Assemblea comune della Ceca (1952-1958)[1]

SANDRO GUERRIERI

1. *La nascita dei gruppi parlamentari e l'affermazione del carattere politico dell'Assemblea*

I rapporti sempre più stretti tra la dimensione nazionale e quella internazionale nell'ambito della ricostruzione del secondo dopoguerra indussero le famiglie politiche europee a creare o a riattivare forme di cooperazione partitica a livello transnazionale. Per quanto riguarda le forze che si riconoscevano nel campo occidentale, nel 1947 furono create le *Nouvelles équipes internationales*, forum di dialogo dei partiti democristiani, e l'Internazionale liberale. E quattro anni dopo, nel 1951, fu rifondata, dopo una complessa fase preparatoria, l'Internazionale socialista.

La questione della costruzione europea fu naturalmente uno dei temi cruciali su cui le tre famiglie politiche dovettero prendere posizione. Il dibattito si sviluppò su diversi piani. Il Congresso dell'Aia del 1948[2], da cui scaturì il processo che condusse l'anno seguente alla nascita del Consiglio d'Europa, aveva aperto un confronto sulle grandi opzioni politiche, destinato ad assumere tratti molto accesi quando, a seguito del Piano Pleven dell'ottobre 1950, all'ordine del giorno figurò il tema di una comunità europea di difesa. Nel frattempo, con la nascita della Ceca, istituita dal Trattato di Parigi firmato il 18 aprile 1951, occorreva misurarsi con le modalità di attuazione di un percorso concreto di integrazione[3]. Per le correnti politiche europee, si trattava di verificare la possibilità di orientare la creazione del mercato comune del carbone e dell'acciaio con programmi che trovassero un punto di equilibrio tra la difesa degli interessi nazionali e il perseguimento di un comune interesse europeo.

L'Assemblea rappresentativa di questa prima Comunità, vale a dire l'Assemblea comune composta di 78 membri nominati dai parlamenti nazionali[4], si presentava come un terreno privilegiato per questo esperimento. È vero che essa appariva come una sorta di parente povero dei parlamenti nazionali, visto che non le erano

state attribuite funzioni legislative. Ma, a distinguerla in tutta evidenza dalla sua sorella maggiore del Consiglio d'Europa, le cui funzioni erano meramente consultive, era la facoltà di costringere alle dimissioni l'organo esecutivo della Comunità, l'Alta Autorità, in caso di approvazione di una mozione di censura sul suo operato[5]. Come riconobbe lo stesso Jean Monnet – presidente dell'Alta Autorità fino al giugno 1955 – rivolgendosi ai parlamentari nella sessione inaugurale dell'Assemblea comune, «nei limiti delle sue competenze», l'Assemblea era sovrana. Essa era «la prima assemblea europea investita di un potere di decisione»[6]. Si può dire pertanto che ai membri dell'Assemblea comune spettava il compito di scrivere le prime pagine di un nuovo capitolo della storia del parlamentarismo, fino a quel momento radicato in via esclusiva nella dimensione nazionale.

Il Trattato Ceca stabiliva che l'Assemblea rappresentava gli Stati membri riuniti nella Comunità. Ora, nell'esercizio di questa funzione di rappresentanza, quale peso avrebbero assunto, rispettivamente, i legami nazionali e le affinità ideologiche transnazionali? L'assegnazione dei posti in seno all'emiciclo sembrava concepita per mantenere aperto l'interrogativo, visto che era stato adottato il criterio alfabetico, con la conseguenza di rendere più difficoltosa la concertazione tra i rappresentanti, alcuni dei quali finivano per trovarsi ideologicamente agli antipodi dei loro vicini. Basti pensare che un'eminente personalità del federalismo europeista come il socialista belga Fernand Dehousse si ritrovò accanto un alfiere del gollismo quale Michel Debré, secondo cui «l'Europe de la supranationalité», essendo tra l'altro incompatibile con la conservazione dell'area coloniale francese, rappresentava una concezione «dangereuse pour la France, impossible pour la liberté»[7]. Sin dall'inizio, tuttavia, si cominciarono ad instaurare tra i 78 rappresentanti legami di tipo politico[8], destinati col tempo a prendere il sopravvento sull'appartenenza nazionale. Tanto che, nel giugno 1953, L'Assemblea decise non solo di riconoscere i gruppi politici, introducendo un nuovo articolo nel suo regolamento, ma anche di fornire loro un contributo finanziario. Si formarono così il gruppo democristiano, con 38 membri, il gruppo socialista, con 23, e quello liberale e misto con 11. Michel Debré figurò tra i non iscritti, mentre i comunisti, pur presenti a quel tempo – in misura peraltro molto variabile – in tutti i Parlamenti dei Sei, rimasero esclusi come è noto dal Parlamento europeo fino al 1969.

Una volta riconosciuti ufficialmente, i gruppi politici assunsero un ruolo crescente nella vita dell'Assemblea. Nei dibattiti in Aula, gli interventi a nome di un gruppo diventarono sempre più numerosi. Nella composizione delle commissioni permanenti, le nazionalità erano tenute in considerazione per la definizione delle quote, ma i membri erano scelti dai gruppi. Si prestò così la massima attenzione ad assicurare che le commissioni garantissero anche i rapporti di forza tra questi ultimi[9]. Inoltre, ai segretariati dei gruppi politici furono assegnati, per favorirne l'attività, «locaux et facilités administratives»[10].

Il consolidamento dei gruppi politici fu un fattore cruciale nella crescita del ruolo dell'Assemblea[11]. Il Trattato Ceca le aveva assegnato la funzione di esercitare una sorta di controllo a posteriori sull'attività dell'Alta Autorità. I parlamentari non si accontentarono però di questa modalità e

riuscirono a stabilire un dialogo costante con l'esecutivo comunitario, cercando di indirizzarne l'azione in ambiti essenziali: la politica carboniera, gli investimenti, i trasporti e soprattutto la politica sociale. Quest'ultima era infatti considerata dalla maggioranza dell'Assemblea non come una semplice appendice dell'integrazione, bensì come un suo aspetto qualificante[12].

Il crescente impegno dei gruppi aprì un processo di progressiva definizione della loro identità politica. Si trattò, tuttavia, di un fenomeno lento per via di vari ostacoli. Non vi era solo il peso delle divisioni tra le componenti nazionali, che nei primi anni resero ad esempio molto conflittuali le posizioni all'interno del gruppo socialista: in esso l'europeismo dei parlamentari del Benelux e della piccola rappresentanza italiana (i socialisti del Psi seguirono la sorte degli esponenti del Pci e rimasero esclusi dal Parlamento europeo fino al 1969) si doveva misurare con l'ostilità mostrata dalla Spd nei confronti sia della Ceca che della Ced e le difficoltà del Partito socialista francese (Sfio). Ad ostacolare l'elaborazione politica dei gruppi concorreva anche la natura molto tecnica della maggior parte delle questioni sottoposte al vaglio dell'Assemblea. Si potrebbe dire che la via funzionalista dell'integrazione settoriale obbligava i rappresentanti a seguire la strada di una sorta di funzionalismo parlamentare, nel senso che i grandi dibattiti politici che avevano contrassegnato il Congresso dell'Aia del 1948 e che si erano continuati a svolgere – con risvolti pratici spesso insoddisfacenti – nell'Assemblea consultiva del Consiglio d'Europa lasciavano il posto a modalità di confronto di natura molto più specialistica, con un linguaggio e una terminologia all'inizio non sempre facili da padroneggiare. Nella riunione congiunta dell'Assemblea comune e dell'Assemblea del Consiglio d'Europa che si svolse nel giugno 1953, un membro dell'Assemblea comune, il cristiano-democratico tedesco Günther Henle, descrisse il lavoro di quest'ultima nei seguenti termini:

> Chez nous, il s'agit en effet de choses très réelles, très techniques. Charbon gras, charbon flambant, ferraille, minerai, barres de profilés, fil machine, tôles fines, moyennes et grosses, autant d'objets [qui] ne se prêtent guère aux généralisations et aux jeux de l'éloquence politique. Dès que nous nous mettons à parler de ces choses, nous voyons surgir, au lieu de ces jeux éloquents, une foule de questions de détail dans lesquelles des chiffres, encore des chiffres et toujours des chiffres jouent le rôle principal. On peut donc dire que cette étude des chiffres est devenue en quelque sorte notre pain quotidien qui, dans sa sécheresse, n'est pas toujours très savoureux[13].

Le divisioni interne ai gruppi e la dimensione altamente tecnica del lavoro parlamentare comunitario ostacolavano anche la genesi dei *cleavages* politici all'interno dell'Assemblea. Lo scenario cambiò, tuttavia, a seguito della grave crisi che investì il processo di integrazione dopo il rifiuto dell'Assemblea nazionale francese, nell'agosto 1954, di ratificare il Trattato Ced, con il conseguente abbandono del progetto di comunità politica che la stessa Assemblea comune, ribattezzatasi per l'occasione Assemblea *ad hoc*, aveva adottato nel marzo 1953. Infatti, di fronte a questa prima clamorosa sconfitta del progetto europeo, i membri dell'Assemblea comune giunsero ad attribuire un'importanza ancora maggiore al successo della sola Comunità esistente, la Ceca. Essa fu considerata come un laboratorio decisivo per nuovi possibili sviluppi del processo di integrazione, di cui

l'Assemblea cominciò del resto a delineare le possibili vie con la risoluzione approvata nel novembre 1954[14], a cui fece seguito nel gennaio 1955 il viaggio nelle capitali europee del suo nuovo presidente, Giuseppe Pella, per esporne i contenuti.

Alla base del nuovo attivismo dell'Assemblea si collocò la volontà di rafforzare la sua capacità di controllo e di impulso politico. Col tempo la capacità di interloquire con l'Alta Autorità sui diversi temi al centro della vita comunitaria si era rafforzata. All'interno dell'Assemblea si era formato un gruppo di rappresentanti molto esperti delle varie questioni, il cui lavoro costituiva spesso anche un contributo prezioso per l'esecutivo comunitario. Ma l'indirizzo che l'Assemblea si propose di seguire fu di valorizzare queste competenze nel quadro dell'assunzione, in quanto organo rappresentativo, di una configurazione più politica. «Non dobbiamo mai dimenticare di essere un'istituzione a carattere politico e di non costituire un'Assemblea di tecnici», affermò ad esempio il 1° dicembre 1954 l'unica donna dell'Assemblea, l'olandese Margaretha Klompé[15]. Secondo i parlamentari, l'azione dell'Alta Autorità nell'ambito del mercato comune del carbone e dell'acciaio doveva rispondere a principi direttivi di carattere generale e l'organo rappresentativo aveva il compito di contribuire all'elaborazione e all'adozione di questi orientamenti.

L'assunzione di questo ruolo più propositivo indusse i gruppi politici a precisare le loro visioni della Comunità e i loro programmi. Con la conseguenza che emersero anche con maggiore nettezza le rispettive linee di differenziazione sulle finalità dell'integrazione, sul ruolo dell'esecutivo comunitario e sulle politiche da perseguire.

2. *Il crescente dinamismo del gruppo socialista*

Il movimento socialista si presentò all'appuntamento con la costruzione europea profondamente diviso al suo interno e si trovò in notevole difficoltà nel contribuire a definirne le direttrici[16]. La Spd di Kurt Schumacher considerava la dimensione della Comunità a Sei un ostacolo sulla via della riunificazione della Germania. La Sfio di Guy Mollet, il quale assunse la presidenza del gruppo socialista all'Assemblea, accettava la Ceca, ma era profondamente divisa sulla Ced e si era rivelata ostile in ogni caso a una Comunità politica che lasciasse fuori la Gran Bretagna e i paesi nordici in cui era forte la presenza socialista. «Nous étions et restons absolument hostiles à l'idée d'une fédération limitée à six pays», scrisse Guy Mollet il 25 febbraio 1953 al presidente della Commissione istituzionale dell'Assemblea ad hoc, Heinrich von Brentano, per dissociarsi dal progetto in corso di elaborazione[17].

Si comprende così come il giudizio storiografico sull'avvio della integrazione europea abbia spesso sminuito l'apporto dei socialisti, fatta eccezione per il contributo di singole personalità quali Paul-Henri Spaak o Fernand Dehousse. Impegnati soprattutto a definire le coordinate dello Stato sociale postbellico su scala nazionale, i partiti socialisti sarebbero rimasti per molto tempo indietro rispetto alla capacità progettuale espressa dalle forze democristiane.

Questo giudizio deve essere però ampiamente rivisto se si analizza la storia dell'Assemblea comune. È indubbio che nei suoi primi anni di vita le divisioni iniziali impedirono ai rappresentanti socia-

listi di esprimere una visione condivisa su temi essenziali[18], a cominciare da quelli politico-istituzionali discussi dall'Assemblea *ad hoc*. Ma la situazione si modificò a partire dal 1955. È vero che persistettero opinioni diverse sulle modalità con le quali l'Assemblea avrebbe dovuto fornire il suo impulso al rilancio dell'integrazione. Nella primavera del 1955, i socialisti si spaccarono sulla proposta della creazione di un gruppo di lavoro specifico: esso era infatti ritenuto da diversi membri – e in particolar modo dai socialdemocratici tedeschi – troppo esposto al rischio di nuove fughe in avanti progettuali[19]. Tuttavia, sul piano delle politiche della Ceca, i socialisti diventarono progressivamente, in maniera unitaria, i più risoluti fautori di un'azione a vasto raggio dell'Alta Autorità. Con la conseguenza che divennero anche i più decisi sostenitori della tesi secondo cui l'Assemblea aveva il compito di svolgere una funzione di orientamento dell'attività dell'esecutivo comunitario. A loro giudizio, la prima istituzione parlamentare sovranazionale doveva sviluppare tutte le sue potenzialità.

Maturò così nel gruppo socialista una linea di europeismo pragmatico, fondato su un meticoloso studio delle diverse questioni relative alla regolazione del mercato comune del carbone e dell'acciaio. Esso creò al proprio interno un gruppo di lavoro sulle questioni economiche e sociali, suddiviso a sua volta in tre sottocommissioni, e uno dedicato agli affari giuridici. L'attivazione di questa rete di elaborazione programmatica condusse il gruppo socialista a esercitare un'azione di forte stimolo sull'Alta Autorità. Sulla politica carboniera, nell'aprile 1955 le inviò una serie di osservazioni e proposte[20] e un anno dopo ottenne che ricevesse una sua delegazione. L'esito del confronto, però, fu giudicato del tutto insoddisfacente dai socialisti, i quali accusarono tra l'altro l'esecutivo comunitario di non agire con sufficiente energia nei confronti del potentissimo cartello di vendita del carbone della Ruhr, che invece di essere smantellato fu oggetto di una blanda riorganizzazione. Il gruppo socialista incitò l'Alta Autorità ad assumere un ruolo più incisivo anche in diversi altri ambiti, a cominciare dagli orientamenti generali in materia di investimenti e dalle misure di carattere sociale. Molto negativa fu a questo proposito la posizione espressa dai socialisti sulla riduzione, operata dall'Alta Autorità una prima volta nel 1955 e successivamente nel 1957, dell'imposta comunitaria, e cioè del prelievo sulle imprese carbo-siderurgiche inizialmente fissato allo 0,9%. A giudizio del gruppo, ne sarebbe derivata una pericolosa diminuzione delle risorse disponibili per le misure di riadattamento dei lavoratori licenziati. Nell'intervento pronunciato in Aula il 10 maggio 1955, il socialista olandese Gerard M. Nederhorst, attivissimo presidente della Commissione per gli affari sociali dell'Assemblea, criticò molto duramente l'abbassamento dell'aliquota affermando di avere «serie obiezioni contro questa politica "alla Poujade" sul piano europeo»[21].

Agli occhi dei socialisti, già durante la presidenza di Jean Monnet l'Alta autorità non aveva sfruttato appieno tutte le sue potenzialità regolative: a seguito della battuta d'arresto della mancata ratifica del Trattato Ced, era divenuta meno intraprendente per il timore di suscitare nuove resistenze. Ma la situazione era peggiorata, secondo il gruppo, dopo il passaggio, nel giugno 1955, alla presidenza di René Mayer, poi-

ché l'esecutivo comunitario aveva finito per assumere un indirizzo più liberista che lo conduceva all'inazione[22]. I socialisti denunciavano inoltre che la conseguenza istituzionale di questa perdita di dinamismo era l'attenuazione del legame dell'Alta Autorità con l'Assemblea: divenuto più accondiscendente nei riguardi dei governi, l'esecutivo comunitario avvertiva una minore necessità di assicurarsi l'appoggio dell'organo rappresentativo.

Sulla base di questa analisi, il gruppo si pronunciò in maniera molto severa il 22 giugno 1956 sull'attività dell'Alta Autorità. Senza spingersi fino alla presentazione di una mozione di censura, si contrappose esplicitamente all'indirizzo da essa seguito[23]. Questo orientamento critico fu ribadito in diverse occasioni e fu confermato l'anno seguente. In nome di un rafforzamento delle politiche comunitarie, i socialisti assunsero quasi un profilo di opposizione politica all'esecutivo della Ceca.

Il crescente attivismo del gruppo e la sua volontà di spingere l'Alta Autorità a adottare un indirizzo più interventista e maggiormente finalizzato allo sviluppo della dimensione sociale condussero a stabilire contatti con i sindacati vicini al movimento socialista (riuniti nella *International Confederation of Free Trade Unions*) e soprattutto a dar vita a una forma di coordinamento con i partiti nazionali. Nel gennaio 1957 ebbe luogo la prima conferenza tra il gruppo e i rappresentanti dei partiti, e per attivare una modalità stabile di cooperazione fu creato il *Bureau de Liaison* chiamato a riunirsi almeno due volte l'anno. La necessità di questa rete di collaborazione fu motivata nel rapporto presentato dal capogruppo, il belga Henri Fayat, con il fatto che il gruppo era stato chiamato «à prendre des décisions politiques toujours plus nombreuses»[24]. Considerata la loro portata, occorreva un forum di discussione che coinvolgesse le strutture partitiche nazionali, tanto più che con i Trattati istitutivi della Ceca e dell'Euratom il raggio di azione dell'intervento comunitario si sarebbe notevolmente ampliato.

Il gruppo parlamentare dell'Assemblea comune si rivelò quindi un elemento di punta nella genesi di un europeismo socialista incentrato, anziché sulla progettazione istituzionale su vasta scala, sulla definizione di una serie di politiche comuni che regolassero il funzionamento del mercato. I partiti socialisti rimanevano divisi su importati aspetti dell'integrazione, come emerse nella seconda conferenza che tennero con il gruppo nel giugno 1957: ad esempio, sulla questione della libertà di circolazione della manodopera, tradizionale richiesta dell'Italia che ambiva a trovare una valvola di sfogo per i propri disoccupati[25], il delegato nazionale della Sfio Etienne Weill-Raynal dichiarò che il governo francese doveva tener conto dell'opinione pubblica nazionale e non poteva «fournir en aucun cas aux communistes» l'argomento che una delle prime conseguenze del mercato comune sarebbe stata «une affluence effrénée d'ouvriers italiens et le danger d'un abaissement des salaires qui s'y rattache»[26]. Rispetto tuttavia alla fase d'avvio dell'integrazione europea, il gruppo aveva dimostrato come i socialisti non fossero inevitabilmente condannati alla passività e potessero, viceversa, svolgere un ruolo da protagonisti nello sviluppo della funzione di indirizzo dell'istituzione parlamentare comunitaria.

3. *L'elaborazione della dottrina politica del gruppo democratico-cristiano*

A differenza delle forze socialiste, i partiti democristiani fornirono un contributo determinante alla genesi del processo di integrazione, grazie anche alla creazione di reti di dialogo e cooperazione che servirono da prezioso laboratorio per gettare le basi del riavvicinamento franco-tedesco e contribuire alla progettazione dell'intervento nel settore carbo-siderurgico[27]. Molto rilevanti, in particolare, erano stati dal 1948 i colloqui informali di Ginevra tra esponenti di primo piano di tali partiti. I rappresentanti democristiani all'Assemblea comune, dal canto loro, avevano aderito nel settembre 1952 alla proposta di attribuire ad essa il compito di elaborare un progetto di comunità politica poiché erano in generale, in sintonia con quanto auspicato dal Papa Pio XII[28], nettamente più favorevoli dei socialisti al rafforzamento del blocco dell'Europa dei Sei.

La condivisione di un orientamento a favore dell'approfondimento dell'integrazione nel quadro della "piccola Europa", tuttavia, non comportava l'automatica adozione di una posizione unitaria sui vari aspetti della politica nel campo carbosiderurgico, riguardo alla quale si manifestavano diverse sensibilità nazionali così come differenti priorità sul piano sociale: ad esempio, se il sindacalista cristiano-sociale belga Alfred Bertrand si impegnava in maniera molto attiva affinché l'Alta Autorità dedicasse un'attenzione sufficiente ai problemi dei lavoratori, il cristiano-democratico tedesco Wolfgang Pohle difendeva soprattutto gli interessi delle imprese del carbone. Non desta sorpresa, pertanto, il fatto che, tenuto conto del nuovo impulso che si voleva fornire all'attività dell'Assemblea comune per reazione all'affossamento del Trattato Ced, il gruppo parlamentare decidesse nel dicembre 1954 di costituire un gruppo di lavoro incaricato di definire con più precisione le modalità di applicazione della dottrina democristiana ai problemi della Ceca[29]. Per organizzare questo lavoro fu chiesto il contributo del cristiano-sociale belga Robert Houben, il quale si era già occupato di tali questioni in seno alle "Nouvelles équipes internationales"[30].

In una nota inviata al gruppo il 12 novembre 1954, Houben sottolineava come, nel campo dell'integrazione europea, il passaggio dai principi generali alle opzioni economiche e sociali fosse in effetti tutt'altro che agevole: «Il faut constater que ni sur le plan national, ni sur le plan international, le groupe ne saurait trouver une doctrine toute faite, qu'il pourrait reprendre en bloc». I programmi dei partiti nazionali democristiani e le risoluzioni degli organismi internazionali erano utili, ma «la mission particulière de la Ceca» comportava che l'azione del gruppo si situasse «à un autre niveau et dans un autre cadre»[31]. Occorreva perciò l'elaborazione di una dottrina politica adeguata all'ambito comunitario. In questo modo, il gruppo avrebbe inoltre fornito il suo pieno contributo allo sviluppo del controllo democratico all'interno della Ceca, contrastando il rischio di una dinamica evolutiva di tipo tecnocratico:

> En fait, le rôle de l'Assemblée dépendra dans une large mesure de ce qu'elle saura faire de sa mission. Il y a grande chance que, suivant le dynamisme qu'elle saura y mettre, la C.E.C.A. sera engagée dans la voie d'un régime démocratique ou au contraire dans la voie d'une gestion technocratique, ou, si l'on préfère, d'une gestion par le seul pouvoir exécutif[32].

A giudizio di Houben, l'adozione di un impianto dottrinario in grado di fornire un orientamento sui temi specifici della Ceca era un compito molto complesso anche perché i democratici cristiani, volendo «respecter toutes les valeurs», rifuggivano da soluzioni semplicistiche[33]. In una successiva nota inviata il 31 gennaio 1955, Houben provò ad affrontare uno dei problemi più delicati della Comunità, vale a dire la questione delle intese e dei cartelli[34]. Di fatto, però, l'attività del gruppo di lavoro sull'elaborazione dottrinaria fu ostacolata dalla persistenza di posizioni piuttosto diversificate. Se i socialisti si erano spaccati all'inizio sugli orientamenti generali della costruzione europea, i democristiani continuarono spesso a manifestare sensibilità differenti al proprio interno su vari aspetti economici e sociali, come emerse ad esempio a più riprese proprio sulla questione dei cartelli di vendita del carbone o, nel maggio 1955, riguardo alla prima riduzione del prelievo comunitario: in questa occasione, se la maggioranza del gruppo condivise la decisione dell'Alta Autorità, due suoi esponenti di primo piano come François de Menthon e Alfred Bertrand espressero valutazioni molto più critiche, simili a quelle dei socialisti[35]. La costruzione di un profilo identitario sulle questioni al centro della Ceca dovette quindi procedere in maniera più empirica, contestualmente ai giudizi espressi di volta in volta sull'operato dell'Alta Autorità. Di fronte all'attacco dei socialisti, i parlamentari democristiani (che dal 1955 avviarono un dialogo con i rappresentanti dei sindacati cristiani) difesero l'esecutivo comunitario, ma, usando toni più moderati, cercarono a loro volta di spronarlo a un ruolo più attivo in vari ambiti.

