

Giornale di
Storia
costituzionale

n. 30 / II semestre 2015

CONSTITUTIONAL POLYMORPHISM.
HISTORICAL PARADIGMS AND CONSTITUTIONAL SHAPES

*Polimorfismo costituzionale. Paradigmi storici
e modelli costituzionali*



eum > edizioni università di macerata

Giornale di Storia costituzionale / Journal of Constitutional History
n. 30 / II semestre 2015 Issue n° 30 / 2nd semester 2015

Chief Editors

Luigi Lacchè, Roberto Martucci, Luca Seuccimarra

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), Gunther Teubner (Goethe Universität, 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, c/o Dr. Antonella Bettoni,
Dipartimento di Giurisprudenza, Università di Macerata
Piazzale dell'Università, 2 - 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, snc - 62100 Macerata

T (39) 0733 2586081 - F (39) 0733 2586086

info.ceum@unimc.it

http://eum.unimc.it

Distributed by PDE

ISBN 978-88-6056-442-9

ISSN 1593-0793

Tipografia / Printer

Global Print, Gorgonzola (MI)

La rivista è pubblicata con fondi dell'Università di Macerata.

In copertina: Giuristi della Sorbonne, miniatura del XVI secolo

Finito di stampare nel mese di dicembre 2015

Printed in the month of December 2015

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 dell'Adriatico, IBAN IT07 Y05748 13402 10000300004 BIC IBSPT3P

Please remit amount due in Euro drawn on Banca dell'Adriatico, IBAN IT07 Y05748 13402 10000300004 BIC IBSPT3P 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 vengono rinnovati automaticamente. Per ricevere l'annata successiva a quella in corso occorre inviare una richiesta esplicita all'indirizzo ceum.riviste@unimc.it

Subscriptions are not renewed automatically. To receive subscriptions the next year, please send an explicit request at ceum.riviste@unimc.it



La presente opera è rilasciata nei termini della licenza Creative Commons Attribution-NonCommercial-NoDerivatives 4.0 International CC BY-NC-ND 4.0 <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>

Sommario / Contents

GIORNALE DI STORIA COSTITUZIONALE n. 30 / II semestre 2015
JOURNAL OF CONSTITUTIONAL HISTORY n. 30 / II semester 2015

Constitutional Polymorphism. Historical paradigms and constitutional shapes / *Polimorfismo costituzionale. Paradigmi storici e modelli costituzionali*

- 5 Between traditions and changes / *Tra tradizioni e cambiamenti*
LUIGI LACCHÈ

Lezioni

- 11 Traditions and Changes and the Role of Legal History / *Tradizioni e cambiamenti e il ruolo della storia del diritto*
MICHAEL STOLLEIS
- 17 Standards of Europe's Constitutional Heritage / *Standards dell'eredità costituzionale europea*
SERGIO BARTOLE

Fondamenti

- 25 Synopsis of legal sources of portuguese *Habeas Corpus* (14th to 16th centuries) / *Sinossi delle fonti giuridiche dell'Habeas Corpus portoghese (XIV-XVI secc.)*
JOSÉ DOMINGUES, FRANCISCO CASTELO BRANCO
- 39 The Formation of the Elements of Parliamentary and Constitutionalism at the Territory of Latvia in Middle Ages and Early Modern Times (13th-18th centuries) / *La formazione degli elementi di parlamentarismo e costituzionalismo nei territori lettoni nel Medioevo e nella prima Età moderna (XIII-XVIII secolo)*
VALDIS BLŪZMA
- 51 From the People to the Constitution. Inventing Democracy during the French Revolution / *Dal popolo alla costituzione. L'invenzione della democrazia durante la Rivoluzione francese*
MARCO FIORAVANTI

- 59 Establishment, Evolution and Interaction of Modern Direct Democratic Traditions / *Costituzione, evoluzione e interazione delle moderne tradizioni di democrazia diretta*
LÁSZLÓ KOMÁROMI

Itinerari

- 75 Is defense of stock the same as defense of race? An itinerary from the Penal Code to racial laws / *La difesa della stirpe e la difesa della razza sono la stessa cosa? Un itinerario dal codice penale alle leggi razziali*
ERNESTO DE CRISTOFARO
- 89 Past and future of authoritarian regimes: constitution, transition to democracy and amnesty in Brazil and Chile / *Passato e futuro dei regimi autoritari: costituzione, transizione verso la democrazia e amnistia in Brasile e Cile*
CRISTIANO PAIXÃO
- 107 Historical facts and constitutional adjudication: the case of the Australian constitutional preamble / *Fatti storici e giudizio costituzionale: il caso del preambolo della Costituzione australiana*
ELISA ARCIONI
- 125 Western European perspectives towards language minorities and linguistic rights – then and now / *Prospettive dell'Europa occidentale verso le minoranze linguistiche e i diritti linguistici – allora e ora*
NOÉMI NAGY
- 141 Seven Categories of Constitutional Critical Judging: An Interpretation of Nordic Case-Law / *Sette categorie di giudizio costituzionale critico: una interpretazione del diritto casistico nordico*
MARTIN SUNNQVIST

Ricerche

- 157 Per un profilo di Antonio Ferracciu, un costituzionalista da rivalutare / *A profile of Antonio Ferracciu, a constitutionalist that should be reconsidered*
SALVATORE MURA

- 179 Un socialismo panteista. Appunti sugli inizi filosofici di Jean Jaurès / *A Pantheistic Socialism. Notes on Jean Jaurès' Philosophical Beginnings*
GIORGIO RIDOLFI

Librido

- 195 Ventotto proposte di lettura / *Twenty-eight reading proposals*

219 Autori / Authors

221 Abstracts

Between traditions and changes / *Tra tradizioni e cambiamenti*

LUIGI LACCHÈ

Eight of the contributions published in this issue have a common origin. They are indeed papers presented at the Third Bien-nial Conference of the *European Society for Comparative Legal History* which was held at the University of Macerata on the 8th and 9th July 2014. The core theme – “Traditions and changes” – was articulated in various ways among which in-depth studies on constitutional topics did not lack. With the addition of the articles by Bartole and Domingues/Castelo Branco, the eight contributions make up a “monographic” issue entitled *Constitutional Polymorphism. Historical paradigms and constitutional shapes*.

The constitution assumed a plurality of forms along the centuries. The period of globalisation, of the world constitution “without boundaries” did not make the idea of the constitution as a factor which is national and belongs to the people, to their identity with their traditions and rights take second place. This is exactly one of the tension lines which mark our times. Such dynamics pushes towards a compar-

ative global history and towards national cultural histories (Stolleis). In a period of changes, tradition and history reveal themselves to be an antidote against the processes of standardisation which aim at eliminating specificities and differences. The category of the so called “old constitutionalism” doesn’t seem to have lost sense. The assurance letters (*cartas de seguro*) contributed, for centuries, to the building of the constitutional principle of the *habeas corpus* in Portugal (Domingues, Castelo Branco). Particularly for the European countries which gained again, after the fall of the Berlin Wall, the sense of “tradition”, the retrieval of the founding value of the autochthonous roots has become strategic in order to trace back the genesis of “national” constitutionalism. The example of Latvia is convincing: the whole of the legal sources and acts of constitutional value between the Middle Ages and the Modern Period is mentioned in order to show the belonging of this political and cultural area to the circle of the European States with old

traditions of constitutionalism (Blüzma). However in this issue, Sergio Bartole considers the relationship between the European constitutional heritage and the constitutional legacy of Central and Eastern European States, new comers within the dimension of the so called "modern constitutionalism". Post-Soviet constitutionalism looked for legitimisation elements in the national histories highlighting old forms and institutions of "constitutional" relevance. In the year that celebrates the eight-hundredth anniversary of the *Magna Charta Libertatum*, the *Bulla Aurea* of Hungary of 1222 may be recalled in order to remember the existence of a European common matrix. The Polish Constitution of 1791 has not been equally highlighted in the context of building standards of the European constitutional heritage. Therefore, if nobody denies the existence of national constitutional traditions as in Poland, Latvia or Croatia, the question of the very own idea of European constitutional traditions is different, in that, according to authors' majority, such idea is seen "as a constituent element of the European constitutional tradition. Only those documents and institutions which are at the basis of the constitutional developments, for instance, of United Kingdom and France or, in more recent times, of Belgium, Italy and Germany are studied and elaborated in view of the assessment of the common developments of the European constitutionalism. The impression is that only States successfully established since a long time according to the principles of the constitutionalism are considered as adequate terms of reference for the elaboration of the European constitutional heritage" (Bartole).

We can find the relationship between tradition and change especially in the initial phase of the French Revolution. The revolutionary idea of constitution – as limitation to power but also as its legitimisation – had its "constituent moment" in article 16 of the *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, one of the manifestos of modern constitutionalism.

However, the constitutional polymorphism, suggested in the title, underlines the wealth of the constitutional experiences which between the 18th and the 20th century certainly broadened our horizons. The dialectics between tradition and change is also at the core of the other contributions: just think about the dramatic question concerning the racial laws and the overcoming of substantial legality (De Cristofaro), about the diversity and the "circulation" of forms of direct democracy (Komáromi), about the linguistic minorities and linguistic rights (Nagy), about the concept of people and about the use of history in the Australian experience (Arcioni), about the constitutional judgement in the democracies of Northern Europe, about the recourse to amnesty in the transition to democracy in Brazil and Chile.

This volume is also the thirtieth issue of the *Journal of Constitutional History*. Fifteen years have already gone by from the first issue in 2001 and one of the features which this volume highlights concerns the vision of a constitutional history which is more and more "global", comparative, diversified in themes and perspectives. The breaking of traditional "borders" can certainly make ourselves perplexed and raise some worry as well, but the fact that the historical dimension appears as fundamental in the reconstruction of contemporary

categories and concepts gives us the sense of a path which is complex but full of incentives. Today as never before, constitutional history, in its various articulation, is polymorphic but also "useful" in order to try to read more in depth phenomena which we struggle to grasp in their full extent.

Otto dei contributi pubblicati in questo numero hanno una stessa origine. Si tratta, infatti, di paper presentati in occasione della Terza Conferenza Biennale della *European Society for Comparative Legal History* che si è tenuta presso l'Università di Macerata l'8 e il 9 luglio 2014. Il tema guida – "Tradizioni e cambiamenti" – è stato declinato in vari modi e tra questi non sono mancati approfondimenti su tematiche di valenza costituzionale. Con l'aggiunta dei lavori di Bartole e Domingues/Castelo Branco, gli otto contributi formano un numero "monografico" intitolato *Polimorfismo costituzionale. Paradigmi storici e modelli costituzionali*.

La costituzione ha assunto nel corso del tempo una pluralità di forme. Il tempo della globalizzazione, della costituzione mondiale "senza confini" non ha fatto passare in secondo piano l'idea della costituzione come fattore nazionale, identitario, di un popolo, con le sue tradizioni e i suoi diritti. Questa è proprio una delle linee di tensione che segnano il nostro tempo. Tale dinamica spinge verso una storia globale comparata e verso storie culturali nazionali (Stolleis). In un'età di cambiamenti la tradizione e la storia si rivelano un antidoto contro i processi di standardizzazione che puntano ad eliminare specificità e differenze. Non

sembra aver perso senso la categoria del cd. "costituzionalismo antico". Le lettere di garanzia (*cartas de seguro*) contribuirono, per secoli, alla costruzione del principio costituzionale dell'*habeas corpus* in Portogallo (Domingues, Castelo Branco). In particolare, per i paesi europei che hanno riacquisito, dopo il crollo del Muro di Berlino, il senso della "tradizione", è diventato strategico recuperare la valenza fondativa delle radici autoctone per rintracciare la genesi del costituzionalismo "nazionale". L'esempio della Lettonia è probante: il complesso delle fonti e degli atti normativi di valore costituzionale tra medio evo ed età moderna viene richiamato per mostrare l'appartenenza di questa area politica e culturale al circolo degli Stati europei con antiche tradizioni di costituzionalismo (Blūzma). Ma sempre in questo volume Sergio Bartole prende in considerazione il rapporto tra l'eredità costituzionale europea e l'eredità costituzionale degli Stati dell'Europa centrale e dell'est, *new comers* nella dimensione del cd. "costituzionalismo moderno". Il costituzionalismo post-sovietico ha cercato elementi di legittimazione nelle storie nazionali valorizzando forme e istituti antichi di rilevanza "costituzionale". Nell'anno che celebra gli 800 anni della *Magna Charta Libertatum* la Bolla aurea ungherese del 1222 può essere evocata per ricordare l'esistenza di una comune matrice europea. La costituzione polacca del 1791 non è stata parimenti valorizzata nel contesto della costruzione di standard dell'eredità costituzionale dell'Europa. Così, se nessuno nega l'esistenza di tradizioni costituzionali nazionali come in Polonia, Lettonia o Croazia, diverso è il discorso della stessa idea di tradizioni costituzionali europee che, secondo la maggioranza degli autori, è vista "as a

constituent element of the European constitutional tradition. Only those documents and institutions which are at the basis of the constitutional developments, for instance, of United Kingdom and France or, in more recent times, of Belgium, Italy and Germany are studied and elaborated in view of the assessment of the common developments of the European constitutionalism. The impression is that only States successfully established since a long time according to the principles of the constitutionalism are considered as adequate terms of reference for the elaboration of the European constitutional heritage” (Bartole).

Il rapporto tra tradizione e cambiamento lo troviamo soprattutto nella fase iniziale della Rivoluzione francese. L'idea rivoluzionaria di costituzione – come limite al potere ma anche come sua legittimazione – ebbe il suo “momento costituente” nell'articolo 16 della *Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino*, uno dei manifesti del costituzionalismo moderno.

Ma il polimorfismo costituzionale, evocato dal titolo, sottolinea la ricchezza delle esperienze costituzionali che tra XVIII e XX secolo hanno certamente allargato i nostri orizzonti. La dialettica tradizione/cambiamento è al centro anche degli altri contributi: si pensi al problema drammatico delle leggi razziali e del superamento della legalità sostanziale (De Cristofaro), alla diversità e alla “circolazione” delle forme di democrazia diretta (Komáromi), alle minoranze linguistiche e ai diritti linguistici (Nagy), al concetto di popolo e all'uso della storia nell'esperienza australiana (Arcioni), al giudizio costituzionale nelle democrazie del nord Europa, al ricorso all'amnistia nella transizione alla democrazia in Brasile e in Cile.

Questo numero è anche il trentesimo del *Giornale di storia costituzionale*. Sono già trascorsi quindici anni dal primo numero del 2001 e uno dei tratti che questo volume evidenzia riguarda la visione di una storia costituzionale che è sempre più “globale”, comparata, diversificata nei temi e nelle prospettive. La rottura dei “confini” tradizionali può certamente rendere perplessi e suscitare anche qualche preoccupazione, ma il fatto che la dimensione storica appaia come fondamentale nella ricostruzione delle categorie e dei concetti contemporanei ci dà il senso di un percorso complesso ma ricco di stimoli. Mai come oggi la storia costituzionale, nelle sue diverse articolazioni, è polimorfica ma anche “utile” per cercare di leggere più in profondità fenomeni che stentiamo a cogliere nella loro ampiezza.



Traditions and Changes and the Role of Legal History

MICHAEL STOLLEIS

I.

From a scientific-historical perspective, legal history has its beginnings in the process of national movement of the late 18th and early 19th century. But even before, one has been generally aware of the historicity of law, especially in the European humanism of the 15th and 16th century. Particularly the French humanist-jurists emphasized in “*mos gallicus*” the text-levels of Roman Law. That was a relief from the dogmatic rule and it was also an opening-up for the legislation by the state, or more precisely: by the monarch who had by now become the sovereign.

In this process of historicization of law, Germany has followed a little later. But even in there the following held true: The Roman Law wouldn't be effective as a result of imperial authority or due to reason, it would be rather a product of history and could and needed to be re-ordered by a legislator, a new Justinian. This was written by

Hermann Conring in 1643, in his book “*De Origine Iuris Germanici Commentarius Historicus*”¹. Since then, the law has generally been recognized as historically dynamic, although the jurists who were doing practical work, acted, as if it was an expression of immutable reason, just *ratio scripta*. From that time on new law emerged from the will of the sovereign. New law pushed aside the old law. The field of History of Law has described these dynamic processes, while the legal doctrine tried to stabilize these processes by de-historicization. This probably inescapable antagonism still exists today.

II.

In the 19th century, for all nations who joined the program of the constitutional “nation-state”, law and legal history were the central means of nation building. The

state was supposed to be a nation-state, a constitutional state subject to the rule of law. As a nation-state, it was supposed to create a codification to bind all citizens to a new national legal system. As a constitutional state subject to the rule of law, it was supposed to push back absolutism and to commit itself to be bound by the law. Everywhere new national constitutions and codifications of civil, criminal and procedural law emerged. For instance, such was the case with regard to the states emerging from the breakup of the Ottoman Empire (Greece, Bulgaria, Romania, the Balkans, Egypt, Maghreb), the states that arose from the emancipation of the South American countries from Spanish-Portuguese colonial empires², the States on the edge of the Tsarist Empire (Poland, Finland, Estonia, Latvia, Lithuania), the former Habsburg lands (Bohemia and Moravia, Transylvania, Galicia – Ukraine). In the 20th century, the process of building an identity, the search for the “right” constitution and for a legal system, arising “from its own roots”, continued, first in Europe itself³, but then also in the new post-colonial states of Africa and Asia, for example in the Francophone countries of Africa, in Indochina or in *France-outr-mer*, in Anglophone countries (South Africa, Namibia, India, Pakistan, Sri Lanka), in the Dutch possessions in Southeast Asia, in the Belgian possession in the Congo, in the remainder of the Italian colonies in Somalia and Ethiopia, in the English and French mandated territories after the First World War as Iraq and Syria.

Throughout places and time, legal elements of the former ruling power were used (for example the *Code Civil*, the Common-Law-System, the Austrian ABGB, the Spanish-Portuguese law of the Crown, the Dutch *ius commune* etc.). At the same time,

one was looking for still usable residuals of the “indigenous law” and tried to embrace all of this by a new constitution. The difficulty of this undertaking – then and today – can be seen by the fact that during the 19th and 20th century more than 200 constitutions have been enacted and abolished in South America alone⁴. There has always been an intermingling of the own and the alien. And there have been translations, interactions and alienations. Today, we have to bid farewell to simple applications within the meaning of popular ideas of “reception”.

III.

Now, let us look at Europe. After the era of nationalism had ended irrevocably with the era of the two World Wars, in 1945 one returned to the old idea of Europe in the need for help. Such idea was a strange *mixtum compositum* of political, ideological and economic elements.

From the Nazi-propagandist “struggle against Bolshevism” that was proclaimed by National Socialism, and from the front line during the “Cold War”, the wish for a close union within Europe emerged (as Churchill said, possibly even the “United States of Europe”, albeit without the United Kingdom). The NATO and the European Defence Community (which failed due to French resistance) pointed in this direction.

Especially according to the ideal of catholic forces, Europe was supposed to be a humanist-Christian “Occident” having its center in Rome. To some extent, this was a European Continuation of the German “Reichstheology” from 1920/1930⁵. But



The College of German students in Bologna, 1497 miniature

since the 1970s at latest, this idea has apparently lost its appeal.

Focal point certainly was the economy. It pushed towards an integration of the European Economic Area (EEA) and achieved this goal through intermediate stages in 1957⁶ with the Treaty of Rome (A. de Gasperi, R. Schuman, J. Monnet, P.H. Spaak, K. Adenauer, W. Hallstein etc.). Simultaneously, lawyers and legal historians drew the vision of a European judicial area that was supposed to find its roots in Roman Law (*Ius Commune*) and that was supposed to find its realization through the academic field of Comparative law and the practi-

cal coordination of law. The monographs from Calasso, Koschaker, Wieacker etc. are just as typical for this as the project of a depiction of the *Ius Romanum Medii Aevi* (IRMAE), the handbook of the sources and literature of recent European Private Law (Coing) and the establishment of the Max Planck Institute for European Legal History (understood as the history of private law). Europe was supposed to be a “legal community” – according to the formula of Walter Hallstein, which was later taken up by Jacques Delors⁷.

IV.

Today all of Europe is discussing whether the foundations of an "European idea", the common legal foundations and the vision of a "European constitution" are still realistic. We are amidst a phase of uncertainty.

The reconstruction after the war and the enthusiasm about building a new post-nationalist Europe are indeed a historical fact, but also a mood that is only difficult to understand two generations later. Meanwhile, the political union Europe has transcended its western-European nucleus towards the East. The incorporation of post-soviet states (Baltic states, Poland, Hungary, Bulgaria, Romania) is not only causing economic and social problems, but also such of pertaining to legal culture. Authoritarian regimes with significant deficits regarding human rights and democracy standards have emerged in various post-soviet states (Russia, Belarus, Ukraine, but also Hungary). In these countries, there was no "western legal tradition" or it existed in only superficial adaptations. These countries are members of the European Council and the number of human rights claims involving them that are brought before the European Court of Human Rights in Strasbourg is getting higher⁸.

The European harmonization of law is moving forward but not in the historical pattern of the "*Ius commune*" (which has been a phantom beyond the law of obligations), but according to economic necessities, as for instance with regard to corporate law, road traffic law, social law, media law, energy- or technology law.

Although the Treaties of Maastricht and Lisbon as well as the European Charter of Fundamental Rights factually are a Euro-

pean Constitution that stands in line with the model constitutions of the 19th century nation states, such factual constitution has fundamental gaps with regard to its democratic legitimacy and faces at the same time a strong predominance of an administrative machinery in Brussels. The latter is generating tendencies towards a regulatory overkill and an "educational administration". Such tendencies are playing into the cards of populist forces that are gaining ground in particular in times of financial crises and high rates of unemployment among young people.

Even those who are skeptical with regard to the process of European integration or those who merely criticize its slow progress must admit that quite significant components of formerly "sovereign" nation states have transferred to Europe. Every single day, Europe is creating new law that is binding on all of us. The old-fashioned nation state, having the exclusive legislative power with regard to its internal and external relations, is entangled within a network of international treaties. Today, "sovereignty" is no longer a suitable defining characteristic for European states.

V.

This picture of the European judicial area with its historical "multi-normativity" during the past 1000 years, which might already not be satisfying to some, is even further disarranged with regard to global changes:

Everybody knows that we are amidst a revolution of electronic communication and its economic as well as political-mili-

tary use. What we have developed so far for the purpose of "data protection" based on the idea of "privacy" has turned out to be insufficient. It seems that conventional means do not suffice anymore to stop the use of the bulks of data that have been collected globally through the great powers' security agencies. The utmost efforts would be required to redress them. But which political authority would be able or mandated to bring up the needed energy, while the political-military complex itself is the beneficiary of the total(itarian) control?

The global exchange of information and goods is (together with the potentials of the internet) leading to new forms of soft law, to networks of legal norms, that do no longer emanate from states, that are not subject to democratic control and against which no legal remedies can be taken. Neither the "western legal tradition" nor the standards of the European constitutional state with its rule of law offer help⁹. It seems as if we were returning, on a global scale, to the pre-modern forms of "multi-normativity"¹⁰. Also this would be a captivating chapter of science with the topic "tradition and change".

Finally, new forms of international conflicts and conflict resolution have come into being. Also in this realm, the times of traditional "international law" and of the traditional courts of arbitration seem to be over. Relevant keywords in this regard are 9/11, terror networks, modern warfare with the use of drones, cyber-war and the potentials of nanotechnology that are not yet predictable today. Wars are no longer officially declared nor ended. They disguise themselves as civil wars, as concealed "humanitarian interventions" or openly present themselves as sheer acts of terrorism. All around

the world we may witness the search for a new order of international law.

VI.

I conclude with several remarks on the potential consequences this might have for the field of Legal History. If we want to understand the foreshadowed developments and interactions of the globally differing and diffusing legal systems, then we need to fundamentally historicize and relativize our own standpoints. We need to bid farewell to the traditional Eurocentric perspective, but we can also take note of the fact that the yardsticks for human rights, the rule of law, the separation of powers and democracy, which are being accepted by the majority of the world's population, have significant European origins. We are living on this tradition, but at the same time we observe that this tradition is also changing and gaining new features with each and every transfer into different cultures. It is obvious that the acceptance of "the western legal tradition" is only limited in Islamic states that are applying the rules of the Sharia¹¹. Only a comparative-historical approach allows us to grasp and (maybe!) mitigate the extent of tensions attached to this.

Put differently: On the ground of an ocean of differences we are searching for universalities to which large majorities may consent. In this regard, comparative Legal History may carry out invaluable groundwork. In countries that have been destroyed by civil war – I only name some examples: Afghanistan, Syria, Congo, Mali and Sudan – the universalities (for instance: *nulla poena sine lege*, elimination of only vague el-

ements of a crime, the ban on torture, the renouncement of death penalty, fair trial, separation of powers, the fight against corruption and ethics of office) still and first need to be implanted and practiced again. This process is burdensome and always threatened by the possibility of failure, but it surely is as important as humanitarian relief, and in the long run maybe even more

important. By highlighting these universalities as constituting “minimalia of civilized legal orders”, we, as Legal Historians, make our humble contribution.

¹ H. Conring, *De origine iuris germanici Commentarius Historicus*, Helmstedt, H. Müller, 1643 (in German, M. Stolleis (hrsg.), *Der Ursprung des deutschen Rechts*, Frankfurt, Insel Verlag, 1994).

² Th. Duve, *Rechtswesen*, in S. Hensel, B. Potthast (hrsg.), *Das Lateinamerika Lexikon*, Wuppertal, Hummer, 2013, pp. 279-282.

³ Chr. Gusy (hrsg. von), *Demokratie in der Krise: Europa in der Zwischenkriegszeit*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 2008, pp. 15-51.

⁴ Duve, *Rechtswesen* cit.

⁵ A. Koenen, *Der Fall Carl Schmitt. Sein Aufstieg zum „Kronjuristen des Dritten Reiches“*, Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1995, especially pp. 269 ff.; F. Blindow, *Carl Schmitts Reichsordnung. Strategie für einen europäischen Großraum*, Berlin, Akademie Verlag, 1999.

⁶ *The Treaty establishing the European Economic Community* from 25th March 1957; *The Treaty of Maastricht establishing the European Union* from 7th February 1992; *The Treaty of Amsterdam* from 2nd October 1997 / 1st May 1999; BVerfGE 89, the so-called Maastricht judgement, the Treaty of Lisbon (2009) and BVerfGE 123, 267.

⁷ M. Stolleis, *Europa als Rechtsgemeinschaft*, in S. Kadelbach (hrsg. von), *Europa als kulturelle Idee*.

Symposion für Claudio Magris, Baden-Baden, Nomos, 2010, pp. 71-81.

⁸ *Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms* dated 4th November 1950.

⁹ M. Stolleis, *La idea europea de Estado de derecho*, in *La Metamorfosis del Estado del Derecho*, Oviedo, Junta General del Principado de Asturias, 2014.

¹⁰ M. Stolleis, *Vormodernes und postmodernes Recht*, in «Quaderini Fiorentini», n. 37, 2008, pp. 54³-55¹.

¹¹ *Banjul Charter on Human and Peoples' Rights* dated 27th June 1982; *Cairo Declaration of Human Rights in Islam* (CDHRI) dated 5th August 1990.

Standards of Europe's Constitutional Heritage*

SERGIO BARTOLE

First of all, let me thank the Constitutional Court of the Republic of Lithuania for having invited me as a member of the Venice Commission to make a presentation in the frame of an International Conference devoted to the Standards of Europe's Constitutional Heritage in the occasion of the official celebration of the XX Anniversary of the Constitution of the Republic of Lithuania. Taking into consideration the topic chosen for the Conference I made the proposal of dealing with the relation between the European constitutional heritage and the National constitutional heritage of the European countries. Both these concepts are at the core of the activity of the Venice Commission as far as this body is entrusted with the task of developing the common legal traditions of the European countries through the elaboration of the contributions which are given by all the concerned States on the basis of their historical constitutional identity. The topic would certainly require more time than the twenty minutes assigned to me by the

organizers but I'll try to summarize my conclusions on the mentioned items taking specially into account my personal experience as a member of the Venice Commission which have had sometimes difficulties in dealing with references of constitutions and laws of the interested States to their old legal institutions. For instance, which is the meaning of art. 131 of the Russian Constitution according to which local self-government shall be exercised "with regard for historical and other local traditions?" Or which are the consequences of art. 13 of the Bulgarian Constitution which considers the Eastern Orthodox Christianity "the traditional religion in the Republic?" What does eventually the reference to the spiritual bequest of Cyril and Methodius, and the historical legacy of Great Moravia mean in the preamble of the Slovak Republic?

As a matter of fact the Venice Commission adopts the European constitutional heritage as a yardstick in the elaboration of its opinions and of the exercise of its consultative support aimed at facilitating the con-

stitutional reforms and the implementation of the constitutions in its member States. The Commission obviously takes part in the elaboration of the concept in view of the necessities of the different national constitutional practices, but it draws inspiration by the developments of the European transnational law and by the case law of the two main transnational Courts, which have today a significant but different role in Europe, that is the European Court of Justice and the European Court of human rights. According to the prevailing legal literature the European constitutional heritage is made up not only by the European treaties and conventions in the field of the human rights and rule of law, but also by those principles which have been at the basis of the historical process of gradual growth of the legal orders of the European States. Therefore the concept covers at the same time the legal provisions which have been in force in those legal orders and the scientific elaboration of them which has supported their implementation and their development. This definition implies that the terms of reference of the concept are, on one side, the normative experience of the European countries and, on the other side, the doctrines and the theories which have prepared and supported this experience.

If these are the elements which underpin the elaboration of the concept of the European constitutional heritage, it is evident that the European States give a contribution to the formation of that heritage as far as they are in the position of offering the concrete evidence of both an actual, past and present implementation of the principles of the constitutionalism and of the scientific contribution in the elaboration of that practice. Moreover these two elements should be common to at least the

majority of the interested countries, they cannot be the fruit of the isolated and individual experience of a single State. They have to be shared by a great deal of the European States. Therefore to the formation of the European constitutional heritage take part, or – better – have taken part all the States where the principles of the constitutionalism are deeply rooted, that is the States where those principles appeared at the horizon of the legal order and largely contributed to the creation of the modern and contemporary constitutional institutions. Therefore the participation of the countries to the formation of the European constitutional heritage should have been possible as far as they have gotten involved in the building of the modern state. But, if there is a common understanding that the documents and the events which have to be taken into account are those occurred in Europe after the French Revolution, my presentation will also deal with documents and events which preceded the advent of the Enlightenment.

At this stage of our reasoning we have to keep in mind that, according to the opinion of the late Harold Berman, the birth of the modern state in Europe coincides with the pontifical revolution of the Pope Gregorius VII in the eleventh century, when the emphasis on the separation of the Roman Church from the civil authorities opened the way to the take off of new legal doctrines in the frame of the newly established European Universities. It is not by chance that the origins of the modern State are contemporary – as Maitland stressed – with the advent of the new legal European schools. The scientific doctrines and theories offered the necessary support to the elaboration of the concepts of the State and of their authority

and institutions, which were influenced at the same time by the rebirth of the Roman law and of the growth of the Church law.

But we cannot also forget that the great Italian legal historian Antonio Marongiu reminded us that, while in France the authority of the King was restrained by the traditional and customary *lois fondamentales*, with the autumn of the Middle Age the idea of limiting the powers of the kings and of the princes through agreements stipulated with the nobles or with the gentries was taking roots. The example of the *Magna Carta* (1215) is not isolated and was followed in Central and Eastern Europe by the contemporary Golden Bull in Hungary (1222): both of them should deserve a special consideration in view of the constitutional processes they started. But if you look at the history of these two documents, we can ascertain a great difference in the attention paid by the scientific literature to them. Notwithstanding the fact that they are – as I told you – contemporary, the *Magna Carta* is very frequently quoted in every quarter of the European legal science as one of the main sources of the European constitutionalism, while the Golden Bull is frequently forgotten and, in any case, it is rarely mentioned as a constitutive element of the historical tradition of the European constitutionalism.

This difference certainly depends on the contents of the two documents. It is true that the *Magna Carta* stayed in force for a short period of time while the Golden Bull is supposed to have been a stable element of the continuity of the Hungarian legal history. But it is also true that the efficacy of the *Magna Carta* was frequently renovated in the following years, many times with many changes. Moreover the English document certainly is principally aimed at insuring

privileges and special rights for some persons and classes, but at the same time it reveals, for instance, a great attention to the protection of all the persons of the kingdom and opens the way to the universality of the modern theory of the protection of the human beings. On the basis of its clause the *Magna Carta* guarantees a general extension of the protection insured by the customs and freedoms which it mentions, by requiring their compliance by “*tam clerici quam laici... quantum ad se pertinet erga suos*”, that is by recognizing that guarantee to all the people who were subjected to those *clerici* and *laici*. On the other side, the Golden Bull was certainly inspired by a restricted idea of the freedom which was partially connected with the fruition of the land and was strictly limited to the guarantee of the privileges of the ruling class. Some judges tried, under Mathias Corvinus, to extend the protection of the Bull to other persons but this case law was rejected and overruled with the advent of the Jagellonis. Therefore many authors share the opinion that, while the *Magna Carta* reveals an effective orientation towards the establishment of the principles of the modern constitutionalism as it is confirmed by the following developments of the constitutional history of the United Kingdom, the Golden Bull certainly – as Bonis said – “paved the way for further development”, but it was “the basis of the Hungarian corporative constitution”, which was definitely inspired by principles different from those which are at the core of the modern and contemporary European constitutional heritage.

If we compare the different developments which I described, we can find the confirmation of the remarks made some years ago by prof. Jarasiunas, who explained

the fact that in the European historical legal literature Central and Eastern Europe is described as having a peripheral character in respect to other parts of the European constitutional civilization because "the history of these countries are the permanent experiments to reach better developed Western countries... and the historical reality of this region of Europe are the gaps in the statehood, national calamities, social and economical lagging behind".

A fact specially impresses the scholar who devotes his attention to some of the institutions which are – according to the opinion of Jarasiunas – "paradoxical subjects – unpredicted achievements of the political legal system" of the countries of the area. They are not studied as a part of the European common constitutional heritage. Their experience, even when it covers many centuries as it has happened to the tradition connected with the Hungarian Golden Bull, is not considered by the majority of the authors as a constituent element of the European constitutional tradition. Only those documents and institutions which are at the basis of the constitutional developments, for instance, of United Kingdom and France or, in more recent times, of Belgium, Italy and Germany are studied and elaborated in view of the assessment of the common developments of the European constitutionalism. The impression is that only States successfully established since a long time according to the principles of the constitutionalism are considered as adequate terms of reference for the elaboration of the European constitutional heritage. For instance, even the Polish Constitution of 3 May 1791, notwithstanding its European priority after the American Constitution was adopted, has not been the subject of a special attention and

elaboration in view of the construction of the European constitutional traditions. It is true that it had been in force for a very short time but it is also true that it was the sign of the diffusion of the ideas of the Enlightenment about the human rights because it was specially aimed at guaranteeing not only the privileges of the gentry and the rights of the burgers but also the protection of the law to the peasants. Some elements of its content would have probably deserved to be taken into account even before the fall of the wall which interested Poland at the end of the past century, but the sad developments of the history of the Polish State probably prevented its consideration by the doctrines and the theories which are the basis of the scientific and judicial elaboration of the European common constitutionalism.

Does this fact oblige us to deny the existence of a Polish constitutional tradition? Certainly this is not the opinion of those Polish scholars and intellectuals who are interested in keeping alive the historical tradition of the efforts made by the Polish people to safeguard the Polish identity in the frame of the European experience vis a vis the other European States and peoples. And they are correct, their position deserves our attention. Nobody is allowed to deny that documents which have the historical characteristics of the Hungarian Golden Bull or of the Polish Constitution of the year 1791 have had a precise function in the development of the legal culture in the respective country as far as they are a positive factor of the recognition of the identity of that country.

It sometimes happens that we can find a quotation of such a document or of more than one of the same peculiar relevance in the preamble of the national constitutions. While the preamble of the Czech Constitution makes a

generic reference to the “sound traditions of the ancient statehood of the Crown of Bohemia as well as of Czechoslovak statehood”, the preamble of the Georgian Constitution mentions not only the “centuries-old traditions of the Georgian Statehood” but also the “main principles of the 1921 Constitution”. Especially interesting is the case of Croatia, that is of the preamble of the national Constitution of Croatia, which opens the text of this document and precedes all its provisions making references to important events of the history of the Croatian people and of deliberations of the Croatian Sabor in the past centuries. All these references are aimed at confirming and supporting the “historical, national and natural right of the Croatian nation” to its identity and to the exercise of its state sovereignty. The specific destination of this preamble and of its quotations which look strictly connected to our research, makes their utilization in view of the elaboration of the European constitutional heritage very difficult as far as the individual claim of the Croatian people to sovereignty is essentially at stake. I don’t want to say that that claim was unfounded or that the right to self-determination cannot be a constituent part of the European constitutional traditions: I say that the recognition of such a right does not depend only on the individual demand of a single nation while it has to be the result of a common elaboration of the community of all the European States, or of the majority of them. Only common elaboration can give evidence of the general acceptance of the mentioned right and of the values which are underpinning it and you know that the Croatian State had a difficult take-off on the Nineties of the past century.

The paper of prof. Jarasiunas mentions the Lithuanian Statutes adopted in the XVI century as an example of those “paradoxi-

cal subjects – unpredicted achievements” of the political – legal system which are characteristic of the Central and Eastern European region. The quotation deserves special attention because the preamble of the Lithuanian Constitution makes express reference to those Statutes which are defined by the *framers* as “legal foundations of the Lithuanian Nation”. Has this reference the same meaning of the quotations which are present in the preamble of the Croatian constitution or can we more easily connect them to the formation of the European constitutional heritage? As an external observer I cannot certainly pretend to assess the relevance of those documents for the historical constitutional identity of the Lithuanian Nation. This assessment is the task of other scholars who are well acquainted with the Lithuanian history and take part in this conference. To deal seriously with this question requires a full knowledge of all the passages which distinguish the Lithuanian constitutional development.

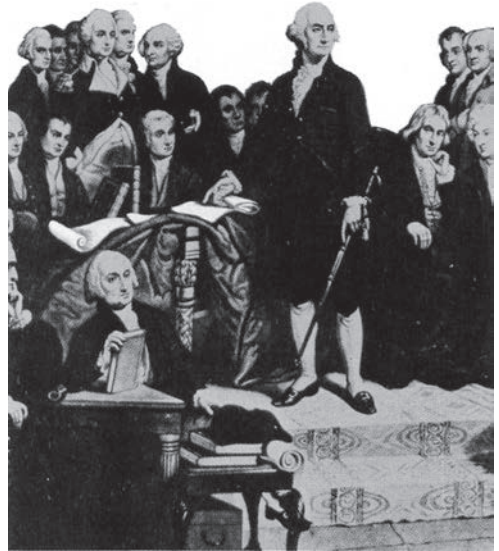
As a matter of fact the Lithuanian Statutes of 1529, 1566 and 1588 have a more general content than the documents quoted, for instance, in the Preamble of the Croatian Constitution. They are not dealing only with the claim of the Lithuanian Nation to its own identity and sovereignty. They include rules on the state, civil, criminal and procedural matters. Therefore they cover items which in more recent times have been interested by the principles on the protection of the human rights, which are constituent part of the European constitutional heritage. They have certainly a special relevance in the legal history of Lithuania. They entered in force in the frame of a country where the presence of the *ius commune* offered evidence of the in-

fluences of the Roman legal culture mediated through the establishment, on one side, of the University of Krakow and, on the other side, by the jurisprudence of the judges of Krakow and Vilnius. But if we look at the Statutes from the point of view of the European legal culture, we have to recognize that the legal historians, while they admit that the Statutes had a special importance as one of the first example, or the first example of a full written codification, share the opinion that their content is strictly linked with the social and political situation of the country in the XVI century. The codification of the old Lithuanian customs had been started by the Casimir's Code of the year 1468, the Statutes followed its path and tried, according to the opinions of some authors, to implement a design of balancing between the keeping of elements of the Roman law, which was seen by the gentry as a factor of centralization and of support of the King, and the guarantee of the special powers and privileges of the Lithuanian magnates. Therefore they appear as the result of the very peculiar Lithuanian developments which kept – many think – the country aside in respect of the evolution of the remaining Western part of Europe. Only with the adoption of the Constitution of 3 May 1791, in the last years of the State unity of Poland and Lithuania, the traditional cultural links of both these States with Europe found legal expression in presence of the new wave of the progresses of the Enlightenment.

The Lithuanian Constitution presently in force mentions in its Preamble both the Lithuanian Statutes of the XVI century and of the Constitutions of the Republic of Lith-

uania. I suppose that this last references regards both the Constitution of the year 1922 and the more recent of the year 1992. The Constitution of 1791 is not apparently mentioned. It pertains to a period of the history of this country when Lithuania was not an independent State and, therefore, there is no space for its quotations in a text which is aimed at justifying and confirming the right of Lithuania to its State identity. But if we take into consideration the concrete development of the history we cannot help remarking the fact that moving from the basis of the Lithuanian Statutes the Lithuania has entered in touch with the process of the development of the Western constitutional traditions. Afterwards with the advent of the European Union Lithuania has the way open to take part in the elaboration of the European law and it stays with its politicians, judges and scholars but also to all the Lithuanian citizens to offer the contribution of their historical traditions to the elaboration of the European constitutional heritage as far as they think that its concept as it is presently adopted by the European practice is incomplete and something which is now missing could be added by taking profit from the Lithuanian experience. The Constitutions (and even their preambles, as the French example teaches us) are written in such a way that they offer to all the interested people the basis for supporting the claim of their rights and interests and deriving from the relevant texts principles which can imply new safeguards and guarantees in view of the running of the time and the emergence of new exigencies of legal protection.

* I presented this paper at Vilnius on the anniversary of the Lithuanian Constitution.



Synopsis of legal sources of portuguese *Habeas Corpus* (14th to 16th centuries)*

JOSÉ DOMINGUES, FRANCISCO CASTELO BRANCO

Habeas corpus is today commonly understood as an institute of the Anglo-Saxons, derived from the Common Law and disseminated (i) through by the British colonial power¹, (ii) under the American Revolutionary Constitutionalism (1776) or the French (1789) and, more recently, (iii) through international human rights laws². Nevertheless, the demand of its ancestral origins has overflowed to other epochs and to other legal systems, ending by spreading them to the diverse geographic quadrants of the planet – *v. g.*, the *interdictum homine libero exhibendo* of the Roman law³, the *Liberatum* English *Magna Carta*⁵, the Aragonese charter process of the *manifestación de las personas*⁶ and the Portuguese assurance letters^{7–}.

The Portuguese institute of assurance letters can close in itself one of the oldest legal and legislative traditions and the well-established constitutional principle of the legal *habeas corpus*, held in Portugal for more than five consecutive centuries, from

the 13th century to the year 1830. It should be noted that in the late Middle Ages, the Discoveries brought (i) the multiplication of assurance letters granted to criminals of the kingdom who wanted to serve in the galleys and the conquered territories and (ii) an endemic spread of this institute to the overseas territories of achievements – for example, the paradigmatic case of Brazil⁸ or the Constitutions of the bishopric of Goa⁹–. Taking for granted that the Portuguese *habeas corpus* was not curtailed to this insignificant strip of territory, on the cable of the old continent to abut the Atlantic Ocean, which since the 12th and 13th centuries demarcated the geographical area of the kingdom of Portugal, maybe one day will it locate events documented in any of the five continents.

Taking into account that the Portuguese assurance letters are confirmed since the Middle Ages (*circa* the 13th century) and remained in effect for many consecutive centuries, with a disclosure that extended to large territorial areas and people from



View of the Lisbon palace

various corners of the world, this article intends to register without any intention of exhaustion or *res judicata*, some historical and legal Portuguese sources that can serve as a bulwark for their study and a comparison with similar institutions from other foreign jurisdictions. The time limit, that of the 16th century in the title of this article, appears in reference and in contrast to the Habeas Corpus Act of the British Parliament (1679), allowing to emphasize the Portuguese legislative and doctrinal sources that preceded it. It is not our purpose and it would be unaffordable in a work of this nature, for obvious limitations of time and space, to deal with all historical and legal sources. Therefore, we will limit ourselves to the laws sources of greatest prominence, inevitably leaving out the jurisdictional and doctrinal sources and the registration of the immense concrete cases in which assurance

letters were granted those who requested the competent regal entity¹⁰.

In short, we aim to identify the main historical and legal sources (favouring its publication in print media, but also and especially their online identification, amenable to easy access to any researcher anywhere in the world village) that may allow easy and direct confrontation of the constitutional principle of *habeas corpus* in the current Portuguese law with demonstrations from other legal foreign ones – *v. g.*, best known institute originated from the Common Law – even before the Petition of Rights (1628), the famous Habeas Corpus Act (1679) and its post-revolutionary constitutional consecration from the late 18th century.

The fact that the assurance letters exist only in the Portuguese legal system (and its overseas colonies)¹¹, and also that they arose, quite plausibly, before the English

habeas corpus, deepen our study-power and this will become a "lofty contribution to the infamous euro-western route of the law and underlying principles of *habeas corpus*"¹². It may be possible to set its origin on the German general peace, carved by customary peninsular law of the High Middle Ages, from the *Edictum Rothari* (643), and passing the peninsular curies of the 11th and 12th centuries – *v. g.*, Leon (1017), Coiança (1055), Oviedo (1115) and Leon (1188)–. In summary, peace or safety would prove to be a powerful tool available to the lower-medieval political power in the fight against private vengeance, taking multiple forms, *v. g.*, the peace of home, the peace of the market, the peace of the county, the peace of the church, the peace of the way, the peace of the court and the peace of the General Study¹³.

This manifest plurality of Iberian security is gone, quite plausibly; the Portuguese branch of the assurance letters, which allowed the accused to be taken to court and defend himself in freedom. Although its roots retreat to the 13th century (at least), the incipient legislative treatment, dispensed by monarchical power, begins to appear in the first half of the 14th century. During the reign of Don Dinis (1279-1325) it was necessary to regulate the limits of the legitimacy of the masters of religious-military orders, so that they would respect the right of the monarch himself¹⁴. In the following reign, King Afonso IV's (1325-1357) there is a real legislative proliferation in this area with the unusual enactment of three laws and the inclusion of the assurance letters in the Regiment of "corregedores das comarcas" (magistrates).

The first diploma of D. Afonso IV (3rd October 1329), to prevent the evasion of

justice and abuses committed by holders of assurance letters, required that: (i) the insured should confess to death, just to name the witnesses; (ii) if the accused denied death, two different situations could occur: (a) if there was no accuser, a letter should be passed up letter to the justices of the land where the crime was committed for wanton to conduct the inquiries, safeguarding contradictory to the accused; (b) if there was an accuser, it was for him to name the witnesses. The expenses of the witnesses brought to court is established according to the economic situation of the parties, thus, (i) if the accuser was rich and the accused was poor the witnesses came at the expense of the accuser, as long as the accused agreed; (ii) if they were both rich the witnesses came at the expense of each of the name; (iii) if the accuser was poor and the accused was rich, the witnesses came at the expense of the accused; (iv) if both were poor, send ascertain the truth by justices of the earth. In case of breach of any of the above provisions, the accused would lose his assurance and would be arrested immediately¹⁵.