La definizione di un più ampio impianto ideologico fu ripresa in vista del passaggio dall'Assemblea comune della Ceca all'Assemblea parlamentare delle tre Comunità, istituita dai Trattati di Roma del 1957. Ai partiti nazionali e alle *Nouvelles équipes internationales* fu richiesto di inviare una vasta documentazione relativa ai programmi in materia sociale ed economica[36]. Benché il segretariato del gruppo riscontrasse come, «des différentes côtés», esistesse «un certain scepticisme quant au but de ces travaux»[37], il nuovo presidente del gruppo, il belga Pierre Wigny, il quale subentrò all'olandese Emmanuel M.J.A. Sassen, si fece promotore del rilancio della riflessione dottrinaria, che fu orientata verso la ricerca della «psychologie générale du monde selon les conceptions démocrates-chrétiens», in modo da definire «les principes d'action communes»[38]. Alla sessione inaugurale dell'Assemblea parlamentare europea, il 19 marzo 1958, Wigny pronunciò un discorso che ambiva a delineare i principi chiave della "filosofia politica" dei rappresentanti democratico-cristiani[39]. Sebbene espressi in termini molto generali, tali principi dovevano servire a rafforzare l'identità politica del gruppo che all'interno della nuova Assemblea si confermava di gran lunga come il più numeroso.

4. *Il gruppo liberale e misto e l'ostilità al dirigismo*

Se il gruppo socialista e quello democristiano erano espressione di correnti politiche relativamente omogenee, il gruppo liberale e misto era caratterizzato da un alto grado di eterogeneità, visto che comprendeva un

arco di forze che andavano dal Partito radicale francese e dalla *Union démocratique et socialiste de la Résistance* (Udsr) di René Pleven e François Mitterrand ai monarchici italiani (entrati nell'Assemblea comune nel 1954). La componente francese era molto consistente: nel 1958 comprendeva ben 10 membri su 17[40].

Il carattere fortemente eterogeneo del gruppo rappresentava un pesante ostacolo all'adozione di un organico profilo programmatico. Le difficoltà incontrate a questo riguardo furono assai maggiori, pertanto, di quelle che si manifestarono negli altri due gruppi. L'elemento più caratterizzante fu il desiderio di evitare che la costruzione del mercato comune per il carbone e per l'acciaio si traducesse in un eccesso di dirigismo da parte dell'Alta Autorità. Su questo punto, i membri del gruppo liberale guardavano con molta preoccupazione alle tendenze che emergevano tra i socialisti.

La visione liberale dei compiti della Ceca fu esposta nel rapporto sul funzionamento della Comunità presentato nell'agosto 1954 al congresso dell'Internazionale liberale dal presidente di quest'ultima, Roger Motz, autorevole esponente dell'Assemblea comune. In esso Motz affermò che il gruppo liberale riuniva tutti i membri «décidés à défendre par-dessus tout la liberté économique», e che la sua azione non aveva cessato «de s'opposer à la pression constante des dirigistes d'extrême gauche et d'extrême droite» che spingevano «la Haute Autorité à s'embarquer dans des aventures ruineuses»[41]. L'autore del rapporto giudicava eccessivo l'apparato burocratico delle istituzioni comunitarie e auspicava che la politica degli investimenti dell'Alta Autorità non creasse troppi vincoli alle imprese private. La Ceca, comunque, era valutata da Motz come una tappa intermedia necessaria nella integrazione economica europea: senza la creazione di poteri sovranazionali, sarebbe stato molto difficile dar vita a un mercato comune, e non sarebbe stato possibile difendere le industrie di base dal rischio del risorgere dei nazionalismi economici.

Certo è che la sostituzione alla presidenza dell'Alta Autorità, nel giugno 1955, di Jean Monnet con il radicale francese René Mayer suscitò nei liberali la speranza di un'attenuazione delle tendenze da essi considerate eccessivamente dirigistiche. «[Nous] sommes très heureux voir un grand libéral comme vous à la tête de la première institution vraiment européenne», recitò il telegramma di felicitazioni inviato a Mayer dal segretario generale del Partito liberale italiano Giovanni Malagodi[42], anch'egli membro – peraltro scarsamente attivo – dell'Assemblea comune. Il gruppo liberale e misto prese così a sua volta le difese dell'Alta Autorità dagli attacchi socialisti, i quali, come si è visto, accusavano l'esecutivo comunitario proprio di difendere un paralizzante "crédo libéral" che lo conduceva a rinunciare al pieno uso di tutti i suoi strumenti di intervento[43]. I liberali si associarono comunque alla richiesta all'Alta Autorità di condurre un'azione più incisiva in alcuni settori e di rafforzare il suo legame con l'Assemblea.

Sul piano organizzativo, il gruppo avvertì la necessità, a fronte del processo di politicizzazione dell'Assemblea e dei nuovi sviluppi della costruzione europea, di un collegamento strutturale con l'Internazionale liberale. Al congresso tenuto da quest'ultima a Oxford, nell'agosto 1957, fu pertanto decisa una modifica dello statuto che stabilì che ai congressi dell'Interna-

zionale partecipassero fino a dieci delegati dell'Assemblea comunitaria e che due entrassero nel suo Consiglio esecutivo. Nel confronto con le altre famiglie politiche, anche il gruppo liberale era stato indotto quindi a sviluppare una rete di dialogo sovranazionale.

5. *Politica e amministrazione*

Al termine della sua esperienza (l'ultima sessione si svolse nel febbraio 1958), l'Assemblea comune aveva perciò assunto un profilo molto più politico rispetto al periodo iniziale. I gruppi erano diventati i protagonisti di questo primo esperimento parlamentare che superava i confini nazionali e cercavano di definire con più precisione i loro orizzonti programmatici.

Una conferma dell'accresciuto senso di appartenenza ideologica fu fornita dalla volontà di influenzare in chiave politica il reclutamento dei funzionari comunitari. Il personale della Ceca era stato reclutato, sin dall'inizio, cercando di conciliare il requisito della competenza con una forma di bilanciamento tra le diverse nazionalità. Lo statuto dei funzionari entrato in vigore il 1 luglio 1956 aveva sancito questo principio stabilendo che la selezione del personale dovesse avvenire garantendo una base geografica il più possibile ampia. In questo quadro, poteva accadere che, quando si rendevano vacanti dei posti, il governo del paese di origine dei funzionari che li avevano in precedenza occupati chiedesse che venissero attribuiti a persone della stessa nazionalità, o che quanto meno ci fosse una compensazione con impieghi dello stesso livello. Una lettera di questo tenore fu inviata ad esempio nel dicembre 1956 dal ministro dell'economia tedesco Ludwig Erhard al presidente della Alta Autorità Mayer. In essa si sottolineava il «vif intérêt» del governo federale tedesco a che, in seno all'Alta Autorità, i tedeschi «soient représentés dans une juste proportion»[44].

In vista della creazione della Commissione Cee e di quella dell'Euratom, il criterio politico fu avvertito anch'esso da più parti come un elemento di rilievo[45]. Nella seconda conferenza che il gruppo socialista organizzò con i rappresentanti dei partiti nazionali, nel giugno 1957, fu sottolineato che era molto importante, anche se si trattava di un problema «très difficile», sostenere «la candidature d'un nombre aussi grand que possible de socialistes» nelle nuove amministrazioni[46]. Il rappresentante del partito socialista belga, René Evalenko, mise in particolare l'accento sul fatto che siccome la creazione di un mercato comune presupponeva l'orientamento e il coordinamento della politica economica, si doveva evitare che «les fonctionnaires dirigeants» della Cee fossero «inféodés dans leur majorité aux idées libérales»[47].

Una grandissima attenzione all'orientamento ideologico dei funzionari fu rivolta dal gruppo democristiano, che si mobilitò con grande energia per cercare di assicurare un consistente reclutamento di personale politicamente fedele. La discussione sulla questione coinvolse i rappresentanti dei partiti nazionali, dei sindacati cristiani e delle organizzazioni imprenditoriali. L'esigenza di affiancare al criterio della distribuzione geografica quello della appartenenza politica fu giudicata talmente rilevante da indurre a raccomandare di non cercare il "perfectionnisme" nella ricerca della competenza:

> Des expériences nombreuses ont démontré que le souci de ne chercher pour les institutions internationales des candidats chrétiens, que s'ils sont dotés dans chaque spécialité *de la plus haute* qualification aboutit en fait fréquemment à n'être pas représentés du tout. S'il importe sans doute d'exiger des candidats des garanties d'aptitude et de moralité, il convient de situer celles-ci dans les limites raisonnables[48].

Al fine di garantire una ripartizione dei posti che risultasse soddisfacente per la corrente democristiana, il presidente del gruppo, Pierre Wigny, si rivolse per lettera nel marzo 1958 ai membri democristiani degli esecutivi comunitari mettendoli in guardia dal rischio di manovre politiche da parte di alcuni governi riguardo alla selezione del personale e formulando questa concezione non proprio ortodossa della neutralità dell'amministrazione:

> Paradoxalement mais très exactement, on peut affirmer que pour donner à une administration son indispensable caractère de neutralité, il importe de tenir compte de l'opinion publique de ceux à qui elle est confiée de manière à éviter dans l'ensemble la prédominance d'une couleur politique[49].

Il principale destinatario di queste missive era il presidente della Commissione Cee Walter Hallstein, la cui risposta, peraltro, incentrata sulla considerazione che l'equilibrio era assicurato dal fatto che per tutti i casi di assunzione di personale ad alto livello le decisioni erano prese dal collegio dei commissari[50], non soddisfece affatto il capogruppo democristiano, il quale tornò alla carica con una nuova lettera a Hallstein il 22 aprile 1958. In essa ribadiva che se da un lato i candidati ai posti dell'amministrazione dovevano avere le competenze richieste, dall'altro le differenti ideologie dovevano essere «représentées dans un équilibre suffisant». In caso contrario, avvertiva Wigny, la Commissione Cee avrebbe corso il grave rischio «de commencer son action en créant la méfiance dans le Groupe le plus important de l'Assemblée»[51].

Al di là di quale possa essere stato il loro grado di incisività, questi interventi del presidente del gruppo democristiano Wigny erano un evidente dimostrazione di quanto fosse andato avanti, nell'assemblea parlamentare comunitaria, il processo di formazione delle identità politiche. Arrivare a prospettare la nascita di un sentimento di sfiducia nei confronti della Commissione Cee nel caso in cui non fosse stato assicurato alla corrente democristiana un adeguato peso nell'amministrazione attestava il radicamento, anche nei suoi eccessi, di una dialettica politica di tipo transnazionale.

6. *Un'importante conquista simbolica: il passaggio alla ripartizione per gruppi dei posti in Aula*

I tre gruppi politici svolsero un'essenziale funzione di coordinamento in occasione del passaggio, nel marzo 1958, dall'Assemblea comune della Ceca all'Assemblea delle tre Comunità. Nel momento in cui la nuova Assemblea si riunì, tuttavia, permaneva una caratteristica che strideva fortemente con lo spazio conquistato dai gruppi nel corso degli anni: l'assegnazione dei posti nell'emiciclo avveniva ancora in base al criterio alfabetico, quasi che si avesse timore di consacrare sul piano simbolico il maggior rilievo assunto dall'appartenenza politica rispetto a quella nazionale. In realtà, la proposta di introdurre la suddivisione per gruppi era stata avanzata già da

alcuni anni dai socialisti. E in occasione dell'apertura dei lavori della nuova Assemblea, il capogruppo socialista, il francese Pierre-Olivier Lapie, avanzò nuovamente tale richiesta[52] riscuotendo l'adesione dei democratici cristiani e dei liberali[53].

La decisione di abbandonare il criterio alfabetico ebbe tuttavia una applicazione molto difficoltosa. Non si trovò subito un accordo unanime sulla nuova ripartizione poiché emerse un problema tutt'altro che facile da risolvere, che investiva anch'esso il tema dell'identità politica: nessuno voleva collocarsi a destra. Il gruppo liberale e misto, considerato dagli altri due come il naturale candidato a occupare la destra dell'emiciclo, fu costretto in maggio ad accettare questa collocazione a titolo provvisorio ma protestò vivacemente[54]: la presenza al suo interno di formazioni politiche che non si situavano a destra quali, dalla Francia, il Partito radicale e l'Udsr, a cui apparteneva il presidente del gruppo René Pleven, lo induceva ad avversare questa soluzione. Per uscire dalla situazione di stallo fu proposto di risolvere il problema con un'estrazione a sorte, ma i socialisti si dissociarono poiché giudicavano impossibile non schierarsi a sinistra[55]. Fu allora avanzata l'idea di far partecipare al sorteggio solo i liberali e i democristiani, ma fu la volta per questi ultimi di opporre un netto rifiuto, dato che non ammettevano che i socialisti ne restassero fuori[56]. La controversia si trascinò per alcune settimane e assunse toni molto accesi: il capogruppo liberale Pleven minacciò addirittura di non far più partecipare il suo gruppo alle sessioni plenarie dell'Assemblea. Il 20 giugno 1958, in una riunione del Comitato dei presidenti dell'Assemblea, egli dichiarò:

> La décision prise au sujet de la répartition des membres dans l'hémicycle pour la présente session ne peut être considérée comme définitive. Si cette décision devait néanmoins être maintenue pour la session d'octobre, le groupe des libéraux et apparentés serait obligé de cesser de participer aux séances publiques de l'Assemblée[57].

Dal canto suo, il capogruppo democristiano Wigny addossò la colpa di questa impasse alla tradizione francese della dialettica destra-sinistra. In una lettera al segretario del suo gruppo egli infatti commentò la vicenda in questi termini:

> Ce mythe français de la droite-gauche est absurde. Croyez-vous qu'il soit utile pour le bonne fonctionnement des institutions de mécontenter gravement, pour une raison aussi futile, un des trois groupes de l'Assemblée?[58]

Alla fine, nel giugno 1958, il braccio di ferro si concluse con l'accettazione da parte dei liberali, in cambio di qualche piccolo accorgimento, di sedere a destra[59]. Il principio della ripartizione per gruppi si consolidò e in tal modo l'Assemblea si inserì ancora di più nel solco della tradizione parlamentare europea. In quello stesso mese, peraltro, giungeva a compimento in Francia la crisi della Quarta Repubblica. E, con l'avvento della Repubblica gollista, il rafforzamento politico dell'istituzione parlamentare comunitaria avviato con l'esperienza dell'Assemblea comune incontrò nuovi e pesanti ostacoli.

[1] Il presente articolo costituisce la rielaborazione della relazione presentata al Convegno "European Political cultures and parties and the European integration process, 1945-1992", svoltosi presso l'IMT, Institute for Advanced Studies di Lucca dal 10 al 12 novembre 2011. Gli atti del Convegno, in lingua inglese e francese, sono in corso di stampa a cura di Giovanni Orsina e Antonio Varsori.

[2] Cfr. J.-M. Guieu, C. Le Dréau (sous la direction de), *Le «Congrès de l'Europe» à la Haye (1948-2008)*, Bruxelles, Peter Lang, 2009.

[3] Cfr. R. Ranieri, L. Tosi (a cura di), *La Comunità europea del carbone e dell'acciaio (1952-2002). Gli esiti del trattato in Europa e in Italia*, Padova, CEDAM, 2004.

[4] L'art. 21 del Trattato istitutivo della Ceca prevedeva anche la possibilità di un'elezione dei delegati a suffragio universale diretto, ma non si fece ricorso a questa possibilità.

[5] Cfr. J. De Soto, *La Communauté européenne du Charbon et de l'Acier (CECA)*, Paris, Presses universitaires de France, 1958; P.J.G. Kapteyn, *L'Assemblée commune de la Communauté du Charbon et de l'Acier. Un essai de parlementarisme européen*, Leyde, Sythoff, 1962; E. Vinci, *Il Parlamento europeo*, Milano, Giuffrè, 1968; B. Rittberger, *Building Europe's Parliament. Democratic Representation beyond the Nation-State*, Oxford, Oxford University Press, 2005; S. Guerrieri, *The Start of European Integration and the Parliamentary Dimension: the Common Assembly of the ECSC (1952-1958)*, in «Parliaments, Estates & Representation», 28, 2008, pp. 183-193.

[6] Assemblea Comune, *Discussioni*, 11 Settembre 1952, p. 17.

[7] Centre d'Histoire de Sciences Po, Paris, Archives d'histoire contemporaine, Fonds Michel Debré, 1 DE 26, *Points de vue sur l'Europe*, Institut d'Etudes politiques, Conférence de M. Michel Debré, 9 décembre 1953, pp. 17-20. Cfr. J. Perrier, *Michel Debré*, Paris, Ellipses, 2010, pp. 124 ss.

[8] Cfr. J. Mittag, *Die Politisierung der Gemeinsamen Versammlung der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl: Anfänge transnationaler Fraktionsbildung im Europäischen Parlament*, in «Journal of European Integration History», vol. 17, 1, 2011, pp. 13-30.

[9] Si veda la discussione che si aprì nel Bureau dell'Assemblea nel novembre 1956 a seguito della richiesta del presidente del gruppo liberale, René Pleven, di inserire nella Commissione per gli affari politici un liberale tedesco che rappresentava «la fraction du parti libéral qui s'est séparée de la coalition gouvernementale allemande». Archivi Storici dell'Unione europea, Firenze (d'ora in avanti ASUE), Bureau de l'Assemblée commune, procès-verbal de la réunion du mercredi 28 novembre 1956, pp. 2-4. Poiché i documenti del Bureau e del Segretariato dell'Assemblea, consultabili nel vecchio fondo PE1 degli ASUE, non sono stati reinseriti nel nuovo fondo archivistico dell'Assemblea comune, indico la vecchia collocazione (PE 1, 39) e il numero progressivo del documento (AC 2706). Una gran parte di questi documenti può ora essere consultata presso il Centro archivistico del Parlamento europeo a Lussemburgo.

[10] ASUE, Procès-verbal de la réunion du Bureau de l'Assemblée Commune et des Représentants des Groupes Politiques du lundi 27 septembre 1954 (PE1, 30), AC 877, p. 5. Si veda la nota del 6 settembre 1954 preparata per il Bureau dal Segretario Generale dell'Assemblea (PE1, 30), AC 814.

[11] Cfr. G. Van Oudenhove, *The Political Parties in the European Parliament. The first Ten Years (September 1952-September 1962)*, Leyden, A.W. Sijthoff, 1965.

[12] Sull'azione della Ceca in campo sociale cfr. L. Mechi, *Le politiche sociali della Ceca*, in R. Ranieri, L. Tosi (a cura di), *La Comunità europea del Carbone e dell'Acciaio (1952-2002)*, cit., pp. 105-126.

[13] Réunion jointe des Membres de l'Assemblée Consultative du Conseil de l'Europe et des membres de l'Assemblée Commune de la Communauté européenne du charbon et de l'acier, *Compte rendu in extenso des débats*, Strasbourg, 22 juin 1953, pp. 49-50.

[14] Assemblea comune, *Discussioni*, 2 dicembre 1954, pp. 111-154.

[15] Assemblea comune, *Discussioni*, 1° dicembre 1954, p. 73.

[16] Cfr. K. Featherstone, *Socialist Parties and European Integration. A Comparative History*, Manchester, Manchester University Press, 1988; R.T. Griffiths (ed.), *Socialist Parties and the Question of Europe in the 1950s*, Leiden, Brill, 1993; L. Rapone, *I socialisti e l'Europa*, in «Il Ponte», 2004, nn. 2-3, pp. 173-194; D.G. Dimitrakopoulos (ed.), *Social Democracy and European Integration. The Politics of Preference formation*, London and New York, Routledge, 2011.

[17] Archives de l'Office universitaire de recherche socialiste, Paris, Fonds Guy Mollet, AGM 108, Guy Mollet au Président de la Commission Constitutionnelle (copie), 25 février 1953.

[18] Cfr. L. Grazi, *Verso una "communauté d'action supranationale". Il gruppo socialista all'Assemblea comune della Ceca (1953-1957)*, in F. Di Sarcina *et al.* (a cura di), *Europa in progress. Idee, istituzioni e politiche nel processo di costruzione europea*, Milano, Angeli, 2006, pp. 25-38.

[19] ASUE, Fondo Gruppo socialista al Parlamento europeo (d'ora in avanti GSPE), 10, 29/b/55, Compte rendu analytique des réunions du Groupe socialiste, 6-7 mai 1955, pp. 1-6.

[20] ASUE, GSPE 10, 13/55, Remarques du groupe de travail socialiste sur le mémorandum de la Haute Autorité relatif à la politique charbonnière. Questo memorandum fu inviato da Mollet a Monnet il 28 aprile 1955.

[21] Assemblea comune, *Discussioni*, 10 maggio 1955, p. 280.

[22] In un documento di lavoro presentato nel giugno 1956, Nederhorst dichiarava: «La politique de la Haute Autorité donne de plus en plus matière à critique à la fraction socialiste. […] On ne peut échapper à l'impression que la politique de la Haute Autorité s'est relâchée au cours de ces 18 derniers mois. […] La cause de ce relâchement se trouve dans la situation née après le rejet de la C.E.D. Au lieu d'agir de sorte que, de cet unique centre supranational émane une impulsion dans le sens d'une intégration plus poussée, on a l'impression que la Haute Autorité ait été d'avis qu'elle devait s'assigner un objectif plus limité et s'efforcer d'éviter tout conflit avec les gouvernements nationaux et les groupes d'intérêts. D'un autre coté, la démission de M. Jean Monnet et la nomination de M. René Mayer comme président eut incontestablement pour effet de renforcer les conceptions libérales dans la politique de la Haute Autorité». ASUE, GSPE 12, AC/GS/172, Document de travail pour la réunion des 16 et 17 juin 1956, Quelques considérations critiques sur la politique de la Haute Autorité, par G.M. Nederhorst, p. 1.

[23] Assemblea comune, *Discussioni*, 22 giugno 1956, pp. 747-750.

[24] ASUE, GSPE 14, AC/GS/233, Rapport sur l'activité du groupe socialiste de l'Assemblée Commune de la C.E.C.A., 10 septembre 1952-1er décembre 1956, par Henri Fayat, p. 9.

[25] Cfr. A Varsori, *La Cenerentola d'Europa? L'Italia e l'integrazione europea dal 1947 ad oggi*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2010.

[26] ASUE, GSPE 18, AC/GS/349, Conférence des partis socialistes des pays membres de la C.E.C.A., Luxembourg, 3 et 4 juin 1957, compte rendu analytique, Ière partie, p. 11.

[27] Cfr. Papini, *L'Internazionale DC. La cooperazione tra i partiti democratici cristiani dal 1925 al 1985*, Milano, Angeli, 1986; M. Gehler, W. Kaiser, *Transnationalism and early European integration: the NEI and the Geneva Circle 1947-1957*, in «The Historical Journal», vol. 44, n. 3, 2001, pp. 773-798; M. Gehler, W. Kaiser (eds.), *Christian Democracy in Europe since 1945*, London, Routledge, 2004; S. Delureanu, *Le "Nouvelles equipes internationales". Per una rifondazione dell'Europa (1947-1965)*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2006; W. Kaiser, *Christian Democracy and the Origins of the European Union*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007; P. Fontaine, *Voyage au Coeur de l'Europe (1953-2009). Histoire du Groupe Démocrate-Chrétien et du Parti Populaire Européen au Parlement européen*, Bruxelles, Editions Racines, 2009.

[28] Cfr. Ph. Chenaux, *Pio XII. Diplomatico e pastore*, Cinisello Balsamo, San Paolo, 2004.