It was established in a second law (undated): (i) the assured one that does not appear the day pointed out in the assurance letter is to be immediately arrested and imprisoned and if he is already imprisoned shall be heard and set free; (ii) if the assured one appears on the appointed day, the judges send him to call the parties or people who require to make law, setting him on the day that everyone should attend to the court; (iii) if that day he does not attend and does not claim justifying cause, the insurance to be heard will soon be arrested and imprisoned; (iv) the judges are required to register for all subsequent analysis; (v) if the assured ones attend, let them be heard by

the judges when they gather, and proceed as soon as possible, (vi) and that they always be assured according to the law; (vii) otherwise let them be immediately arrested and kept that way until they can be set free according to the law; (viii) and if they proceed and do as they should, let their assurance letters be kept, and not be arrested until their actions impose so; (ix) if the judges let them act wrongfully or otherwise act maliciously, the "corregedor" (magistrate) be surprised and make justice accordingly¹⁶.

In another decree of the same monarch (also undated) it is prohibited for judges or any others who have any judicial capacity from giving assurance letters to those who claim for Justice, for such power is reserved to the king or those he specially empowers to do so. Assurance letters issued without legitimacy are considered invalid and should not be kept by their holders. Wrong acting judges, in turn, would be deprived of the office or leave to the king any private jurisdiction they might have¹⁷.

Finally, in the second regiment (the first was in 1332) of the "corregedores das comarcas" (1340), granted by the referred King Afonso IV, it was recorded that these senior judges, as direct representatives of royal power at the sites were able to give all assurance letters, except in deeds of murder, slander, treason, sodomy, counterfeit and heresy¹⁸. This competence remained in a successive regiment granted by King D. Pedro I (1361)¹⁹ and, with a few nuances, would be compiled for the successive official compendia of *Ius proprium*: Alfonsine Ordinances²⁰, Manueline Ordinances²¹ and Filipine Ordinances²².

By law (undated) of D. João I (1385-1433), to avoid scandal and danger of the accused to walk safe at the scene, deadlines for

grant of assurance letters were established. The king (known as the one of the righteous memory) merely confirmed the usual "long time" in the kingdom, according to which it could not give (i) letters of insurance to those guilty of manifest physical aggression – e.g. open wounds and bloody, black and swollen bumps or other wounds that resulted in some crippling until thirty days had passed from the day of the offense, (ii) neither assurance letter made in death of man or woman within six months from the day of death have elapsed²³. The last term will be reduced to three months during in the second half of the fifteenth century. The halving (three months) is already contained in the regiment of the judge sent to the region of Beira, dated 30 December 1495²⁴ and is reiterated in the determination of April 28th, 1496, addressed to the governor of the Civil House of Lisbon, D. Álvaro de Castro²⁵. These deadlines – thirty days to assaults and three months in cases of death – remained unscathed and began to appear in the official compendia of *Ius proprium*, since the first edition of the Ordinances of D. Manuel I 1512/13 (Liv. V, tit. 42, fl. 32)²⁶ to express repeal of letters held by the decree of 2nd June 1830²⁷.

During the regency of prince D. Pedro (1439-1448), while King D. Afonso V as still a child, two decrees with the value of law were enacted, following the advice of some judges, counselors and scholars of the court. In the first one (17th March 1442), to avoid scandals and bad examples, it was determined that before the past six months, no assurance letters should be given in case of death, even if the accused confessed the crime and legitimate question claimed exclusion of unlawfulness – these are called confess assurance letters²⁸ –. In the second



XVI Century Portuguese map of Africa

decree (15th January 1443), it was established that the accused should be assured if he appeared voluntarily, even if he had no assurance letter²⁹. Interestingly, none of these determinations was upheld on Reform of the Ordinances of D. Afonso V.

The period of the Portuguese Ordinances, initiated by King D. João I, was characterized by the daunting task of collecting and systematizing the legal *corpus* of the kingdom. The compilers of this *corpus*, each in his own time (14th and 19th centuries), reserved a special place to the institute of assurance letters. In Afonsine compilation the title 123 of the Book III was reserved – “From the assurance letters that are demanded per death of man or open wounds and bloody how and when they will be given” –; the title 44 of Book V – “That no as-

surance letters may be given in case of open wounds until thirty days pass away” – and the title 57 of the same book V – “On the the assurance letters that give generally pear to be evildoers right” –; the title 112 of Book V – “Of those who have jurisdiction by the grace of the King these will not give assurance letters in any case” –; the title 115 – “Of the declaration that King Don Duarte has made about the general securities given to some to go to Cepta or any other place” –; to which a fragment is added with the title of “corregedores das comarcas” (book I, title 23, §25)³⁰.

It may be said that, in essence, the Ordinances of D. Manuel I keep, *mutatis mutandis*, the legislation inherited from the previous collection. It was, however expurgated the declaration of D. Duarte on gen-

eral assurances and gathered, the first three titles in a single one – of the book V: «Que nom deem carta de segurança em caso de feridas abertas ataa passarem trinta dias e em caso de morte ata tres meses». Remained as autonomous, also of Book V, the matter «Dos que ham jurdiçam per graça del Rey que nom dem cartas de segurança em caso algum», well as the prerogative of the “corregedores das comarcas” – in Book I –. The final version of these Ordinances added a new subject matter to the letters of insurance in Title 1 of Book V – «Da ordem que o Julgador terá nos feitos crimes»³¹.

The Philippine Ordinances, which remained in force until the emergence of codes, persevere, *mutatis mutandis*, in the legislation of the Manueline Ordinances³².

With the purpose of awarding legitimacy, the monarchy was giving up its regalia in favor of the powerful nobility, as the Duke of Bragança³³ and the Marquis of Vila Real³⁴, or the canon power³⁵. A sitting of the Casa da Suplicação (5 December 1562) imposed the assurance letters for the mistakes of notaries were passed only by the chancery judge and not by the “corregedor” of the court³⁶. By royal decree of 24 May 1688, was abolished the privilege of ombudsmen House of Bragança, the *infantado* and archbishopric of Braga may grant letters of insurance in case of death³⁷.

Leaving out multiple royal diplomas with force of law, one cannot forget a brief reference here to the so-called Law of the Reformation of Justice (6 December 1612). It was this legislative act which (i) created the *negative letters impeded*, for situations where the denial of the wrongdoing is accompanied by a strong evidence of alibi, (ii) determined that those who take confessing assurance letters, could not deny those

facts in their defense (iii) established rules of procedure to the superior court, and, to avoid the great damage that resulted from passes of letters, (iv) ordered that no pass worth itself as assurance³⁸.

The canonical power of the Church was always along with the civil power of the king. In such case, it would be *lapsus calami* do not leave here some remarks, although incomplete, accompanied by brief notes, to the canonical legislative sources of this period. Already in the concordats of the 14th and 15th centuries were detected regulation traces on this issue, especially because of the delimitation of the fields of activity of both jurisdictions³⁹. However, for effective regulation in canonical legislation, assurance letters would have to wait for the Synodal Constitutions of the XVI century and following ones⁴⁰. The comparison of canonical precepts with civil law (which is outside the scope of this article and will be dealt with in another context) reveals a close proximity and agreement exempting a more detailed analysis⁴¹.

Since the Synodal Constitutions of Braga (*circa* 1506) and the charter of D. Manuel I (23 July 1512) that the legitimacy of the prelates was considered equal to the monarch, as these started to pass assurance letters even in cases of death⁴². The assimilation was recognized by the Ordinances of the kingdom, and the subject of the assurance letters became to be assiduous in the canonical Constitutions. In summary, *mutatis mutandis*, the *Lex ecclesiastica* imposes (i) the same deadlines of the civil law to grant assurance letters in case of physical aggression (thirty days) and in case of murders (three months); (ii) immediate grant of confess letters as defense, in cases of death, (iii) the assurance, in case of death,

does not enter the places of harm during their deliverance – it is only this legislation that does not find a direct correspondence in the civil law –, (iv) the assurance accused presents himself in court, (v) in each case it is not due to pass more than three assurance letters, (vi) within ten days a new assurance letter should be requested; (vii) that the assured will not be arrested for breaking the assurance letter, if against him there are not sufficient grounds to do so.

In awareness that this is just the tip of the iceberg and that are yet to identify many other documentary sources, namely legislative, doctrinal and jurisprudential, but especially those of the individual cases that were processed in the Portuguese courts – this simple study may have been worth, if some benefit may result in opening up new ways for scientific research and the study of the «Portuguese habeas corpus» may ever come to be compared to any foreign counterpart.

References Legal-Historical

I. References Civil Law

1. 1322.May.20 – Law made by D. Dinis of assurance letters.
 - (i) Lisboa, IAN/TT – Chancelaria de D. Dinis, Liv. 3, fl. 145
URL: <<http://digitarq.dgarq.gov.pt/details?id=3813643>> (October 2015).
Ribeiro, João Pedro (1815): *Memorias para a historia das inquiriçoes dos primeiros reinados de Portugal, colligidas pelos discipulos da aula de Diplomatica no ano de 1814 para 1815, debaixo da direcção dos lentes proprietario, e substituto da mesma aula*, Lisboa: na Impressão Regia, doc. 40, pp. 116-117.
URL: <<https://archive.org/details/memoriasparahistooribe>> (October 2015).
 - (ii) Lisboa, IAN/TT – Gavetas, Gav. 5, mç. 2, n. 10.
URL: <<http://digitarq.dgarq.gov.pt/details?id=4632878>> (October 2015).
2. 1329.October.03 – Law made by D. Afonso IV of assurance letters.
 - (i) Lisboa, BN – Cód. 9164, fls. 232-233.
Ordenações de D. Duarte (1988): Edição preparada por Martim de Albuquerque e Eduardo Borges Nunes. Lisboa, pp. 393-394.
URL: <http://iuslusitaniae.fcsh.unl.pt/verobra.php?id_obra=71> (October 2015).
3. 1340/1361/1446 – Law made by D. Afonso IV of “corregedores das comarcas”.
 - (i) Lisboa, IAN/TT – Feitos da Coroa, Núcleo Antigo 458 (Foros ou Costumes de Beja), fls. 37-41v.
URL: <<http://digitarq.dgarq.gov.pt/details?id=4182554>> (October 2015).
Caetano, Marcello (1981): *A Administração Municipal de Lisboa Durante a 1.ª Dinastia (1179-1383)*, Academia Portuguesa de História, Lisboa, pp. 158-174.
 - (ii) Lisboa, IAN/TT – Feitos da Coroa, Núcleo Antigo 365 (Foros de Santarém), fls. 43-51.
URL: <<http://digitarq.dgarq.gov.pt/details?id=4601531>> (October 2015).
Caetano, Marcello (1981): *A Administração Municipal de Lisboa Durante a 1.ª Dinastia (1179-1383)*, Academia Portuguesa de História, Lisboa, pp. 158-174.
 - (iii) Regimento outorgado por el-rei D. Pedro I (1361).
Ribeiro, João Pedro (1813): *Dissertações Chronologicas e Criticas*, Tomo III 2.ª Parte, Lisboa, doc. 37, pp. 93-112.
URL: <<https://archive.org/details/dissertaeschos3ribe>> (October 2015).
 - (iv) *Ordenações do Senhor Rey D. Affonso V* (1972): Real Imprensa da Universidade, Coimbra (facsimile da Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1984/1998).
URL: <<http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/afonsinas/>> (October 2015).
Domingues, José (2008) *As Ordenações Afonsinas – Três Séculos de Direito Medieval (1211-1512)*, Zêrifo Editora, Sintra, pp. 245-259.
URL: <http://www.academia.edu/3123263/As_Ordenacoes_Afonsinas_-_Tres_Seculos_de_Direito_Medieval_1211-1512_> (October 2015).
4. 1325-1357 – Law made by D. Afonso IV of assurance letters.
 - (i) Lisboa, IAN/TT – Feitos da Coroa, Núcleo Antigo 458 (Foros ou Costumes de Beja), fls. 45v-46.
URL: <<http://digitarq.dgarq.gov.pt/details?id=4632878>> (October 2015).

- 4182554> (October 2015).
5. 1325-1357 – Law made by D. Afonso IV of assurance letters.
 - (i) Lisboa, IAN/TT – Leis e Ordenações, Núcleo Antigo 1, fl. 107.
URL: <<http://digitarq.dgarq.gov.pt/details?id=4223265>> (October 2015).
 - (ii) *Livro de Leis e Posturas*: Prefácio de Nuno Espinosa Gomes da Silva e leitura paleográfica e transcrição de Maria Teresa Campos Rodrigues, Lisboa, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 1971, pp. 280-281.
URL: <http://www.iuslusitaniae.fcsh.unl.pt/verobra.php?id_obra=57> (January 2014).
 - (iii) Lisboa, BN – Cód. 9164, fl. 215.
 - (iv) *Ordenações de D. Duarte*: Edição preparada por Martim de Albuquerque e Eduardo Borges Nunes, Lisboa, 1988, pp. 370-371.
URL: <http://www.iuslusitaniae.fcsh.unl.pt/verobra.php?id_obra=71> (October 2015).
 6. 1385-1433 (s.l.) – Law made by D. João I of assurance letters.
 - (i) *Ordenações do Senhor Rey D. Affonso V* (1792): Real Imprensa da Universidade, Coimbra, Livro III, Título 113; Livro V, Título 44 (fac-simile da Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1984/1998).
URL: <<http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/afonsinas/>> (October 2015).
 7. 1442.March.17 – Law made by infant D. Pedro of assurance letters.
 - (i) Lisboa, IAN/TT – Feitos Findos, Casa da Suplicação, Liv. 72 (Livro das Extravagantes que até ao tempo presente há na Casa da Suplicação: Compilação feita por ordem do regedor Lourenço da Silva, por Duarte Nunes de Leão), fls. 255v-256.
URL: <<http://digitarq.dgarq.gov.pt/details?id=4162662>> (October 2015).
 - (ii) Serra, José Correia da (1793): "Fragmentos de legislação escritos no livro chamado Antigo das Posses da Casa da Supplicação", *Collecção de Livros Ineditos de Historia Portugueza, dos reinados de D. João I, D. Duarte, D. Affonso V e D. João II*, publicados de ordem da Academia Real das Ciências de Lisboa, tomo III, Lisboa, n. 15, p. 560.
URL: <<https://archive.org/details/collecadelivo33corruoft>> (October 2015).
 9. 1446.July.28 – The Reformation of Ordinances of D. Afonso V.
 - (i) *Ordenações do Senhor Rey D. Affonso V* (1792): Real Imprensa da Universidade, Coimbra (fac-simile da Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1984/1998).
URL: <<http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/afonsinas/>> (October 2015).
 10. 1466.December.10 (Montemor-o-Novo) – D. Afonso V confirms the Duke of Bragança privilege, already established since the reign of King João I and D. Duarte, of giving assurance letters in cases of death and other crimes.
 - (i) Lisboa, IAN/TT – Gavetas, Gav. 2, mç. 11, doc. 12, fls. 3-4.
 11. d. 1474.October.15 – Law made by D. Afonso V of assurance letters.
 - (i) Lisboa, IAN/TT – Feitos Findos, Casa da Suplicação, Liv. 1 (Livro Antigo das Posses), fl. 30.
URL: <<http://digitarq.dgarq.gov.pt/details?id=4162670>> (October 2015).
 - (ii) Serra, José Correia da (1793): "Fragmentos de legislação escritos no livro chamado Antigo das Posses da Casa da Supplicação", *Collecção de Livros Ineditos de Historia Portugueza, dos reinados de D. João I, D. Duarte, D. Affonso V e D. João II*, publicados de ordem da Academia Real das Ciências de Lisboa, tomo III, Lisboa, n. 18:6, p. 562.
URL: <<https://archive.org/details/collecadelivo33corruoft>> (October 2015).
 12. 1495.December.30 – Law made by D. Manuel I of assurance letters.
 - (i) Lisboa, IAN/TT – Gavetas, Gav. 20, mç. 10, doc. 11.
 - (ii) Duarte, Luís Miguel (1999): *Justiça e Criminalidade no Portugal Medievalo (1459-1481)*, Fundação Calouste Gulbenkian – Fundação para a Ciência e a Tecnologia, Coimbra, doc. 93, p. 639.
 - (iii) Domingues, José (2013): "As origens do princípio de «habeas corpus» no pré-constitucionalismo português", *Historia Constitucional* 14, p. 351.
URL: <http://www.historiaconstitucional.com/index.php/historiaconstitucional/article/view/363> (October 2015).
 13. 1496.April.28 – Law made by D. Manuel I of assurance letters.
 - (i) Lisboa, IAN/TT – Chancelaria de D. Manuel, Liv. 33, fl. 108.
 14. 1512.July.23 (Lisboa) – Law made by D. Manuel I

- of assurance letters.
- (i) Braga, AD – Ms. Rerum Memorabilium Ecclesiae Bracarensis, vol. II, fl. 46v.
- (ii) Lisboa, IAN/TT – Feitos Findos, Casa da Suplicação, Liv. 72 (Livro das Extravagantes que até ao tempo presente há na Casa da Suplicação: Compilação feita por ordem do regedor Lourenço da Silva, por Duarte Nunes de Leão), fls. 132-132v.
URL: <<http://digitarq.dgarq.gov.pt/details?id=4162662>> (October 2015).
- (iii) Leão, Duarte Nunes de (1569): *Leis Extravagantes collegidas e relatadas pelo licenciado Duarte Nunez do Liam per mandado do muito alto e muito poderoso Rei Dom Sebastiam nosso Senhor*, por Antonio Gonçalvez, Lisboa, p. 104.
URL: <<http://purl.pt/12180>> (October 2015).
(Edição fac-simile da Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1987)
- (iv) Domingues, José: "As origens do princípio de «habeas corpus» no pré-constitucionalismo português", *Historia Constitucional* 14, 2013, pp. 348-349.
URL: <<http://www.historiaconstitucional.com/index.php/historiaconstitucional/article/view/363>> (October 2015).
15. 1512/13 – Ordinances of D. Manuel I (first system).
- (i) O primeiro [segundo] liuro das Ordenações, Lisboa: per Valentym Fernandez alemão, 1512-1513.
URL: <<http://purl.pt/14876>> (October 2015).
- (ii) Dias, João José Alves: *Ordenações Manuelinas: Livros I a V: Reprodução em fac-símile da edição de Valentim Fernandes (Lisboa, 1512-1513)*, com Introdução de João José Alves Dias, Centro de Estudos Históricos da Universidade Nova de Lisboa, Lisboa, 2002.
16. 1514 – Ordinances of D. Manuel I (first system).
- (i) Liuro primeiro [-quinto] das Ordenações. Nouamente corrigido na segunda impressam. Lisboa: Ioham Pedro Bonhomini, 1514.
URL: <<http://purl.pt/14708>> (October 2015).
17. 1521 – Ordinances of D. Manuel I (second system).
- (i) O primeiro [-quinto] liuro das Ordenações. Évora/Lisboa, Iacobo Cronberguer alemam, 11 Março 1521.
URL: <<http://purl.pt/12182>> (October 2015).
- (ii) O primeiro [-quinto] liuro das Ordenações. Lixboa: Germão Galharde [depois de 1533].
URL: <<http://purl.pt/14913>> (October 2015).
- (iii) O primeiro [-quinto] liuro das Ordenações. Lixboa: por Manoel Ioam, 1565.
URL: <<http://purl.pt/14264>> (October 2015).
- (iv) *Ordenaçoes do Senhor Rey D. Manuel* (1797): Real Imprensa da Universidade, Coimbra (fac-simile da Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1984).
URL: <<http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/manuelinas/>> (October 2015).
18. 1562.December.05 (Lisboa) – Sentence of Casa da Suplicação.
- (i) Lisboa, IAN/TT – Feitos Findos, Casa da Suplicação, Liv. 72 (Livro das Extravagantes que até ao tempo presente há na Casa da Suplicação: Compilação feita por ordem do regedor Lourenço da Silva, por Duarte Nunes de Leão).
URL: <<http://digitarq.dgarq.gov.pt/details?id=4162662>> (October 2015).
19. 1603 – Filippine Ordinances.
- (i) *Ordenações e Leis do Reino de Portugal* (1603): Recopiladas per Mandado do muito alto catholico & poderoso rei Dom Philippe. Impressas em Lisboa: no mosteiro de S. Vicente Camara Real de Sua Magestade da Ordem dos Conegos Regulares, por Pedro Crasbeeck.
URL: <<http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/ordenacoes.htm>> (October 2015).
- (ii) *Ordenações Filipinas* (1797): Real Imprensa da Universidade, Coimbra (fac-simile da Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1984).
URL: <<http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/ordenacoes.htm>> (October 2015).
20. 1612 – Law of Justice Reform.
- (i) Silva, José Justino de Andrade (1854): *Collecção Chronologica da Legislação Portuguesa, compilada e anotada por José Justino de Andrade e Silva, Bacharel formado em Direito*. 1603-1612. Lisboa, Imprensa de J. J. A. Silva Rua dos Calafates n. 80, pp. 390-393.
URL: <<http://legislacao.regia.parlamento.pt/Pesquisa/Default.aspx?ts=1>> (October 2015).

II. References Canonical Laws

1. 1309.August.09 – «Concórdia» between King D. Dinis and the bishop D. João of Lisbon.
- (i) *Ordenaçoes do Senhor Rey D. Affonso V* (1792) Real Imprensa da Universidade, Coimbra, Livro II, Titulo 4, artigo XI (fac-simile da Fundação Ca-

- louste Gulbenkian, Lisboa, 1984/1998).
URL: <<http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/afonsinas/>> (accessed 5 January 2014).
2. 1361 (Elvas) – «Concórdia» between King D. Pedro I and clergy.
 - (ii) *Ordenações do Senhor Rey D. Affonso V* (1792): Real Imprensa da Universidade, Coimbra, Livro II, Título 5, artigo XIII (fac-simile da Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1984/1998).
URL: <<http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/afonsinas/>> (October 2015).
 3. 1390/91 (Évora) – «Concórdia» between King D. João I and clergy.
 - (i) *Ordenações do Senhor Rey D. Affonso V* (1792): Real Imprensa da Universidade, Coimbra, Livro II, Título 6, artigo I (fac-simile da Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1984/1998).
URL: <<http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/afonsinas/>> (October 2015).
 4. 1427.August.30 (Santarém) – «Concórdia» between King D. João I and clergy.
 - (iii) *Ordenações do Senhor Rey D. Affonso V* (1792): Real Imprensa da Universidade, Coimbra, Livro II, Título 7, artigo XXV (fac-simile da Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1984/1998).
URL: <<http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/afonsinas/>> (October 2015).
 5. 1497 – Constitutions of D. Diogo de Sousa to the bishopric of Oporto, approved at the Synod of Oporto 24 August 1496 (*Constituição lvii – Que se nam dem cartas de seguro, salvo aquelles que andavam ante do maleficio em abito e tonsura*).
 - (i) Paço Ducal de Vila Viçosa, BFCB – Res./45 Adq.
 - (ii) *Synodicon Hispanum II – Portugal* (1982): edicion critica dirigida por Antonio García y García, Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid.
 - (iii) *Constituições que fez ho Senhor Dom Diogo de Sousa Bispo do Porto* (1997): Távola Redonda: Centro de Estudos de História do Livro e da Edição, Lisboa (Comemoração do V Centenário da introdução da imprensa no Porto, Fac-simile da edição do Porto: Of. de Rodrigo Álvares, 1497 – inc. da Biblioteca do Paço Ducal de Vila Viçosa, da Fundação Casa de Bragança, Res./45 Adq.–), 2 vol.^s.
 - (iv) Machado, José Barbosa (2006): *Constituições de D. Diogo de Sousa. Impressas no Porto em 1497 por Rodrigo Álvares*, Introdução, edição semidiplomática e lematização de José Barbosa Machado, Cadernos Culturais da Câmara Municipal, Vila Real (2.^a edição, Braga, Edições Vercial, 2008 e ebook: Amazon, 2010).
 6. c. 1506 – Constitutions of D. Diogo de Sousa to the archbishopric of Braga, approved at the Synod of Braga 15 December 1505 (*Constituição lvii – Do tempo a que se ham de dar as cartas de seguro*).
 - (i) *Constituyções feytas por mandado do Reverendissimo senhor dom Diogo de Sousa Arçebispo e Senhor de Braaga Primas das Espanhas* (s. l., s. d.).
 - (ii) *Synodicon Hispanum II – Portugal* (1982): edicion critica dirigida por Antonio García y García, Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid.
 7. 1534 – Constitutions of the bishopric of Évora.
 - (i) *Constituições do Bispado Deuora* (1534): Lisboa: por Germam Galharde, fls. 72-73.
URL: <<http://purl.pt/14928>> (October 2015).
 8. 1537 – Constitutions of the bishopric of Lisbon.
 - (i) *Constituiçoens do arcebispedo de Lixboa* (1537): Lisboa: por Germam Galharde, fls. 79v-81.
URL: <<http://purl.pt/14665>> (October 2015).
 9. 1538 – Constitutions of the archbishopric of Braga.
 - (i) *Constituições do arcebispedo de Braga* (1538): Lisboa: per Germã Galharde: per mandado do principe o senhor ifante dom Anrique eleito arcebispo senhor de Braga primas das Espanhas, fls. 78-79.
URL: <<http://purl.pt/14701>> (accessed 5 January 2014).
 10. 1541 – Constitutions of the bishopric of Oporto.
 - (i) *Constituições sinodaes do bispado do Porto* (1541): ordenadas pelo muito reuerendo e magnifico Senhor dom Baltasar Limpo bispo do dicto bispado etc., Porto: por Vasco Diaz Tanquo de Frexenal, fls. 97-97v.
URL: <<http://purl.pt/14687>> (October 2015).
 11. 1548 – Constitutions of the bishopric of Coimbra.
 - (i) *Constituições synodaes do bispado de Coimbra* (1548): Coimbra: per Ioão da Barreyra e Ioão Aluarez, fls. 91-91v.
URL: <<http://purl.pt/4066>> (accessed 5 January 2014).
 12. 1554 – Constitutions of the bishopric of Algarve.
 - (i) *Constituiçoens do bispado do Algarue* (1554): Lisboa: em casa de Germão Galharde, fls. 83v-84.
URL: <<http://purl.pt/14796>> (October 2015).
 13. 1556 – Constitutions of the bishopric of Viseu.
 - (i) *Constituyções synodaes do bispado de Viseu* (1556): Coimbra: per Ioam Aluarez, fls. 76-77.
URL: <<http://purl.pt/15042>> (October 2015).
 14. 1560 – Constitutions of the bishopric of Angra do Heroísmo.
 - (i) *Constituições sinodaes do Bispado Dangra* (1560): Lisboa: per João Blavio de Colonia, fls. 84-85.

- URL: <<http://purl.pt/15145>> (October 2015).
15. 1563 – Constitutions of the bishopric of Lamego.
 - (i) *Constituições synodales do bispado de Lamego* (1563): Em Coimbra: per Ioam de Barreira.
URL: <[http://webopac.sib.uc.pt/search~S17*por?/Xconstitui\(u00E7\){u00F5}es+sinodais&searchscope=17&SORT=D/Xconstitui\(u00E7\){u00F5}es+sinodais&searchscope=17&SORT=D&extended=1&SUBKEY=constitui%C3%A7%C3%B5es+sinodais/13%2C26%2C26%2CX/1856&FF=Xconstitui\(u00E7\){u00F5}es+sinodais&searchscope=17&SORT=D&22%2C2%2C%2C1%2C0](http://webopac.sib.uc.pt/search~S17*por?/Xconstitui(u00E7){u00F5}es+sinodais&searchscope=17&SORT=D/Xconstitui(u00E7){u00F5}es+sinodais&searchscope=17&SORT=D&extended=1&SUBKEY=constitui%C3%A7%C3%B5es+sinodais/13%2C26%2C26%2CX/1856&FF=Xconstitui(u00E7){u00F5}es+sinodais&searchscope=17&SORT=D&22%2C2%2C%2C1%2C0)> (October 2015).
 16. 1565 – Constitutions of the bishopric of Évora.
 - (i) *Constituições do arcebispado Deuora* (1565): nouamente feitas por mandado do illustrissimo & reuerendissimo señor dom Ioam de Mello arcebispo do dito arcebispado &c., Évora: em casa de Andre de Burgos, fls. 79v-80v.
URL: <<http://purl.pt/13348>> (October 2015).
 17. 1565 – Constitutions of the bishopric of Miranda.
 - (i) *Constituições synodales do bispado de Miranda* (1565): Lisboa: em casa de Francisco Correa, fls. 129v-130v.
URL: <<http://purl.pt/14686>> (October 2015).
 18. 1567 – Decrees passed in the Provincial Council of Braga of 1566.
 - (i) *Concilium Prouinciale Braccaren* (1567): IIII pontificatus sãctiss. D. N. Pij. V. anno 2 regni vero potentiss. pijsimique regis nostri Sebastiani huius nôis primi anno. 10. praeside [...] patre fratre Bartholomaeo à Martyribus [...], Braccarae: apud Antonium à Maris typographum Reuerendiss. D. Archiepi Hispaniarum Primate, Actio IIII, in fine, cap. 19, fls. 92v-93.
URL: <<http://purl.pt/23192>> (October 2015).
 19. 1568 – Constitutions of the bishopric of Goa.

Constituicones [sic] *do Arcebispado de Goa* (1568): aprouadas pello primeiro cõcilio prouincial. – Goa: per Ioão de Endem, fls. 89-89v.
URL: <<http://purl.pt/14666>> (October 2015).
 20. 1585/1601 – Constitutions of the bishopric of Funchal.
 - (i) *Constituições synodales do Bispado do Funchal* (1585): feitas & ordenadas por Dom Ieronimo Barreto, bispo do dito bispado, Lisboa: por Antonio Ribeiro, pp. 166-169.
URL: <<http://purl.pt/14683>> (October 2015).
 - (ii) *Constituições synodales do Bispado do Funchal* (1601): com as extravagantes novamente impressas, por mandado de D. Luis de Figueiredo de Lemos, Bispo do dito Bispado. Lisboa, por Pedro Craesbeeck.
 21. 1585 – Constitutions of the bishopric of Oporto.
 - (i) *Constituições Synodales do Bispado do Porto* (1585): ordenadas pelo muyto illustre [...] senhor Dom frey Marcos de Lisboa, bispo do dito bispado &c., Agora nouamente acrecentadas com o Estilo da Iustica, Coimbra: por Antonio de Mariz: á custa de Giraldo Mendez, liureiro, fls. 138v-139v.
URL: <<http://purl.pt/15043>> (October 2015).
URL: <[http://webopac.sib.uc.pt/search~S17*por?/Xconstitui\(u00E7\){u00F5}es+sinodais&searchscope=17&SORT=D/Xconstitui\(u00E7\){u00F5}es+sinodais&searchscope=17&SORT=D&extended=1&SUBKEY=-constitui%C3%A7%C3%B5es+sinodais/13%2C26%2C26%2CX/1856&FF=Xconstitui\(u00E7\){u00F5}es+sinodais&searchscope=17&SORT=D&20%2C20%2C%2C1%2C0](http://webopac.sib.uc.pt/search~S17*por?/Xconstitui(u00E7){u00F5}es+sinodais&searchscope=17&SORT=D/Xconstitui(u00E7){u00F5}es+sinodais&searchscope=17&SORT=D&extended=1&SUBKEY=-constitui%C3%A7%C3%B5es+sinodais/13%2C26%2C26%2CX/1856&FF=Xconstitui(u00E7){u00F5}es+sinodais&searchscope=17&SORT=D&20%2C20%2C%2C1%2C0)> (January 2014).
 22. 1588 – Constitutions of the archbishopric of Lisboa.
 - (i) *Constituições do arcebispado de Lisboa* (1588): assi as antigas como as extrauagantes primeyras e segundas – Agora nouamente impressas, Lisboa: por Belchior Rodrigues: vendense na rua noua em casa de Ioam Lopez, fls. 84-85v.
URL: <<http://purl.pt/14564>> (October 2015).
 23. 1591 – Constitutions of the bishopric of Coimbra.
 - (i) *Constituições synodales do Bispado de Coimbra* (1591): feitas & ordenadas em synodo pello senhor Dom Affonso de Castel Branco bispo de Coimbra, conde de Arganil e por seu mandado impressas, Coimbra: per Antonio de Mariz, fls. 138v-140.
URL: <<http://purl.pt/21747>> (October 2015).
URL: <[http://webopac.sib.uc.pt/search~S17*por?/Xconstitui\(u00E7\){u00F5}es+sinodais&searchscope=17&SORT=D/Xconstitui\(u00E7\){u00F5}es+sinodais&searchscope=17&SORT=D&extended=1&SUBKEY=constitui%C3%A7%C3%B5es+sinodais/1,26,26,E/1856~b1490271&FF=Xconstitui\(u00E7\){u00F5}es+sinodais&searchscope=17&SORT=D&6,6,1,0](http://webopac.sib.uc.pt/search~S17*por?/Xconstitui(u00E7){u00F5}es+sinodais&searchscope=17&SORT=D/Xconstitui(u00E7){u00F5}es+sinodais&searchscope=17&SORT=D&extended=1&SUBKEY=constitui%C3%A7%C3%B5es+sinodais/1,26,26,E/1856~b1490271&FF=Xconstitui(u00E7){u00F5}es+sinodais&searchscope=17&SORT=D&6,6,1,0)> (October 2015).
 23. 1601 – Constitutions of the bishopric of Leiria.
 - (i) *Constituiçoens synodales do Bispado de Leiria* (1601): feytas & ordenadas em synodo pello Senhor Dom Pedro de Castilho e por seu mandado impressas, Coimbra: por Manoel de Araujo, fls. 89-90v.
URL: <<http://purl.pt/17440>> (October 2015).

- * List of abbreviations: IAN/TT – Instituto dos Arquivos Nacionais da Torre do Tombo); BN – Biblioteca Nacional de Lisboa (National Library of Lisbon); BFCB – Biblioteca da Fundação Casa de Bragança (Library of Bragança's House Foundation); s. l. – sem local (without local); s. d. – sem data (undated); Liv. – Livro (Book); fl. – folio; doc. – Documento (Document); Gav. – Gaveta (Drawer); mç – Maço (Pack); Cód. – Códice (Codex); Ms. – Manuscrito (Manuscript); AD – Arquivo Distrital (District Archive); c. – *Circa*; URL – Uniform Resource Locator.
- ¹ P.D. Halliday, *Habeas Corpus: From England to Empire*, Cambridge, Harvard University Press, 2010.
- ² B. Farrell, *From Westminster to the World: The Right to Habeas Corpus in International Constitutional Law*, in «Michigan State University College of Law Journal of International Law», n. 17, 2009, 3, pp. 556-565, <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1612910> (October 2015).
- ³ L.F. García López, M. Malagón Pinzón, *Mecanismos de protección de derechos: de la República Romana a la acción pública del siglo XIX en Colombia*, in «Opinión Jurídica» [en línea], 8/16, Julio-Diciembre, 2009, pp. 149-167, <<http://www.scielo.org.co/pdf/ojum/v8n16/v8n16a09.pdf>>, (October 2015); J.C. Costa, *El Habeas Corpus en Roma y su Recepción en el Derecho Argentino*, in «Revista General de Derecho Romano», 16/2011, pp. 1-19, <http://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id=11&numero=16> (October 2015).
- ⁴ A.G.A. Andreucci, *Origens do Habeas-Corpus: As Cartas de Seguro Portuguesas*, in «Revista de Direito da Faculdade de Ciências Sociais de Florianópolis», n. 2, 2007, pp. 25-45, <<http://virtual.cesusc.edu.br/portal/externo/revistas/index.php/direito/articulo/view/85>>, (October 2015).
- ⁵ M. Satrústegui Gil-Delgado, *La Magna Carta: Realidad y Mito del Constitucionalismo Pactista Medieval*, in «Historia Constitucional», n. 10, 2009, pp. 250-251, <<http://www.historiaconstitucional.com/index.php/historiaconstitucional/article/view/232>>, (October 2015); Farrell, *From Westminster to the World: The Right to Habeas Corpus in International Constitutional Law*, cit., pp. 556-565; Halliday, *Habeas Corpus: From England to Empire*, cit.
- ⁶ V. Fairén Guillén, *Habeas Corpus y Tortura Oficializada*, Zaragoza: Intitución Fernando el Católico, El Justicia de Aragón, 2005 [Disponível em <<http://www.derechoaragones.es/118n/consulta/registro.cmd?id=607857>> (October 2015)]; Id., *Manifestación aragonesa y "habeas corpus" inglés*, in «L'Educazione Giuridica», VI Modelli storici della procedura continentale, II Dall'ordo iudicarius al código de procedura, Edizioni Scientifiche Italiane, 1994, pp. 255-292 [Disponível em <<http://www.derechoaragones.es/118n/consulta/registro.cmd?id=601200>> (October 2015)]; Id., *Notas para el encuadramiento del proceso de "Habeas corpus" como modelo procesal*, in «Franz Matscher» 65, Viena, Manzsche Verlags-und Universitätsbuchhandlung, 1993, pp. 81-95 [Disponível em <<http://www.derechoaragones.es/118n/consulta/registro.cmd?id=601197>> (October 2015)]; Id., *Los recursos de "reuges", "firmas de derecho" y "manifestación de personas", el "writ de habeas corpus", el recurso de "amparo" y el "mandado de seguridad", garantías históricas y actuales de los derechos constitucionales de libertad de locomoción y de movimiento*, in «Revista de Derecho Procesal» 3/1988, pp. 619-704; Id., *Comentarios a la Constitución de 1978: El "Habeas Corpus" del artículo 17-4 y la "Manifestación de personas"*, in «Derecho y Proceso. Estudios Jurídicos en Honor del Prof. A. Martínez Bernal», Murcia, Universidad de Murcia, 1980, pp. 111-165 [Disponível em <<http://www.derechoaragones.es/118n/consulta/registro.cmd?id=601195>> (October 2015)]; Id., *Los procesos aragoneses medievales y los derechos del hombre*, in «Anuario de Derecho Aragonés» 14, 1968-1969, pp. 343-400. A. Sánchez Aranda, *The English Habeas Corpus or the Aragonese Manifestación de Personas? The Procedural Model to Guarantee the Fundamental Right of Personal Liberty in the Spanish Constitution of 1812*, in «Vom Diener des Fürsten zum Diener des Rechts»: zur Stellung des Richters im 19. Jahrhundert; *Del servicio al Rey al servicio de la Justicia: el cargo de juez en el siglo decimonónico*, 2011, pp. 61-76; Id., *A Consequence of the Political System of the Kingdom of Aragon in the Late Middle Ages: The Aragonese Manifestación de Personas a Posse Iudicum as a Preservative Guaranteeing the Rights of Detained Personas*, in «Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte»: Germanistische Abteilung, n. 128, 2011, pp. 361-376; A. Sánchez Aranda, Y.M. Quesada Morillas, *Una institución procesal de Habeas Corpus anterior al Amendment Act inglés de 1679: la manifestación de personas del reino de Aragón*, in «Codex: Boletín de la Ilustre Sociedad Andaluza de Estudios Histórico-Jurídicos» 4, Córdoba, 2010, pp. 71-104.
- ⁷ M. Caetano, *As Origens Luso-Brasileiras do Mandado de Segurança*, in «Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná», n. 21, 1983, o. pp. 1-11, <<http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs2/index.php/direito/article/view/8871>> (October 2015); J. Domingues, *As origens do princípio de «habeas corpus» no pré-constitucionalismo português*, in «Historia Constitucional», n. 14, 2013, pp. 333-335, <<http://www.historiaconstitucional.com/index.php/historiaconstitucional/article/view/363>> (October 2015).
- ⁸ In summary, v. g., M.L.R.C. Teixeira, *As cartas de seguro: de Portugal para o Brasil Colônia. O perdão e*

- a punição nos processos-crimes das Minas do Ouro (1769-1831), Tese de Doutorado Apresentada ao Programa de Pós-Graduação em História Social à Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011, <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8138/tde-15122011-165329/pt-br.php>> (October 2015); Andreucci, *Origens do Habeas-Corpus: As Cartas de Seguro Portuguesas*, cit., pp. 25-45; Caetano, *As Origens Luso-Brasileiras do Mandado de Segurança*, cit., pp. 1-11; P. de Miranda, *História e Prática do Habeas-Corpus*, Rio de Janeiro, Borsoi, 2009; T.B. Amaral, *Considerações sobre a origem e evolução da acção de habeas corpus*, in «Revista Brasileira de Ciências Criminais», n. 35, Julho-Setembro 2001, 9, pp. 101 ss.; Idem in «Doutrinas Essenciais Processo Penal» 5, Junho 2012, pp. 1303, ss.; T.R. da Fonseca, *A Garantia da Liberdade Individual e o Direito Brasileiro: Habeas corpus, enquadramento histórico e realidade hodierna*, com prefácio de J.A.E. Duarte Nogueira, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2013.
- ⁹ Reference II.21.
- ¹⁰ On this theme, vide J. Domingues, *O Habeas Corpus Português na Idade Média: Ius et Praxis*, in «Initium», 20/2015.
- ¹¹ M.H. Leitão, *Do Direito Lusitano Dividido em Três Tratados. I. Dos agravos. II. Das cartas de segurança. III. Das inquirições. Obra útil a todos os Professores de Leis e indispensável aos que trabalham nos tribunais*, Translation of the Latin by F. Ligório Vaz, Prefácio e Revisão Técnica de A.M. Hespanha, Fundação Calouste Gulbenkian, 2009, pp. 213-214. First edition: *De Iure Lusitano. Tomus primus in tres utiles tractatus divisus. 1. De Gravaminibus. 2. De Securitatibus. 3. De Inquisitionibus. Opus universis iurium professoribus utile, & in foro versantibus maxime necessarium*. Auctore Matthaeo Homem Leitão, Olim Bracharensis Curiae Primatialis Senatore, nunc Sanctae Inquisitionis Conim-
- bricensis consultore Deputato. Illustrissimo D. Amplissimoque Praesuli D. Francisco de Castro in Regnis, & Dominijs Portugaliae Inquisitori Generali dicatus. Cum facultate superiorum. Coenimbricae. Ex Officina Emmanuelis de Carvalho Universitatis Typographi. Anno Domini M.DC. XLV., <http://webopac.sib.uc.pt/search-S17*por?/Xmateus+homem+leit%7bu00E3%7do&searchscope=17&SORT=D/Xmateus+homem+leit%7bu00E3%7do&searchscope=17&SORT=D&SUBKEY=mateus+homem+leit%C3%A3o/1%2C3%2C3%2CX/1856&FF=Xmateus+homem+leit%7bu00E3%7do&searchscope=17&SORT=D&3%2C3%2C%2C1%2C0> (October 2015).
- ¹² Domingues, *As origens do princípio de «habeas corpus» no pré-constitucionalismo português*, cit., p. 332.
- ¹³ R. Morán Martín, M.C. Quintanilla Raso, *De la paz general al seguro regio. Para la comprensión jurídica de un concepto y su aplicación en la Castilla de los Reys Católicos*, in «En la España Medieval», n. 36, 2013, p. 42, <<http://revistas.ucm.es/index.php/ELEM/article/view/41417>> (October 2015).
- ¹⁴ Reference I.1.
- ¹⁵ Reference I.2.
- ¹⁶ Reference I.4.
- ¹⁷ Reference I.5.
- ¹⁸ Reference I.3.
- ¹⁹ Reference I.3.
- ²⁰ Reference I.9.
- ²¹ Reference I.15; I.16 e I.17.
- ²² Reference I.19.
- ²³ Reference I.6.
- ²⁴ Reference I.12.
- ²⁵ Reference I.13.
- ²⁶ Reference I.15.
- ²⁷ *Colecção Completa até hoje dos Decretos da regência do Reino de Portugal Algarves e seus domínios nos anos de 1829 e 1830*, na Imprensa do Governo, Angra, 1830, pp. 19-22.
- ²⁸ Reference I.7.
- ²⁹ Reference I.8.
- ³⁰ Reference I.9.
- ³¹ References I.15, I.16 e I.17.
- ³² Reference I.19.
- ³³ Reference I.10.
- ³⁴ Lisboa, IAN/TT – Chancelaria de D. Afonso VI, Livro do ano de 1657, fl. 55.
- ³⁵ Reference I.14 e as References II.6-ss.
- ³⁶ Reference I.18.
- ³⁷ *Colecção de Legislação – D. Pedro II (1667-1706)*, Livro (1683-1700), p. 160. Cfr. Domingues, *As origens do princípio de «habeas corpus» no pré-constitucionalismo português*, cit., p. 349.
- ³⁸ Reference I.20.
- ³⁹ References II.1-4.
- ⁴⁰ References II.5-ss.
- ⁴¹ J. Domingues, *O Princípio Constitucional do Habeas Corpus no Direito Canónico Português*, in «Historia Constitucional», n. 16, 2015 (accepted for publication).
- ⁴² Reference I.14. e Reference II.6.

The Formation of the Elements of Parliamentarism and Constitutionalism at the Territory of Latvia in the Middle Ages and Early Modern Times (13th-18th centuries)

VALDIS BLŪZMA

1. *Historical Constitutional Traditions of Latvia*

Learning history of Latvia we may make a conclusion that Latvia certainly should be ranked within the circle of European states with the ancient traditions of constitutionalism notwithstanding a fact that Latvia is relatively new state with rather short statehood history. For example, we may mention that for the first time the principle of rule of law was formulated at territory of Latvia in a legal source *Privilegium Sigismundi Augusti* (Privilege of Sigismund II August) in the middle of XVI century¹.

Surprisingly, but we may also ascertain relatively small interest of Latvian scholars about its constitutional traditions of the previous centuries. It is not possible to find any references on constitutional traditions in territory of Latvia before the formation of the national state in books devoted to constitutional law which were published in Latvia in the first decade of XXI century

“Konstitucionālās tiesības” (Constitutional Law) or “Ievads konstitūcijas teorijā” (An Introduction to Theory of Constitution)², whose authors a lot of times quoted and analysed the constitutional traditions of so called old Western democracies.

The reason for the lack of interest in the local ancient constitutional traditions may be explained mainly by unique historical circumstances which characterized the evolution of constitutional history in territory of Latvia. We need to take in account that Latvians obtained their statehood only in 1918, fighting a lot of decades of XIX century against Baltic German privileged noble minority (descendants of crusaders who conquered this country in XIII century) which had a local political and economic power, as well as, legal autonomy in the three Baltic governorates (German: *Ostseegouvernements*, Russian: *Остзейские губернии*) of the Russian Empire – Estonia (northern part of modern Estonian state territory), Livonia (southern part of modern Estonian state and northern part of

modern Latvian state territories) and Courland (western and southern part of modern Latvian state territory). In viewpoint of Latvian national movement ideology 700 years from starting point of Baltic Crusade in the end of XII century till the establishing of the independent Latvian state were interpreted as the years of the slavery of Latvian people under Baltic German yoke. So the constitutional traditions developed by Baltic German were considered by Latvian researchers in interwar period as insignificant for Latvians, because it was an element of the oppressors' culture. Latvian researchers of the history of constitutionalism mostly paid their attention to the constitutional history of the Republic of Latvia, ignoring the formation of a Western constitutional tradition in territory of Latvia in medieval times. That trend of interwar period was continued also in Soviet period after World War II. Baltic Germans were mainly depicted by Soviet authors as cruel exploiters of Latvian labour people, but they role in education and development of culture life of the native people was suppressed³.