[29] Konrad-Adenauer-Stiftung, Sankt Augustin (Bonn), Archiv für Christlich-Demokratische Politik (d'ora in avanti ACDP), CD/EVP-ED-Fraktion des Europäischen Parlaments, 09-001, 002/2, Procès-verbal de la réunion du Groupe qui a eu lieu mercredi 1er décembre 1954.

[30] Cfr. i rapporti presentati da Robert Houben ai congressi delle Nouvelles équipes internationales del 1952 e del 1954.

[31] ACDP, CD/EVP-ED-Fraktion des Europäischen Parlaments, 09-001, 009/1, Note au groupe démocrate-chrétien de l'Assemblée commune. Comment préciser la doctrine politique?, p. 10.

[32] *Ibidem*.

[33] *Ibidem*, p. 4.

[34] ACDP, CD/EVP-ED-Fraktion des Europäischen Parlaments, 09-001, 009/1, Cartels et ententes. Essai de précision de la position doctrinaire.

[35] ACDP, CD/EVP-ED-Fraktion des Europäischen Parlaments, 09-001, 002/3, Procès-verbal de la réunion du Groupe qui a eu lieu mercredi 11 mai 1955.

[36] La motivazione addotta fu la seguente: «En vue du prochain fonctionnement de l'Assemblée unique des trois Communautés CECA, Marché Commun et Euratom, plusieurs membres du Groupe démocrate-chrétien de l'Assemblée Commune de la Communauté Européenne du Charbon et de l'Acier ont exprimé le désir que soit élaborée dès maintenant une doctrine économique et sociale démocrate-chrétienne sur laquelle les membres dudit Groupe puissent s'appuyer au cours des discussions d'ordre économique et sociale qui auront lieu dans l'avenir». ACDP, CD/EVP-ED-Fraktion des Europäischen Parlaments, 09-001, 010/2, H.-J. Opitz au Secrétaire Général du Groupe parlementaire Mrp, Conseil de la République, 24 Janvier 1958.

[37] ACDP, CD/EVP-ED-Fraktion des Europäischen Parlaments, 09-001, 010/2, Note relative à la proposition formulée par plusieurs membres du Groupe d'élaborer une doctrine démocrate-chrétienne en matière économique et sociale (inviata dal Segretariato al Presidente del gruppo il 19 febbraio 1958), p. 4.

[38] ACDP, CD/EVP-ED-Fraktion des Europäischen Parlaments, 09-001, 002/6, Procès-verbal de la réunion du Groupe qui a eu lieu le 24 février 1958, p. 3.

[39] Assemblea parlamentare europea, *Discussioni*, 19 marzo 1958, pp. 20-24.

[40] *Annuaire-Manuel de l'Assemblée Commune*, Luxembourg, 1958, pp. 53-59.

[41] Archivio Storico della Camera dei Deputati, Roma, Archivio dell'Istituto per la Storia del Movimento Liberale, Fondo Internazionale Liberale, busta 387, fasc. 0001, sottofasc. 3, Réunion annuelle du Conseil, 1954, Knokke, Belgique, Rapport de M. le Président Motz sur "Le fonctionnement de la Communauté européenne du charbon et de l'acier", p. 3.

[42] Archives nationales, Paris (d'ora in avanti AN), Fonds René Mayer, 363 AP 33, dr. 2, 7 giugno 1955.

[43] ASUE, GSPE 17, AC/GS/331, compte rendus des réunions du groupe socialiste, 14 mai 1957, p. 10.

[44] AN, Fonds René Mayer, 363 AP 35, dr. 3, Erhard à Mayer (traduzione dell'originale in tedesco), 21 décembre 1956. La risposta di Mayer a Erhard fu la seguente: «J'ai l'honneur de vous faire connaître que la Haute Autorité, pour les postes supérieurs, et le Président de la Haute Autorité, pour les postes qui sont à sa nomination, continueront à tenir compte, dans toute la mesure du possible, d'une répartition équitable des postes quant aux fonctionnaires des différentes nationalités des pays membres. Il ne saurait être question, bien entendu, de créer une vocation à succession à l'intérieur de nos services pour des fonctionnaires d'une nationalité déterminée à certains postes déterminés, ce qui serait contraire aux dispositions du statut et notamment à celles qui prévoient la procédure de concours pour pourvoir aux emplois vacants. Néanmoins, et sous cette réserve, je crois pouvoir vous confirmer que les préoccupations d'équité auxquelles je fais allusion ci-dessus continueront à inspirer les décisions qui seront prise en la matière» (*ibidem*, Mayer à Erhard, 8 janvier 1957).

[45] Cfr. K. Seidel, *The Process of Politics in Europe: the Rise of European Elites and Supranational Institutions*, London, New York, Tauris Academic Studies, 2010, pp. 92-95.

[46] ASUE, GSPE 19, AC/GS/420, Les traités instituant la "Communauté économique européenne" (C.E.E.) et la "Communauté européenne de l'énergie atomique" (Euratom) sont entrés en vigueur le 1er janvier 1958, Document d'information du Secrétariat du groupe […], Luxembourg, le 6 février 1958, p. 13.

[47] ASUE, GSPE 18, AC/GS/349, Conférence des partis socialistes des pays membres de la C.E.C.A., Luxembourg, 3 et 4 juin 1957, compte rendu analytique, Ière partie, p. 13.

[48] ACDP, CD/EVP-ED-Fraktion des Europäischen Parlaments, 09-001, 010/2, Procès-verbal de la réunion de représentants démocrates-chrétiens qui a eu lieu le 18 octobre 1957, pp. 3-4. Questa considerazione era già stata espressa nell'incontro tra i rappresentanti dei partiti democristiani svoltosi a Bruxelles il 29 luglio 1957: M. Gehler, W. Kaiser (Hrsg.), *Transnationale Parteienkooperation der europäischen Christdemokraten. Dokumente 1945-1965*, München, K.G.Saur, 2004, Dok. 159, p. 502.

[49] ACDP, CD/EVP-ED-Fraktion des Europäischen Parlaments, 09-001, 012/1, Wigny à Hallstein, 12 Mars 1958.

[50] ACDP, CD/EVP-ED-Fraktion des Europäischen Parlaments, 09-001, 012/1, Hallstein an Wigny, 21 März 1958.

[51] ACDP, CD/EVP-ED-Fraktion des Europäischen Parlaments, 09-001, 012/1, Wigny à Hallstein, 22 Avril 1958.

[52] ACDP, CD/EVP-ED-Fraktion des Europäischen Parlaments, 09-001, 011/1, Lapie à Wigny, 13 Mars 1958. Lapie scrisse che «la division de la salle des séances en groupes est une disposition matérielle qui donnera visuellement aux groupes politiques toute leur importance».

[53] Assemblea parlamentare europea, *Discussioni*, 19 marzo 1958, p. 25, e 21 marzo 1958, pp. 104-105.

[54] Parlement européen, Centre archivistique et documentaire, Luxembourg (d'ora in avanti CARDOC), PE0 OD PV/COPR-19580620, Comité des Présidents, Procès-verbal de la réunion tenue le vendredi 20 juin 1958, p. 11: «M. Pleven rappelle que le groupe libéral a élevé au mois de mai une protestation vigoureuse au sujet de la place réservée à ses membres dans l'Hémicycle».

[55] ASUE, GSPE 20, APE/GS/21/58, Lapie à Schuman, président de l'Assemblée parlementaire européenne, copia, 31 Mars 1958.

[56] ACDP, CD/EVP-ED-Fraktion des Europäischen Parlaments, 09-001, 002/6, Procès-verbal de la réunion du Groupe qui a eu lieu le 20 juin 1958.

[57] CARDOC, PE0 OD PV/COPR-19580620, Comité des Présidents, Procès-verbal de la réunion tenue le vendredi 20 juin 1958, p. 11.

[58] ACDP, CD/EVP-ED-Fraktion des Europäischen Parlaments, 09-001, 012/1, Wigny à Opitz, 22 Avril 1958.

[59] CARDOC, PE0 OD PV/BURE-19580626, Procès-verbal de la réunion du Bureau de l'Assemblée parlementaire européenne du vendredi 26 juin 1958, p. 2. Il piano approvato fu il seguente: gruppo socialista, "gauche vers le centre"; gruppo democratico-cristiano, "centre"; gruppo liberale e misto: "centre vers la droite". Inoltre, a ogni gruppo furono assegnati «au moins deux places au centre de la première rangée».

Primo piano: E. Di Rienzo
Il Regno delle Due Sicilie e le potenze europee (1830-1861)

Soveria Mannelli, Rubbettino, 2012, pp. 229, ISBN 9788849832259, Euro 11,90

MARIA SOFIA CORCIULO

Nei numerosi ed affollati dibattiti che hanno caratterizzato – per tutto il 2011 – le celebrazioni per i 150 anni dell'Unità d'Italia, le vicende storiche del Meridione sono state oggetto di ampio interesse che va al di là di quello degli storici di professione. Si sono, in tale contesto, evidenziati taluni avvenimenti politici poco noti sia interni al Regno, sia "esterni", con riferimento alle influenze ed interventi – più o meno legali – delle principali potenze europee che hanno determinato il "destino" storico-istituzionale del Regno di Napoli. Mancavano, in tale affresco, alcune tessere del complesso *puzzle* che portò all'Unificazione italiana e che ora vengono messe a punto da E. Di Rienzo in questo recente volume. Egli, infatti, attraverso un'approfondita ricerca, condotta prevalentemente sulle fonti diplomatiche, la cui rilevanza si dimostra ancora una volta fondamentale nella ricostruzione degli eventi storici, documenta alcuni aspetti poco noti o addirittura quasi sconosciuti del cruciale periodo 1830-61.

L'Autore inquadra nel contesto internazionale coevo le scelte e la condotta politica estere specialmente francese ed inglese, da sempre attente e preoccupate dei mutamenti politici concernenti gli Stati italiani.

In particolare l'Inghilterra aveva sempre ritenuto – specialmente dopo la fine dell'Impero napoleonico – di essere in credito nei confronti del Regno di Napoli, per averlo più volte sostenuto in taluni cruciali momenti storici (a partire dal 1799); l'ultimo "aiuto" inglese si era concretizzato durante la rivoluzione napoletana del 1820-1821, che aveva portato all'adozione nel Regno della Costituzione di Cadice del 1812: testo considerato eversivo da tutti i sovrani europei. In quell'occasione l'ambigua astensione dell'Inghilterra era stata fondamentale ai fini dell'invasione del Regno da parte dell'esercito della Santa Alleanza, che aveva in tal modo posto fine brutalmente al primo esperimento costituzionale realizzatosi in uno stato preunitario[1].

Pertanto, l'Inghilterra nei decenni successivi non recepì di buon grado quella che considerò una manifestazione di arroganza da parte di Ferdinando II di Borbone, del quale più volte Di Rienzo sottolinea la manifesta volontà di essere "autonomo" nei confronti delle influenze francesi ma, soprattutto, inglesi. Il sovrano, per mantenersi fedele a tale intento, promosse, a partire dagli anni '30 una politica di assoluta neutralità che nel contesto internazionale coevo sarebbe stata foriera di pericoli contribuendo ad irritare ulteriormente le potenze straniere, specialmente allorché si espresse anche in una difesa degli interessi economici dello Stato di Napoli (emblematico fu, a questo proposito, la cosiddetta "sulphure war"). La tensione fra il Borbone e l'Inghilterra si acuì notevolmente a partire dal 6 luglio 1846, allorché Palmerston, che non simpatizzava per il sovrano Borbone, diventò ministro degli Esteri. Negli anni seguenti, dopo la repressione dell'esperimento costituzionale napoletano del '48, Ferdinando arrestò alcuni fra i più noti patrioti che avevano partecipato alla redazione dello Statuto ed al successivo governo liberale instaurato (fra di essi spiccavano i nomi di Spaventa, Settembrini e Poerio). Cominciò allora per la prima volta e proseguì negli anni successivi, fino all'Unificazione, l'interesse della pubblica opinione europea per l'andamento dei processi politici borbonici, ai quali erano soliti assistere diplomatici delle diverse potenze accreditate a Napoli (l'ambasciatore inglese Temple spesso si intratteneva durante le udienze con l'imputato Poerio) e rappresentanti delle testate giornalistiche più rilevanti del tempo. Dopo la pubblicazione, nel 1851, da parte del Gladstone delle lettere a Lord Aberdeen che evidenziavano il disumano trattamento al quale erano sottoposti i prigionieri politici, la stampa inglese, compreso il «Times», sovente denunciava tale terribile situazione:

> come possa il Poerio essere ancora in vita è una domanda cui nessuno riesce ancora a dare risposta. Le catene gli hanno causato una grave affezione spinale oramai incurabile… Lo Schiavone ha perduto completamente l'uso di un occhio e parzialmente dell'altro; il Pironti, nonostante una paralisi, incapace di muoversi, è pure in catene, per non citare molti altri, quale un giovane di ventiquattr'anni, Alfonso Zeuli, consumato dalla tubercolosi, a causa dell'umidità della prigione, ridotto oramai a uno scheletro, incapace di respirare e parlare; a questi è stata già amministrata l'estrema unzione eppure è ancora tenuto in catene![2]

Lo sdegno dell'opinione pubblica inglese – ed europea – sembra essere considerato da Di Rienzo quasi un'efficace arma "propagandistica", in qualche modo usata strumentalmente dal governo, per screditare sempre di più il Regno di Napoli di fronte all'Europa intera. Purtroppo, la documentazione sui processati politici (il contributo dei patrioti meridionali è stato anch'esso spesso sottovalutato dalla storiografia "italiana") conferma quanto sostenuto dalla stampa e dal governo inglesi, divenendo spesso oggetto, in quel periodo, di dibattiti nei parlamenti europei. La presenza dei diplomatici stranieri ai processi politici irritava e preoccupava il sovrano borbonico che pretese di essere informato minuziosamente sulle presenze effettive di costoro[3]. L'interesse inglese per la con-

dizione dei detenuti politici napoletani fu confermato dalla richiesta al Borbone di amnistiare alcuni patrioti; addirittura, nel 1855, la Gran Bretagna aveva studiato le modalità per effettuare un *blitz* al fine di liberare Settembrini e Poerio; azione, questa, poi non realizzata a causa dell'arresto, proprio nello stesso periodo, di alcuni importanti cospiratori, tra cui una patriota, Antonietta de Pace. Anche questo processo, che, nelle carte di Polizia, viene definito Mignogna, fu attentamente monitorato dai governi e dalla stampa inglese: il «Times» riportava costantemente ogni udienza; e fu proprio, grazie a questo "controllo" europeo e, soprattutto, inglese, che gli imputati non furono mandati a morte secondo le richieste dell'accusa[4]. Sicuramente, come sostiene Di Rienzo – ci fu da parte del Borbone e dei suoi Ministri, la totale incomprensione che l'ostentata neutralità del Regno avrebbe condotto ad un pericoloso isolamento (Ferdinando II non volle partecipare neppure alla guerra di Crimea al fianco di Francia e Inghilterra, contrariamente a quanto fece l'astuto Cavour, primo ministro del regno sardo). Come pure è da convalidare la tesi dell'Autore che la tutela degli interessi statali sia stata perseguita dall'Inghilterra con spregiudicatezza e, spesso, spregio delle norme a favore dei propri interessi commerciali: si trattava – come egli scrive – «di una strategia di imperialismo commerciale camuffata dalla difesa dei principi del libero scambio»[5]. Tuttavia, non si può non ricordare che l'opinione pubblica europea, specialmente negli anni 1848-1860, fu quasi unanimemente schierata contro il Regno di Napoli, il cui sovrano mai, nonostante le richieste pervenute da più parti, aveva concesso le auspicate riforme. A partire dal 1855 perfino la Russia, il Belgio e la Spagna si unirono all'Inghilterra chiedendo a Ferdinando di voler dare un segno di conciliazione liberando Poerio, Settembrini e Spaventa. Ma ciò avvenne soltanto all'epilogo del Regno, nel 1859. Alla vigilia della sua morte, Ferdinando graziò 90 prigionieri politici decretando per essi l'esilio perpetuo negli USA[6]; e tuttavia, contemporaneamente, introducendo ulteriori misure repressive per gli eventuali, futuri, dissidenti politici.

Succeduto al trono il giovanissimo Francesco II, egli fin dall'inizio si dimostrò fortemente intenzionato a seguire l'esempio del padre, sulla via della neutralità politica e del diniego ad ogni testo costituzionale, anche se effettuò un rimpasto del Governo in senso più liberale, facendolo presiedere dall'anziano Carlo Filangieri di Satriano, filofrancese ed ex aiutante di campo di Gioacchino Murat. Ma era ormai troppo tardi. La *force des choses* si stava imponendo sulle scelte meditate. Francia e Gran Bretagna stipularono il 23 gennaio 1860 un accordo commerciale che valse ad isolare sempre di più il Regno di Napoli. Nello stesso periodo il patriota Alberto Mario attuava a Londra una raccolta di fondi a favore dell'impresa garibaldina. Proprio su di essa la documentazione raccolta da Di Rienzo appare di grande interesse – anche perché poco nota – ed il suo "racconto" storico si dipana come un avvincente thriller. Egli, infatti, sostiene che la flotta inglese – che si trovava "casualmente" nella rada di Marsala – si interpose volutamente sulla linea di fuoco di quella napoletana – alla quale peraltro erano stati

impartiti ordini ambigui e confusi – allorché i garibaldini sbarcarono in Sicilia. Il governo borbonico protestò violentemente affermando che v'era stata «una cooperazione manifesta dei vapori inglesi» a favore dei garibaldini[7]. Ma tali rimostranze, pur essendo condivise dalle potenze europee, non portarono ad alcun intervento, neppure della Francia, contro Garibaldi. Soltanto il 25 giugno successivo Francesco II si decise ad emanare un abbozzo di Costituzione, chiedendo, nello stesso tempo, un accordo con lo Stato sabaudo. Ma ormai il destino del Regno era segnato. Dopo la fuga e la capitolazione borbonica a Gaeta, ove si erano rifugiati Francesco e Maria Sofia, si tenne il Plebiscito, svoltosi in maniera confusa e spesso pilotata (si disse anche da parte della camorra schieratasi contro i Borboni). Quest'atto ufficiale pose un suggello pseudo-legale all'annessione del Regno di Napoli[8].

L'inerzia, la passività della politica estera napoletana, unita alla miopia politica e al terrore del giacobinismo da parte dei Borboni avevano contribuito assieme agli interessi delle potenze straniere, in particolare dell'Inghilterra, a distruggere il più popoloso e importante dei "piccoli" Stati europei. Una nazione sovrana era stata invasa senza alcuna dichiarazione di guerra ed annessa in un nuovo Stato.

Negli anni successivi, alla Camera dei Comuni, la condotta della Gran Bretagna fu definita dal conservatore Pope Hennessy «a dirty affair»; e venne stigmatizzato il comportamento dell'esercito sabaudo nei confronti di quegli abitanti del Regno di Napoli (compresi i militari) che, rimasti fedeli ai Borboni, furono considerati criminali e briganti e come tali perseguitati. Alcuni deputati inglesi, fra cui George Cavendish Bentinck, definirono un grande errore quello commesso dalla Gran Bretagna che, in violazione di tutte le leggi internazionali, aveva incendiato il sud d'Italia; inoltre, uno dei più fidati collaboratori di Disraeli, Henry Lennox, giunse ad affermare che «il Regno Unito aveva prostituito la sua politica estera appoggiando un'impresa illegittima e scellerata che aveva portato a l'instaurazione di un vero e proprio regno del terrore». Di esso fecero le spese le province meridionali, compresa la Sicilia, che pur aveva sperato di ottenere dai Savoia una certa autonomia politica in forza dei suoi trascorsi conflittuali con i Borboni). Negli anni successivi, dopo l'approvazione della legge Pica del 1863, che istituiva, sospendendo le garanzie previste dallo Statuto Albertino, le Commissioni Militari per quanti si fossero opposti al neo Stato italiano, la massiccia emigrazione delle popolazioni meridionali nelle Americhe fu la tragica testimonianza di una Unificazione italiana che avrebbe potuto avere un percorso ed un epilogo diverso.

[1] Gli avvenimenti politici del 1820-21 soltanto da pochi anni sono stati riconsiderati nella loro effettiva valenza storico-istituzionale. Cfr., a questo proposito, in generale, M.S. Corciulo, *Una Rivoluzione per la Costituzione. Alle origini del Risorgimento meridionale*, Pescara, ESA, 2010²; e, in particolare, per l'atteggiamento dell'opinione pubblica e del governo inglese, cfr. A. Del Corno, *Il dibattito politico sulla Rivoluzione costituzionale napoletana del 20 e 21 nella stampa inglese dell'epoca*, in ivi, pp. 115-135 e M.S. Corciulo, *England's political institutional influences on Neapolitan constitutionalism 1820-21*, in «Parliament Estate & Representations», n. XXVIII, 2008.

[2] Mi permetto di rinviare a M.S. Corciulo, *Opinione europea e processi politici nel Regno delle Due Sicilie: il caso Mignogna-De Pace (1855-56)*, in «Archivio Storico per le Province Napoletane», n. CXXII, 2004, pp. 395-407; di cui è stata pubblicata una versione in inglese: *The Influence of "Constitutional" European Public Opinion on Political Trials in the Kingdom of Naples (1855-56)*, in «Parliament, Estate & Representation», n. XXV, 2005, pp. 125-134.

[3] In uno degli ultimi processi borbonici (1855-56), in una lettera il Procuratore Generale del re presso la Gran Corte Criminale, Francesco Nicoletti, scriveva al Direttore del Ministero di Stato, Real Segreteria di Grazia e Giustizia: «non debbo inoltre tacerLe che continuarono ad intervenire alle udienze il Ministro degli Stati Uniti d'America e l'altro di Sua Maestà prussiana, essendo lì presenti ancora due Inglesi, che si dissero della Legazione di quel Governo in questa Capitale, nonché un altro personaggio appartenente alla Legazione francese» (Corciulo, *Opinione pubblica e processi politici* cit., p. 400).

[4] Anche il francese «Journal des Debats» e il piemontese «L'Opinione» monitoravano attentamente tale processo.

[5] Di Rienzo, *Il Regno delle Due Sicilie* cit., p. 34.

[6] La nave napoletana diretta negli Stati Uniti fu dirottata dai patrioti ed approdò a Londra, ove essi ebbero asilo politico.

[7] Di Rienzo, *Il Regno delle Due Sicilie* cit., p. 150.

[8] Le irregolarità nelle procedure di votazione e nel conteggio dei risultati sono state denunciate in particolare da R. Martucci, *L'invenzione dell'Italia unita 1855-1864*, Firenze, Sansoni, 1999; sull'andamento dei plebisciti, cfr. A. De Rosa (a cura di), *L'Unità d'Italia. La storia celata*, Napoli, Arte Tipografica Editrice, 2011.

Ventidue proposte di lettura

A CURA DI AULONA AGO, ANTONELLA BETTONI, RONALD CAR, DUCCIO CHIAPELLO, NINFA CONTIGIANI, LUIGI LACCHÈ, CARLOTTA LATINI, GIUSEPPE MECCA, JULIA SOLLA SASTRE, MONICA STRONATI

A

Bruce ACKERMAN
Tutti i poteri del Presidente. Declino e caduta della Repubblica americana

Bologna, Il Mulino, 2012, pp. 264, ISBN 9788815238276, Euro 27

(ed. orig. *The Decline and Fall of the American Republic*, Cambridge, Harvard University Press, 2010)

Di questo saggio già ampiamente discusso sulle pagine del «Giornale di Storia costituzionale» (si veda il *Primo piano* di Michele Surdi del n. 21/2011), si tratta ora di segnalare l'uscita anche in lingua italiana per le edizioni de Il Mulino.