Only in the last decades we may see the efforts of some Latvian historians to overcome the misleading myth in history of Latvia about 700 years of slavery of Latvian people⁴.

The returning of Latvia into Europe after restoring the independent state in 1990 – 1991, formation of the system of rule of law, harmonisation of the legal system of Latvia according to the norms of EU law, its integration in the European Union raises an issue about the historical roots of the Western constitutional and legal culture in Latvia. It is necessary to form more objective historical picture of constitutional development at Latvian territory, to notice Western legal impact on it and to overcome superficial national myths.

Table 1. Periodization of Constitutional History in Territory of Latvia

<i>Periods of Constitutional History</i>	<i>Chronological Frames of Periods</i>	<i>States and Other Political Entities</i>
1) Prehistory Period	Approx. 9000 BC-IX century AD	Tribes and Chiefdoms
2) Period of the Barbarian States and Chiefdoms	IX-XIII century	Early states – Jersika, Koknese; Chiefdoms (Zemgale, Kursa); Tribes (Livs)
3) Period of Ecclesiastical Feudal States	XIII-XVI century	Riga Archbishopric; State of Livonian Order; Courland Bishopric; Livonian Confederation
4) Period of Secular Feudal States	XVI-end of XVIII century	Province of Livonia (<i>Polish Lithuanian Commonwealth</i>); Duchy of Courland

5) Absolutism State Period	End of XVII-beginning of XX century	Swedish Livonia (<i>Kingdom of Sweden</i>) Governorate of Livonia; Governorate of Courland (<i>Russian Empire</i>)
6) National State Formation Period	Early XX century-1940	Republic of Latvia
7) Period of the Socialist State	1940-1990	Latvian Soviet Socialist Republic (<i>Soviet Union</i>)
8) Transitional Period of Post-Socialist State	1990-2004	Republic of Latvia
9) Period of the Integration of the National States in Regional Union	2004-?	Republic of Latvia (<i>European Union</i>)

2. *The Genesis of the Elements of Parliamentarism and Constitutionalism in Livonia*

If we analyse which factors had stimulated the progress of constitutional law in the Middle Ages and Early Modern Times in territory of Latvia we may conclude that specific political reasons (mainly determined by interests of great powers in Baltic region) dominated over all others – economic, cultural, religious ones. Before Baltic Crusade was initiated by the Catholic church in the end of XII century in territory of Latvia a political dominance of Kievan Rus must be remarked, especially, in the eastern part of the modern time Latvia. It was confirmed by the following fact in the significant historical source of early XIII century – *Chronicle of Henry de Lettis (Heinrici Hronicon Livoniae)*. The first German missionary – Augustin monk Meinhard after his arrival in 1184 in territory of lower reaches of River Daugava inhabited by Livs with mission to convert them to Christianity required Russian prince of Polotsk Vladimir for permission to start his mission, because Livs were obliged to pay the dues to Vladimir⁵.

There were two principalities in territory of eastern Latvia before German expansion in it – Jersika and Koknese which were founded in XI century and ruled by orthodox Christian princes. These states, probably, were initially vassals of the principality of Polotsk, but in the end of XII and early XIII century they were sovereign⁶. We have no more detailed data about the constitutional order of these principalities, but, obviously, it was similar to principality of Polotsk and other Russian principalities of that time. It is necessary also to point out that in the last years Latvian historian Andris Šnē expressed an opinion that Jersika and Koknese may be qualified as chiefdoms, not states, because archeologic materials from these territories do not approve the concept of hierarchical society⁷.

The first political change by which territory of the present time Latvia was included into political field of Western Europe was Baltic Crusade (end of XII century - 1290) which official aim was a conversion of indigenous pagan people of Eastern Baltic coast to Christianity by military power when previous attempts to convert Livs by peaceful means were not successful. German knights organized in military monastic Order of the Brothers of the Sword

(established in 2003, in 1237 after defeat in battle of Saule against Lithuanians it was incorporated into the Order of Teutonic Knights as autonomous branch named Livonian Order) under supervision of the Holy See ensured the conquest of territory of modern Latvia and Estonia (the Northern Estonia was conquered by Denmark in the early XIII century, but later in the middle of XIV century after uprising of Estonian people against yoke of Danes it was ceded to Livonian Order). The conquered territory was named Livonia in the name of Finno-Ugric tribes *Livs* which inhabited the territory around the mouth of Daugava River where Germans arrived at first and where their political and economic centre – city of Riga was founded in 1201. By the decision of the bishop of Riga Albert von Buxhoeveden Livonia had ceded in 1207 to the Holy Roman Empire and had received it from German king Philip as a fief⁸. So Livonia from this year became an autonomous part of the Holy Roman Empire, but its ruler – the bishop Albert obtained the title of prince of the Holy Roman Empire.

The feudal system of administration was also without hesitation implemented in Livonia. So the Order of the Brothers of Sword became the vassal of the bishop of Riga and got from him the third part of the conquered territory of Livonia as fief⁹. The state of Livonian Order was stronger military than all the other states in Livonia, but it was formally under lordship of Riga bishop. The rulers of Livonia in their turn granted the smaller land territories as fiefs for their vassals in return to military, administrative and judicial service in favour of the lord. The first feudal contract between Riga bishop Albert and two his vassals was concluded in 1201¹⁰. The pre-Livonian states

of local sovereign rulers also sometimes were incorporated into Livonia through fief system. So after defeating of the king (*rex*) Visvaldis in the battle of 1209 and capturing his capital Jersika that located on the right coast of River Daugava in the eastern part of modern Latvia, bishop Albert demanded that Visvaldis recognise himself as vassal of bishop of Riga. Visvaldis was forced to agree because his wife and her servants were captured by crusaders as prisoners of war, so he submitted his state to Catholic church (in fact to Riga bishopric state) receiving back only part of his kingdom territory as a fief¹¹. Not only local rulers, but also other remarkable persons of indigenes, of course, if they were ready to be converted into Catholicism, were included in feudal relations by Livonian rulers, especially, in XIII century, forming a relevant part of vassals of Livonia¹².

Livonia never was centralized politically, it consisted till its end in the middle of XVI century of four bishopric states (Riga bishopric (after 1245 archbishopric), Dorpat (Tartu) bishopric, Ösel-Wieck bishopric, Courland bishopric) and a state of the Livonian Order. There were regular conflicts between Livonian Order and Archbishopric of Riga in fighting for hegemony in Livonia. But in early XV century when Teutonic Order was defeated by Polish and Lithuanian troops in the battle of Grunwald (1410), its autonomous branch – Livonian Order was ready to seek political compromises with Riga archbishop. Growing strength of two great powers of the eastern Europe – Polish-Lithuanian union and Moscow Grand Duchy stimulated formation of the union of states in Livonia.

So both parties (archbishop of Riga and master of the Livonian Order) initiated the Livonian Diet (*Landtag*) which was con-

vened for the first time in 1419 and later it was convened more or less regularly every year. It was the first Livonian scale power institution which had the supreme legislative and judicial power. It was formed on the grounds of representation of estates as it was usual in the medieval European states, but with some local specific. There were four chambers in it – 1) Chamber of prelates in which bishops and the members of chapters of priests of bishoprics were represented, 2) Chamber of Order in which the Master of Livonian Order and members of the Order's Council were represented, 3) Chamber of vassals which represented vassals of all the clerical states of Livonia, 4) Chamber of cities in which mainly were represented the members of city councils, and also of guilds from three bigger cities – Riga, Reval (Tallinn) and Dorpat (Tartu). The specific in structure of chambers was that in Livonia it was not one chamber for all the clerics, but two different ones. A special chamber of Livonian Order was established to take in account its political and military role in Livonia. The peasants were not recognised as political estate and there was a viewpoint that their interests were represented in Livonian Diet by their landlords, but in reality the interests of peasants were mostly protected by chamber of citizens interesting in flourishing of the peasants in interests of trade. The peasants were not represented also in the lot of the medieval assemblies of estates in Western Europe. Exception were Sweden, Denmark, Switzerland where representatives of peasants formed one of the chambers of Diet, but in the case of Livonia excluding of peasants from Diet meant simultaneously that indigenous peoples had no representation in Diet and their interests were mainly ignored.

The competence of Livonian Diet in sphere of legislation was not limited, but, of course, these were all-Livonian issues in which the decisions were made, not only in political sphere, but, as well as, in sphere of economy, finance, law. The decisions by Livonian Diet were made on the base of consensus of all the chambers. After plenary meeting which was presided by Archbishop of Riga and at which the agenda of session was considered, every chamber came together to its separate meeting to make its own decision by majority voting on issue of agenda. Then in the next plenary session there was necessary to adopt a compromise solution (if there was a dispute about decision among chambers) which would be acceptable for all the four chambers. So there were a lot of informal discussions for approximating the different viewpoints of chambers before adopting the final act (*Rezess*). If the dissent between chambers was invincible the decision was not adopted. Sometimes also it was fixed in decision that chamber (mostly of citizens) which had the objections against a draft of decision did not took a part in final voting. So the act was adopted and came into the effect, but that estate which was against it was not obliged to observe it.

The legislative acts of Livonian Diet usually were in effect for all the territory of Livonia and the principle of supremacy of these acts was applied. But there was no executive organ of Livonian scale and implementation of this or that act of Livonian Diet was a competence of the executive branch of power of the Livonian states. So there were situations when adopted laws were not applied by government of any Livonian state for definite political reason. There was also no institution which had a competence of

supervision of the applying the adopted acts by rulers of Livonian states.

In 1435 so called Livonian Confederation¹³ (the term "Livonian Confederation" never was used in historical period of the existence of union of Livonian states, it was initiated by historians and legal historians in XX century, taking in account a lot of features which characterize the trend of confederalism in relations of Livonian autonomous states) was formed on the base of treaty between Livonian states adopted by Livonian Diet. This treaty established military and political union of Livonian states. The rules of treaty prohibited the wars between subjects of confederation. All the disputes between Livonian states were obliged to adjudicate before the arbitration of Livonian Diet and its decisions were mandatory. The claims for the arbitration of Holy See were forbidden, so the conflicts ought to resolve in Livonian institutions. The Livonian states had no more rights to start separate wars with the third states. The decisions on war and peace issues further ought to adopt in Livonian Diet. So the Livonian states had no more rights to conclude a separate peace treaty, but they obtained a right to get a help from the other Livonian states in the case of aggression of the third state against any subject of treaty¹⁴. So we may speak about the self-limitation of power of Livonian states on the base of free agreement among them.

The Livonian Diet had also a judicial power. It was mainly an appellant court instance for appeals of vassals on the judgments of courts of Livonian states in private cases, but sometimes Livonian Diet also adjudicated the significant disputes between noblemen as a court of the first instance.

3. *Formation of the Constitutional Law in Period of Polish-Lithuanian Commonwealth Dominance in Territory of Latvia*

The liquidation of Livonian Confederation was a main result of Livonian war (1558-1583) which was unleashed by tsar of Russia Ivan IV with an aim to conquer a territory of Livonia. Livonian army was defeated in 1560, but new rivals – Polish and Lithuanian union and Sweden did not give Russia a chance to win the war. In 28 of November, 1561, Polish king Sigismund II Augustus and the last master of Livonian Order Gotthard Ketler signed so called Treaty of Submission (*Pacta Subiectionis*)¹⁵. Polish king was ready to take Livonia under protectorate and defend it against Russian troops, but asked its radical political transformation in the interests of Polish-Lithuanian union. So the greater part of its territory – southern Estonia (northern part of Estonia submitted to Sweden in June of 1561)¹⁶ and central and eastern part of modern Latvia were incorporated into Grand Duchy of Lithuania directly (after Lublin Union treaty of 1569 by which Polish – Lithuanian Commonwealth was founded, province of Livonia was incorporated also in Poland, so obtaining status of condominium). Gotthard Ketler who then dissolved Livonian Order following rules of Treaty of Submission, received as a secular ruler a part of former territory of Livonian Order only – southern and western part of modern Latvia which was transformed into secular Duchy of Courland and Semigallia (shortly – Duchy of Courland) as a vassal state of Lithuania (after Lublin Union of 1569 Duchy of Courland became vassal state also of the Kingdom of Poland).

The replacement of the system of ecclesiastical states was without any doubts

a progressive step, especially, taking in account that from twentieth years of XVI century the Reformation movement stimulated in Livonia conversion of population to Lutheranism. So the paradoxical situation originated in Livonia – rulers were adherents of Catholicism – religion which was not more recognized by majority of population. In these circumstances the appropriate decision was secularization of the state power, as it was made in Prussia in 1525 dissolving Teutonic order and transforming its state in secular Duchy of Prussia as vassal state of Poland. But rulers of Livonia, its political elite lacked this strategic approach and they rejected secularization of political life, so reserving this task for foreign monarch. Yet in sphere of religious life Livonian Diet was able to achieve a consensus to proclaim “religious freedom” in 1554. It was the significant step in recognising the principle of liberty of conscience, of course, in very limited sense ensuring the equal rights for Catholics and Protestants.

In the same day when *Pacta Subiectionis* was concluded, knighthood of Livonian Order required Sigismund II August for guaranties of their rights submitting to Polish king document which is known to scholars as The Privilege of Sigismund August (*Privilegium Sigismundi Augusti*)¹⁷. There were different viewpoints of scholars expressed on issue was this document really adopted by Sigismund II August, because the original of this document later was not found, as well as, successors of Sigismund II August did not wish to confirm it aiming to limit the rights of Baltic German knighthood. Only tsar of Russia Peter I the Great whose army occupied the territory of Swedish Livonia in the course of Great Northern War issued a General Confirmation of 30

September of 1710 in which The Privilege of Sigismund August was confirmed along with other privileges of Livonian nobility. But there was also a reservation included in this act that former rights of Livonian knighthood will be recognised “as far as they fit to modern government and time”¹⁸. For example, Livonian knighthood did not receive a right for manorial court to adjudicate the capital crimes of serfs and execute death sentences without a right to appeal (article 26), because the manorial courts were liquidated by Swedish administration. But in its turn the General Confirmation basing on the Privilege of Sigismund August recognised the rights of Livonian nobility to manorial lands which under the Great Reduction of 1680 were taken over in possession of Swedish crown.

The fact of adopting of the Privilege of Sigismund August by ruler of Poland and Lithuania may be proved by fact that Gotthard Ketler as a duke of Courland proclaimed new privilege for nobility of Courland in 1570 (*Des Herzogs Gotthard Privilegium für curländischen Adel*) in preamble of which we may find clear references to the Privilege of Sigismund August as promulgated legal act¹⁹.

In Privilege of Sigismund II August for the first time in Livonia the certain rights of citizens were guaranteed and the important principles of a rule of law were declared. In this royal document of privileges and legal guarantees (basically for nobility) article 18, which declared that “the government should submit to laws”, had a special value. Article 18 prohibited the arbitrary confiscations of fiefs and other real property and fines by administrative institutions without appropriate hearing of the case in the court and its decision on the grounds of law.



"Citizens" and "commons" of Livonia, XVI Century

Presumption of innocence was also included in this article and king of Poland-Lithuania personally was obliged to provide the supervision of the observance of this article reserving the rights for victims of the arbitrary acts to submit the complaint to king.

The significance of this norm in constitutional history of Latvia is comparable to well-known article 39 of English *Magna Carta Libertatum* (the Great Charter of Liberties) of 1215²⁰ which 800th anniversary is widely celebrated this year. The establishment of the constitutional guarantees in province of Livonia should be better understandable if we take in account the unique constitutional status of the Polish-Lithuanian state which was in reality a republic of nobility with king elected by bicameral parliament in what only nobility was represented. That is why laws of *Rzecz Pospolita* guaranteed the wide rights and liberties to nobility, and partly also to other free estates. For example "The Statute of the Grand Duchy of Lithuania"^{(3rd}

edition, 1588), which from 1677 till 1832 was in effect also in Polish Livonia (*Inflanty*)²¹ – modern time eastern part of Latvia, declared a freedom of religion taking in account that considerable proportion of its subjects were orthodox or protestant Christians, and freedom of movement which allowed all the free subjects of the Grand Duchy of Lithuania to travel freely to any Christian state, if it was not in the state of war with Lithuania²².

The first legislative act of Polish – Lithuanian Commonwealth for province of Livonia in which title the term "constitution" was used was "*Constitutiones Livoniae*"²³ adopted and promulgated by Polish king Stephen Bathory in 1582. But term "constitution" then was not used in the modern sense of word. In sense of Polish legal thought of XVI century constitution was legislative act which was adopted in Polish Diet (*Sejm*) of *Rzecz Pospolita*. The plural form "constitutions" was used to denote that every section of this legislative act which regulated some special object was a separate constitution.

The content of the *Constitutiones Livoniae* consisted of several constitutional, but mainly administrative rules which regulated the governing of province of Livonia after its re-conquest from Russia.

Constitutiones Livoniae established new representative organ for province of Livonia – Convent, which might be convoked on the will of Polish king for decisions on public affairs. Delegates for this Convent were elected in the meetings of nobility in three presidates (new territorial administrative units in province of Livonia). Rule prescribed also sending to Convent the delegates from cities – two from Riga and one from Dorpat, Pernau (Pärnu) and Wenden (Cēsis). One delegate represented Duke of Courland. Clergy was not mentioned in *Constitutiones Livoniae* as separate political estate. How we may see, Stephen Bathory limited the powers of Convent in comparison to these which Livonian Diet had. Before 1598 Convent (which was renamed as Sejmik in 1589 correspondingly to term used in Poland and Lithuania for provincial diet) had no rights to send delegates to common Sejm of Polish – Lithuanian Commonwealth and to take a part in decision of common matters of state. The Livonian Ordination adopted by Sejm in 1598 prescribed that Sejmik of province of Livonia will send six delegates to Sejm – two delegates from every of the three nations – Poles, Lithuanians and Germans. We need to point out that the limited attempts to improve political status of Baltic Germans in political life of *Rzecz Pospolita* in this ordination must be taken in context of serious aggravation of relations between Poland and Sweden in the eve of Polish – Swedish war of 1600. How we may see, representatives of indigenous peoples were not mentioned among delegates to Sejm.

4. The Development of Principle of Constitutionalism in the Duchy of Courland

The significant contribution to a history of a constitutional law of Latvia was given also by the Duchy of Courland (1561 – 1795) which was in vassal dependence from the Polish-Lithuanian Commonwealth. Status of vassal state did not limited Duchy of Courland substantially in sphere of international relations. So Duchy of Courland send its envoys to different European states, concluded a lot of international treaties in sphere of trade and neutrality. Duchy of Courland obtained two colonies – Gambia and Tobago and profited from trade with colonial goods.

One of the first act of constitutional law in Duchy of Courland was Privilege of Gotthard of 1570 which was based on the Privilege of Sigismund August. The most significant in modern sense was article 4 of this source in which duke Gotthard Kettler guaranteed not only inviolability of the property, but also a personal immunity and protection of person to everyone.

The status of vassal state promoted the development of the principles of constitutionalism in Duchy of Courland. The power of Duke, as well as, power of Diet (*Landtag*) of Courland in which from XVII century only nobility was represented, were limited by fundamental laws – Treaty of Submission (1561), Diploma of Investiture (1579) and Formula of Government (*Formula Regiminis*)²⁴ – the first written constitution in territory of Latvia in the modern sense of this term, prepared by Polish royal commission headed by bishop of Kulm J. Kuchborsky in 1617. So article 27 of Formula of Government prohibited adopting legislative acts which would be in conflict with afore-

mentioned fundamental laws. Formula of Government recognised the eternal authority of these acts so they were irremovable. The fundamental laws were in effect till the liquidation of Duchy of Courland in 1795. Formula of Government also established a functioning system of constitutional control in Duchy of Courland. Every person had a right to submit a complaint on violation of the fundamental laws to king of Poland through Diet or directly if it was not possible to convoke a Diet. King of Poland was empowered to send a special commission to check a complaint which prepared a report on the investigated case for king. The final decision on report was made by king.

As the supreme guarantor of the constitutional order of Duchy of Courland king of *Rzecz Pospolita* had right, in cases when dukes roughly broke and violated the rights of their subjects, to send the commission to investigate the case. If royal commission recognised that duke is guilty in violation of the rights of his subjects the king had authority to dismiss duke from his throne as it took a place in 1616. For ensuring the further observation of the liberties, immunities, rights and privileges by government of Duchy of Courland article 48 of the Formula of Government stated that duke must take an oath to Polish king, state and nobility.

In constitutional order of Duchy of Courland we may see also the elements of the separation of powers and system of checks and balances. So duke of Courland had rights to initiate the draft laws, but the draft laws of government cannot come in effect without adopting in Diet, but for the proposals of Diet to government the approval of duke was necessary.

The fatal role in the destiny of Duchy of Courland was gradual weakening of its sei-

gnior Polish – Lithuanian Commonwealth. The third secession of Poland in 1795 among Prussia, Russia and Austria ended with liquidation of Polish statehood, as well as, liquidation of statehood of Duchy of Courland which territory was included into Russian Empire as Courland governorate²⁵.

5. Development of the Elements of Parliamentarism and Constitutionalism in the period of Swedish Livonia

After a long time of hostilities between Poland and Sweden in the first quarter of XVII century part of the former Polish province of Livonia (southern Estonia and Latvian Vidzeme) became a dominion of Swedish Livonia (1629-1710) under Swedish crown, but was not incorporated into Kingdom of Sweden. The period of formation of absolutism in Sweden was in some aspects favourable to development of the principles of constitutionalism. The Swedish administration established a bureaucratic and centralised control system and refused to recognise privileges of the nobility of Livonia granted by Sigismund II August because of the lack of original document of the Privilege.

However, it had abolished manorial courts for bondsmen subordinating them under jurisdiction of state courts similarly as it was in attitude to all free estates in a countryside. So we may see contrasting difference between Swedish Livonia and Duchy of Courland where lords had full rights to judge their serfs in manorial courts and also to adjudicate cases in which lord was a party of dispute. In criminal procedure Swedish government abolished a torture in 1686 as non-effective mean of investiga-

tion²⁶. The Baltic German judges of provincial court (*Hofgericht*) unsuccessfully tried to resist to application of this act in Swedish Livonia arguing that necessity of torture is related with ignorance, disbelief of Estonian and Latvian peasants, their willingness to give false oaths, possible arrival of criminals to Swedish Livonia from neighbour countries if torture would be abolished²⁷. Karl XI in his resolution, however, did not agree with the arguments of judges, arguing that torture is "the way the truth would be the least achievable" and "it is better to leave the suspects of God's judgment than to torture and to convict an innocent".

We need to take in account that in XVII century Sweden had vanguard role in humanisation of criminal procedure, it was the second state in Europe after England where torture was abolished, but in Central and Western Europe the torture was applied till the second part of XVIII century and somewhere also longer. The prohibition of torture was retained also when Swedish Livonia was included into Russian Empire where torture was legal mean of criminal investigation.

Swedish king Charles XI also tried to start the abolishing of the serfdom in Swedish Livonia which was not existed in Sweden but has failed here because of serious resistance of nobility of Swedish Livonia in its Diet (*Landtag*).

Diet (*Landtag*) in Swedish Livonia had some specific features. The participation in *Landtag* was based on individual rights. So every owner of estate had a right and also a duty to take a part in the work of Diet. In the voting the principle "one member of *Landtag* – one voice" was applied. In result upper hand in voting was usually won by small owners. In the end of XVII century Swedish

government made a decision to restrict the political rights of nobility. The reason of it was open resistance of local nobility to Grand Reduction by which Swedish administration took over in possession 80% of all the manorial lands. That is why from 1694 the local Diet sessions were presided by Governor – General with agenda which was adopted by him.