In una fase storica in cui il nostro dibattito politico è infiammato da teoremi, congetture e profezie sul "destino presidenziale" che attenderebbe l'assetto istituzionale italiano, meriterà forse ancor più gettare uno sguardo sulle inquietudini che attraversano paesi in cui il presidenzialismo vive, prospera e pare a sua volta incubare evoluzioni ulteriori. Esemplare, sotto questo profilo, è la prospettiva che Bruce Ackerman, costituzionalista e docente a Yale, delinea a fronte dei recenti sviluppi che hanno investito la democrazia statunitense. Un quadro diagnostico, il suo, compilato tutt'altro che a freddo e che, richiamandosi a specifiche vicende legate alla «guerra al terrorismo», all'illegale detenzione e tortura di «terroristi globali» e all'avvio di operazioni belliche senza preliminare autorizzazione parlamentare, arriva a stigmatizzare la progressiva, ipertrofica estensione dei poteri di un Presidente stabilmente coadiuvato da opachi e pletorici staff e costantemente intento ad agire sulla duplice leva – insieme conoscitiva e manipolativa – dei sondaggi d'opinione.

Secondo Ackerman, a dispetto del mutamento degli equilibri istituzionali, con il netto arretramento di Congresso e Corte Suprema, l'attuale inquilino della Casa Bianca mantiene comunque una propria personale etica – o meglio dietetica – del potere, che gli impedisce di valersi fino in fondo delle imponenti risorse decisionali di cui potrebbe oggi a vario titolo disporre; tuttavia ciò non arresta il «declino e la caduta della Repubblica americana», quanto piuttosto ne maschera la natura proprio nella fase in cui tale processo rischia di giungere a piena maturazione.

L'Autore parla apertamente di crisi costituzionale dell'«American presidency», le cui attuali patologie rappresenterebbero insieme i sintomi e le specifiche modalità di manifestazione di un male sistemico; e il senso di smarrimento intellettuale che traspare dalle pagine dedicate al reiterarsi dei «governi di emergenza» – con il conseguente strozzamento del dibattito pubblico sull'identità e sul destino della democrazia statunitense – induce Ackerman a spingersi oltre la diagnosi e a ipotizzare rimedi in grado di frenare, se non di sventare, un futuro di «decadenza» e «crollo» per l'assetto istituzionale del paese. Che tali rimedi non si limitino affatto a operazioni di cosmesi costituzionale, ma al contrario contemplino anche diversi tentativi di ripristinare l'*agorà* che fu culla dell'antica democrazia, favorendo il dibattito, lo scambio reciproco, l'informazione e la piena maturazione civile dei cittadini, la dice lunga sui timori che l'Autore nutre di fronte all'irrazionalismo politico che a suo avviso pervade le dinamiche elettorali e che, lungi dal frenare lo strisciante mutamento del sistema, ne è anzi il miglior catalizzatore.

Un volume documentato ma volutamente non misurato, mirante a offrire un punto di vista forte che possa essere accettato o respinto, ma non ignorato. Neppure sull'altra sponda dell'oceano.

D.C.

Fabrizio Amore Bianco
Il cantiere di Bottai. La scuola corporativa pisana e la formazione della classe dirigente fascista

Siena, Cantagalli, 2012, pp. 322
ISBN 9788882727901, Euro 18

Fabrizio Amore Bianco ripercorre le tappe della formazione della 'Scuola pisana' come laboratorio per la futura classe dirigente del regime fascista. La nascita della "Scuola di perfezionamento in legislazione corporativa" a Pisa, connessa alla Facoltà di Giurisprudenza, aveva il compito di formare i giovani giuristi in un ambito, quello degli studi corporativi, ancora di difficile comprensione e non ben delineato nei suoi tratti specifici di disciplina. Giuseppe Bottai, insieme a Ugo Spirito e Arnaldo Volpicelli avrebbero caratterizzato fino a tutto il 1935 l'indirizzo scientifico della Scuola corporativa. A questo si accompagna la nascita del Collegio Mussolini, amministrato dalla Normale e destinato a selezionare i migliori studenti che si volessero dedicare agli studi delle dottrine politiche, economiche e giuridiche in un senso corporativo.

Il 'progetto Bottai' di edificazione della struttura corporativa dello stato produce alcuni risultati, se non altro nel senso di integrare il processo di fascistizzazione della società in generale e delle università in particolare. Presso queste ultime però l'Autore non manca di segnalare che il progetto corporativo incontrava resistenze, date anche le peculiarità di ciascun Ateneo e lo scontro, neanche tanto velato, tra *vecchie discipline giuridiche* e *nuove discipline corporative*. Il gerarca Bottai pensava alla necessità di un superamento delle vecchie istituzioni liberali: l'educazione era dunque il cardine, a suo avviso, di una trasformazione quasi antropologica del cittadino del tardo Stato liberale di diritto in un *homo novus* autenticamente organico allo stato totalitario. Com'è noto, il fascismo nel suo lento divenire verso la dimensione dello stato totalitario, finì per mancare l'obiettivo: almeno due anime al suo interno, quella pratica, reazionaria e contingente, e quella "visionaria" e rivolta al futuro, non riuscirono a fondersi mai.

C.L.

B

Frank Bajohr, Michael Wildt (Hrsg.)
Volksgemeinschaft. Neue Forschungen zur Gesellschaft des Nationalsozialismus

Frankfurt am Main, Fischer, 2009, pp. 240
ISBN 9783596183548, Euro 15

La più recente storiografia sul nazismo, di cui il presente volume è un valido esempio, sta affrontando dei tabù di fronte ai quali le precedenti generazioni di storici – soprattutto tedeschi – percepivano un comprensibile imbarazzo, come aveva dimostrato il noto *Historikerstreit* degli anni Ottanta. In altre parole, non si intende più rifuggire dal compito di trovare risposte esaurienti alle ragioni del vasto e duraturo consenso ottenuto dal regime hitleriano, senza nasconderle dietro gli esempi non così frequenti di resistenza attiva ostentati dalle prime ricostruzioni storiche (ad esempio da Martin Broszat negli anni Sessanta), né giustificarle invocando il terrore del comunismo (Ernst Nolte). Alla sovrapposizione dei termini "tedesco" e "nazista" promossa dalla propaganda di Goebbels non mancavano, difatti, riscontri tangibili nella vita quotidiana del Terzo *Reich*. La tesi proposta dai curatori del volume sostiene quindi che il governo nazista fosse effettivamente riuscito a conquistare una larga legittimità, principalmente in virtù della promessa di ricostruire la comunità del popolo (*Volksgemeinschaft*). Una promessa dal richiamo così potente che, affermano i curatori, le prime generazioni di storici tedeschi del dopoguerra avevano evitato di tematizzarla per non risvegliare una delle armi ideologiche più potenti del nazismo.

Questa comunità immaginaria viene quindi vagliata nei contributi raccolti nel volume, esaminandone le diverse potenzialità che vertono sulla promozione sociale per i membri più meritevoli della razza: ad esempio per i lavoratori specializzati nella nuova industria aerea o per i funzionari delle organizzazioni dedite al rafforzamento dell'organismo nazionale, come la *Volkswohlfahrt*, o la *Hitlerjugend*. Colonie per la gioventù, luoghi di lavoro o rifugi antiaerei vengono esaminati nella loro veste di sedi di mobilitazione comunitaria governate dalle discriminazioni tra sano/malsano, cameratesco/individualistico e soprattutto ariano/alieno, che avrebbero contribuito ad improntare l'atteggiamento quotidiano dei cittadini del *Reich* allo spirito della "comunità di destino".

R.C.

C

Alberto Castelli (a cura di)
Politics e il nuovo socialismo. Per una critica radicale del marxismo

Milano, Marietti, 2012, pp. 336
ISBN 9788821193149, Euro 22

Tra il 1944 e il 1946, a New York, Dwight Macdonald dà vita a «Politics», una rivista radicale che raccoglie le idee di intellettuali americani ed europei di particolare importanza. Tra questi possiamo ricordare Caffi, Camus, Chiaromonte, Goodman, Orwell e Weil, autori di provenienza differente ma accomunati da uno spirito "irregolare", capaci di riflettere con profondità di giudizio su questioni centrali come il socialismo, i limiti della democrazia rappresentativa, la minaccia atomica e la società dei consumi.

Possiamo finalmente riscoprire questi reperti grazie ad un'antologia della rivista, curata da Alberto Castelli, autore di un limpido ed esauriente saggio introduttivo. L'importanza di questi saggi risiede nel fatto di essere stati scritti proprio nel momento in cui la società di massa e dei consumi, la democrazia rappresentativa, la minaccia atomica e un'inedita accelerazione del progresso tecnologico instauravano il loro dominio – che dura tutt'ora – sulla vita degli uomini in tutto l'Occidente.

In sintesi, i temi fondamentali di cui i saggi trattano sono tre: il problema del progresso, la seduzione delle masse attraverso la prospettiva del consumo, la nonviolenza e la liberazione dall'oppressione. Per cominciare, vi si critica l'idea che il progresso scientifico e tecnologico implichi di per sé un miglioramento della vita umana. Si punta il dito sulla capacità del potere economico-politico di sedurre le masse, di distoglierle dai loro

effettivi interessi attraverso l'accesso ai beni di consumo. Risuonano echi di Tocqueville e Weber, ma anche di pensatori anarchici come Herzen e Proudhon.

Non bisogna però illudersi. Una rivista che si appella alle minoranze libertarie non può incidere sulla carne viva della realtà. Anche la condanna della violenza come levatrice della storia resta una goccia nel mare. E tuttavia, si leggano alcune pagine di Macdonald sulla guerra moderna (aprile '46), probabilmente influenzate da Weil. La guerra è ormai diventata «un fine in se stessa», una «macchina fuori controllo», che una volta avviata si alimenta da sé, con un esito sempre diverso da quello auspicato.

A.A.

Bartolomé Clavero
¿Hay genocidios cotidianos? Y otra perplejidades sobre América Indígena

Lima, IWGIA - Serie debates, 2011, pp. 263
ISBN 9788792786043, s.i.p.

Il volume di Bartolomé Clavero raccoglie e seleziona una serie di saggi pubblicati di recente nel suo blog http://clavero.derechosindigenas.org, dove l'Autore denuncia i conflitti che da alcuni anni sono sorti tra i popoli indigeni e alcuni governi latinoamericani, usando l'esperienza di membro del Foro Permanente sulle questioni indigene dell'Organizzazione delle Nazioni Unite di cui è stato membro per tre anni. Clavero torna su un tema di cui si è occupato a più riprese, e cioè quello del rapporto tra costituzione, diritti umani e discriminazione razziale, completando un percorso che lo aveva visto occuparsi delle applicazioni della Costituzione di Cadice nei paesi latinoamericani. Il discorso sulla costituzione è molto ampio e l'interesse dell'Autore verte direttamente sul momento attuale con una denuncia – quasi una cronaca – della condizione critica di alcune minoranze etniche. Il titolo del volume, pregno di significato, allude ai diritti umani e alla garanzia del loro libero esercizio da parte di tutti. In alcuni stati latinoamericani, il processo di assimilazione culturale e politica ha rappresentato un tentativo di rimozione della specificità degli indigeni e dei loro diritti. In generale, l'Autore si sofferma sull'impatto culturale, ambientale, economico, sociale della presenza di alcune multinazionali spagnole nei paesi latinoamericani, segnalando come l'Osservatorio delle Multinazionali in America Latina ha raccolto i dati relativi alle conseguenze della loro presenza e dello sfruttamento del territorio. Si tratta di un "nuovo colonialismo" che nuoce gravemente alle popolazioni indigene.

Gli articoli relativi al Perù partono dalla sua Costituzione di cui si contestano alcune contraddizioni, specie in relazione al territorio degli stessi *campesinos y nativos*, ai quali è riconosciuta la proprietà delle terre ma, in sostanza, non lo sfruttamento del sottosuolo. Il Perù è considerato il "laboratorio" del genocidio: il genocidio amazzonico, secondo modelli coloniali, neocoloniali e postcoloniali. Interessante è poi la ricostruzione della genesi del neologismo genocidio, "coniato" dal giurista polacco Raphael Lemkin nel senso di genocidio culturale ovvero di una politica volta alla eliminazione della cultura e allo sradicamento di un popolo. Lo stesso diritto internazionale recepisce in parte questa posizione, dando al genocidio un significato ampio, che travalica quello di mera *matanza*. Il genocidio quotidiano, fondato sull'assenza di memoria e sull'impunità, confermerebbe per Clavero la banalità del male e la banalizzazione del genocidio stesso.

Per quanto riguarda l'Ecuador, la riflessione dell'Autore appare meno rassegnata rispetto alla violazione dei diritti delle popolazioni indigene: la nuova Costituzione del 2008 riconosce e garantisce i diritti degli indigeni, anche in termini di diritti collettivi in relazione alle miniere e alle condizioni del loro sfruttamento. Il punto di cui si discute, in questo caso, sembra essere l'attuazione della costituzione.

In Argentina, la costituzione della provincia Neuquen, ha riconosciuto alcuni diritti collettivi ai popoli indigeni, cioè ai *mapuche*. Tuttavia il governo di questa provincia non pare intenzionato, secondo la ricostruzione fattane da Clavero, al rispetto della personalità delle comunità *mapuche* e della proprietà delle loro terre. La tutela dalla schiavitù in relazione al lavoro, e più in generale dei diritti umani, percorre tutto il volume che affronta anche il tema della *terra nullius*: la Corte internazionale di giustizia, come segnala l'Autore, ha ritenuto illegale la dottrina della cosiddetta *terra nullius* che aveva consentito di mettere a disposizione del colonizzatore interi territori e le loro popolazioni.

Ma il progetto dell'opera ha una dimensione che travalica i confini dei paesi latinoamericani: il libro contiene infatti anche un annuario in cd-rom relativo alla situazione attuale di tutte le popolazioni indigene del mondo con una panoramica sui loro diritti umani.

C.L.

F

Antonio-Filiu Franco Pérez
Cuba en los orígenes del constitucionalismo español: la alternativa descentralizadora (1808-1837)

Zaragoza, Fundación Manuel Giménez Abad, 2011, pp. 446
ISBN 9788461551569, Euro 31

Il punto di partenza dell'Autore, scelta ormai non infrequente tra gli studiosi di storia costituzionale spagnola e latinoamericana, è il dibattito costituzionale apertosi intorno al "problema americano" e quindi alla condizione di Cuba a partire dalla Costituzione di Bayona. Gli interessi dei territori spagnoli d'Oltremare furono considerati come componenti di un unico blocco, e la rilevanza di tale costituzione fu pressoché nulla a Cuba, ma la storia di questo costituzionalismo contribuì senza dubbio all'emersione del cosiddetto "problema americano". Divisa tra unità e decentramento, la politica costituzionale spagnola ricostruita dall'Autore passa attraverso l'esame delle Corti di Cadice che non furono insensibili a tale problema. A fronte dell'indipendentismo cubano e in generale delle province d'Oltremare, le Corti nazionali sancirono il principio di uguaglianza.

Tuttavia, l'idea di nazione che i deputati americani delle Corti di Cadice ebbero fu differente rispetto agli altri deputati: i primi infatti elaborarono un'idea eclettica ispirata alla nozione di sovranità popolare rousseauiana, conciliata con concezioni corporative territoriali legate al giusnaturalismo di area germanica per cui la sovranità era intesa come aggregazione di singole unità sovrane. Durante il secolo XIX, secondo l'Autore, il costituzionalismo spagnolo diede spazio, rispetto alle province d'Oltremare, sia al paradigma territoriale inclusivo che a un paradigma escludente. Prima tappa di tale processo di inclusione-esclusione furono le costituzioni di Bayona e di Cadice, che costituzionalizzarono il principio di uguaglianza secondo il principio inclusivo; seconda tappa fu invece il 1837, con la costituzionalizzazione del principio di specialità dei domini d'Oltremare. Tra il 1811 e il 1823 prende corpo il progetto di "decentramento" cubano. In particolare il progetto Caballero prevedeva, dopo un riconoscimento della sovranità nazionale, limiti alla competenza del potere legislativo centrale rispetto ai domini d'Oltremare: Caballero proponeva un modello decentrato di organizzazione politica e intendeva il decentramento come unico mezzo per la salvezza dell'unità della nazione. Il suo progetto poggiava su tre pilastri: l'idea monarchica, il particolarismo e l'autogoverno. Durante il cosiddetto Triennio liberale, si pose di nuovo il problema del migliore modello di organizzazione politica per i territori d'Oltremare, e un nuovo progetto, questa volta di tipo federalista, fu presentato da Sequeira. Finito il Triennio liberale, durante il quale la monarchia spagnola aveva perso il controllo dei possedimenti continentali in

America, la Spagna inaugurava un modello autocratico di governo coloniale per evitare un'ulteriore disgregazione dei possedimenti americani, conferendo al *Capitán General* di Cuba poteri speciali.

Nel 1825 veniva inaugurato così a Cuba uno stato d'eccezione transitorio con il fine di proteggere la sovranità spagnola sull'isola, che però era destinato a durare fino alla fine del dominio spagnolo. Lo stato d'eccezione si creava sulla base di uno stato d'assedio permanente che avrebbe caratterizzato la situazione politica della Grande Antilla fino al 1898. La delega di poteri a un generale dell'esercito si fondava sull'assimilazione della situazione politica in cui si trovava l'isola a quella dello stato d'assedio militare, secondo un'equivalenza tra assedio politico o fittizio e stato d'assedio militare che si sperimentava anche in Europa.

Il volume approda così alla Costituzione del 1837 e sostanzialmente alla costituzionalizzazione dello statuto coloniale dei territori d'Oltremare, per il quale tali province sarebbero state governate da leggi speciali. Era l'avvento del paradigma "escludente".

C.L.

Marco Fioravanti
Il pregiudizio del colore. Diritto e giustizia nelle Antille francesi durante la Restaurazione

Roma, Carocci, 2012, pp. 263
ISBN 9788843066629, Euro 27

Tra teoria e prassi dell'ordinamento schiavista francese, il volume guarda alla «questione della schiavitù, del diritto coloniale e dell'amministrazione della giustizia nelle Antille francesi durante la Restaurazione» (p. 9) contribuendo a colmare una lacuna storiografica. Caratterizzato dalla giustizia d'eccezione che tenne le colonie distinte dal regime metropolitano anche nel sistema penale, il territorio coloniale vide diversi casi giudiziari paradigmatici, tra cui una delle più importanti *causes célèbres* della Restaurazione, più tardi definito l'*affaire Dreyfus nègre*. Queste cause segnarono anche l'emersione di figure interessanti per la cultura giuridica liberale, come quella di François-André Isambert che «si distinse nella difesa di numerosi deportati di colore […] e più in generale in vicende di discriminazione razziale (p. 13). Una discriminazione che ruotava intorno ad un concetto di razza ancora tutto «sociale, culturale e ideologico» (p. 10), stratificando la popolazione nera in più *status*: *esclaves* e *libres de couleur*, coloro a cui per la condivisione di interessi economici legati alla proprietà privata si riconosceva una condizione giuridica diversa ma limitata da svariate discriminazioni legali.

Frutto dell'analisi attenta di materiali inediti d'archivio (non solo atti processuali), la ricostruzione mette al centro la crescente consapevolezza della discriminazione dei neri liberi e la conseguente rivendicazione dei diritti che costrinse giuristi e politici dell'epoca ad occuparsi del problematico rapporto tra la schiavitù e il costituzionalismo dei diritti e delle libertà, tra i principi del 1789 e la *Charte* del 1830. Il volume è corredato da un'ampia appendice documentaria.

N.C.

Dolores Freda
«Una dispotica creazione». Il precedente vincolante nella cultura giuridica inglese dell'Ottocento

Torino, Giappichelli, 2012, pp. 231
ISBN 9788834829455, Euro 22

Pur essendo un diritto di creazione sostanzialmente giurisprudenziale, la *common law* ha tuttavia formalizzato la regola del precedente vincolante in epoca relativamente recente. L'individuazione del periodo esatto in cui essa è emersa è stata al centro di un dibattito nella prima metà del Novecento. Il volume si propone di ricostruire il percorso che ha portato alla formulazione del principio. Si ritiene che Blackstone sia stato il primo a dichiarare il ruolo fondamentale svolto dai giudici nel diritto inglese. Tale ruolo è messo in discussione all'inizio dell'Ottocento a causa del malfunzionamento del siste-

ma giudiziario. I mali del diritto sono denunciati da quotidiani, da periodici giuridici e dalle opere di scrittori attenti al diritto, come ad esempio Charles Dickens. I *Judicature Acts 1873-75* riformano e semplificano il sistema giudiziario inglese.

Il volume prosegue prendendo in esame la complessa questione del *law reporting*, l'attacco di Bentham al *judge-made law* definito «una dispotica creazione», l'opera legislativa del Parlamento e gli *statutes law*, la riforma dell'istruzione giuridica, l'istituzione delle prime cattedre e delle prime Scuole di diritto, nonché l'affermazione dell'autorevolezza e del prestigio dei docenti universitari di diritto.

Il volume offre un bell'affresco tratteggiato con mano sicura: servendosi della storia del precedente vincolante esso ci dà l'opportunità di gettare uno sguardo d'insieme su tutto il sistema giuridico inglese durante il periodo che va dalla seconda metà del Settecento fino alla fine dell'Ottocento. Un volume certamente significativo per quanti si accostano alla studio della *common law*.

A.B.

G

Loredana Garlati, Giulio Enea Vigevani
Processo e informazione

Milano, Giuffrè, 2012, pp. 156
ISBN 8814175748, Euro 16

Il volume è il frutto dell'VIII Convegno della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Milano-Bicocca organizzato nel novembre del 2010. Esso raccoglie i contributi sul problematico e sempre attualissimo rapporto tra dimensione della giustizia e dimensione della sfera pubblica, esaminato da diverse prospettive disciplinari. Un rapporto spesso teso e conflittuale per via della continua necessaria ricerca di equilibrio tra valori e beni giuridici costituzionali, primi fra tutti quello relativo ad una giustizia equa e non condizionata per i cittadini e quello relativo all'informazione dell'opinione pubblica. Tuttavia un rapporto imprescindibile per l'ideale democratico.

Con questa consapevolezza Stefano Rodotà riflette sul diritto di informazione e sulla tutela della privacy; Luigi Lacchè sulle radici del processo penale dei moderni e sul rapporto con l'opinione pubblica; Francesco Mauro Iacoviello sulla diversità di prospettive tra Cassazione e Cedu; Francesco Rigano sui limiti costituzionali alla libertà di stampa; Roberto Mastroianni sul rapporto tra informazione e processo dal punto di vista della Cedu; Glauco Giostra sulle patologie dell'informazione giudiziaria e sui falsi rimedi; Luigi Ferrarella sui possibili antidoti al "*Far West*" delle notizie che si traduce spesso in processi mediatici; infine, Giulio Enea Vigevani sulla pubblicità del processo come regola e sul segreto come eccezione.

N.C.

Enrico Genta
Dalla Restaurazione al Risorgimento. Diritto, diplomazia, personaggi

Torino, Giappichelli, 2012, pp. VIII-300
ISBN 9788834828403, Euro 27

Leggere il periodo della Restaurazione – dice l'Autore – come età originaria, per «[…] muoversi agevolmente e senza pregiudizi sull'equivoco terreno di una Restaurazione che, a ben vedere, non è esclusivamente restauratrice» (p. 3). Nel libro si parla in particolare di quella sabauda (ma con riferimenti ad altre esperienze), nello sforzo di cercare «un modello culturale flessibile e orientabile rispetto ai due concetti di empirismo e duttilità» (p. 6), arrivando a definire il periodo in questione «fase della preparazione» (cap. I). L'*excursus* storiografico ad inizio volume serve all'Autore a ribadire le tradizionali opposte interpretazioni sulla 'piemontesizzazione' dell'Italia unita come una ineludibile questione con cui confrontarsi, in questo caso però, da storici del diritto piuttosto che da storici risorgimentali *tout court*. Prende così corpo il sottotitolo del

volume "Diritto, diplomazia, personaggi". Dopo aver cercato di cogliere le continuità (e le discontinuità) risorgimentali rispetto al modello sabaudo, in particolare sul tema dei rapporti tra centro e periferia (cap. II), si passa infatti alle vicende storico-diplomatiche dell'unificazione, che dimostrano proprio la priorità data dalla classe dirigente subalpina alle questioni storico-giuridiche su quelle ideali politico-sociali (cap. III). Tra i personaggi, inevitabilmente ricorre la figura di Cavour, a partire dagli scritti sull'unificazione politica ma con l'aspirazione di rintracciarvi «*la giuridicità*» dell'opera (p. 7).

Lo scopo di dimostrare la durata e il valore della Restaurazione per il Risorgimento sembra così raggiunto dall'Autore che si sofferma anche su figure meno "note" del periodo ma pure importanti, quali Luigi Colla, Giacomo Giovannetti, Teodoro di Santarosa (e i Derossi di Santarosa), Luigi Provana del Sabbione e Giacinto Provana di Collegno.

N.C.

Benedetta Giovanola
Oltre l'homo œconomicus. Lineamenti di etica economica

Napoli, Orthotes, 2012, pp. 160
ISBN 9788897806189, Euro 15

La prima parte del volume, dedicata ai fondamenti etico-antropologici dell'economia, critica la teoria economica *mainstream*, in particolare la visione degli agenti come individui a-storici e de-contestualizzati. La seconda parte del libro è dedicata invece all'applicazione del concetto di ricchezza antropologica alle sfide dell'immigrazione e dell'attività d'impresa.

L'Autrice parte dal presupposto della contiguità tra etica ed economia e verifica il proficuo rapporto che si può instaurare tra discipline che indagano l'agire umano e si interrogano sulle modalità di realizzazione del bene individuale e collettivo. Più che l'economia, la criticità riguarda lo stesso modello antropologico che ne sta alla base. L'*homo œconomicus* sarebbe un individuo perfettamente razionale, esogeno rispetto al processo economico, capace di massimizzare la propria funzione di utilità, ovvero di perseguire il proprio interesse personale e, così facendo, di accrescere il proprio benessere. Attraverso l'approccio delle capacità, l'Autrice sviluppa le riflessioni del premio Nobel per l'economia Amartya Sen e della filosofa statunitense Martha Nussbaum, valorizzando la ricchezza antropologica quale concetto che rende possibile il superamento dell'idea di opulenza (ricchezza economico-quantitativa) in favore di una ricchezza qualitativa. La nozione consentirebbe dunque il passaggio dal modello di individuo economico a quello di persona che vive in un contesto di relazionalità nel quale persegue la felicità aristotelicamente intesa: non la massimizzazione dell'utilità individuale ma l'*eudaimonia*.

M.S.

H

Richard H. Helmholz
La Magna Carta del 1215. Alle origini del costituzionalismo europeo
a cura di Dolores Freda

Roma, Aracne, 2012, pp. 112
ISBN 9788854847569, Euro 8

Il volume contiene la traduzione italiana di un noto saggio di Richard Helmholz sulla Magna Carta, corredato da un'Introduzione scritta dall'Autore espressamente per questa edizione. Il saggio affronta il tema, caro agli storici del diritto inglese e ai comparatisti, della cosiddetta "impenetrabilità" del diritto anglosassone alle influenze dello *ius commune*. Senz'altro, la natura procedurale del diritto inglese produsse un suo sviluppo autonomo rispetto al diritto continentale. I processi decisi dai giurati non abbisognavano del diritto sostanziale e, nel momento in cui rapporti più complessi iniziarono a richiedere un'analoga complessità al diritto – sostengono alcuni – il diritto era oramai strutturato e non era più in grado di mutare, accogliendo influenze esterne. Helmholz, insieme ad altri

studiosi, ritiene invece che non tutto il diritto inglese sia processuale e che, guardando alle norme sostanziali e considerando la "indubbia permeabilità" del mondo intellettuale medievale, siano evidenti le influenze dello *ius commune* sul diritto inglese. Il saggio dà fondamento a questa tesi, esaminando le influenze dello *ius commune* su uno dei testi più importanti del diritto inglese e di tutto il costituzionalismo medievale, la Magna Carta.

La traduzione, curata in maniera impeccabile da Dolores Freda, ha il pregio di rendere questo saggio importante finalmente fruibile dalla comunità accademica italiana e da quanti hanno interesse ad approfondire il tema attualissimo della contaminazione fra sistemi giuridici differenti.

A.B.

K

Martti Koskenniemi
Il mite civilizzatore delle nazioni. Ascesa e caduta del diritto internazionale 1870-1960
a cura di Gustavo Gozzi, Lorenzo Gradoni, Paolo Turrini

Roma-Bari, Laterza, 2012, pp. 697
ISBN 9788842094166, Euro 54

A distanza di undici anni dalla pubblicazione presso Cambridge University Press esce in italiano, con grande merito dei curatori e dell'editore Laterza, la traduzione di un autentico capolavoro della scienza contemporanea. Il volume di Martti Koskenniemi è molte cose insieme. Ma non è propriamente una storia del diritto internazionale intesa come sviluppo cronologico del pensiero scientifico e successione di una ideale galleria di busti dei grandi protagonisti. Questo aspetto disorienta gli internazionalisti "formalisti" ma rende davvero stimolante un approccio che intende individuare le strutture profonde, gli strati concettuali di una grande narrazione che contiene origini precise, un percorso di trasformazione, un apogeo ed una caduta. Protagonisti sono il diritto internazionale e i suoi sacerdoti che ridefiniscono, a partire dalla fondazione a Gand dell'"Institut de droit international", il nuovo canone di un sapere e di una pratica professionale che vogliono veicolare la "mitezza", la "gentilezza" di un diritto pacificatore, teso all'incivilimento delle nazioni.

Il liberalismo umanitario fece emergere l'idea della coscienza giuridica dei popoli europei cristiani e civili. Il diritto internazionale di fine Ottocento diventò il canone e il linguaggio principale di questa autolegittimazione. Esso valeva per il consesso delle nazioni 'civili', quasi si trattasse di un club esclusivo, a fondamento eurocentrico. Questo approccio ha consentito di far convivere il diritto internazionale a base "nazionale" con la dimensione "internazionalista". Mite civilizzatore delle nazioni, il diritto internazionale divenne lo strumento per estendere quel linguaggio al resto del mondo, non compiutamente civilizzato.

Il lavoro di Koskenniemi opera una approfondita e originale comparazione delle dottrine e delle esperienze della scienza giuridica internazionalista tra Germania, Inghilterra e Francia. In questa prospettiva, l'Autore approfondisce, in modo originale, percorsi e dimensioni che raramente trovano connessioni in una storia tradizionale del diritto internazionale. Si potrà anche discutere sulla scelta (o non-scelta) di qualche autore, ma il disegno complessivo è originale e continua a far riflettere.

L.L.

L

Marta Lorente, Jesús Vallejo (eds.)
Manual de Historia del Derecho

Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 2012, pp. 572
ISBN 9788490332313, s.i.p.

Nessuna grande innovazione sembra nascondersi dietro un titolo in apparenza così poco ambizioso come *Manual de Historia del Derecho.* Nonostante ciò, il volume ha la capacità di sorprendere. Questo *Manual*, diretto da Marta Lo-

rente e Jesús Vallejo – insieme ai due curatori, ne sono coautori anche Alejandro Agüero, Javier Barrientos, Laura Beck, Carlos Garriga, Sebastián Martín, Fernando Martínez, José M. Portillo e Carmen Serván – è pieno di suggestioni. L'elemento più suggestivo proposto si trova nella stessa impostazione del libro, che raccoglie i presupposti metodologici del gruppo di ricerca HICOES, al quale tutti loro appartengono: il *Manual* intende rendere conto di una cultura giuridica che si forma, si trasforma, crolla e si reinventa, e che è quella al cui interno si inscrive un universo giuridico ispanico – il vero protagonista del libro – in costante trasformazione. Questa prospettiva culturale condiziona la selezione degli spazi operata dal *Manual*: da una parte, vengono abbracciati quelli in cui si manifesta la presenza di tale cultura giuridica; dall'altra, li si considera per quanto essi servono a ridefinirla. Perciò, ad esempio, una delle prime cose che salta agli occhi è che non si tratta di un Manuale di Storia del Diritto *spagnolo*, perché si parla di imperi, di regni, di monarchie ispaniche e mondi ispanici. Né si tratta di un Manuale di diritto europeo; lo è per quanto l'universo ispanico è pure europeo, ma sappiamo non essere solo quello: la monarchia ispanica era bicontinentale, tanto americana quanto europea, e dunque ridefinita nei suoi termini in funzione del cambiamento dei suoi confini.

Lo stesso succede con il tempo del *Manual*: la cronologia non è al servizio della edificazione dello Stato spagnolo, bensì attenta ad altre costruzioni: quelle delle culture giuridiche che si succedono, quelle possibili, quelle abbandonate e quelle consolidate, dalla caduta del mondo giuridico dell'antichità fino al nuovo ordine che sorge con la fine della Seconda Guerra Mondiale. Perché, infatti, questa è un'altra delle suggestioni proposte: la crisi nella quale siamo immersi ha rivelato una nuova comprensione sia del potere pubblico che della società; ciò probabilmente ha chiuso una fase e spostato verso il presente il momento a partire dal quale il tempo precedente può essere già considerato "storia del diritto". E ciò non solo implica nuove cronologie, ma significa anche nuove tematiche.

Questo approccio è ulteriormente confermato dal contenuto del *Manual*. Destinato all'insegnamento della disciplina della Storia del Diritto, esso è strutturato in quattordici lezioni, numero che coincide con le settimane di corso dedicate alla materia dopo la recente riforma dei piani di studio secondo il modello di Bologna. Le lezioni sono a loro volta raggruppate in due blocchi. Il primo comprende "Diritto, società e cultura tra l'Antichità e il Medioevo (secoli III-X)" (cap. I), "La cultura del Diritto Comune (secoli XI-XVIII)" (cap. II), "La disciplina sociale nella cultura dello *Ius Commune.* Elementi di base" (cap. III), "Il principe davanti al Diritto nella cultura dello *Ius Commune*" (cap. IV), "I *diritti proprii* dei regni ispanici" (cap. V), "Espansione e colonizzazione" (cap. VI) e "L'Illuminismo giuridico" (cap. VII).

L'Illuminismo costituisce la cerniera che disgiunge, ma anche collega, entrambi i blocchi: da una parte chiude il primo, quello in cui la costituzione dell'ordine si istituiva attraverso ambiti "privati"; dall'altra, permette che diventi realtà il secondo, quello in cui l'ordine appartiene alle sfere "pubbliche" delle Costituzioni e degli Stati. A questo ultimo blocco corrispondono "Costituzionalismo antico e moderno" (cap. VIII), "Origini del costituzionalismo nel mondo ispanico" (cap. IX), "Dalla Costituzione allo Stato (1814-1914)" (cap. X), "Legislazione e codici" (cap.XI), "Diritto e società civile" (cap. XII), "Diritto internazionale e colonialismo dalla Pace di Westfalia fino alla Prima Guerra Mondiale" (cap. XIII) e "L'ordine giuridico europeo dal 1918 al 1945" (cap. XIV).

Questo è l'itinerario che gli autori propongono al lettore – studente o studioso. Marta Lorente e Jesús Vallejo nella loro presentazione sostengono che il *Manual de Historia del Dere-*

cho parla da solo. Certamente, se si dà voce alla sua proposta, esso può dialogare con la storiografia spagnola ed europea ed avere, in quel dialogo, molto da dire sulla comprensione della disciplina. Mi permetto pertanto di invitare il lettore a seguire il suggerimento dei curatori del volume: è sufficiente aprire il *Manual* e dargli la parola.

J.S.S.

M

Corrado Malandrino
Democrazia e federalismo nell'Italia unita

Torino, Claudiana, 2012, pp. 127
ISBN 9788870168990, Euro 12,50

Nella sua opera Malandrino ripercorre la fondazione teorica del "federalismo moderno", inteso come unione nelle differenze e come formula decentrata e pluralista dell'unità nazionale ed europea in grado di valorizzare il patrimonio del territorio e del popolo che ci abita nell'ottica di un'unità superiore e condivisa.

Il volume ricostruisce l'evoluzione che l'idea federale ha avuto nel corso della storia italiana. Inizialmente essa ha un aspetto prevalentemente politico territoriale, puntando alla realizzazione dell'Unità d'Italia nella libertà e nel rispetto delle differenze. Nella prima metà del Novecento acquista caratteristiche sociali e istituzionali, diventando lo strumento immaginato per una democrazia più autentica, in grado di superare le involuzioni elitarie. Più recentemente, nell'ottica liberista di Miglio, è invece incompatibile con lo Stato sociale. Oggi, secondo Malandrino, il federalismo rimane la via principale a disposizione dell'Italia e più in generale dell'Europa per uscire dalla crisi. Le tempeste scatenate dalla globalizzazione e dalle spinte localistiche non si possono affrontare né all'interno del vecchio Stato centralizzato né con una mera integrazione economica a livello continentale. Bisogna andare oltre e l'Autore parla di un «federalismo comunicativo», prendendo come riferimento soprattutto il filosofo tedesco Habermas. L'Unione europea è così l'orizzonte nuovo contemporaneamente della democrazia e del federalismo, di fronte a una deriva elitaria e tecnocratica che troviamo nei fatti e anche nell'evoluzione del pensiero di importanti politologi come Robert Dahl.

Il federalismo europeo però non può essere solo un discorso di carattere istituzionale. Deve essere in grado di imporsi al cuore dei popoli europei; ma per riuscire in questo intento deve basarsi su valori 'forti' come la solidarietà sociale, l'uguaglianza, la giustizia e la libertà. Un nuovo federalismo per un'Europa diversa, in grado di andare ben oltre la moneta unica che, da sola, sta drammaticamente denunciando tutti i suoi limiti.

A.A.

Aniceto Masferrer (ed.)
Estado de derecho y derechos fundamentales en la lucha contra el terrorismo. Una aproximación multidisciplinar histórica, jurídico-comparada, filosófica y económica

Cizur Menor, Editorial Aranzadi SA, 2011, pp. 799
ISBN 9788499038537, Euro 60

Il terrorismo non si risolve solo nel danno procurato dall'atto di violenza in cui si esplica: questo, paradossalmente, non è che il suo effetto visibile minore. L'effetto maggiore e meno evidente che segue un atto terroristico si realizza sul piano della percepita minaccia alla sicurezza interna dello Stato e delle contromisure che quello stesso Stato sentirà necessario attuare per rassicurare i propri cittadini e per contrastare eventuali minacce future.

Da qui nasce la dicotomia e la contrapposizione fra diritti fondamentali e sicurezza interna che travaglia gli Stati di diritto nella lotta al terrorismo e che costituisce il tema centrale investigato dal volume curato da Masferrer. In realtà, come il curatore ci fa notare (pp. 198 ss.), il dilemma fra sicurezza e diritti fondamentali che attraversa lo Stato di diritto nella lotta al terrorismo è un falso dilemma poiché,

dovendo lo Stato sottostare al diritto, dovrebbe sottostare ad esso anche nella lotta al terrorismo. Non si dovrebbero dunque in nessun caso comprimere i diritti fondamentali. Tuttavia, come la storia recente ci insegna, questo principio è spesso disatteso.

La prospettiva multidisciplinare assunta dal volume offre una pluralità di spunti di riflessione su vari piani (storico, giuridico, comparatistico, filosofico ed economico), che contribuiscono tutti insieme a mettere meglio a fuoco un tema di straordinario interesse e di grande attualità.

A.B.

N

Carlo Nitsch
Il giudice e la legge. Consolidamento e crisi di un paradigma nella cultura giuridica del primo Novecento

Milano, Giuffrè, 2012, pp. 350
ISBN 9788814175008, Euro 35

Il volume, pubblicato nella Biblioteca "Per la storia del pensiero giuridico moderno", offre una lettura in chiave filosofico-giuridica delle relazioni tra diritto e fatto. In particolare, si analizzano le posizioni della dottrina processual-civilistica in merito alla genesi della sentenza civile quale luogo in cui il giudice è impegnato a connettere la legge al caso concreto.

La prima parte del volume è incentrata sulla ricostruzione del processo di consolidamento del paradigma che vede l'attività giurisdizionale come un'attività sillogistica e, dunque, la sentenza come un procedimento logico-deduttivo di cui la norma e il fatto costituiscono le due premesse. Del ragionamento giudiziale la letteratura processualistica metteva in risalto il "giudizio logico", mentre si collocava in una posizione marginale la componente volitiva del giudice. A tale riguardo, oltre alla posizione di Vittorio Scialoja che avrebbe fatto scuola, si dà voce a Vincenzo Simoncelli, Giuseppe Chiovenda, Francesco Menestrina, Alfredo Rocco, Piero Calamandrei e Francesco Carnelutti. La seconda parte del volume è invece dedicata alla crisi del paradigma attraverso l'analisi dei nuovi orientamenti filosofici sulla natura della pronuncia giurisdizionale. In questo orizzonte, particolare importanza assume l'influenza esercitata dal pensiero idealista di Benedetto Croce che avrebbe escluso la possibilità della mera applicazione logica della norma al fatto, evidenziando come la sentenza è frutto di un atto del volere del giudice. A titolo esemplificativo e per la diretta connessione con il pensiero crociano sono sintetizzate le posizioni innovative di Emilio Betti e Guido Calogero. I tratti di continuità/discontinuità nella riflessione processualistica del Novecento non trovano una trattazione completa, sebbene merito di Nitsch sia di aver riletto in chiave critica una delle principali "mitologie giuridiche moderne".

G.M.

Luigi Nuzzo, Milos Vec (eds.)
Constructing International Law. The Birth of Discipline

Frankfurt am Main, V. Klostermann, 2012, pp. 564
ISBN 9783465041672, Euro 99

Il volume raccoglie gli atti di un Convegno tenutosi a Lecce, nel maggio 2009, frutto della collaborazione tra l'Università del Salento e il Max Planck Institute for European Legal History di Francoforte. Il punto di approdo è un'efficace problematizzazione dell'assunto incontestabile che vuole la nascita del diritto internazionale nel XIX secolo. Quest'affresco di storia del diritto internazionale è dipinto attraverso la circolazione delle idee, le opere e le traduzioni dei grandi giuristi, l'interdipendenza tra accademia e politica, gli interessi delle grandi potenze occidentali, la nascita del "mito" dei padri fondatori della scienza internazionalistica, le questioni di metodo e le strategie messe in campo per sostenere la supremazia di talune popolazioni sulle altre. Sono raccolte assieme riflessioni di taglio teorico, prassi diplomatiche e interventi istituzionali.

I quindici contributi sono organizzati in tre parti. Nella

prima sezione, intitolata *Historical Foundations of Modern International Law*, sono contenuti i saggi di M. Koskenniemi; C. Storti; L. Lacchè; M. Vec; A. Carty. Nella sezione *International Law, Diplomatic Practice and Colonialism* sono raccolti gli interventi di M. Schulz; E. Augusti; H. Harta; M. Craven; B. Durand. La terza e ultima sezione, *Ideas of Interstate Community and Conflict Resolution*, contiene i lavori di S. Legarre; F. Salerno; R. Kubben; L. Passero. Il libro propone una riflessione interessante, matura e ben assortita.

G.M.

Luigi Nuzzo
Origini di una Scienza. Diritto internazionale e colonialismo nel XIX secolo

Frankfurt am Main, V. Klostermann, 2012, pp. 546
ISBN 9783465041597, Euro 76

Pubblicato nella collana *Studien zur europäische Rechtgeschichte* del Max Planck Institute for European Legal History di Francoforte, il libro di Luigi Nuzzo, dedicato alla nascita della scienza internazionalistica, muove da una lacuna storiografica: l'assenza di una storia del diritto internazionale troppo spesso ridotta ad una «genealogia di autori» oppure ad un resoconto in chiave progressista delle idee poste a fondamento della disciplina.

Alcuni dei dati di partenza tradiscono la convinzione che la riflessione sul metodo di Savigny abbia in parte contribuito alla scientificizzazione del diritto internazionale, allontanandolo dalla prassi diplomatica e dal diritto naturale, da cui la necessità di ripensare in maniera critica i rapporti tra colonialismo e scienza internazionalistica. Al processo di scientificizzazione sono riconducibili le pagine che spiegano come il diritto internazionale si sia autorappresentato come una scienza dal carattere positivo, radicata nella storia e dalla vocazione universalistica. In particolare, appartengono a questo nucleo tematico le riflessioni sui discorsi in seno alla dottrina giuridica europea ed italiana. Quest'ultima è ricostruita anche attraverso la personalità di Pasquale Stanislao Mancini, che con la sua riflessione contribuì al passaggio dalla nazione allo Stato, dal diritto delle genti alla scienza del diritto internazionale.

Appartengono, invece, al tema dei rapporti tra pulsioni coloniali degli Stati occidentali e riflessione internazionalistica le parti che trattano, ad esempio, delle strategie per soddisfare gli interessi politici ed economici europei. È messa in evidenza la prassi diplomatica e consolare in Medio Oriente, in Cina, nei territori dell'Africa nera, nei confronti dell'impero ottomano. Nei fatti, le potenze europee avrebbero messo in campo un diritto internazionale escludente la partecipazione attiva di popolazioni considerate prive di un elevato grado di civiltà.

G.M.

S

Pierangelo Schiera
Profili di storia costituzionale II. Potere e legittimità

Brescia, Morcelliana, 2012, pp. 410
ISBN 9788837225773, Euro 30

In questo secondo volume dei suoi scritti scelti, Pierangelo Schiera raccoglie saggi che vanno dal 1975 al 2010, articolati lungo tre assi principali: "Soggetti politici e partecipazione"; "(Scienza di) polizia, amministrazione, comunicazione"; "Scienza, politica, costituzione". Esistono due possibili tipi di raccolte di saggi pubblicati in epoche diverse. Il primo rappresenta la mera ricognizione di ciò che si è fatto, con una operazione sostanzialmente notarile. Il secondo – ed è il caso di Schiera – è una sorta di 'reinvenzione', con la conseguenza che ciò che è stato ridiventa presente e (forse) futuro. Ciò che colpisce, infatti, è il desiderio di collegare studi e analisi svolti in periodi diversi alle ultime convinzioni e prese d'atto dell'Autore. Ciò che è stato riacquista colore, significato, alla luce di prospettive che nascono da un lungo percorso di costruzione di un solido e originale "al-

fabeto politico". Il problema della legittimazione del potere viene riproposto attraverso i suoi soggetti, la dimensione del servizio, la scienza e le dottrine. Ma ora è come se l'Autore ritrovasse nei saggi del passato – certamente autonomi – termini e condizioni che allora erano in parte sfuggiti alla cognizione del momento.

Come in un'opera sempre aperta, la storia costituzionale di Schiera è ora un cantiere riorientato (da alcuni anni) verso nuovi orizzonti, con parole-concetto che allargano e meglio precisano l'alfabeto politico che ha al centro il nesso potere/legittimità. La "frequenza cardiaca", la bussola, è ora il concetto di misura, capace di dare direzione e intensità ai processi di rappresentazione della storia costituzionale. Verso l'orizzonte sia del "bencomune", che è sorto dal conflitto delle faziose città medievali, sia della "governance", idea-prassi del presente, estremi questi che sembrano toccarsi. Le dottrine di Schiera sono alla ricerca delle idee e delle dinamiche che oggi orientano il cambiamento del mondo. Più comunicazione, più solidarietà per costruire discorsi in grado di legare il grande con il piccolo, i professionisti della scienza del politico con i popoli e con il linguaggio politico. Impresa difficile che richiede – come direbbe l'Autore – una nuova misura.

L.L.

Alberto Sciumè (a cura di)
Il diritto come forza. La forza come diritto. Le fonti in azione nel diritto europeo tra medioevo ed età moderna

Torino, Giappichelli, 2012, pp. 264
ISBN 9788834827611, Euro 24

Dichiaratamente ispirata alle parole di Joseph Ratzinger: «Non è il diritto del più forte a dover valere ma la forza del diritto», la raccolta di saggi è pensata per affinare lo spirito critico degli studenti delle Facoltà giuridiche. Il filo che cuce gli scritti è l'obiettivo di mettere a fuoco la contrapposizione tra diritto inteso come manifestazione del potere di un soggetto e diritto concepito come insieme di regole condivise dalla collettività (si veda la *Prefazione*). La cronologia è ampia. Il rapporto forza/diritto è trattato attraverso esemplificazioni tematiche.