6. *Some conclusions*

Historical epoch of XIII – XVIII century may be characterized by strong influence of western constitutional tradition on territory of Latvia. This period may be characterized by formation and development of representative bodies in territory of modern Latvia on the principle of the representation of political estates. They were formed in the cities of Livonia as city councils (*Rat*), in the ecclesiastical states of Livonia as assemblies of vassals (*Manntag*) in Livonian Confederation as Livonian scale Diet (*Landtag*) of Livonian estates. These representative bodies functioned as legislative and often also as judicial institutions. The representative institutions continued to exist in territory of Latvia also in period of secular feudal state when territory of Latvia was split between different European states, as well as, in vassal state of Duchy of Courland. The representative institutions as predecessors of modern parliamentary institutions continued functioning also in period of incorporation of territory of Latvia into absolutist Russian Empire because of policy of confirmation of previous political institutions and systems of law in Baltic region by Russian emperors till its end in

1917 when they were replaced by democratic parliamentary institutions.

The stable historical traditions of parliamentarism and constitutionalism in territory of Latvia must paid more attention of scholars in Latvia and thoroughly

researches will help to popularize a concept of outstanding role of western constitutional culture in historical development of Latvia.

¹ *Privilegium Sigismundi Augusti*, M. Dogiel, *Codex Diplomaticus Regni Poloniae et Magni Ducatus Litvaniae*, Tomus V, Vilnae, Matthias Dogjela, 1759, pp. 243-248.

² J. Pleps, E. Pastars, I. Plakane, *Konstitucionālās tiesības*, Rīga, Latvijas Vēstnesis, 2004; V. Eglītis, *Ievads konstitūcijas teorijā*, Rīga, Latvijas Vēstnesis, 2006.

³ V. Kalniņš, *Latvijas PSRS valsts un tiesību vēsture. I. Feodālisma un topošā kapitalisma laikmets XI-XIX gs.*, Rīga, Zvaigzne, 1972, lpp. 50.

⁴ K. Kļaviņš, *Vēsturiskie mīti: latviešu stereotipiskais pagātnes redzējums*, 2013, <<http://www.lvportals.lv/viedokli.php?id=257856>> (October 2015).

⁵ *Indriķa hronika. Heinrici Hronicon Livoniae*, Riga, Zinātne, 1993, I, 3, pp. 48-49.

⁶ It was stated in the agreement of vassalage of 1209 between bishop of Riga Albert and king (*rex*) of Jersika Visvaldis that principality of Jersika is a lawful heritage of Visvaldis. See also, V. Blūzma, *Konstitucionālo tiesību elementi Senlatvijas teritorijā līdz Livonijas periodam*, Latvijas Vēsture, 2008, Nr. 1 (69), 67. – 75.lpp., Nr. 2 (70), 5. – 12.lpp.

⁷ A. Šnē, *The Emergence of Livonia: The Transformation of Social and Political Structures in the Territory of Latvia during the Twelfth and Thirteenth Centuries*, in A.V. Murray (edited by), *The Clash of Culture on the Medieval Baltic Frontier*, Farnham, Ashgate, 2009, pp. 56-64.

⁸ *Indriķa hronika. Heinrici Hronicon Livoniae*, X, 17, pp. 98-99.

⁹ Ivi, X, 3, pp. 102-103.

¹⁰ Ivi, V, 1, pp. 60-61.

¹¹ Fr.G. Bunge, *Liv-, Esth-, und Curländisches Urkundenbuch*. – Reval, Druck von Heinz Laakmann in Dorpat, 1853, Bd. I, S. 5.

¹² I. Šterns, *Latvijas vēsture 1290-1500*, Rīga, Daugava, 1997, pp. 432-518.

¹³ See for example characteristic of Livonian Confederation in A. Plakans, *A Concise History of the Baltic States*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011, pp. 54-67.

¹⁴ *Latvijas tiesību avoti. Teksti un komentāri*. I sējums. Seno paražu un Livonijas tiesību avoti. 10.gs.-16.gs., Rīga, Fonds Latvijas Vēsture, 1998, 148.lpp.

¹⁵ Text of Treaty of Submission in original Latin see in M. Dogiel, *Codex diplomaticus Regni Poloniae et Magni Ducatus Litvaniae in quo pacta, foedera, tractatus pacis...*, Tomus V, Vilnae, Typographia Regia, et Reipublicae, Collegii Scholarum Piarum, 1758, Doc. CXXXVIII, pp. 238-243.

¹⁶ B. Russow, *Chronica der Provinz Lyfflandt*, München, Barth, 1584, S. 64-66.

¹⁷ Dogiel, *Codex diplomaticus Regni Poloniae et Magni Ducatus Litvaniae in quo pacta, foedera, tractatus pacis*, cit., pp. 243-248.

¹⁸ *Жалованная грамота дворянству Княжества Лифляндскаго*. - ПСЗРИ, Собрание Первое. 1649-1825 гг. Том IV, док. № 2301, с. 576.

¹⁹ Chr.G. (von.) Ziegenhorn, *Staatsrecht der Herzogthümer Curland und Semgallen*, Königsberg, Kanter, 1772, S. 85-88, n. 76.

²⁰ H. Rothwell (edited by), *English*

Historical Documents, 1189-1327, London, Eyre & Spottiswoode, 1975, p. 320.

²¹ See *Ordinatio Xięstwa Inflantskiego*, in *Volumina Legum. Przedruk zbioru praw staraniem XX pijarów w Warszawie, od roku 1732 do roku 1782, wydane*, Tom V, Petersburg, J. Ohryzko, 1860, p. 237.

²² *Статут Вялікага княства Літоўскага 1588*. Тэксты. Даведнік. Каментарыі. Мінск, 1989. Разд. III, арт. 3, 16.

²³ *Volumina Legum*, Tom II, Petersburg, J. Ohryzko, 1859, pp. 220-223.

²⁴ H.L. Birkel, *Formula Regiminis de Anno MDCXVII*, Mitau, Steffenhagen, 1807.

²⁵ *Именной, данный Сенату. О присоединении на вьчняя времена къ Россійской Имперіи Княжествъ Курляндскаго и Семгальскаго, также округа Пильтенскаго и о приглашении уполномоченныхъ въ Сенать для учинения присяги на вьрность подданства*. - ПСЗРИ. Собрание Первое. 1649-1825 гг. Томъ XXIII. Съ 1789 по 6 ноября 1796, док. № 17319, с. 664-666.

²⁶ See text of resolution of Charles XI in Swedish and Latvian in *Viedrijas karaļa 1686.gada 22.decembra vēstule Vidzemes galmatiesai par spīdzināšanas noliegumu Vidzemes tiesās*, Tieslietu Ministrijas Vēstnesis, Nr 1, 1938, 202. – 203.lpp.

²⁷ T. Zemzaris, *Spīdzināšana ka procesa elements Vidzemē (Sakarā ar spīdzināšanas atcelšanas 250 gadiem)*. – Tieslietu Ministrijas Vēstnesis, Nr. 1, 1938, 182.-184., 200.-202.lpp.

From the People to the Constitution. Inventing Democracy during the French Revolution

MARCO FIORAVANTI

Preface

In recent years, the concept of the people, in his varied semantic and polysemic ways, was on the one hand the object of renewed scientific attention, on other hand the object specifically of a constant reminder in the public discourse. This was due to an increased awareness developed about the limits of a post-modern narrative that had judged the modern categories as tools not usable to decrypt the new global order¹.

The French experience, in particular, has been a constitutional laboratory where, starting from the Great Revolution, it was tested in different forms of public (but also private) authorities about alternative ideas on State and society. The legal debate since 1789 has been characterized by a constant dialectic between direct democracy and representative system with a predominant focus on the question of the identity between the people and the representation².

According to the revolutionary terminology, both American and French, debt- or to the classical model (interpreted and used for political purposes), the expression "democracy" means "direct democracy", "absolute democracy", "pure democracy" or "simple democracy" to which they referred, respectively, for example James Madison and John Adams in *The Federalist*, indicating a government based on popular assemblies, unthinkable, in their view, in a country of wide dimension. The term democracy until the French Revolution was synonymous with anarchy and chaos³.

1. *The Constitution and Its Discontents: the "veto" debate*

The constitutional debate during the French Revolution is almost based on relationship between 'traditions' and 'changes'. The idea of old constitution and of

ancient law (defended, for instant, by the *monarchiens*) was criticized by “left wing” revolutionary men that proposed a new idea of constitution that criticised and stigmatized the *ancien régime* (definition “invented” during the Revolution to underline the split between old and new). The revolutionary idea of constitution – as a limit to the power but also as a way to legitimise the power – found his ‘constituent moment’ in article 16 of the *Declaration of the Rights of Man and of the Citizen* of August 1789, a really modern constitutionalism manifesto⁴. The idea of separation of powers and the rule of law was (and is) a powerful instrument for the new regime to legitimise itself making recourse to English tradition. But the problem was not only the interpretation of constitution, but his relationship with the sovereignty and, in particular, with the new form of government. Starting from 1789, the new political and juridical subject was the nation that identified the King and the people of France, than, at the turn of 1793, the “empty throne”, was occupied by the people⁵. But the fight of the whole revolutionary period was, briefing, based about the definition of the constitution and the people, interpreted in a continuous dialectic discourse between ‘tradition’ and ‘change’, or, ‘past’ and ‘future’⁶.

The debate of the early years of the French Revolution, in the period between the fall of the Bastille and the promulgation of the Constitution of 1791, focuses on one hand on the issue of royal veto (absolute or suspensive) and the research for an “impossible balance” between monarch and parliament, on the other hand on the attempt to stem the constituent power of the people, manifested in the forms of insurgent democracy⁷.

The constituents of 1789 questioned themselves about the influence of the executive over the legislature and, in particular, if it was appropriate to give the King a capacity to intervene in the process of the law, through the veto, and if it violates the principle of separation of powers⁸.

The representatives had three institutional alternatives: the absolute veto, the suspensive veto and the separation of powers. The first appeared to be a violation of this last principle, as a power granted to the executive to intervene in the legislation; the second option attenuates the principle of separation of powers; the third possibility, as it is known defended by Sieyès, advocates the exclusion of the King from the legislative process to guarantee the separation of powers⁹.

Between the position of Sieyès which totally excludes the veto and the opposite perspective of Mounier that wanted to give the King an absolute power, emerged a number of compromise proposals on the institutional dispute, including that of Thouret about the suspensive veto¹⁰. This solution tries to reconcile two antithetical principles: one hand, the recognition – shared by supporters of absolute veto – that the King had to be able to protect its prerogative in cases where it deems appropriate against the acts of the legislative body; on the other hand the principle – supported by Sieyès – that the general will – *la volonté générale* – can not be subjected to the “special” will of the King¹¹.

The solution adopted by the constitution of 1791 had a double limit: on the one hand the people were deprived of that form of direct participation advocated by many of the Jacobin group, from another, the veto exercised by the King as a form of balance of power in revolutionary France was perceived as a kind of usurpation of the general will,



"Robespierre, Danton, et Marat", painting by Alfred Loudet, 1882

particularly when used to block the acts that characterize the revolutionary strategy¹².

The use of the veto by the King (on sensitive issues such as the law on *émigrés* and on the refractory priests) involved the revolt of the masses in Paris and the suspension of the constitution and with it of the monarchy, the 10th August 1792.

The royal veto was a considerable constraint placed on the Legislative Assembly, that couldn't stand this limit to its sovereignty. In a more radical way, the sections, the Paris Clubs and the movement of the sans-culottes, had considered the veto as an instrument of monarchical tyranny. The veto therefore – too powerful of a weapon in the hands of a too weak monarch – turned against the King, and its use involved, as well as the fall of the monarchy, the end of the Constitution of 1791. The suspensive

veto was an instrument that, paradoxically, could only exist if not used, or only when the prior agreement between the King and the legislature had succeeded¹³.

2. *The Jacobin Moment*

The people ousted from direct participation in the legislative process, had regained it through the channel of the revolutionary days, ushering in the dialectic, between the street and the institutions, that would continue to characterize the revolutionary decade and the crucial moments of the French constitutional history.

With the election by universal male suffrage of the National Convention, the reference to the people and to the will of the people

became the new dominant paradigm of the French public law. On the first day of his inauguration, 21st of September 1792, the members of the Convention attribute themselves the prerogatives of the nation, to the point that the mediation between the people and its representatives tended to disappear¹⁴.

As a confirmation of the new institutional role played by the people, Bertrand Barrere – the 19th October 1792 – invited citizens to participate, with the members of Convention, by the choice of the constitutional text for France, presenting constitutional projects to the Assembly. In the Girondin constitution project – mainly the result of the work of Condorcet¹⁵ – based on Rousseau's thought, sovereignty belonged to "the universality of the people", and neither the representatives nor the citizens could take the place of the general will¹⁶.

According to this detailed project also the election of the members of the executive power – who remains in office for two years and is renewable at the end of the first year – was entrusted directly by the people, so that its members were independent by the Assembly, elected by universal male suffrage for the same length of time. Condorcet, not completely satisfied by the representative model, tried to protect people from the risk that the legislature violated the constitution and the human rights, through a variety of institutional arrangements which will represent, in later years, the tools of modern constitutionalism¹⁷.

In particular Condorcet theorized the possibility that the people could participate in the legislative process through a kind of a constitutionalisation of the right of resistance (*censure du peuple*)¹⁸. Although he proposed, for the first time, to include in the legislative procedure of a modern State,

mechanisms of popular participation, the system developed by Condorcet, was strongly criticized by the Jacobins, because it had harnessed the right of resistance in constitutional engineering, such as to frustrate his revolutionary value¹⁹. After the rejection of the so-called Girondin project, was the Jacobin Constitution of 24th of June 1793, with him heavily indebted, which, through the referendum on the measures adopted by the Assembly, brought the people to the rank of co-legislator. According to the Jacobin text, outside of elections, the citizens were called upon to intervene in public affairs in two ways: by indirect designation of the government members and with the referendum. The competence of Members was limited to the preparation of projects of law, that had to be sanctioned by the citizens (art. 53: «les corps législatif propose les lois»). The new republican constitution – according to the jurist Marie-Jean Héroult de Séchelles, the main drafter of Jacobin text – was both Democratic and Representative²⁰.

On the constitutional level, while the text drawn up by Condorcet advocated a "semi-representative" regime in which citizens were not allowed to use their influence in the legislative process in a direct manner, the Jacobin Constitution organized a "semi-direct" system, where the consent of the people was essential to the formation of law²¹.

As it is well known, the path of democratic constitutionalism traced during the year I was frustrated by the events and circumstances that led to the revolutionary decree of 10th October 1793 – 19 Vendémiaire year II – which suspended the constitution, instituted the revolutionary government and opened the way for the Terror²².

A choice that is legitimized, according to the interpretation of Carl Schmitt – who inserted this analysis within the reflection on the distinction between the ancient and modern dictatorship – in the extra-constitutional and extra-legal appeal to constituent power of the people. The suspension of the text of 1793 is clearly the combination between political and legal system, always following the reasoning of Schmitt, based on the logic of the exception, when the decision is separated from the norm²³.

3. *Uprising of Spring 1795*

During the post-Thermidor period the debate on the link between popular sovereignty and power of people, central in the “Jacobin moment”²⁴, gradually changes perspective, until to relegate the people in a kind of *trompe l’oeil* to be represented in Assembly, but kept away from the decision-making process.

The constitution of 1795 was in fact characterized by the return to a system exclusively for the benefit of the bourgeois class, and by the refusal of the forms of direct democracy, the refusal of the right of resistance and the participation of the people to the legislative phase, and the downsizing of the progressive taxation, and more generally the refusal of the characteristic elements of the democratic constitutionalism²⁵.

In the revolutionary period the popular participation in public decisions goes beyond the legal processing and expresses itself through a dialectic between institutions and people, or rather between legislative bodies and requests (sometimes violent) of

the sans-culottes movement of Paris, that had driven the bourgeois revolution of human rights until the acceptance of advanced democratic and social issues²⁶.

A last attempt to counteract the reactionary drift undertaken by the new ruling class occurred during the revolutionary days of the spring of 1795, marked by the return, on the political stage, of an actor unexpected that seemed to belong to the past: the popular crowd²⁷. In the poorest neighbourhoods of Paris, in particular Faubourg Saint-Antoine and Faubourg Saint-Marcel, the suspension of the *maximum* (the determination of a maximum price for bread and other food), had serious consequences on the population. Following this crisis, the 12th germinal year III (2nd April 1795) the men and the women (often surrounded by their children) of these neighbourhoods invaded the Convention shouting “The Bread and the Constitution” (*Du pain et la Constitution de 1793*)²⁸, combining social criticism and democratic constitution²⁹.

At the end of floral began to circulate a petition in the Parisian sections – *Insurrection du peuple pour obtenir du pain et reconquérir ses droits* – that was the manifesto of the revolution organized by the people of Paris in the name of the whole of France. The insurrectionary pamphlet, anonymous, written by militant sans-culottes, identified in the people the political entity that would have to act to change the situation of the food crisis and of political tyranny³⁰.

The insurrection of the 1st Prairial year III (20th May 1795), driven mainly by economic crisis, saw, after the occupation of the Convention by the crowd, the dramatic beheading of the girondin jurist Jean Bertrand Feraud, (whose head was hoisted on a pike in front of the President of the As-

sembly François-Antoine Boissy d'Anglas, according to a macabre ritual of collective violence, combining archaic characters with elements of modernity)³¹ and the establishment of a simulacrum of deliberation which was attended by some Jacobin members³².

Just as in the late eighteenth century and at the turn of the Revolution in Paris news spread via so-called *nouvellistes de bouche*³³, the opinion of the revolutionaries and the sans-culottes, especially during the economic crisis of the year III, was formed not only in the Convention or in sections, but in the streets, squares and especially in the queues in front of the ovens, where women in particular discussed the increase in prices, cold, hunger, death and suicide in the street of mothers (after they had killed their children). If you can not speak of true "public opinion", they spread, however, the opinion that it was the power (before of the King then of the Convention) responsible to organize the famine to starve the people, and that the latter therefore had to organize and arm themselves to defend themselves against the conspiracies³⁴.

Conclusions

The failure of the insurgency project during the spring of the 1795, that was the expression of "insurgent democracy" (according to the suggestive expression of Miguel Abensour) or of "emancipatory struggle of the poor" (according to Jacques Rancière), implied the impossibility of applying the democratic Constitution of 1793 and to establish a "modern" democratic system. However, it remained the typical contradiction of the Jacobin thought, among constitutional architecture and exaltation of the uprising. Between the constitution and the people.

¹ M. Fioravanti, *Costituzione e popolo sovrano. La Costituzione italiana nella storia del costituzionalismo*, Bologna, Il Mulino, 1998; P. Rosanvallon, *Le peuple introuvable. Histoire de la représentation démocratique en France* (1998), tr. it. *Il popolo introvabile. Storia della rappresentanza democratica in Francia*, Bologna, Il Mulino, 2005; Y. Mény, Y. Surel (ed. par), *Par le peuple, pour le peuple. Le populisme et les démocraties* (2000), tr. it. *Populismo e democrazia*, Bologna, Il Mulino, 2004; P.-A. Taguieff

(ed. par), *Le retour du populisme*, Paris, Encyclopædia Universalis, 2004; G. Preterossi, *La politica negata*, Roma-Bari, Laterza, 2011, in part. il Cap. IV, *Popolo e populismo*, pp. 81-109; G. Ruocco, L. Scuccimarra, (a cura di), *Il governo del popolo. Rappresentanza, partecipazione, esclusione alle origini della democrazia moderna*, 1. *Dall'antico regime alla Rivoluzione*; 2. *Dalla Restaurazione alla guerra franco-prussiana*, Roma, Viella, 2011/2012; A. Badiou *et al.*, *Qu'est-ce qu'un peuple?*, Paris,

La fabrique, 2013; M. Tronti, *Popolo*, in «Democrazia e diritto», n. 3-4, 2010, then Id., *Per la critica del presente*, Roma, Ediesse, 2013, pp. 27-40; «Critique», n. 68, 2012, Populismes; «Actuel Marx», n. 54, 2013, Populisme, Contre-populisme; «Tumultes», n. 40, 2013, Noms du peuple; «Meridiana», n. 77, 2013, In nome del popolo sovrano; «Pandora. Rivista di teoria e politica», I, n. 1, 2014, Rappresentanza/Populismo; «Histoire de la justice», 24, 2014, Le peuple en jus-