Per l'età moderna abbiamo i contributi di Andrea Aldo Cassi (*Diritto e guerre nell'esperienza giuridica europea tra medioevo ed età moderna*) – una riflessione di lungo periodo sulla configurazione giuridica della guerra –, e di Giovanni Rossi (*La forza del diritto: la* communis opinio doctorum *come argine all'*arbitrium iudicis *nel processo della prima età moderna*), il quale si concentra su pratiche giudiziarie, regole e limiti all'attività del giudice, sulla 'forza' del potere politico in contrapposizione dialettica con la 'dimensione razionale e sapienziale' del diritto. Lo scritto di Alberto Carrera (*Il diritto di resistenza nella dottrina giuridica di Emer de Vattel*), dopo una breve ricostruzione della biografia del diplomatico elvetico, illustra le idee di Vattel sul diritto a non obbedire al potere illegittimo e sul diritto alla resistenza in caso di guerra. A seguire, per l'età contemporanea, abbiamo i saggi di Elisabetta Fusar Poli su "proprietà intellettuale" e "beni immateriali" (*Forme giuridiche dell'immateriale. Creazioni dell'intelletto e* vis poietica *del diritto*); di Elio Tavilla (*Guerra contro il crimine. Pena di morte e abolizionismo nella cultura giuridica italiana*) che sintetizza il dibattito dottrinale sulla pena di morte dal Settecento al codice Zanardelli; di Roberta Braccia (*La legislazione della grande guerra e il diritto privato*); di Alberto Sciumè (*Ragione e volontà nella formazione del diritto italiano contemporaneo*) che legge le vicende giuridiche successive alla proclamazione del Regno d'Italia attraverso la dialettica tra un modo di concepire il diritto come prodotto di una volontà e il diritto inteso, piuttosto, come ordine insito nella società.

G.M.

W

Michael Wildt
An Uncompromising Generation: The Nazi Leadership of the Reich

Security Main Office

Madison, University of Wisconsin Press, 2009, pp. 570
ISBN 9780299234645, $ 37

A sette anni di distanza dalla prima edizione in lingua tedesca, la fondamentale ricerca di Wildt sulla "generazione intransigente" esce anche in lingua inglese nella prestigiosa collana "George L. Mosse Series in Modern European Cultural and Intellectual History".

Il materiale storiografico raccolto svela il profilo di una generazione di intellettuali tedeschi provenienti dal ceto medio a cui le aperture sociali della Repubblica di Weimar avevano reso accessibile la carriera accademica, ma i cui frutti saranno raccolti dallo Stato delle SS. Le loro capacità verranno infatti impiegate nella ideazione e gestione dell'ufficio centrale per la sicurezza del *Reich* (*Reichssiecherheitshauptamt* – RSHA), istituito nel 1939 per volere di Heinrich Himmler con il fine di unire le funzioni della Gestapo (polizia politica), della Kripo (polizia criminale) e del SD (servizio di sicurezza delle SS) sotto la guida di Reinhard Heydrich. A giudizio dell'Autore, questi funzionari/accademici non sono assimilabili alle due categorie usualmente utilizzate nell'identificazione del profilo umano della élite nazista, che distingue da un lato i tecnocrati – pianificatori privi di convinzioni – e dall'altro i fanatici esecutori. Piuttosto, la loro adesione "intransigente" all'ideologia dominante della *Volksgemeinschaft* (comunità del popolo), legata alla capacità di sviluppare autonomamente gli indirizzi teorici dell'azione statale, costituì secondo Wildt il presupposto indispensabile per lo sviluppo della RSHA. Pensata come una «istituzione di nuovo tipo», l'attività amministrativa della RSHA venne infatti elaborata e messa in pratica dai medesimi soggetti secondo la loro maniera di intendere le esigenze vitali del popolo. Il principale obiettivo su cui si era incentrata la loro attività, sia in termini di ricerca scientifica, sia rispetto agli eccidi compiuti al comando delle *Einsatzgruppen*, è racchiuso entro la cornice complessiva del *Generalplan Ost*, come ben emerge dalla ricostruzione della carriera di Otto Ohlendorf, a cui l'Autore assegna un ruolo paradigmatico. Il tutto aiuta anche a capire le ragioni – per quanto grottesche – per cui, al processo che lo vide condannato a morte nel 1948 per l'uccisione di circa 90 mila persone nell'Est Europa, Ohlendorf indicò come propria professione quella di sociologo.

R.C.

Autori /
Authors

Giulio Abbate, Dottore di ricerca in "Diritto romano e Tradizione romanistica: Fondamenti del diritto europeo", Università degli Studi di Napoli "Federico II", Facoltà di Giurisprudenza: giulio_abbate@yahoo.it

Gianluca Bascherini, Ricercatore in "Diritto costituzionale", Università degli Studi di Roma "La Sapienza", Facoltà di Giurisprudenza: gianluca.bascherini@uniroma1.it

Antonella Bettoni, Funzionario tecnico di area scientifica, Università degli Studi di Macerata, Dipartimento di Giurisprudenza: bettonel@unimc.it

Bernard Durand, Professeur émérite, Doyen honoraire, Université de Montpellier, Faculté de droit: bernard.durand@univ-montp1.fr; pas2k@orange.fr

Marco Fioravanti, Docente di "Storia delle Costituzioni" presso l'Università degli Studi di Teramo, Ricercatore confermato in "Storia del diritto medievale e moderno", Università degli Studi di Roma "Tor Vergata", Dipartimento di Giurisprudenza: marco.fioravanti@uniroma2.it

Sandro Guerrieri, Professore associato di "Storia delle Istituzioni politiche", Università degli Studi di Roma "La Sapienza", Dipartimento di Scienze Politiche: sandro.guerrieri@uniroma1.it

Manuel Guțan, Associate Professor of "History of Constitutional Law", Lucian Blaga University of Sibiu, Faculty of Law: manuel.gutan@ulbsibiu.ro

María Nieves Saldaña Díaz, Lecturer of "Constitutional Law", University of Huelva, Faculty of Law: manieves@uhu.es

Julia Solla Sastre, Profesora de "Historia del Derecho y de las Instituciones", Universidad Autónoma de Madrid, Facultad de Derecho: mjulia.solla@uam.es

Giorgio Stamboulis, Dottore di ricerca: ghiorgos@tiscali.it

Elio Tavilla, Professore ordinario di "Storia del diritto medievale e moderno", Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia, Dipartimento di Giurisprudenza: tavilla@unimore.it

Gian Paolo Trifone, Ricercatore non confermato, Università degli Studi di Salerno, Dipartimento di Scienze giuridiche: gtrifone@unisa.it

Abstracts

Marco Fioravanti, *Schiavi avvelenatori. Resistenze alla schiavitù e giurisdizioni penali straordinarie nelle Antille francesi della Restaurazione / Slave Poisoner: Resistance to Slave Order and Extraordinary Penal Jurisdictions in the 19th century French Caribbean*

L'articolo si concentra sulla condizione giuridica e sociale di schiavi e liberi di colore nelle Antille francesi durante la Restaurazione, periodo caratterizzato da pregiudizi razziali e discriminazioni di classe. In questa fase storica si verificarono numerose forme di resistenza, politica e giurisdizionale, all'ordinamento schiavista, che contribuirono al passaggio graduale – anche se lento e a volte contraddittorio – dei neri liberi (proprietari, anche di schiavi, e commercianti) dall'alleanza con i bianchi, con i quali condividevano interessi legati alla proprietà privata – a dimostrazione di come la "linea del colore" dividesse anche i neri tra loro – alla solidarietà con gli schiavi stessi. Le rivolte, le evasioni, il *marronage* (fuga dalle piantagioni), i suicidi, gli infanticidi, l'avvelenamento di uomini e bestiame rappresentavano forme di resistenza alla schiavitù e all'ordinamento coloniale già a partire dal XVI secolo. Tuttavia, il veneficio si sviluppò particolarmente nelle Antille francesi della Restaurazione al punto da comportare per la sua repressione l'istituzione di tribunali speciali, privi di garanzie per gli imputati, che condannarono a pene severe sia schiavi che liberi di colore.

This article focuses on legal and social position of slaves and free people of color in the French Caribbean during the Restoration, characterized by racial prejudices and by class discriminations. There was the emergence of various forms of resistance, political and judicial, which contributed to the gradual transition – though slow and not always coherent – of the free black population (owners, also slaves owners, merchants and farmers) from the alliance with the white settlers – a demonstration of how the "color line" dividing the blacks even among themselves – in solidarity with slaves. The riots, the evasions, the *marronage* (escape from the plantations), suicides, infanticide, poisoning, were forms of resistance to slavery that had developed since the sixteenth century. However, the crime of poisoning had haunted the settlers in the French Caribbean in particular way, to the point that its repression were set up special courts, lacking the minimum judicial guarantees, which condemned both slaves and free blacks to severe penalties.

Parole chiave / **Keywords**: Schiavitù; Diritto di resistenza; Discriminazioni razziali; Giurisdizioni penali straordinarie; Liberi di colore / Slavery; Right of Resistance; Racial Discriminations; Extraordinary Penal Jurisdictions; Free Blacks.

Giulio Abbate, *Ordinamenti formali e pratiche di polizia nell'India britannica (1817-1882) / Legal System and Police Practices in British India (1817-1882)*

Come è noto, la tradizione processuale di *common law* disconosceva il ricorso alla tortura giudiziaria garantendo i sudditi della Corona d'Inghilterra contro gli strumenti di ricerca della prova tipici della tradizione continentale d'Antico Regime. Sin dagli inizi dell'Ottocento, tuttavia, i sudditi nativi della principale colonia britannica, l'India, denunciavano il ricorso illegale alla tortura da parte della polizia finalizzato alla raccolta e alla verbalizzazione di prove valide per il giudizio. Secondo la *East India Company* la tortura costituiva una pratica consuetudinaria dell'India la cui pericolosa prevalenza dipendeva dalla sua forte connotazione di "normalità". Il discorso ufficiale relativo alla tortura era stato elaborato con riferimento agli stereotipi relativi alla natura dei sudditi nativi ed era pertanto fortemente persuasivo. Ma l'analisi delle fonti coloniali rivela una situazione molto più complessa: il ricorso alla violenza nei procedimenti penali dipendeva fortemente dal modello processuale sperimentato nelle aree rurali della colonia ed era strumentale al funzionamento del sistema di giustizia criminale, al mantenimento dell'ordine dei territori periferici, alla imposizione di modelli di condotta conformi alla sensibilità europea. Analizzando il dibattito relativo alla ridefinizione degli assetti organizzativi e dei poteri della polizia nativa (1860-1880) l'articolo si propone di mostrare che la necessità di combattere il fenomeno della tortura – la cui pericolosa prevalenza dipendeva, in ultima istanza, dal sistema di governo sperimentato in India – venne frenata dall'esigenza di controllare le aree rurali della colonia, amministrare la giustizia criminale, "disciplinare" i sudditi nativi. Accanto a questi argomenti, l'articolo intende mostrare le difficoltà incontrate dall'amministrazione coloniale nell'elaborare un modello di processo per l'India che fosse conforme alla tradizione di *common law* e i tentativi dei giuristi inglesi di giustificare anche le più vistose deviazioni di questo modello dal sistema processuale della madrepatria inglese.

One of the most distinguishing features of the British Legal System consists in the absence of torture from the common law tradition. However, since the beginnings of the Nineteenth century native subjects of the main British colony, India, had denounce a massive and illegal use of torture by Colonial Police in criminal proceedings. According to the East India Company, torture was a consolidated and traditional practice in India and this alone was sufficient to explain its widespread incidence in judicial practice. Official discourse about torture was a powerful one, touching numerous stereotypes about the Native Indians. But the analysis of colonial documents discovered a far more complex situation: the use of violence in criminal proceedings was largely tolerated by colonial administration because it was instrumental to the operation of the criminal justice system, quite essential to the maintenance of law and order and to the imposition of particular models of behaviour. Analyzing colonial debate of the period 1860-1880 about police force and powers (especially relating to the Bengal territories) this article aims to show how the presence of torture in the 19th century colonial India was strongly related to the Colonial System of government and how the need to fight this phenomenon was always balanced with the key importance of controlling the rural areas of Indian Presidencies, administering the criminal justice, disciplining native subjects. Together with these issues, the article aims to show the difficulties encountered by the Colonial Government in the elaboration

of a model of criminal process that was compatible with common law tradition and the attempts of English jurists to justify even the most particular features of Colonial System of Criminal Procedure.

Parole chiave / Keywords: Diritto coloniale; *Common law*; India; Tortura; Polizia / Colonial Law; Common Law; India; Torture; Police.

Julia Solla Sastre, *"Cuando las provincias de allende los mares sean llamadas por la Constitución" (Acerca del estatus constitucional de Cuba, Puerto Rico y Filipinas, 1837-1898) / "When the overseas provinces are called by the Constitution" (About the constitutional status of Cuba, Puerto Rico and the Philippines, 1837-1898)*

Il saggio affronta il rapporto tra costituzione e colonie in Spagna. A partire dal 1837, Cuba, Porto Rico e Filippine sono apertamente escluse dalle costituzioni formali e dichiarate della metropoli. A fronte di questo costituzionalismo da cui sono state estromesse, le colonie sembrano conservare, di contro, una costituzione reale e materiale, definita dalla geografia, che serve da ultimo a sostenere l'intero discorso della specialità oltremarina e a giustificare, così, in termini costituzionali, la sua esclusione dalla serie di costituzioni spagnole fino alla perdita definitiva nel 1898.

This article discusses the relationship between constitution and colonies in Spain. Since 1837, Cuba, Puerto Rico and the Philippines were expressly excluded from the formal constitutions of the metropolis. Differently to the type of constitutionalism from which they were expelled, the colonies, however, seemed to retain a real and material constitution, defined by geographers with geographic criteria, which ultimately served to uphold the whole political discourse concerning the particularities of nations overseas as well as to justify, in constitutional terms, their exclusion from the series of Spanish constitutions until the final crumble of their colonial regime in 1898.

Parole chiave / Keywords: Colonie spagnole; Costituzione interna; Costituzione dichiarata; Geografia / Spanish Colonies; Internal Constitution; Formal Constitution; Geography.

Bernard Durand, *La Constitution de 1875 et les Colonies françaises: de la perplexité républicaine aux soupçons d'Empire / The Constitution of 1875 and the French colonies: from republican perplexity to fear of "imported imperialism"*

Talora escluse dalle Costituzioni francesi, talvolta integrate o "ignorate", le colonie sollevarono per i "pubblicisti" delle questioni mal risolte. La Costituzione del 1875 non costituì un'eccezione. Conservando il Senatoconsulto del 1854, perpetuando l'impegno a non trattare le terre colonizzate alla stregua di quelle della Metropoli, temendo il loro allontanamento progressivo che avrebbe prodotto "un'assimilazione dei diritti", essa attuò un regime legislativo che, nella pratica, faceva del Presidente della Repubblica, il legislatore coloniale. Questa "pratica" fu da subito oggetto di riflessione da parte dei "costituzionalisti", condotti ad interrogarsi sulla possibilità di conciliare con la Costituzione tale dualità di competenze tra Presidente e Parlamento. L'abbondanza delle posizioni finì per concretizzarsi in una *disputatio* tra due teorici del diritto coloniale, ruotante intorno ai "decreti colo-

niali" e al loro carattere "legislativo" o "regolamentare". Ma, all'esame della disputa giuridica seguì un dibattito che la oltrepassò dirigendosi sul terreno politico, sul pericolo dei decreti-legge in Francia così come di quello che avrebbe rappresentato un'ispirazione tanto "coloniale quanto tedesca".

The successive constitutions of France adopted varying attitudes concerning the colonies, sometimes including them, at other times excluding them or ignoring them completely; the constitutional problems posed by the colonies were not satisfactorily resolved. The Constitution of 1875, like Others, was problematic in this regard; keeping the *Sénatus-consulte* of 1854, resolving to treat the colonized lands differently from the home country, fearing eventual autonomy if the colonized people's rights were aligned with those of the French, this constitution made of the president of the republic a colonial legislator. The practice was an immediate concern of the constitutional jurists, who were unsure of how to reconcile the dual competence between the president and *parlement*. The debate soon focalized on the nature of colonial decrees (*décrets*): were they fundamentally legislative, or rather reglementary? But the debate in fact took a political turn, as jurists evoked the danger of *décrets-lois* in France itself, possibly tipping France toward the German model of executive/legislative balance of power.

Parole chiave / **Keywords**: Costituzione; Colonie; *Decrets-lois*; *Disputatio*; Potere législativo; Decreti presidenziali; Impero; Senatoconsulto / Constitution; Colonies; *Décrets-lois*; *Disputatio*, Legislation; Decrees; Empire; *Sénatus-consulte* 1854.

Gianluca Bascherini, *Ancora in tema di cultura giuridica e colonizzazione. Prime note sul* Corso di diritto coloniale *di Santi Romano / On colonization and legal thought. An approach to Santi Romano's* Corso di diritto coloniale

Questo lavoro intende riprendere un ragionamento attorno ai rapporti tra esperienza coloniale e cultura giuridica muovendo da un'analisi del *Corso di diritto coloniale* di Santi Romano. Il *Corso* di Romano infatti, se da una parte conferma l'importanza del ruolo che svolse la scienza giuridica nel legittimare ed organizzare il colonialismo italiano del Novecento, dall'altra mostra che le questioni coloniali costituirono un importante terreno di riflessione all'interno della parabola intellettuale che Romano compì tra gli ultimi anni dell'Ottocento e la fine del primo conflitto mondiale. In questa prospettiva, la scarsa attenzione che i molti studi dedicati a questo Autore hanno prestato alla componente giuscoloniale della sua riflessione, attesta la rimozione della vicenda coloniale dall'orizzonte di studio dei giuristi, laddove proprio la riflessione romaniana conferma che il diritto coloniale costituì componente niente affatto secondaria di quel dibattito che si svolse tra i giuristi durante la prima metà del Novecento e che si rivela ancora oggi portatore di importanti sollecitazioni per gli studiosi di diritto pubblico.

This essay is aimed at reconsidering the relationship between colonial experience and legal culture, moving from an analysis of Santi Romano's *Corso di diritto coloniale*. Romano's *Course* on one hand confirms the importance of the role played by the legal discipline in legitimizing and organizing Italian colonialism in the twentieth century, and on the other hand it shows how his thoughts on colonial issues did constitute an important part of Romano's intellectual path between the late nineteenth century and the end of the First World War. In this perspective, the little attention paid by many studies dedicated to this author to the colonial law component of his discourse, confirms that jurists have discarded the colonial experience from their field of research; whereas Romano's re-

flections indeed confirm that colonial law did constitute a relevant component of the debate among jurists during the first half of the twentieth century – a debate which can still provide very interesting inputs for today's scholars in public law.

Parole chiave / Keywords: Italia; Colonialismo; Diritto coloniale; Storia del pensiero giuridico; Santi Romano; Diritto pubblico / Italy; Colonialism; Colonial Law; History of Legal Thought; Santi Romano; Public Law.

Antonella Bettoni, *Il crimine politico nel Regno Unito: leggi eccezionali e teoria coloniale in Irlanda del Nord / Political crime in United Kingdom: emergency law and colonial theory in Northern Ireland*

L'articolo si propone di esaminare come il Regno Unito ha affrontato il crimine politico in Irlanda del nord durante il Ventesimo secolo. In via preliminare si ricostruirà la natura del legame costituzionale esistente tra Regno Unito e Irlanda del nord. Un legame che può definirsi di appartenenza territoriale e politica fin dal 1801. Negli anni '70 un crescendo di violenza politica innescò una reazione di Stato altrettanto violenta. Lo spiegamento dell'esercito sul territorio nordirlandese, il coprifuoco, l'internamento, l'istituzione delle *Diplock Courts* crearono una crisi di legittimità politica e costituzionale all'interno dello Stato britannico. In concomitanza con l'emanazione di leggi speciali sempre più restrittive delle libertà civili, i media iniziarono ad interrogarsi sulla possibile natura coloniale della relazione costituzionale tra Irlanda del nord e Regno Unito. Nel '72 il governo britannico revocò la *Home Rule* concessa nel 1921 all'Irlanda del nord e con la *Direct rule* riassunse il controllo politico e la gestione degli affari nordirlandesi. Leggi di emergenza e teoria coloniale erano in qualche misura connesse, la *de-escalation* della violenza di Stato unitamente al raggiungimento di un accordo fra tutte le parti coinvolte porterà alla pacificazione della regione.

The article intends to examine the way in which the United Kingdom faced political crime in Northern Ireland during the Twentieth century. We will preliminarily reconstruct the constitutional bond existing between United Kingdom and Northern Ireland. From 1801 Ireland, now a portion of it, is part, politically and territorially, of the United Kingdom. In the 70s an escalation of political violence ignited a likewise violent State reaction. The deployment of the army on Northern Irish territory, the curfew, the internment, the institution of the Diplock Courts created a crisis of political and constitutional legitimacy within the British State. Together with the issuing of emergency laws more and more restrictive of civil liberties, medias started to argue on the possible colonial nature of the constitutional relationship between Northern Ireland and United Kingdom. In 1972 the British government suspended the Home Rule granted in 1921 to Northern Ireland and with the Direct Rule reassumed the political control and the management of Northern Irish affairs. Emergency laws and colonial theory were, in a way, connected, the de-escalation of the State violence and the reaching of an agreement between all involved parties would bring about pacification in the region.

Parole chiave / Keywords: Irlanda del Nord; Regno Unito; Leggi eccezionali; Teoria coloniale; Crimine politico / Northern Ireland; United Kingdom; Emergency Law; Colonial Theory; Political Crime.

Elio Tavilla, *Sovranità e leggi fondamentali: alla ricerca di una dimensione costituzionale nell'Europa moderna (secc. XV-XVIII) / Sovereignty and fundamental Laws: in search for a constitutional dimension in modern Europe (15th-18th centuries)*

Il saggio si propone di fornire una sintesi d'insieme sul dibattito storiografico più recente in tema di costituzionalismo moderno, senza per questo rinunciare a gettare uno sguardo, benché sommario, sulla dottrina giuridica e politica (soprattutto cinque e seicentesca) in tema di "leggi fondamentali" e sovranità. La complessa poliedricità del contesto europeo nonché la dichiarata rinuncia ad utilizzare comode etichette omologanti inducono la ricognizione a concentrarsi su alcuni aspetti ritenuti centrali e qualificanti nel processo di "costituzionalizzazione" dell'esercizio della sovranità. In primo luogo si rileva la persistenza delle autonomie e delle *libertates* di matrice medievale, capaci di rappresentare ancora in età moderna un robusto argine alle prerogative rivendicate dal principe. Un secondo aspetto, ben noto, è la progressiva ma decisa torsione della sovranità, già titolare di *iurisdictio* in funzione di tutela e garanzia degli ordinamenti vigenti, ora capace di esprimere i tratti qualificanti della sua primazia attraverso la produzione di leggi. Sotto questa luce, viene segnalata la ricca produzione di una letteratura politico-giuridica incentrata proprio sull'efficacia contenitiva delle pretese principesche attribuita alle *leges fundamentales*, sull'esaltazione del cui valore le rappresentanze territoriali e cetuali sanno svolgere in determinati contesti un ruolo potente. Emerge in tal modo la valenza contrattuale del rapporto sovrano-sudditi, entro le cui coordinate vincolanti costringere l'azione di emancipazione politica dai vecchi legami in cui sono impegnati i sovrani europei. Proprio nelle prassi dei patti giurati e delle capitolazioni è possibile intravedere uno dei possibili punti di riferimento del pensiero giuscontrattualistico d'età moderna, che, da Hobbes in poi, giunge ad ipostatizzare il contratto come modello di riflessione politica, per quanto depurato delle sue concrete declinazioni storiche.

This paper aims to provide an overview of the most recent historiographical debate about modern constitutionalism and of the legal and political doctrine (especially of the 16th and 17th centuries) regarding "fundamental laws" and sovereignty. Given the complexity of the European framework this study rejects standardizing labels and focuses on the various aspects of the "constitutionalization" process related to the exercise of sovereignty. Firstly, it detects the persistence of the medieval autonomies and *libertates* which stem the prerogatives claimed by the prince down to the modern age. Another well-known aspect is a gradual but evident twist in sovereignty, from its exercising *jurisdictio* to protect and warrant rules on force to expressing its primacy through legislation. From this point of view it is important to call to mind the rich political-legal literature about the *leges fundamentales*, considered as limits to princely pretensions; the effect of fundamental laws is enhanced by cetual and territorial representations which, in certain contexts, had a significant role. In this way, the contractual value of the sovereign-subjects relationship stands out clearly: through its binding force it will be possible to limit the emancipative action of the European monarchs striving to free themselves from old ties. We can identify in the experience of sworn contracts and capitulations one of the possible reference points for the jusnaturalistic theory which, from Hobbes onwards, comes to hypostatize the contract as a model for political debate, although stripped down of its actual historical variations.

Parole chiave / Keywords: Leggi fondamentali; Sovranità; Ordine costituzionale; Contratto; Assolutismo; Stato Moderno; Parlamenti / Fundamental Laws; Sovereignty; Constitutional Order; Contract; Absolutism; Parliaments.

María Nieves Saldaña Díaz, *El ensayo fundacional de la libertad de prensa en la tradición constitucional euroatlántica: la* Areopagitica *de John Milton. Repercusión e influencia en la Inglaterra de su tiempo, 1644-1674 / The Founding Text of Press Freedom in the Euro-Atlantic Constitutional Tradition: John Milton's* Areopagitica. *Impact and Influence in the England of his Time, 1644-1674*

Il discorso che il poeta repubblicano John Milton scrisse con il suggestivo titolo di *Areopagitica*, *A speech for the liberty of unlicensed printing to the Parlament of England*, per chiedere la fine del regime di censura preventiva esistente in Inghilterra nel 1644, è considerato il saggio fondatore della libertà di stampa nella tradizione costituzionale euro-atlantica. Tuttavia, la maggior parte della dottrina miltonista ha sostenuto che l'*Areopagitica* passò totalmente inosservata nell'Inghilterra rivoluzionaria del XVII secolo. In questo studio, comunque, viene analizzato in che misura l'*Areopagitica* è presente nella letteratura sulla tolleranza religiosa durante il periodo puritano e, soprattutto, negli scritti del movimento Leveller contro il rafforzamento del controllo della stampa nel 1649, e riappare anche durante la Restaurazione, nella controversia religiosa del 1672-1673, estendendo in tal modo l'influenza dell'*Areopagitica* per tre decenni, fin dalla sua creazione nel 1644 fino alla morte di Milton nel 1674.

The text that the republican poet John Milton wrote with the suggestive title of *Areopagitica, A speech for the liberty of unlicensed printing to the Parlament of England* to demand the extinction of the censorship system in force in England in 1644 is considered the foundational essay of press freedom in the Euro-Atlantic constitutional tradition. Nevertheless, most of Miltonists have maintained that the *Areopagitica* happened completely unnoticed in the revolutionary England of the XVIIth century. In this study, however, is analyzed to what extent the *Areopagitica* is present in the tolerationist literature of the Puritan period and, especially, in the writings of the Leveller movement against the strengthening of the control of the press in 1649, surfacing even during the Restoration, in the religious controversy of 1672-1673, spreading this way the influence of the *Areopagitica* for three decades, from its appearance in 1644 until Milton's death in 1674.

Parole chiave / Keywords: Tradizione costituzionale euro-atlantica; Libertà di stampa; L'*Areopagitica* di John Milton; Impatto e influenza ai tempi di Milton / Euro-Atlantic Constitutional Tradition; Freedom of the Press; John Milton's *Areopagitica*; Impact and Influence in Milton's time.

Giorgio Stamboulis, *La Rivoluzione francese e la Grecia. Quattro scritti di propaganda filofrancese di Korais / The French Revolution and Greece. Four pro-French propaganda writings of Korais*

Il saggio analizza quattro saggi propagandistici dell'illuminista neogreco Adamantios Korais, redatti tra il 1798 e il 1805. Il nodo principale è costituito dalla sovrapposizione tra i valori dell'illuminismo francese, mediati dalla Rivoluzione, e il nascente nazionalismo. Il testo si struttura in quattro sezioni: nella prima viene sinteticamente illustrato il quadro dei Balcani sotto dominazione ottomana alla fine del Settecento con particolare attenzione al contesto sociale e religioso; nella seconda vengono fatti alcuni cenni biografici su Korais; nella terza, vengono analizzati la trasposizione e i processi di adattamento operati da Korais delle idee francesi per i greci, insistendo sul tentativo di

Korais di mettere in campo una vera e propria "pedagogia" rivoluzionaria che avrebbe dovuto diffondere i principi fondamentali della Rivoluzione, ma declinati in chiave di emancipazione nazionale dall'Impero ottomano; infine vi sono alcune considerazioni sul ruolo del caso di studio neogreco ed in particolare dell'opera di Korais per approfondire il nesso tra tardo illuminismo e nascita del nazionalismo, rispetto allo stereotipo che raffigura il secolo dei Lumi come intrinsecamente cosmopolita.

This paper analyses the four propaganda writings by the Modern Greek Enlightenment philosopher Adamantios Korais, written between 1798 and 1805. The main issue is made up by the overlap between the values of the French Enlightenment, mediated by the French Revolution, and the rising nationalism. This text is divided into four sections: in the first one, the background of the Ottoman Balkans at the end of the XVII Century is briefly described, deeply highlighting the religious and social context; in the second one, some biographical mentions on Korais are done; in the third one, the transposition and the process to adapt the French ideas for the Greeks is underlined, focusing the attention on the aim of Korais to develop a revolutionary "pedagogy" meant to spread the principle of the French Revolution. These had to be intended as the national emancipation from the Ottoman Empire. At the end, some considerations on the Modern Greek case study, in particular on Korais' work are made, in order to deepen the connection between the late Enlightenment and the rise of nationalism, as opposed to the stereotype of an intrinsically cosmopolitan Enlightenment century.

Parole chiave / **Keywords**: Korais; Illuminismo; Grecia moderna; Napoleone; Nazionalismo; Todorova / Korais; Enlightenment; Moderne Greece; Napoleon; Nationalism; Todorova.

Manuel Guțan, *The Challenges of the Romanian Constitutional Tradition. I. Between Ideological Transplant and Institutional Metamorphoses / Le sfide della tradizione costituzionale rumena. I. Tra trapianto ideologico e metamorfosi istituzionali*

The history of the Romanian Constitution and constitutionalism is closely linked to the 19th and 20th centuries. The 19th century meant the birth of the national unitary Romanian state and the building of the modern constitutional system by way of the massive constitutional transplant from the Western constitutional models. Breaking with the past was abrupt, therefore only a few ideas, institutions and practices remained as an organic linkage with the political and constitutional past.

La storia delle costituzioni e del costituzionalismo rumeni sono strettamente legati al XIX e XX secolo. Il secolo XIX significò la nascita dell'unitario Stato nazionale rumeno e la costruzione di un moderno sistema costituzionale per via di trasposizioni massicce da modelli costituzionali occidentali. La rottura col passato fu brusca, per cui rimasero solo alcune idee, istituzioni e pratiche a legare organicamente col passato politico e costituzionale.

Keywords / **Parole chiave**: Constitution, Romanian Constitutionalism, Separation of Powers, Democracy, Parliamentarianism, Communism / Costituzione, Costituzionalismo Rumeno, Separazione Dei Poteri, Democrazia, Parlamentarismo, Comunismo.

Gian Paolo Trifone, *«Colmare il baratro». Il 'pericolo socialista' secondo Emile de Laveleye e Manfredi Siotto Pintor / «To fill the abyss». The 'socialist risk' through the opinions of Emile de Laveleye and Manfredi Siotto Pintor*

Il saggio si incentra sulla considerazione del socialismo da parte di due osservatori 'liberali' nel tardo Ottocento. L'analisi è strutturata per tematiche: proposte di riforma dell'istruzione, della rappresentanza politica, misure economiche e, per finire, la considerazione gius-filosofica delle teorie rivoluzionarie in riferimento al paradigma dello Stato. Il belga Emile de Laveleye e l'italiano Manfredi Siotto Pintor, provenienti da due realtà socio-politiche per tanti aspetti diverse, manifestano una preoccupazione comune: scongiurare il 'pericolo' del socialismo, un movimento politico determinato a provocare la destrutturazione della società e delle istituzioni.

The essay gives an overview on opinions of two 'liberal' observers about the socialism in the late nineteenth Century. The analysis of the Belgian Emile de Laveleye and the Italian Manfredi Siotto Pintor, coming from two different social and political realities, regard the common concern to preventing the danger of a political movement determined to cause the avoidance of society and institutions. This common concern relates to the approach to the revolutionary theories about the State, both juridical and philosophical red through the prysm of education policies, political representation theories, economics.

Parole chiave / **Keywords**: Liberalismo; Socialismo; Sovranità; Rappresentanza; Stato / Liberalism; Socialism; Sovereignty; Representation; State.

Sandro Guerrieri, *La genesi di una rappresentanza sovranazionale; la formazione dei gruppi politici all'Assemblea comune della Ceca (1952-1958) / The genesis of a supranational representation: the formation of political groups at the Common Assembly of the ECSC (1952-1958)*

I rapporti sempre più stretti tra la dimensione nazionale e quella internazionale dopo la seconda guerra mondiale indussero le famiglie politiche dell'Europa occidentale a creare o a riattivare forme di cooperazione partitica a livello transnazionale. L'Assemblea rappresentativa della prima Comunità europea, vale a dire l'Assemblea comune composta di 78 membri nominati dai parlamenti nazionali, fu un terreno privilegiato per questo esperimento. I gruppi politici transnazionali assunsero un crescente ruolo nella vita dell'Assemblea, specificando le loro visioni della Comunità e i loro programmi. Una ulteriore conferma dell'accresciuto senso di appartenenza ideologica fu fornita dalla volontà di influenzare in chiave politica il reclutamento dei funzionari comunitari. E i gruppi politici svolsero un ruolo essenziale in occasione del passaggio, nel marzo 1958, dalla Assemblea comune della Ceca all'Assemblea delle tre Comunità.

The increasingly close relations between the national and international dimensions after World War Two led Western Europe's political families to create or to reactivate forms of party cooperation on a transnational level. The representative Assembly of the first European Community, which is to say the Common Assembly of 78 members appointed by national parliaments, was a privileged ground for this experiment. The transnational political groups took on a growing role in the Assembly's life. They specified their visions of the Community and their programmes. The greater sense

of ideological supranational belonging was also confirmed by the desire to politically influence the recruitment of Community Officials. And the political groups performed an essential coordination function on the occasion of the passage, in March 1958, from the Common Assembly of the ECSC to the Assembly of the three Communities.

Parole chiave / **Keywords**: Europeismo; Rappresentanza; Parlamento; Partiti; Divergenze / Europeanism; Representation; Parliament; Parties; Cleavages.

n. 26 – II semestre / 2nd semester 2013

Numero speciale / *Special Issue*

Pensare la guerra civile */ Thinking the civil war*

a cura di /edited by Luca Scuccimarra

Contributi di/articles by: Michele Di Donato, Manuel Gutan, Annick Jaulin, Aurélie Knüfer, Renato Moro, Esther Rogan, Luca Scuccimarra, Pierre Serrand, Michele Surdi, Mario Tesini, Tommaso Visone Giulio.

n. 27 – I semestre / 1st semester 2014

Miscellaneous issue

Library of the Journal of Constitutional History / Biblioteca del Giornale di Storia costituzionale

Series directed by / Collana diretta da: Luigi Lacchè, Roberto Martucci, Luca Scuccimarra

L'evidenza dei diritti. La déclaration des droits *di Sieyès e la critica di Bentham*, con testi originali a fronte, a cura di / edited by Giovanni Ruocco, 2009

Lucien Jaume, *Che cos'è lo spirito europeo?*, 2010

Maurizio Ricciardi, *La società come ordine. Storia e teoria politica dei concetti sociali*, 2010

Simona Gregori, *L'enfance de la Science du Gouvernement. Filosofia, politica e istituzioni nel pensiero dell'abbé de Saint-Pierre*, 2010

Ronald Car, *"Un nuovo Vangelo per i tedeschi". Dittatura del Cancelliere e Stato popolare nel dibattito costituzionale tedesco del secondo Ottocento*, 2011

Il 'giureconsulto della politica'. Angelo Majorana e l'indirizzo sociologico del Diritto pubblico, a cura di / edited by Giacomo Pace Gravina, 2011

Forthcoming / In preparazione:

La teoria costituzionale di Sieyès di Antoine Claude Boulay de la Meurthe, con testo originale a fronte, a cura di / edited by Paolo Colombo

Costituzione e governo. Scritti e interventi politici di P.-L. Roederer, con testi di L. Lacchè, R. Martucci, L. Scuccimarra

Andrea Marchili, *Dal sovrano alla nazione. Rousseau e la rappresentazione del popolo*

Michele Basso, *Max Weber. Economia e politica fra tradizione e modernità*

Trasfigurazioni costituzionali nelle quattro lezioni di J.J. Park: The Dogmas of the Constitution (1832); traduzione ed edizione critica a cura di U. Bruschi e D. Rossi, con saggi introduttivi di M. Bertolissi e D. Rossi.

Demands and informations / Per richieste ed informazioni:
eum edizioni università di macerata
Via Carducci, 63/a
62100 Macerata
T (39) 07332586081
F (39) 07332586086
info.ceum@unimc.it
http://eum.unimc.it

Indicazioni redazionali per gli autori

1. La redazione accetta articoli nelle principali lingue di comunicazione scientifica.
2. Gli articoli vanno elaborati in formato digitale (file .doc o .rtf), contenendone la lunghezza entro le 60.000 battute (spazi inclusi). Possono essere recapitati all'indirizzo di posta elettronica giornalecostituzionale@unimc.it oppure registrati su supporto elettronico (Cd-Rom) e inviati per posta ordinaria all'indirizzo della Redazione: Giornale di Storia costituzionale, Dipartimento di diritto pubblico e teoria del governo, Università degli Studi di Macerata, piazza Strambi, 1 – 62100 Macerata, Italia.
3. Ogni articolo deve essere corredato da:
   - titolo, eventuale sottotitolo, nome e cognome dell'autore, titolo accademico, denominazione e indirizzo dell'ente, recapito di posta elettronica;
   - un abstract (non più di 2.500 battute) e da 5 parole-chiave, redatti sia nella lingua del contributo che in lingua inglese.
4. L'eventuale materiale iconografico va consegnato in file separati, nominati in modo da indicarne la sequenza. Le immagini (formato .tiff o .jpeg) dovranno avere una risoluzione di almeno 300 dpi e una larghezza alla base di almeno 70mm; grafici e tabelle dovranno essere consegnati nel formato originale di elaborazione, con una larghezza non superiore ai 133mm. In un apposito file di testo vanno invece riportate le didascalie relative a ciascuna immagine, tabella o grafico.

NORME EDITORIALI

Titoli. Evitare l'uso del maiuscolo o del maiuscoletto. I titoli dei contributi e degli abstracts vanno riportati anche in inglese. I titoli di paragrafi e sottoparagrafi debbono essere numerati, con numerazione progressiva in cifre arabe. Il punto finale non va messo in nessun caso.

Redazione del testo. La formattazione del testo deve essere minima. Si richiede soltanto che siano riconoscibili gli elementi che compongono il contributo: il titolo, i titoli dei paragrafi e dei sottoparagrafi, il corpo del testo, le citazioni, le note e la collocazione degli eventuali materiali di corredo (immagini, grafici e tabelle). Vanno evitate tutte le istruzioni/impostazioni 'superflue' ai fini della comprensione dei contenuti, che pure rendono meno agevole il trattamento del file. Da evitare la formattazione automatica, la giustificazione, l'uso degli elenchi numerati (o puntati) da programma, l'utilizzo del trattino e del tasto invio per la sillabazione. Evitare anche la sillabazione automatica; è sufficiente allineare il testo a sinistra. Usare il ritorno a capo (tasto invio) solo per chiudere il paragrafo. Rispettare la funzione e la gerarchia delle virgolette; limitare l'uso dei corsivi e, se possibile, evitare quello dei grassetti e dei sottolineati.
Si scelga font comuni (arial, times, verdana) e si segnali – in una nota per la redazione – l'eventuale utilizzo di caratteri speciali. Per ulteriori indicazioni si veda di seguito.

Citazioni. Le citazioni lunghe (superiori a 3-4 righe) vanno staccate dal testo (precedute e seguite da uno spazio), senza essere racchiuse da virgolette, composte in corpo minore e sempre in tondo.
Le citazioni brevi vanno incorporate nel testo e poste fra virgolette basse (o caporali) « »; eventuali citazioni interne alla citazione vanno poste fra virgolette doppie alte " ", sempre in tondo.

Note. Le note al testo sono destinate essenzialmente a mero rinvio bibliografico e a fini esplicativi. Si raccomanda di contenere al massimo il numero delle note. In ogni caso, le battute relative alle note (spazi inclusi) non devono superare il terzo delle battute complessive del testo (nel caso di un testo standard di 60.000, spazi inclusi, le note non dovranno superare le 20.000 battute).
Il rimando alle note, all'interno del testo, va elaborato automaticamente e va collocato prima della punteggiatura (salvo i casi dei punti esclamativo, interrogativo e di sospensione). Anche se si tratta di note di chiusura (e non a piè di pagina), i riferimenti nel testo non vanno in nessun caso creati assegnando l'apice a un numero posto manualmente, ma solo utilizzando l'apposita funzione del programma di video scrittura (che automaticamente genera il numero e colloca il testo di nota; in Word, dal menù Inserisci > riferimento). Il punto chiude sempre il testo delle note.

Indicazioni bibliografiche. I dati bibliografici di un'opera citata vanno in nota.
Nella prima citazione debbono essere completi dei seguenti elementi, nell'ordine indicato.

– se si tratta di un'**opera compiuta**: iniziale puntata del nome e cognome dell'autore (con solo le iniziali in maiuscolo e mai in maiuscoletto); titolo in corsivo; luogo; editore; anno (in apice, l'eventuale segnalazione del numero dell'edizione citata). Tutti questi elementi saranno separati l'uno dall'altro mediante virgole. Sempre mediante la virgola, vanno se-

parati i nomi degli autori in un'opera a più mani. Nel caso in cui l'autore abbia un nome doppio, le iniziali vanno indicate senza lo spazio separatore. L'a cura di va riportato (tra parentesi tonde) nella lingua di edizione del testo, subito dopo il nome del curatore e con la virgola solo dopo la parentesi di chiusura. Se viene indicata una parte della pubblicazione, va aggiunta la pagina (o le pagine) di riferimento. Qualora si tratti di un'opera in più volumi, l'indicazione del volume (preceduta da 'vol.') va anteposta ai numeri di pagina. Esempi:

F. Jahn, *Deutsches Volksthum*, Lübeck, Niemann & Co, 1810.

L. Pegoraro, A. Rinella, *Le fonti del diritto comparato*, Torino, Giappichelli, 2000.

R.D. Edwards, *The Best of Bagehot*, London, Hamish Hamilton, 1993, p. 150.

A. King (edited by), *The British Prime Minister*, London, Macmillan, 1985², pp. 195-220.

AA.VV., *Scritti in onore di Gaspare Ambrosini*, Milano, Giuffrè, vol. III, pp. 1599-1615.

– se si tratta di un'**opera tradotta**: iniziale puntata del nome e cognome dell'autore; titolo originale dell'opera in corsivo; anno di pubblicazione tra parentesi tonde, seguito dal 'punto e virgola'; l'abbreviazione che introduce il titolo della traduzione 'tr. it.' (o 'tr. fr.', 'tr. es.' ecc.); titolo della traduzione in corsivo; luogo; editore; anno. Esempi:

W. Benjamin, *Über den Begriff der Geschichte* (1940); tr. it. *Sul concetto di storia*, Torino, Einaudi, 1997.

J.S. Mill, *Considerations on Representative Government* (1861); tr. it. *Considerazioni sul governo rappresentativo*, Roma, Editori Riuniti, 1999.

– se si tratta di un **contributo che compare in un volume miscellaneo**: iniziale puntata del nome e cognome dell'autore del contributo; titolo del contributo in corsivo; nome (puntato) e cognome del curatore/autore del volume, preceduto da 'in' ed eventualmente seguito da (a cura di); titolo del volume in corsivo; luogo; editore; anno; paginazione del contributo. Esempi:

G. Miglio, *Mosca e la scienza politica*, in E.A. Albertoni (a cura di), *Governo e governabilità nel sistema politico e giuridico di Gaetano Mosca*, Milano, Giuffrè, 1987, pp. 15-17.

O. Hood Phillips, *Conventions in the British Constitution*, in AA.VV., *Scritti in onore di Gaspare Ambrosini*, Milano, Giuffrè, vol. III, pp. 1599 s.

– se si tratta di un **contributo che compare in una pubblicazione periodica**: nome dell'autore e titolo dell'articolo (riportati come in tutti gli altri casi); testata del periodico tra virgolette caporali preceduta da 'in'; (ove presenti) indicazione dell'annata (in numeri romani) e numero del fascicolo preceduto da 'n.' (e non da n°, N., num. ecc.); anno di pubblicazione; numero pagina/e. Nel caso di citazione da un quotidiano, dopo il titolo della testata si metta la data per esteso. Nel caso si faccia riferimento ad articoli pubblicati in riviste on line, si dovrà fornire l'indirizzo esatto del testo (o, in alternativa, della pagina principale del sito che lo rende disponibile) e la data di consultazione. Esempi:

G. Bonacina, *Storia e indirizzi del conservatorismo politico secondo la dottrina dei partiti di Stahl*, in «Rivista storica italiana», CXV, n. 2, 2003.

A. Ferrara, M. Rosati, *Repubblicanesimo e liberalismo a confronto. Introduzione*, in «Filosofia e Questioni Pubbliche», n. 1, 2000, pp. 7 ss.

S. Vassallo, *Brown e le elezioni. Il dietrofront ci insegna qualcosa*, in «Il Corriere della Sera», 9 ottobre 2007, p. 42.

G. Doria, *House of Lords: un nuovo passo sulla via della riforma incompiuta*, in «www.federalismi.it», n. 4, 2007, <http://www.federalismi.it>, settembre 2010.

I dati bibliografici dovranno essere completi solo per il primo rimando; per i successivi si procederà indicando solo il cognome dell'autore/curatore; il titolo (o una parte) in corsivo e seguito dall'abbreviazione 'cit.' o 'tr. cit.' (nel caso di opere tradotte); l'indicativo delle pagine. Di seguito gli esempi per le diverse tipologie di:

Jahn, *Deutsches Volksthum* cit., pp. 45, 36.

Pegoraro, Rinella, *Le fonti del diritto* cit., p. 200.

King, *The British Prime Minister* cit., p. 195.

Benjamin, *Über den Begriff* tr. cit., pp. 15-20, 23.

Bonacina, *Storia e indirizzi del conservatorismo politico* cit., p. 19.

Ferrara, Rosati, *Repubblicanesimo* cit., pp. 11 ss.

Doria, *House of Lords* cit.

Nel caso si rimandi alla stessa opera e alla stessa pagina (o pagine) citate nella nota precedente si può usare '*Ibidem*' (in corsivo), senza ripetere nessuno degli altri dati; se invece si rimanda alla stessa opera citata nella nota precedente, ma a un diverso numero di pagina, si usi 'Ivi', seguito dal numero di pagina.

ULTERIORI INDICAZIONI PER LA REDAZIONE DEL TESTO

Rimandi interni al volume. Non debbono mai riferirsi a numeri di pagina; si può invece rimandare a sezioni di testo, interi contributi e paragrafi o immagini (opportunamente numerati).