- tice; M. Fioravanti, *Costituzione e popolo. Riflessioni su democrazia e bonapartismo nell'esperienza francese*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», XLV, n. 1, 2015, pp. 179-208.
- ² See L. Jaume, *Le discours jacobin et la démocratie*, Paris, Fayard, 1989.
- ³ F. Dupuis-Déri, *La Démocratie. Histoire d'un mot*, Montréal, Lux, 2013.
- ⁴ M. Troper, *L'interprétation de la Déclaration des droits; l'exemple de l'article 16*, in «Droits», IV, n. 8, 1988, pp. 111-122; F. Saint-Bonnet, *L'article 16 et les antagonismes constitutionnels issus de la Révolution*, in «Giornale di Storia costituzionale», 28, 2014, pp. 99 ss.
- ⁵ P. Viola, *Il trono vuoto. La transizione della sovranità nella rivoluzione francese*, Torino, Einaudi, 1989.
- ⁶ D. Di Bartolomeo, *Nelle vesti di Clio. L'uso della storia nella politico Rivoluzione francese (1787-1799)*, Roma, Viella, 2014; Id., *Fatal Attraction. The Classical Past at the Beginning of the French Revolutionary Republic (1792-93)*, in «Historia Constitucional», XVI, 2015, forthcoming.
- ⁷ *Insistances démocratiques*, Entretien avec Miguel Abensour, Jean-Luc Nancy et Jacques Rancière, réalisé par Stany Grelet, Jérôme Lèbre et Sophie Wanich, in «Vaccarme», n. 48, 2009, *Chantier puissance de la démocratie*.
- ⁸ A. Buratti, *Fondare l'equilibrio. Il veto sulle leggi nelle due costituenti settecentesche*, in «Giornale di storia costituzionale», n. 23, 2012, pp. 31-58.
- ⁹ M. Gauchet, *La Révolutions des pouvoirs. La souveraineté, le peuple et la représentation (1789-1799)*, Paris, Gallimard, 1995, in particolare *L'appel au peuple*, pp. 61-80.
- ¹⁰ P. Brunet, *Vouloir par la nation. Le concept de représentation dans la théorie de l'État*, Préface de M. Troper, Paris, Lgdj, 2004, pp. 242 ss.
- ¹¹ A. Larroquette, *Le pouvoir exécutif dans la Constitution de 1791*, Bordeaux, Cadoret, 1921; M. Maier, *Le veto législatif du chef d'État*, Genève, Mayor, 1948; M. Pertué, *Veto*, in A. Soboul, *Dictionnaire historique de la Révolution française*, Paris, Puf, 1989, pp. 1086-1087; M. Troper, *La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*, Paris, Lgdj, 1980, pp. 23 ss.; G.G. Floridia, *La costituzione dei moderni. Profili tecnici di storia costituzionale. I. Dal Medioevo inglese al 1791*, Torino, Giappichelli, 1991, pp. 152-159; R. Martucci, *L'ossessione costituente. Forma di governo e costituzione nella Francia rivoluzionaria (1789-1799)*, Bologna, Il Mulino, 2001, pp. 103 ss.; A. Le Pillouer, *Le veto suspensif dans «la» Constitution de 1791*, in *L'Architecture du droit. Mélanges en l'honneur de Michel Troper*, Paris, Economica, 2006, pp. 625-637.
- ¹² Buratti, *Fondare l'equilibrio cit.*, *passim*.
- ¹³ F. Furet, *Concepts juridiques et conjoncture révolutionnaire*, in «Annales. Économies, Sociétés, Civilisations», XLVII, n. 6, 1992, pp. 1185-1193; M. Troper, *Sur l'usage des concepts juridiques en histoire*, in particolare *Sur la nature du veto suspensif*, in «Annales. Économies, Sociétés, Civilisations», XLVII, n. 6, 1992, pp. 1171-1183, then Id., *La théorie du droit, le droit, l'État*, Paris, Puf, 2001, pp. 51-66.
- ¹⁴ F. Saint-Bonnet, *L'état d'exception*, Paris, Puf, 2001, p. 301.
- ¹⁵ R. Badinter, *Condorcet et les Girondins*, in F. Furet, M. Ozouf (dir.), *La Gironde et les Girondins*, Paris, Payot, 1991, p. 362.
- ¹⁶ J.-A.-N. de Caritat Condorcet, *Au nom du comité de Constitution, donne lecture de son rapport contenant l'exposition des principes et des motifs du plan de ce comité sur le nouveau pacte social*, in *Archive Parlementaire*, I s., LVIII, p. 586.
- ¹⁷ Ivi, p. 588.
- ¹⁸ See G. Magrin, *Condorcet: un costituzionalismo democratico*, Milano, Franco Angeli, 2001; L. Jaume, *Condorcet: droit de résistance ou censure du peuple?*, in D. Gros, O. Camy (dir.), *Le droit de résistance à l'oppression*, Paris, Seuil, 2005, pp. 59-71.
- ¹⁹ A. Negri, *Alle origini del formalismo giuridico. Studio sul problema della forma in Kant e nei giuristi kantiani tra il 1789 e il 1802*, Padova, Cedam, 1962, p. 269 n.
- ²⁰ A. Mathiez, *La Constitution de 1793*, in «Annales historiques de la Révolution française», V, 1928, pp. 497-521, then Id., *Girondins et Montagnards*, Paris, Firmin Didot, 1930, pp. 82-108; D. Guérin, *La lutte de classes sous la première République. Bourgeois et «Bras nus» (1793-1797)*, I, Paris, Gallimard, 1947, p. 26; M. Bouloiseau, *La République Jacobine (10 août 1792 - 9 Thermidor an 2)*, (1972), trad. it. *La Francia rivoluzionaria. La Repubblica giacobina (1792-1794)*, Roma-Bari, Laterza, 1987, p. 89; M. Fioravanti, *Aspetti del costituzionalismo giacobino. La funzione legislativa nell'Acte constitutionnel del 24 giugno 1793*, in «Historia constitucional», VIII, 2007, pp. 123-142.
- ²¹ M. Pertué, *Les projets constitutionnels de 1793*, in M. Vovelle, (dir.), *Révolution et République. L'exception française*, Paris, Kimé, 1994, pp. 174-199.
- ²² *Le gouvernement de la France est révolutionnaire jusqu'à la paix*, in *Archives parlementaires*, 76, pp. 311-312; See O. Jouanjan, *La suspension de la constitution del 1793*, in «Droits», n. 17, 1993, pp. 125-138; M. Biard (dir.), *Les politiques de la Terreur (1793-1794)*, Rennes, Presses Universitaires de Rennes, 2008.
- ²³ C. Schmitt, *La dittatura. Dalle origini dell'idea moderna di sovranità alla lotta di classe proletaria (1921)*, Roma-Bari, Laterza, 1975; Id., *Teologia politica (1934)*, in Id., *Le categorie del politico. Saggi di teoria politica*, a cura di G. Miglio, P. Schiera, Bologna, Il Mulino, 1972, pp. 27-86.
- ²⁴ Jaume, *Le discours jacobin et la démocratie cit.*
- ²⁵ S. Luzzatto, *L'autunno della Rivoluzione. Lotta e cultura politica nella Francia del Terrore*, Torino, Eit-

- naudi, 1994; M. Troper, *Terminer la Révolution. La Constitution de 1795*, Paris, Fayard, 2006.
- ²⁶ See the classical interpretation of A. Soboul, *Les sans-culottes parisiens en l'an II. Mouvement populaire et gouvernement révolutionnaire (2 juin 1793 - 9 thermidor an II)*, Paris, Clavreuil, 1958.
- ²⁷ B. Baczko, *Comment sortir de la Terreur. Thermidor et la Révolution*, Paris, Gallimard, 1989, pp. 313 ss.
- ²⁸ See A. Galante Garrone, *Da pratile alla cospirazione degli Eguali (Romme, Goujon, Tissot, Buonarroti)*, in *L'età dei Lumi. Studi storici sul Settecento europeo in onore di Franco Venturi*, Napoli, Jovene, 1985, vol. I, pp. 395-452.
- ²⁹ A. Negri, *Il potere costituente. Saggio sulle alternative del moderno*, Varese, Sugarco, 1992, p. 226.
- ³⁰ See R. Cobb, G. Rudé, *Le dernier mouvement populaire de la Révolution à Paris. Les journées de germinal et de prairial an III*, in «Revue historique», 1955, pp. 250-281; K.D. Tönneson, *La défaite des Sans-culottes: mouvement populaire et réaction bourgeoise en l'an III*, Oslo, Presses Universitaires d'Oslo, 1959; F. Diaz, *Dal movimento dei Lumi al movimento dei popoli. L'Europa tra illuminismo e rivoluzione*, Bologna, Il Mulino, 1986, pp. 618 ss.
- ³¹ See H. Burstin, *L'invention du sans-culottes. Regard sur le Paris révolutionnaire*, Paris, Odile Jacob, 2005, Chap. IV, *Phénoménologie de la violence révolutionnaire. Réflexions autour du cas parisien*, pp. 193-228.
- ³² *Quartidi 4 Prarial, an 3^e (Samedi 23 Mai 1795), Séance du 1^{er} prarial*, in «Moniteur», XXIV, pp. 497-498.
- ³³ R. Darnton, *L'età dell'informazione. Una guida non convenzionale al Settecento*, Milano, Adelphi, 2007, pp. 41 ss.
- ³⁴ Baczko, *Comment sortir de la Terreur* cit., in particular *Violence archaïque et gouvernement représentatif*, pp. 313-328.

Establishment, Evolution and Interaction of Modern Direct Democratic Traditions

LÁSZLÓ KOMÁROMI

Introduction

In the following overview the term “direct democracy” is used in its perhaps most simple meaning: decision-making processes in which people decide different political matters directly without the medium of elected representatives. Practices of direct democracy can be traced back to Ancient Greece, its modern forms and institutions, however, first appeared in the 18th and 19th centuries in some North American and European polities and only spread throughout other countries in the 20th century.

When talking about “traditions”, the meaning of the Latin term shall serve as a starting point: *trans-dare* (= to give across), *tradere* (= to deliver, hand over, hand down something). Accordingly, tradition is often mentioned as a “transmission of customs or beliefs from generation to generation”, or a “long-established custom or belief that has been passed on from one generation to another”¹.

“Direct democratic traditions” are therefore customs, practices and ideas that relate to direct popular decisions throughout several generations and which – sooner or later – take shape in the legal regulation as well. The pioneers in this respect were some colonies of New England, revolutionary France and Switzerland. The question of the present study is how these traditions were established, what circumstances contributed to their succeeding development, how and to what extent they exerted an influence on each other.

1. *The American tradition*

Traditions do not come into existence overnight, even if the beginning of a recurrent practice can be identified. This was the case in certain American colonies of New England as well, considering that political communities where direct democrat-

ic votes – referendums on the adoption of constitutions – allegedly occurred for the first time in modern history.

The roots of these occurrences can be traced back to different ideological and practical factors². First we must mention the *political legacy of Protestantism*. It is widely known that already John Calvin considered it important to submit the Ecclesiastical Ordinances of the Genevan Church to the General Council (the assemblage of all full male citizens of the church community) for ratification³. Later adherents of Protestant thoughts adapted this idea on state government as well, as did for example the independent puritan settlers who signed the Mayflower Compact in 1620 when they decided to found their own colony⁴. A couple of years later another group of settlers proceeded similarly: they established an own plantation in Massachusetts and adopted their basic rules thereon, the Fundamental Orders of Connecticut in 1639 by means of a direct popular vote in the common general assembly of the cities of Windsor, Hartford and Wethersfield⁵. As their pastor and leader, Thomas Hooker pointed out: «the foundation of authority is laid, firstly, in the free consent of the people»⁶.

In addition to Protestant ideas, the example of *guilds* also contributed to the direct democratic practice that evolved in the New World's first political communities. These voluntary associations decided every important matter of their operation on the basis of "common assent": the establishment of their organization, the adoption of statutes, the enrolment of new members were debated and decided by the general assembly of existing members. Congregational church communities in Great Britain

and the companies formed by the Pilgrims before their emigration to America also followed this democratic model in their internal relations⁷.

This practice of the members' participation in the decisions of common importance continued in most plantations of New England in the form of so-called "*town meetings*". These assemblages – the gatherings of grown-up male inhabitants – originally came together on an informal basis in order to discuss and decide the most important matters that concerned the whole community. In addition to Protestant ideology, practical reason might also have contributed to the formation of this custom: the first colonies could only overcome the difficulties and avert the dangers they were faced with in the New World at the beginning of their settlement if they acted hand in hand in almost every situation⁸. This could only be achieved if decisions were based on the widest consensus and if nobody could withdraw himself from the common action saying that he had no part in the decision.

Notwithstanding, as the colonies grew and their circumstances rendered possible to create a stable and mostly peaceful life, representative governance gradually superseded the forms of direct popular participation. At first sight one could think that consolidated conditions have stopped the evolution of this direct democratic tradition. However, the ideas and customs, that were present in the beginning of the formation of American political communities were revived in times of the American Revolution when the colonies declared their independence and began to adopt their own constitutions. In addition to the idea of written basic laws the importance of the free

consent of people concerned also emerged again. Certain colonies adopted their constitutions by means of normal legislation. Others elected special assemblies, constitutional conventions which were vested with a special authority to elaborate and pass the new constitution⁹. In some cases, however, the idea that the new constitution must be ratified directly by the people also broke through. For example in Massachusetts, the draft constitution, which was elaborated by the ordinary legislative assembly (the General Court), was submitted to the town meetings and the freemen rejected it because they held it necessary to elect a constitutional convention for the elaboration of the new fundamental law¹⁰. Subsequently, this special convention was elected and its draft directly approved by the town meetings in 1780. The example was followed in 1783 in New Hampshire, in 1816 in Connecticut, in 1819 in Maine and in 1821 in New York. This practice led to the birth of the constitutional referendum, the first instrument of modern direct democracy which also spread in other US member states from the 1830s¹¹. It is certainly no accident that the first appearance of this institution can be observed in those former New England colonies which already had an experience with direct popular participation in political decision-making. This former experience now came to the surface as an underground stream and contributed to the establishment of a constitutional tradition. In Georgia, in 1777 it was also enacted that constitutional amendments could only be proposed by the majority of voters in each county, thus enabling citizens to launch bottom-up constitutional initiatives¹².

2. *The French plebiscitary tradition*

The idea of direct popular participation in modern French constitutionalism is traceable to the Enlightenment, first of all to Jean-Jacques Rousseau. According to his theory on the social contract, sovereignty is the exercise of the general will (“*volonté générale*”). It is inalienable, indivisible and cannot be represented. As it acts by means of laws, it can work only if the people assemble and so collectively adopt the laws. These assemblies come together regularly from time to time in accordance with the regulation and in cases when it is deemed necessary by order of the competent authority. «Any law that has not been ratified by the people is null and void – and is, in fact, not a law»¹³. Rousseau does not propose a concrete method for people gathering in large and densely populated countries, he only relates to the ancient Roman Empire and to the assemblies of other old monarchic states and says that if it was possible to come together in the old times then it is possible today as well¹⁴. Also, he does not provide infallible rules of how to proceed in establishing the general will. The more unanimous the vote is in the assembly, the more the general will prevails; long debates and confusion indicate the rise of individual interests¹⁵. He does not take into account that misinformed citizens can also give a nearly unanimous vote and that a formal and superficial understanding can hide contradictory intentions¹⁶.

A quarter of a century later, in times of the French Bourgeois Revolution it became possible to realize the idea of popular sovereignty in political practice. However, Rousseau’s radical view on direct popular law-making did not go through first. When



Swiss Landsgemeinde, XVIII Century painting

in 1789 the representatives of the Third Estate pronounced themselves a National Assembly they declared also that – as verified deputies – only they are entitled to express and interpret the general will of the nation¹⁷. The Assembly was – contrary to Rousseau – obviously of the opinion that the “volonté générale” can be represented. The idea of popular representation itself was a revolutionary notion in the system of estates and absolute monarchy. The fact that Rousseau’s view on direct popular law-making did not fall entirely into the background is shown by the Declaration of the Rights of Man and of the Citizen, which was adopted two months later by the National Constituent Assembly. The document declared namely – in accordance with Rousseau’s idea – that the law is to be the expression of the general will and added that every citizen is entitled to take part

in its formation *either personally or by way of representatives*¹⁸. This alternative formulation can presumably be traced to former constitutions of American states and to John Locke¹⁹. However, the final work of the Assembly, the Constitution of 1791 (3rd September) did not contain any rule on direct popular participation in law-making processes. Although it pronounced that the sovereignty appertains to the nation and it is inalienable, the constitution also declared expressly that the nation can exercise the power only by delegation. «The French Constitution is representative: the representatives are the legislative Body and the King»²⁰.

Different factors – the approaching Prussian and Austrian troops, the King’s attempted flight and his vetoes in the Legislative Body – led to a significant change of public feelings and political climate. The

second wave of the French Revolution in 1792 did away with the monarchy and the newly elected French National Convention changed course to head towards a direct democracy. On 21st September 1792 it laid down in a resolution that the expressed consent of the whole nation is required to adopt a new constitution²¹. Upon the appeal of the Convention more than 300 draft constitutions were brought in. The most impressive project was that of the Marquis de Condorcet who led the Constitution Committee of the Convention. His draft contained several rules concerning direct popular voting because he declared the constitution- and law-making to be “pouvoirs retenus” of the people²². Although after the Jacobins’ takeover the draft was notably reframed and abbreviated, the new version itself broke through the exclusiveness of the representative power and institutionalized the direct popular participation in deciding public affairs. On the one hand it empowered the so-called primary assemblies to set a veto on proposed laws adopted and proclaimed by the legislative body. A draft only became an effective law if forty days after it was sent to the communes, in one-half of the districts plus one, one-tenth of the primary assemblies did not protest against the proposal²³. On the other hand the draft constitution of the “Montagnards” involved the right of the initiative for a total or partial revision of the constitution. If in one-half of the districts and one, one-tenth of the primary assemblies requested the revision of the constitutional act, the legislative body was obliged to convoke all the primary assemblies to decide whether a national convention shall be called together²⁴.

This draft constitution of the Jacobins was adopted by the National Convention

in the summer of 1793 and – following the rules of the above mentioned decree (21st September 1792) – was put to a referendum and approved by an overwhelming majority of the voters²⁵. However, the National Convention suspended its application out of respect to the emergency situation and confirmed the revolutionary regime. The country sank into terror and the direct democratic institutions of the constitution were never realized in practice. The Jacobin dictatorship killed its own followers and was defeated by the Thermidorian reaction.

Nobody knows how the direct democratic instruments of the Montagnard Constitution would have worked if they had been tried out in reality. Both the popular veto on parliamentary bills and the popular initiative for constitutional amendments were based on the cooperation between the legislative body and the primary assemblies. In case of a veto (“droit de réclamation”) the draft would have been worked out by the parliament and the voters in the assemblies would have been entitled to reject the bill. The right to initiate this process was given to the minority of the assemblies and the final decision would have been made by the majority at a second stage. The constitutional initiative would have postulated an inverse process: a minority of the assemblies should have launched the initiative and if it had turned out that the required quorum was reached, the legislative body would have been forced to convoke all the assemblies. If the majority of them supported the initiative, the amendment or the new constitution should have been worked out in detail by a representative national convention. It is not clear whether the activity of the assemblies would have been able to influence the work of their parliamentary

deputies on its merits. The right of a direct democratic control over constitution- and law-making processes was granted but the leading role was given to the representative power in the legislation²⁶. Notwithstanding, both primary assemblies and the requirement that the constitution shall be accepted directly by the people evokes the two institutions which played a great part in the constitution-making processes in New England during the American Revolution: the town meetings and the constitutional referendum.

The Thermidorian Republic mopped up the terror regime and tried to establish order. The national convent therefore adopted a new constitution in August 1795 instead of putting that of the Montagnards into force. It also called the primary assemblies together which ratified the new constitution. The majority was predominant in this case as well but the participation was lower than in 1793: only 18,3%²⁷. The constitution itself preserved the institution of primary assemblies but their direct democratic rights were curtailed. Only the mandatory constitutional referendum remained but in a construction which was unlikely to be realized. Namely, in order to modify the constitution the upper house (Council of Elders) had to make a proposal to the lower house (Council of Five Hundred) every three years within a period of nine years. If the latter ratified the proposed amendment in each case, a revising assembly was entitled to adopt the modification. Finally it had to be approved by the primary assemblies as well²⁸. Thus the whole process was launched by state organs and the voters were only empowered to reject or accept the result of a nine-year procedure of representative bodies.

Setting aside the possibility of initiatives coming from society indicate the beginning of a new period which resulted in a particular manner of popular participation. It is often called plebiscitary democracy and is attributable to the activity of the Napoleons: Bonaparte, the political leader of the last phase of the French Revolution, later emperor of the First Empire, and his nephew, Charles Louis, president of the Second French Republic and the emperor of the Second Empire. The former, seizing the power after the coup of 18 Brumaire concealed his autocratic reign – referring to the ancient Roman Republic – with the denotation of Consulate, but in reality it was a dictatorship. He also used the popular vote to legitimize his autocracy. In November 1799 he set aside the Thermidorian Constitution and issued a new one by a decree. Article 95 prescribed to offer it to the French people for acceptance²⁹. The popular approval was organised subsequently. The citizens could vote not collectively in the scope of primary assemblies, but individually in the communes by signing registers opened for the “Yes” and “No” answers. The registers were placed at the seats of local authorities (mayors and courts), thus the vote took place before the very eyes of the officials. This intimidating manner of voting led to a relatively low participation (around 25%) but the government added several hundreds of thousands to the total number of real votes and in the end proclaimed more than three million participating voters (a participation of around 50%) and only around one thousand five hundred “No” votes³⁰.

During his reign, Bonaparte Napoleon “asked the people” again to approve his person as first consul for life (1802)³¹, two years later to consent to the hereditary

transmission of the imperial dignity in the family of Napoleon (1804)³². In both cases the overwhelming majority answered the question with “Yes” but opposing forces did not get the opportunity to give voice to their opinion before the public. The participation remained under 50% and the approval was a subsequent confirmation of decisions already made by state organs³³. The same happened in 1815 when Napoleon returned for a short time from Elba from his exile and restored and amended the imperial constitution of 1804. This “Additional Act” was also put to the vote, although the participation was low (ca. 20%)³⁴.

Bonaparte’s example was followed later by his nephew, Charles Louis Napoleon. He ordered popular votes three times. In 1851, after his coup d’état a plebiscite approved his prolonged presidency and empowered him to work out a new constitution. In 1852, after having built up his one-person power, he got the senate to proclaim him emperor. The decree of the senate was put to a referendum and ratified by the voters with convincing enthusiasm. Owing to the strengthening of the opposition the autocratic character of the regime was mitigated in the 1860s and Napoleon III again felt it necessary to consult the people. In 1870, he ordered a popular vote on the liberal amendments of the constitution. Among other modifications it was prescribed that the constitution cannot be modified but by the people, on the proposition of the emperor³⁵. Finally, due to the strong campaign the proposition was approved by the vote. The French citizens could consider themselves constituent power again³⁶.

3. *The Swiss direct democracy*

A significantly different practice of popular rights and participation has been worked out during the 19th century in Switzerland. The idea of popular sovereignty as a new theoretical paradigm was first transported to Switzerland during the Helvetic Republic (1798-1803) by French troops of Napoleon. The first Helvetic Constitution of 1798 was based on the French Constitution of 1795 and adopted by the reluctant cantons only under military threats. It dissolved the Old Swiss Confederacy and imposed a central authority over the united cantons. It declared further the citizens’ collective to be sovereign but restricted the direct influence of people to the elections and to the mandatory constitutional referendum³⁷. The latter – similarly to the French Constitution of 1795 – meant that the primary assemblies could only reject or accept constitutional amendments which have already been approved twice by the Senate and once by the Grand Council as well³⁸. However, neither the idea of a centralized unitary state nor that of inalienable natural human rights had support from a majority of the Swiss population; only a narrow circle of intellectuals was able to receive the thoughts of the French revolution³⁹. It turned out very soon that the constitution wasn’t operational. In 1802, after a series of coups d’état a second constitution succeeded and was put to a popular vote. This was the first nationwide referendum in Switzerland. Based on Rousseau’s principle that the general silence of the people speaks of their consent⁴⁰, electors who did not register before the plebiscite and therefore did not cast a vote were regarded as “Yes” voters. This way the majority of “No” answers could be turned into

a majority of "Yes" votes⁴¹. But this constitution couldn't restore peace between the "Unitary" and the "Federalists" either.

After the withdrawal of the French army and a subsequent series of revolts against the Helvetic Republic, in 1803 Napoleon tried to reconcile the opposing parties by means of a "federal" constitution, the so-called Act of Mediation. Instead of creating a federal unity, this fundamental law rather integrated the cantons into a confederative unity and secured the French hegemony until the end of the Napoleonic era, without giving any kind of direct democracy the opportunity to rise on the state level. However, in the cantons some old direct democratic instruments were allowed into practice again. In Appenzell, Glarus, Schwyz, Uri, Unterwalden and Zug the so-called "Landsgemeinde" was revived. Since the 13th and 14th centuries every grown-up male citizen gathered in scope of this cantonal assembly at least once a year in order to decide legislative and judicial matters as highest authority, and supervised the executive power. In Graubünden the "federative referendum" was put into practice again. In this large canton (the former Free State of the Three Leagues since the 16th century) the smaller territorial units, the judicial communities (Gerichtsgemeinden) sent deputies to a federal assembly with detailed instructions. However, in case of incomplete instructions the decision of the federal assembly was put "ad referendum" to the meetings of all adult citizens in the judicial communities⁴².

It is debatable to what extent these old democratic institutions contributed to the formation of Switzerland's modern direct democracy. Some scholars think that medieval cantonal democracies, their ideologi-

cal background and instruments developed continuously from times of the Old Swiss Confederation until now (Kontinuitätshypothese). Others suppose that old Germanic and later confederate ideas mixed with modern theories of democracy and this medley resulted in a specific Swiss democratic tradition (Verschmelzungshypothese). According to the third point of view the Helvetic Republic was a real breach in Swiss political history and modern Swiss democracy was established by means of fundamentally different ideological motives compared to the old confederation (Bruchhypothese). Each of these opinions is for the most part right depending on whether one examines the practice or the ideological background. As for the former, a certain continuity is presumable, however the paradigms of the 19th century are new, they originate from the Enlightenment and the idea of natural law⁴³.