Paginazione. Nei riferimenti bibliografici, il richiamo al numero o ai numeri di pagina deve essere sempre preceduto (rispettivamente) da p. o pp. e riportato per intero; quindi, ad es., pp. 125-129 e non pp. 125-9. Qualora non si tratti di pagine consecutive, i numeri vanno separati dalle virgole: per es. pp. 125, 128, 315. Per indicare anche la pagina seguente o le pagine seguenti si utilizzi rispettivamente s. o ss. (quindi senza 'e' precedente) e non sgg., seg. o formule analoghe.

Date. Riportando le date, l'autore può adottare il criterio che ritiene più adeguato, purché rispetti rigorosamente l'uniformità interna all'articolo. Nel caso vengano utilizzate forme abbreviate, il segno per l'elisione è l'apostrofo e non la virgoletta alta di apertura (per es. '48 e non ‘48).

Sigle e acronimi. Le sigle devono sempre comparire senza punti tra le lettere e, la prima volta in cui sono citate, vanno fatte seguite dalla dicitura per esteso e dall'eventuale traduzione tra parentesi. Non occorre l'esplicitazione delle sigle di uso comune (come USA, NATO, ONU, UE, ecc.).

Punti di sospensione o elisione. Sono sempre 3, quindi non si rendono digitando tre volte il punto sulla tastiera ma inserendo l'apposito simbolo. Quando indicano sospensione – come ogni segno di punteggiatura – vanno staccati dalla parola che segue e attaccati alla parola che li precede (ad esempio … *non mi ricordo più*…). Non richiedono il punto finale.
Quando indicano elisione, quindi un taglio o una lacuna nel testo, il simbolo viene incluso tra parentesi quadre, in questo modo […].

Trattini. Il trattino medio viene usato, seguito e preceduto da spazio, per aprire e chiudere gli incisi. Quando il trattino di chiusura dell'inciso coincide con la chiusura della frase, si omette e si inserisce solo il punto fermo. Ad es. … *testo – inciso che chiude anche la frase.*
Il trattino breve si usa solo per i termini compositi formati da parole intere (ad es. centro-sinistra) e per unire due quantità numeriche (ad es. pp. 125-148); sempre senza spazi prima e dopo.

Virgolette. Le virgolette basse « » (caporali) si usano per indicare il discorso diretto, le citazioni brevi e, nei riferimenti bibliografici, per i titoli delle pubblicazioni periodiche. Le virgolette alte " ", invece, per le parole di uso comune a cui si vuole dare particolare enfasi (o assunte prescindendo dal loro significato abituale). Inoltre, nelle citazioni di titoli di quotidiani, periodici, riviste oppure di capitoli e sezioni di paragrafi di un libro (ad es. … come indicato nel paragrafo "La Germania assassinata" della *Storia dell'età moderna*…). Infine, quando è necessario fare uso delle virgolette all'interno di un discorso già tra caporali. La gerarchia è la seguente: «… "… '…' …" …». I segni di punteggiatura (salvo il punto esclamativo o interrogativo quando fanno parte della citazione) vanno sempre posposti alla chiusura delle virgolette.

Rimandi al web. Quando si fa riferimento a contenuti on line, bisogna sempre indicare in maniera completa l'indirizzo (compreso il protocollo http:// o ftp:// ecc.; possibilmente senza spezzarlo) e racchiuderlo tra i segni minore e maggiore; va indicata sempre anche la data di consultazione o di verifica (dell'indirizzo). Altro dato indispensabile è il titolo (o nome) del sito/pagina o una breve descrizione dei contenuti che si troveranno all'indirizzo riportato. Quindi, ad esempio, un riferimento corretto può essere così formulato: Sezione novità delle Edizioni Università di Macerata, <http://eum.unimc.it/novita>, giugno 2010.

Codice etico

DOVERI DEI DIRETTORI E DEI REDATTORI

I principi etici su cui si basano i doveri dei Direttori e dei Redattori del *Giornale di Storia costituzionale* si ispirano a COPE (Committee on Publication Ethics), *Best Practice Guidelines for Journal Editors*: http://publicationethics.org/files/u2/Best_Practice.pdf.

I Direttori e Redattori del *Giornale* decidono quali articoli pubblicare fra quelli sottoposti alla redazione.
Nella scelta sono guidati dalle politiche stabilite dal Comitato Internazionale del *Giornale* e sono tenuti al rispetto delle norme vigenti.
Essi tendono fattivamente al miglioramento della qualità scientifica del *Giornale*.

Direttori e Redattori valutano i manoscritti sulla base del loro contenuto intellettuale senza tener conto di razza, sesso, orientamento sessuale, fede religiosa, origine etnica, cittadinanza, o orientamento politico dell'autore.

I Direttori e i membri della redazione non devono rivelare alcuna informazione concernente un manoscritto sottoposto alla redazione a nessun'altra persona diversa dall'autore, dal referee, dal referee potenziale, dai consiglieri di redazione, dall'editore.

Il materiale non pubblicato contenuto in un manoscritto non deve essere usato nella ricerca di uno dei Direttori o Redattori senza l'espresso consenso scritto dell'autore.

DOVERI DEI REFEREES

I principi etici su cui si basano i doveri dei Referees del *Giornale di Storia costituzionale* si ispirano a http://www.njcmindia.org/home/about/22.

Il referaggio dei pari assiste i Direttori e i Redattori nel compiere le scelte redazionali e attraverso la comunicazione redazionale con gli autori può anche aiutare gli autori a migliorare l'articolo.

Ogni referee scelto che si senta inadeguato a esaminare la ricerca riportata in un manoscritto o che sappia che gli sarà impossibile esaminarlo prontamente deve comunicarlo ai Direttori del *Giornale* e esentare se stesso dal processo di esame.

Ogni manoscritto ricevuto e da sottoporre a valutazione deve essere trattato come documento confidenziale. Esso non deve essere mostrato o discusso con altri eccetto quelli autorizzati dai Direttori e Redattori.

L'esame del manoscritto deve essere condotto in maniera obiettiva. Critiche personali concernenti l'autore sono inappropriate. I referees devono esprimere i loro pareri chiaramente con argomenti a loro supporto.

I referees devono individuare lavori rilevanti pubblicati che non sono stati menzionati dall'autore. Affermare che osservazioni, deduzioni, o tesi siano state precedentemente già sostenute deve essere accompagnato dalla citazione pertinente. I referees devono anche portare all'attenzione dei Direttori e Redattori ogni somiglianza sostanziale o sovrapponibilità tra il manoscritto sotto esame e ogni altro paper pubblicato di cui essi abbiano conoscenza personale.

Informazioni privilegiate o idee ottenute attraverso il referaggio devono essere considerate confidenziali e non usate a vantaggio personale. I referees non dovrebbero accettare di esaminare manoscritti che possano far nascere conflitti di interesse risultanti da relazioni o rapporti competitivi o collaborativi o di altra natura con gli autori, le società o le istituzioni connesse con il paper.

DOVERI DEGLI AUTORI

I principi etici su cui si basano i doveri degli Autori del *Giornale di Storia costituzionale* si ispirano a http://www.elsevier.com/framework_products/promis_misc/ethicalguidelinesforauthors.pdf.

Gli autori di manoscritti che riferiscono i risultati di ricerche originali devono dare un resoconto accurato del metodo seguito e dei risultati ottenuti e devono discuterne obiettivamente il significato e valore. I dati sottostanti la ricerca devono essere riferiti accuratamente nell'articolo. Questo deve contenere sufficienti riferimenti tali da permettere ad altri di ripercorrere la ricerca eseguita. Affermazioni fraudolente o scientemente inaccurate costituiscono comportamento non etico e sono inaccettabili.

Gli autori devono assicurare di aver scritto lavori interamente originali, e se gli autori hanno usato il lavoro e/o le parole di altri ciò deve essere citato in modo appropriato.

Di norma, gli autori non pubblicano manoscritti che presentano la stessa ricerca in più di un periodico o pubblicazione primaria.

Deve sempre essere dato riconoscimento appropriato del lavoro degli altri. Gli autori devono citare le pubblicazioni che hanno influito nel determinare la natura del lavoro da essi svolto.

La paternità di un manoscritto deve essere limitata a coloro che hanno dato un contributo significativo alla concezione, pianificazione, esecuzione o interpretazione dello studio riportato. Tutti coloro che hanno dato un contributo significativo dovrebbero essere elencati come co-autori. Nel caso in cui ci siano altri che hanno partecipato in alcuni aspetti sostanziali del progetto di ricerca, essi dovrebbero essere menzionati o elencati come contributori.
L'autore con cui è in contatto il *Giornale* dovrebbe assicurarsi che tutti i co-autori siano inclusi nell'articolo, e che tutti i co-autori abbiano visto ed approvato la versione finale del contributo e siano d'accordo a sottoporlo al *Giornale* per la sua pubblicazione.

Quando un autore scopre un errore significativo o una inesattezza nel proprio articolo pubblicato, ha l'obbligo di notificarlo prontamente ai Direttori, Redattori o Editori del *Giornale* e di cooperare con i Direttori per ritrattare o correggere l'errore.

Board of editors of the Giornale di Storia costituzionale / Journal of constitutional history

STYLE SHEET FOR THE AUTHORS

1. The editorial staff accepts articles in the main European languages.
2. The articles must have an electronic format (a '.doc' file or a '.rtf' file) and should not exceed 60,000 characters (including spaces). They can be sent to the following email address giornalestoriacostituzionale@unimc.it or copied onto a CD or a DVD and sent to the postal address of the Board of Editors: Giornale di Storia costituzionale / Journal of Constitutional History, Dipartimento di diritto pubblico e teoria del governo, Università degli Studi di Macerata, piazza Strambi, 1 – 62100 Macerata, Italy.
3. Every article must include:
   - title, eventual subtitle, name and surname of the author, her / his academic title, name and address of the institution to which she / he belongs, email address;
   - abstract (no longer than 2,500 characters) and 5 keywords, written both in the language of the article and in English.
4. The eventual iconographic material should be sent in separate files named in such a way as to indicate their sequence. Images ('.tiff' or '.jpeg' format) should have a definition of, at least, 300 dpi and a width at their base of, at least, 70 mm; graphs and tables should be sent in their original format with a width no larger than 133 mm. The captions relating to every image, table or graph have to be inserted in a separate text file.

EDITORIAL RULES

Titles. The use of capital letters or small capital letters is to be avoided. The titles of articles and abstracts are to be written in English as well. Subheadings and sub-subheadings must be numbered with progressive Arabic numerals. Please avoid to put a full stop at the end.

Manuscript preparation. The manuscript must have basic stylistic features. The editors only require the recognisability of the elements of which the contribution is made up: the title, the subheadings and sub-subheadings, the body of the text, the quotations, the endnotes and the position of the eventual explicative material (images, graphs, tables). All the layout that is not necessary for the comprehension of the content must be avoided, in that it makes less easy file processing. Automatic text formatting, justifying lines, using numbered (or bullet) lists provided by a programme, using the hyphen or striking the enter key in order to divide words into syllables must be avoided. Automatic division into syllables must be avoided as well; it is sufficient to justify the left margin. Use the enter key only in order to end a section. Respect the function and the hierarchy of inverted commas (" ") and quotation marks (« »); limit the use of italics and, if possible, avoid the use of bold type or underlined parts.
Choose common fonts (Arial, Times, Verdana) and indicate – in a note for the editorial board – the eventual use of special type. For further instructions see below.

Quotations. Lengthy quotations (more than 3 or 4 lines) must be separated from the body of the text (preceded and followed by a blank line), should not be in inverted commas or quotation marks, should be written with types of a smaller size and never in italics.
Short quotations should be incorporated in the text body and put in quotation marks « »; eventual quotations which are within a quotation must be put in inverted commas " ", and never in italics.

Endnotes. Endnotes are essentially destined to mere bibliographical reference and to explicative purposes. We recommend limiting the number of endnotes. In any case, the number of characters (including spaces) of the endnotes should not exceed a third of the total number of characters of the text (therefore in a standard text of 60,000 characters, including spaces, endnotes should not exceed 20,000 characters, including spaces).
Note numbers in the text should be automatically created, should precede a punctuation mark (except in the cases of exclamation and question marks and of suspension points) and be superscripted without parentheses.
Even if it is a question of endnotes (and not footnotes), note numbers in the text should never be created superscripting numbers manually, but always using the specific automatic function of the writing programme (for example in Word for Windows 2003 in the menu Insert > Reference). A full stop always ends the text in the notes.

Bibliographical references. Bibliographical information of a quoted work belongs in the notes.
In the first quotation of the work, complete data must be indicated, that is the below-mentioned elements following the order here established.

– if it is a **monograph**: initial of the name (in capital letters) followed by a full stop and surname of the author (with only the initial in capital letters and never in small capital letters); title in italic type; place of publication; publishers; year

of publication (eventual indication of the quoted edition superscripted). All these elements must be separated from one another by a comma. A comma must also separate the name of the authors, if a work has been written by more than one person. In the case in which the author has a double name, the initials should not be separated by a space. 'Edited by' must be written between parentheses in the language in which the quoted text is written, immediately after the name of the editor and the comma must be inserted only after the last parenthesis. If only a part of the work is quoted, the relative page (or pages) must be added. If it is a work of more than one volume, the indication of the number of the volume (preceded by 'vol.') must be given and it should be placed before the numbers of the pages. Examples:
F. Jahn, *Deutsches Volksthum*, Lübeck, Niemann & Co, 1810.
L. Pegoraro, A. Rinella, *Le fonti del diritto comparato*, Torino, Giappichelli, 2000.
R.D. Edwards, *The Best of Bagehot*, London, Hamish Hamilton, 1993, p. 150.
A. King (edited by), *The British Prime Minister*, London, Macmillan, 1985^{2}, pp. 195-220.
AA.VV., *Scritti in onore di Gaspare Ambrosini*, Milano, Giuffrè, vol. III, pp. 1599-1615.

– if it is a **translated work**: initial of the name (in capital letter) followed by a full stop and surname of the author (with only the initial in capital letter and never in small capital letters); original title of the work in italic type; year of publication between parentheses, followed by a semicolon; the following abbreviations: It. tr. or Fr. tr. or Sp. tr. etc. (which precede and introduce the title of the translation); title of the translation in italic type; place of publication; publishers; year of publication. Examples:
W. Benjamin, *Über den Begriff der Geschichte* (1940); It. tr. *Sul concetto di storia*, Torino, Einaudi, 1997.
J.S. Mill, *Considerations on Representative Government* (1861); It. tr. *Considerazioni sul governo rappresentativo*, Roma, Editori Riuniti, 1999.

– if it is an **article published in a miscellaneous work**: initial of the name (in capital letters) followed by a full stop and surname of the author of the article (with only the initial in capital letters and never in small capital letters); title of the article in italic type; initial of the name (in capital letters) followed by a full stop and surname of the editor / author of the volume (with only the initial in capital letters and never in small capital letters) preceded by 'in' and eventually followed by ('edited by'); title of the volume in italic type; place of publication; publishers; year of publication; pages of the articles. Examples:
G. Miglio, *Mosca e la scienza politica*, in E.A. Albertoni (a cura di), *Governo e governabilità nel sistema politico e giuridico di Gaetano Mosca*, Milano, Giuffrè, 1987, pp. 15-17.
O. Hood Phillips, *Conventions in the British Constitution*, in AA.VV., *Scritti in onore di Gaspare Ambrosini*, Milano, Giuffrè, vol. III, pp. 1599 s.

– if it is an **article which appeared in a periodical**: initial of the name (in capital letters) followed by a full stop and surname of the author of the article (with only the initial in capital letters and never in small capital letters); title of the article in italic type; name of the periodical in quotation marks (« ») preceded by 'in'; number of the volume of the periodical (if present) written in Roman numerals; number of the issue preceded by 'n.' (not by n°., N., num. etc.); year of publication; page number(s). In the case of quotation from a newspaper, after the name of the newspaper indicate the complete date. In the case of reference to articles published in online periodicals, the exact 'http' address of the text must be given, or alternatively, of the main page of the website which publishes it. Examples:
G. Bonacina, *Storia e indirizzi del conservatorismo politico secondo la dottrina dei partiti di Stahl*, in «Rivista storica italiana», CXV, n. 2, 2003.
A. Ferrara, M. Rosati, *Repubblicanesimo e liberalismo a confronto. Introduzione*, in «Filosofia e Questioni Pubbliche», n. 1, 2000, pp. 7 ss.
S. Vassallo, *Brown e le elezioni. Il dietrofront ci insegna qualcosa*, in «Il Corriere della Sera», 9 ottobre 2007, p. 42.
G. Doria, *House of Lords: un nuovo passo sulla via della riforma incompiuta*, in «www.federalismi.it», n. 4, 2007, <http://www.federalismi.it>, settembre 2010.

Bibliographical data must be complete only for the first quotation; the following quotations are shortened, indicating only the surname of the author / editor; the title (or part of it) in italic type followed by the abbreviation 'cit.' or 'cit. tr.' (in the case of translated works); the number of pages. Here we give some examples for the different typologies of works:

Jahn, *Deutsches Volksthum* cit., pp. 45, 36.
Pegoraro, Rinella, *Le fonti del diritto* cit., p. 200.
King, *The British Prime Minister* cit., p. 195.
Benjamin, *Über den Begriff* cit. tr., pp. 15-20, 23.
Bonacina, *Storia e indirizzi del conservatorismo politico* cit., p. 19.
Ferrara, Rosati, *Repubblicanesimo* cit., pp. 11 and following pages.
Doria, *House of Lords* cit.

In the case of reference to the same work and the same page (or pages) quoted in the preceding endnote '*Ibidem*' (in italic type) can be used, without repeating any of the other data; if instead reference is made to the same work quoted in the preceding endnote, but to a different page, 'Ivi' can be used followed by the page number.

FURTHER INSTRUCTION FOR THE PREPARATION OF THE MANUSCRIPT

References within the issue. They should never refer to page numbers; instead sections of the text, full articles and paragraphs or images (opportunely numbered) can be referred to.

Pages. In bibliographical references, referring to the number or the numbers of the pages must always be preceded by (respectively) 'p.' or 'pp.' and reported entirely; therefore, for example, 'pp. 125-129' and not 'pp. 125-9'. In the case in which it is a question of non consecutive pages, numbers must be separated by commas: for example: 'pp. 125, 128, 315.' in order to indicate the following page or pages, as well please use 'f.' or 'ff.' respectively (hence without the preceding 'and').

Dates. Reporting dates, the author can adopt the criterion which he believes to be the most adequate, as long as he rigorously respects the internal uniformity of the article. In the case where abbreviated forms are used, please use the preceding apostrophe and not the single inverted comma (for examples '48 and not '48).

Abbreviations and acronyms. Abbreviations must always be without the dot between the letters and, the first time they are quoted, they must be followed by the full name and by the eventual translation in brackets. It is not necessary to explain common use abbreviations (like USA, NATO, ONU, UE, etc.).

Suspension points. Are always three in number, therefore they should not be inserted in the text writing three full stops, rather inserting its symbol. When they indicate suspension – as every punctuation mark – they should be separated by a space from the following word and attached to the word that precedes them (for example: … *I do not remember any more*…). They do not require the final full stop.
When they indicate elision, therefore a cut or a gap in the text, the symbol must be included in square brackets, like this […].

Dashes and hyphens. The dash is used, followed or preceded by a space, in order to open and close an incidental sentence. When the dash that closes the incidental sentence coincides with the closing of the whole sentence, it is omitted and only a full stop is inserted. Eg.: …*text – incidental sentence that closes also the whole sentence*. The hyphen is used only for compound words formed by entire words (eg.: tree-house) and in order to unite two numerical quantities (eg.: pp. 125-148); always without spaces before and after.

Quotation marks and inverted commas. Quotation marks « » are used in order to indicate direct speech, short quotations, and, in bibliographical references, for the titles of the periodicals. The inverted commas " ", instead are used for words of common use to which the author would like to give a particular emphasis (or which are used regardless of their habitual meaning). Moreover, in the quotation of titles of newspapers, periodicals, magazines or chapters or sections of paragraphs of a book (eg.: … as indicated in the paragraph "La Germania assassinata" of the *Storia dell'età moderna*…). Finally, when it is necessary to use inverted commas within a sentence which is already in quotation marks. The hierarchy is the following: «… "… '…' …" …». Punctuation marks (except the exclamation or the question mark when they are part of the quotation) should always be placed after the closing quotation marks or inverted commas.

Web reference. When referring to online contents, the complete address (including the protocol 'http://' or 'ftp://' etc. possibly without breaking it) must be indicated and must be included between the signs < >; the date of consultation or verification of the address should always be indicated. Another essential element is the title (or name) of the website / page or a brief description of the contents that could be found at the quoted address. Therefore, for example, a correct reference can be formulated as follows: Sezione novità delle Edizioni Università di Macerata, <http://eum.unimc.it/novità>, June 2010.

Publication ethics and publication malpractice statement

DUTIES OF EDITORS

Our ethic statements concerning the duties of the editors of the *Journal of Constitutional History* are based on COPE (Committee on Publication Ethics), *Best Practice Guidelines for Journal Editors*: http://publicationethics.org/files/u2/Best_Practice.pdf.

The editors of the *Journal* are responsible for deciding which of the articles submitted to the *Journal* should be published. They are guided by the policies of the *Journal*'s International Board and constrained by the laws in force.
They actively work to improve the quality of their *Journal*.

The editors evaluate manuscripts for their intellectual content without regard to race, gender, sexual orientation, religious belief, ethnic origin, citizenship, or political orientation of the authors.

The editors and any editorial staff must not disclose any information about a submitted manuscript to anyone other than the corresponding author, reviewers, potential reviewers, other editorial advisers, and the publisher.

Unpublished materials disclosed in a submitted manuscript must not be used in an editor's own research without the express written consent of the author.

DUTIES OF REVIEWERS

Our ethic statements concerning the duties of reviewers are based on http://www.njcmindia.org/home/about/22.

Peer review assists the editor in making editorial decisions and through the editorial communications with the author may also assist the author in improving the paper.

Any selected referee who feels unqualified to review the research reported in a manuscript or knows that its prompt review will be impossible should notify the editor and excuse himself from the review process.

Any manuscripts received for review must be treated as confidential documents. They must not be shown to or discussed with others except as authorized by the editor.

Reviews should be conducted objectively. Personal criticism of the author is inappropriate. Referees should express their views clearly with supporting arguments.

Reviewers should identify relevant published work that has not been cited by the authors. Any statement that an observation, derivation, or argument had been previously reported should be accompanied by the relevant citation. A reviewer should also call to the editor's attention any substantial similarity or overlap between the manuscript under consideration and any other published paper of which they have personal knowledge.

Privileged information or ideas obtained through peer review must be kept confidential and not used for personal advantage. Reviewers should not consider manuscripts which can give birth to conflicts of interest resulting from competitive, collaborative, or other relationships or connections with any of the authors, companies, or institutions connected to the papers.

DUTIES OF AUTHORS

Our ethic statements concerning the duties of authors are based on http://www.elsevier.com/framework_products/promis_misc/ethicalguidelinesforauthors.pdf.

Authors of reports of original research should present an accurate account of the work performed as well as an objective discussion of its significance. Underlying data should be represented accurately in the article. This should contain

sufficient detail and references to permit others to replicate the work. Fraudulent or knowingly inaccurate statements constitute unethical behaviour and are unacceptable.

The authors should ensure that they have written entirely original works, and if the authors have used the work and/or words of others that this has been appropriately cited or quoted.

Usually, authors should not publish manuscripts presenting the same research in more than one *journal* or primary publication.

Proper acknowledgment of the work of others must always be given. Authors should cite publications that have been influential in determining the nature of the reported work.

Authorship should be limited to those who have made a significant contribution to the conception, design, execution, or interpretation of the reported study. All those who have made significant contributions should be listed as co-authors. Where there are others who have participated in certain substantive aspects of the research project, they should be acknowledged or listed as contributors.
The corresponding author should ensure that all co-authors are included on the article, and that all co-authors have seen and approved the final version of the article and have agreed to its submission to the *Journal* for its publication.

When an author discovers a significant error or inaccuracy in his/her own published work, it is the author's obligation to promptly notify the *Journal* editor or publisher and cooperate with the editor to retract or correct the paper.