It can therefore be considered a fact that the formation of *modern* Swiss direct democracy began on the cantonal level in the first half of the 19th century. The so-called "Regeneration" (1830-1848) was set off by the 1830 July Revolution in France. It meant the revival of the revolutionary ideas of the Helvetic Republic, the renewal of the cantonal legal systems. At the end of the year the leaders of this liberal movement called together mass assemblies which demanded constitutional reforms in the cantons. At the turn of 1830 and 1831 newly elected constituent assemblies amended the cantonal constitutions or adopted new ones and put them to popular votes⁴⁴. As a result the idea of *mandatory constitutional referendum* was realized in practice. Except Fribourg and Neuchâtel, every cantonal constitution adopted this fundamental instrument before

1848. Constitutional amendments cannot take effect without popular approval. The citizens' right to initiate such modifications, the *constitutional initiative* was introduced much more cautiously. Only six cantons adopted this institution until 1848 (Aargau, Basel-Landschaft, Luzern, Schaffhausen, St. Gallen and Thurgau) and five of them required an absolute or two-third majority of all registered voters for the initiative⁴⁵.

The liberals first of all intended to introduce free and universal suffrage and thus a representative government. However in a short period of time radicals appeared as well who clamoured for direct participation not only in constitutional matters but also in normal legislation: they demanded the right of popular statutory initiatives and the possibility to recall parliamentary deputies. The peasant movements claimed the right of *popular veto* against parliamentary statutes⁴⁶. On the 13th January 1831 about six hundred peasants gathered armed with sticks around the constituent assembly (Verfassungsrat) of St. Gallen. The assembly giving in under pressure accepted to introduce the statutory veto (Gesetzesveto), an instrument similar to the "droit de réclamation" of the 1793 French Constitution⁴⁷. Within 45 days after the promulgation of a statute the majority of the registered voters of the communes could set a veto on it. 50 voters of each commune were entitled to launch the process by demanding the convocation of the communal assembly. If the majority of all registered voters in the canton explicitly reject the statute it does not enter into force. Non-voters are to be considered as supporters of the statute in question⁴⁸. During the next two decades five further cantons, Basel-Landschaft (1832), Wallis (1839), Luzern (1841), Thurgau

(1849) and Schaffhausen (1852) introduced the statutory veto in a more or less similar form. In the middle of the century this instrument developed in the most cantons into the *facultative legislative referendum*. A part of the registered voters of the canton were given the right to initiate a popular vote on a law adopted previously by the cantonal legislative body. Those who were absent were not considered "Yes"-voters; the majority of the votes decided the matter. In other cantons which already had a considerable amount of practice with popular rights the *mandatory legislative referendum* was introduced – an instrument realizing the idea of popular sovereignty in its actuality (Schwyz 1848; Graubünden 1854; Basel-Landschaft 1863; Zürich, Solothurn, Thurgau and Bern 1869)⁴⁹.

However, this last wave of new direct democratic instruments indicates a second revolutionary period after the "Regeneration". Despite the first movement in the 1830s and 1840s and the gradual development of popular rights, the political decision-making was still predominantly the business of parliamentary deputies. Both on the level of the confederation and in the cantons the government was based on the principle of representation. From the middle of the century Switzerland experienced significant industrialization and economic growth. This process had its consequences in its political life as well. Big industrialists and companies gradually occupied the most important political positions. The parliaments were dominated by representatives of the upper middle class. On the other hand questions concerning social security came to the surface more and more powerfully. The working class and the lower bourgeoisie sought state interven-

tion. These circumstances led to the next democratic movement in the 1860s which renewed the demand on more popular participation in political decision making. In 1869, the movement enforced a new constitution in Zurich that guaranteed a variety of popular rights. It declared that the people themselves exercise the legislative power and the cantonal council can only collaborate on the legislation⁵⁰. 5000 citizens were entitled to initiate legislation either in form of a general proposal or a draft formulated in detail. It had to be put to a popular vote; the cantonal council could only make a counter-proposal which was also subject to the referendum (*legislative initiative*). The constitution further prescribed to put to the referendum every constitutional amendment, parliamentary statute and any other decision including one-time outlays exceeding 250 000 francs (*mandatory constitutional, legislative and financial referendum*)⁵¹. The example was followed by other cantons as well. The intention was clear: narrow down the parliament's competencies and control the executive power⁵².

Most instruments of the cantonal direct democracies were introduced on the federal level as well, with a certain delay. The Swiss Federal Constitution of 1848 involved only the mandatory constitutional referendum and the constitutional initiative for a total revision. After the results of the democratic movement in the 1860s the facultative legislative referendum (1874) and the constitutional initiative for a partial revision (1891) were also incorporated into the federal constitution⁵³.

Contrary to the French plebiscitary tradition which is dominated by referendums ordered by the head of state, the Swiss direct democracy is based on "bottom up" initia-

tives. Facultative referendums are weapons of parties and other interest groups. If they are able to gather enough signatures against a law, the parliament's decision will be subject to the vote of the citizens. This "constant threat" motivates governments to involve possible challengers into the pre-parliamentary decision-making process to avoid a subsequent veto ("negotiated democracy")⁵⁴. Popular initiatives are also means of agenda-setting; they can express various interests of a pluralist society and give voice to problems which otherwise get lost on the table of party politics. Not anyone is able to formulate such questions. Interests can often be represented by alliance of concerned parties. But the right to ask citizens is not monopolized by one single political actor or by a narrow circle of state organs. The relative frequency of such punctual "bottom-up" intervention into political decision-making does not force the representative power into a merely executive role. Referendums can influence the parliamentary decision-making but they do not shed doubt on the fundamentals of the political system.

4. *Later American and French development*

At the turn of the 19th and 20th century, an interesting impact of Swiss direct democracy could be seen in the constitutions of some US American member states. At that time, the American Populist Movement strove to break the corrupt power of large monopolies and trusts that controlled representative governments and parliaments. The aim of the movement was to eliminate this corrupt influence by curtailing the leg-

islative power which stood behind the companies. As weapons for this endeavour instruments of Swiss direct democracy were also taken into consideration and popularised in the press, party meetings and through other media⁵⁵. After the People's Party had won the elections in South Dakota in 1896, the two most important Swiss direct democratic devices were included in the constitution: the popular initiative and the facultative referendum (1898). (The revision was approved directly by the people in a subsequent constitutional referendum.) This example was followed by Utah and Oregon in a short time (1900 and 1902) and later by a series of other US member states as well which have been using these instruments since that time⁵⁶.

As regards France, the practice of the Napoleons shaped the development of popular participation for a long time. Although it did not come to same popular votes during the decades of the Third French Republic, the old custom was revived by Charles de Gaulle again after the Second World War. The main feature of this tradition is that popular votes are ordered by the head of state, he is entitled to formulate the question and set the date. Accordingly, the vote serves the political goals of the president. He can consolidate his position, solve political crises, weaken oppositional forces and circumvent the parliament⁵⁷. Popular initiatives are not allowed; the head of state monopolizes the right to ask the people who hold the answer to the question. The presidential decree on the referendum is an "appel au peuple" as it was already formulated by the Constitution of 1852: the president is responsible to the French people to whom he can always appeal⁵⁸. This tradition is often called "plebiscitary democracy". It is a

snappy answer both to Jean Jacques Rousseau's ideas on convening and deliberating groups of citizens who pronounce the general will, and to the cautious attempts in the first phase of the French Bourgeois Revolution to realize these ideas by means of primary assemblies which can propose revisions of the constitution and set a veto on parliamentary statutes upon their own initiative. People are governed from above and asked only if the highest state authority considers it important.

5. *Concluding remarks*

As regards the *establishment* of direct democratic traditions we have seen that in case of the American and Swiss traditions, both *ideas* (in America: Protestant political thoughts, or, in case of Switzerland, the ideas of the French Enlightenment during the Regeneration) and *preceding practice* of popular participation (America: church communities, guilds, town meetings; Switzerland: "Landsgemeinde" assemblies) have played a major role. Practical experience seems to be more influential as in the case of France we can observe that this factor was obviously missing before the revolution and this certainly contributed to the fact that bottom-up instruments, even if they were enacted during the reign of the Jacobins, were never used later in practice. Rousseau's ideas were not enough to establish a long-lasting direct democratic practice in France.

As for *later developments*, own historical antecedents and current internal political circumstances seem to have the greatest significance. Both in American colonies

and in the Swiss cantons the adoption of direct democratic instruments was connected with internal conflicts, certain power relations and partly with a struggle between dominant and more or less oppressed political forces⁵⁹. This might also be true for France, however, in this case the most influential power factor was the head of state (the two Napoleons and later on President de Gaulle) who was able to shape the practice of popular participation according to his own liking.

Foreign ideas, solutions and patterns could only exercise their influence within the confines of internal political conditions. For example, the American practice of constitutional conventions and referendums was taken into consideration in France but

also immediately adjusted to the internal political necessities. In Switzerland, the Napoleonic attempt to introduce a plebiscitary democracy was not successful and even if the French enlightened ideas and solutions were taken into account during the Regeneration, further development proceeded according to the relations of domestic politics. This was the case at the turn of the 19th and 20th centuries in US American member states as well, where Swiss instruments of direct democracy were adopted as weapons to fight out internal political conflicts. Thus, foreign examples seem to play a subordinate role in the development of direct democratic traditions.

¹ Oxford Dictionaries, Language matters, <<http://www.oxforddictionaries.com/definition/english/tradition>> (October 2015).

² I partly rely here on my former study: *Representation, participation and popular sovereignty: The role of citizens in the constitution-making processes at the turn of the 18th and 19th century*, in D.R. García (ed.), *Las Cortes de Cádiz y la Historia Parlamentaria*, Cádiz, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz, 2012, pp. 753-764. Chapter 2 and 3.

³ J.K.S. Reid (ed.), *Calvin: Theological Treatises*, London, S.C.M. Press, Philadelphia, Westminster Press, 1954, pp. 56 ff.; I. Révész, *Kálvin élete és a kálvinizmus [Calvin's Life and the Calvinism]*, Debrecen, Révész Imre Emlékalap Bizottság, 1909³, pp. 100-101.

⁴ W. Walker, *A History of the Congregational Churches in the United States*, New York, The Christian Literature Co., 1894, pp. 66 ff.;

G. Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, Berlin, O. Häring, 1914³, pp. 509-510.

⁵ Ch. Borgeaud, *Établissement et Révision des Constitutions en Amérique et en Europe* (1893), tr. en. *Adoption and Amendment of Constitutions in Europe and America*, New York, Macmillan, 1895, p. 11.

⁶ *Collections of the Connecticut Historical Society*, vol. I. Hartford, 1860, p. 20.

⁷ Ch. Borgeaud, *Premières constitutions de la démocratie Américaine*, Paris, Alcan, 1891, pp. 8 ff.; C.S. Lobingier, *The people's law or popular participation in law-making from ancient folk-moot to modern referendum*, New York, Macmillan, pp. 41-48.

⁸ H.K. Heußner, *Wurzeln und Durchsetzung direktdemokratischer Verfahren in den USA*, in H.H. von Arnim (hrsg.), *Direkte Demokratie. Beiträge auf dem 3. Speyerer Demokratieforum vom 27. bis 29. Oktober 1999 an der Deutschen Hochschule*

für Verwaltungswissenschaften, Berlin, Duncker & Humblot, 1999, p. 201.

⁹ C.S. Wood, *The Creation of the American Republic 1776-1787*, New York, Norton, 1972, pp. 306-310.

¹⁰ Lobingier, *The people's law*, cit., pp. 164-167.

¹¹ Ivi, pp. 169-179, 182-187; A. Auer, *Le référendum constitutionnel*, in A. Auer (ed.), *Les origines de la démocratie directe en Suisse*, Bâle et Francfort-sur-le-Main, Helbing & Lichtenhahn, 1996, pp. 85-87; Heußner, *Wurzeln und Durchsetzung direktdemokratischer Verfahren in den USA*, cit., pp. 201-203.

¹² W.B. Fisch, *Constitutional Referendum in the United States of America*, in «The American Journal of Comparative Law», LIV, 2006, pp. 487-488, 491-492, 494.

¹³ «Toute loi que le peuple en personne n'a pas ratifiée est nulle; ce n'est point une loi», J.-J. Rousseau, *Du Contrat Social ou*

- Principles du droit politique* (1762), book III, chapter 15, in C.E. Vaughan (ed.), *The Political Writings of Jean Jacques Rousseau*, vol. II, Cambridge, Cambridge University Press, 1915, p. 96. See further book II, chapters 1-2, book III, chapters 12-13, 15.
- ¹⁴ Book III, chapter 12.
- ¹⁵ Book IV, chapter 2.
- ¹⁶ M.G. Schmidt, *Demokratietheorien. Eine Einführung*, Wiesbaden, VS Verlag für Sozialwissenschaften, 2008⁴, pp. 88-89.
- ¹⁷ See the Declaration of 17 June 1789. A. Ray (ed.), *Réimpression de l'ancien Moniteur*, vol. I, Paris, Henri Plon, 1858, p. 82.
- ¹⁸ «La Loi est l'expression de la volonté générale. Tous les Citoyens ont droit de concourir personnellement, ou par leurs Représentants, à sa formation», Ray, *Réimpression de l'ancien Moniteur*, cit., p. 368.
- ¹⁹ M. Friedieff, *Les origines du referendum dans la Constitution de 1793. (L'introduction du vote individuel)*, Paris, Presses Universitaires de France, 1932, pp. 79, 155. See for example the Constitution of Massachusetts (1780) – relating to taxes, art. XXIII: «No subsidy, charge, tax, impost, or duties, ought to be established, fixed, laid, or levied, under any pretext whatsoever, without the consent of the people or their representatives in the legislature», The Constitution of New Hampshire (1784) formulated more generally, art. XII: «[...] But no part of a man's property shall be taken from him, or applied to public uses, without his own consent, or that of the Representative-body of the people. Nor are the inhabitants of this State controllable by any other laws than those to which they or their Representative-body have given their consent», H. Dippel (ed.), *Constitutions of the World from the late 18th Century to the Middle of the 19th Century*, America: Vol. 1, Part IV: Massachusetts-New Hampshire, München, K.G. Saur, 2007, pp. 22, 360. John Locke's ideas probably lie in the background: «It is true, governments cannot be supported without great charge, and it is fit every one who enjoys his share of the protection, should pay out of his estate his proportion for the maintenance of it. But still it must be with his own consent, i. e. the consent of the majority, giving it either by themselves, or their representatives chosen by them: for if any one shall claim a power to lay and levy taxes on the people, by his own authority, and without such consent of the people, he thereby invades the fundamental law of property [...]» (My italics), J. Locke, *Two Treatises of Government* (1689), book II, chapter XI, § 140. Edition used: London, A. Millar et al., 1764, p. 322.
- ²⁰ Title III, art. 1.: «La Souveraineté est une, indivisible, inaliénable et imprescriptible. Elle appartient à la Nation; aucune section du Peuple, ni aucun individu, ne peut s'en attribuer l'exercice», Art. 2.: «La Nation, de qui seule émanent tous les pouvoirs, ne peut les exercer que par délégation. – La Constitution française est représentative: les représentants sont le Corps législatif et le Roi», L. Duguit, H. Monnier, R. Bonnard, *Les constitutions et les principales lois politiques de la France depuis 1789*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, R. Pichon & R. Durand-Auzias, 1952⁷ (par C. Berliat), p. 6.
- ²¹ *La Convention nationale déclare, 1^o qu'il ne peut y avoir de constitution que celle qui est acceptée par le peuple...*, in J.B.H. Duvergier (éd.), *Collection complète des lois, décrets, ordonnances, réglemens, et avis du Conseil-d'État*, vol. 5, Paris, Guyot et Scribe, 1825, p. 1.
- ²² A. Kölz, *Neuere schweizerische Verfassungsgeschichte. Ihre Grundlinien vom Ende der Alten Eidgenossenschaft bis 1848*, Bern, Stämpfli-Cie AG Bern, 1992, pp. 79-80. C. Frei, *Direkte Demokratie in Frankreich. Wegmarken einer schwierigen Tradition* [Vorträge am Liechtenstein-Institut, Kleine Schriften 22], Vaduz, Verlag der Liechtensteinischen Akademischen Gesellschaft, 1995, pp. 8-9.
- ²³ Art. 58-60. Duguit, Monnier, Bonnard, *Les constitutions et les principales lois politiques de la France depuis 1789*, cit., p. 68.
- ²⁴ Art. 115, ivi, p. 72.
- ²⁵ But only about nearly one-third of all qualified voters took part on the referendum. R. Batielle, *Le plébiscite sur la Constitution de 1793*, in «La révolution française», LVII, 1909, pp. 496-524; LVIII, 1910, pp. 5-30, 117-156, 193-237, 385-410. For the result see the table attached to page 144 (LVIII, 1910). See further: J.-M. Denquin, *Référendum et plébiscite. Essai de théorie générale*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, R. Pichon et R. Durand-Auzias, 1976, p. 40; P. Gueniffey, *Le nombre et la raison. La Révolution française et les élections*, Paris, Éditions de l'École des Hautes Études en Sciences Sociales, 1993, p. 179.
- ²⁶ Cfr. Kölz, *Verfassungsgeschichte (bis 1848)*, cit., pp. 84, 88-90.
- ²⁷ Gueniffey, *Le nombre et la raison. La Révolution française et les élections*, cit., p. 181. Alphonse Aulard qualifies the vote simply a "comedy" – A. Aulard, *Histoire politique de la Révolution Française. Origines et Développement de la Démocratie et de la République (1789-1804)*, Paris, Armand Colin, 1921⁵, p. 571.
- ²⁸ Art. 26: «Les assemblées primaires se réunissent: -1^o Pour accepter ou rejeter les changements à l'acte constitutionnel, proposés par les assemblées de révision [...]», Duguit, Monnier, Bonnard, *Les constitutions et les principales lois politiques de la France depuis 1789*, cit., p. 78. See further title XIII, ivi, pp. 105-106.
- ²⁹ Art. 95: «La présente Constitution sera offerte de suite à l'acceptation du peuple français», Duguit, Monnier, Bonnard, *Les constitutions et les principales lois politiques de la France depuis 1789*, cit., p. 118.

- ³⁰ Aulard, *Histoire politique de la Révolution Française. Origines et Développement de la Démocratie et de la République (1789-1804)*, cit., p. 709; Gueniffey, *Le nombre et la raison. La Révolution française et les élections*, cit., pp. 183-184; C. Langlois, *Le plébiscite de l'an VIII ou le coup d'état du 18 pluviôse an VIII*, in «Annales historiques de la Révolution française», XLIV, 1972, pp. 44-51.
- ³¹ Decree of the consuls of the 10 Floréal of the year X (10 May 1802). S. Diémert (éd.), *Textes constitutionnels sur le référendum*, Paris, Presses Universitaires de France, 1993, p. 8.
- ³² Decree of the Senate of the 28 Floréal of the year XII (18 May 1804), art. 1, 142. Diémert, *Textes constitutionnels sur le référendum*, cit., p. 9.
- ³³ Gueniffey, *Le nombre et la raison. La Révolution française et les élections*, cit., pp. 185-186.; Denquin, *Référendum et plébiscite. Essai de théorie générale*, cit., pp. 46-47.
- ³⁴ F. Bluche, *Le plébiscite des Cent-Jours (Avril-Mai 1815)*, Genève, Librairie Droz, 1974, pp. 36-37.
- ³⁵ Decree of the Senate of the 21st May 1870, art. 44. Diémert, *Textes constitutionnels sur le référendum*, cit., p. 11.
- ³⁶ Denquin, *Référendum et plébiscite. Essai de théorie générale*, cit., p. 62.
- ³⁷ Art. 2: «L'universalité des citoyens est le souverain [...]», A. Kölz, *Quellenbuch zur neueren schweizerischen Verfassungsgeschichte. Vom Ende der Alten Eidgenossenschaft bis 1848*, Bern, Stämpfli-Cie, 1992, p. 126.
- ³⁸ Art. 106, *ivi*, p. 149.
- ³⁹ A. Riklin, S. Möckli, *Werden und Wandel der schweizerischen Staatsidee*, in A. Riklin (hrsg.), *Handbuch politisches System der Schweiz*, Grundlagen, Bern, Paul Haupt, Vol. I, 1983, pp. 29-30.
- ⁴⁰ Du Contrat Social, book II, chapter 1: «En pareil cas, du silence universel on doit présumer le consentement du peuple», Rousseau, *Du Contrat Social ou Principes du droit politique* (1762), cit., p. 40.
- ⁴¹ 92.423 "No" votes; 72.453 "Yes" votes; 167.172 did not cast a vote, Kölz, *Verfassungsgeschichte (bis 1848)*, cit., pp. 141-142.
- ⁴² Kölz, *Verfassungsgeschichte (bis 1848)*, cit., pp. 145-146; A. Vatter, *Kantonale Demokratien im Vergleich. Entstehungsgründe, Interaktionen und Wirkungen politischer Institutionen in den Schweizer Kantonen*, Opladen, Leske-Budrich, 2002, pp. 228-230.
- ⁴³ Riklin, Möckli, *Werden und Wandel*, cit., pp. 39-41.
- ⁴⁴ Kölz, *Verfassungsgeschichte (bis 1848)*, cit., pp. 219-223.
- ⁴⁵ Vatter, *Kantonale Demokratien*, cit., p. 234, footnotes 204-205.
- ⁴⁶ Kölz, *Verfassungsgeschichte (bis 1848)*, cit., p. 285; Vatter, *Kantonale Demokratien*, cit., pp. 234-235.
- ⁴⁷ Art. 59-60 (See above.) S. Möckli, *Das Gesetzesveto und-referendum. Ein Stolperstein wird zum Grundstein*, in Auer, *Les origines de la démocratie directe en Suisse*, cit., pp. 209-212.
- ⁴⁸ See Art. 135-141 of the constitution of St. Gallen (1st March 1831). Kölz, *Quellenbuch zur neueren schweizerischen Verfassungsgeschichte. Vom Ende der Alten Eidgenossenschaft bis 1848*, cit., p. 290.
- ⁴⁹ Möckli, *Das Gesetzesveto und-referendum. Ein Stolperstein wird zum Grundstein*, cit., pp. 213-217.
- ⁵⁰ Art. 28 «Das Volk übt die gesetzgebende Gewalt unter Mitwirkung des Kantonsrates aus», A. Kölz, *Quellenbuch zur neueren Schweizerischen Verfassungsgeschichte. Von 1848 bis in die Gegenwart*, Bern, Stämpfli+Cie AG, 1996, p. 66.
- ⁵¹ Art. 30-31, Kölz, *Quellenbuch (bis in die Gegenwart)*, cit., pp. 67-68. Cf. A. Kölz, *Neuere schweizerische Verfassungsgeschichte. Ihre Grundlinien in Bund und Kantonen seit 1848*, Bern, Stämpfli, 2004, pp. 62-63.
- ⁵² M. Schaffner, *Die demokratische Bewegung*, in Auer, *Les origines de la démocratie directe en Suisse*, cit., p. 155.
- ⁵³ A. Vatter, *Direkte Demokratie in der Schweiz. Entwicklungen, Debatten und Wirkungen*, in M. Freitag, U. Wagschal (hrsg.), *Direkte Demokratie. Bestandaufnahmen und Wirkungen im internationalen Vergleich*, Berlin, Lit, 2007, p. 75. See further A. Trechsel, H. Kriesi, *Switzerland: the referendum and initiative as a centrepiece of the political system*, in P.V. Uleri, M. Gallagher (eds.), *The Referendum Experience in Europe*, Basingstoke, Macmillan, 1996, p. 187.
- ⁵⁴ Trechsel, Kriesi, *Switzerland: the referendum and initiative as a centrepiece of the political system*, cit., pp. 202-204.
- ⁵⁵ T. Goebel, *Direct Democracy in America, 1890-1940. A Government by the People*, Chapel Hill, The University of North Carolina Press, 2002, pp. 10-11, 29-35.
- ⁵⁶ E.P. Oberholtzer, *The Referendum in America: Together with Some Chapters on the Initiative and the Recall*, New York, Charles Scribner's Sons, 1911³, pp. 392-397; A. Auer, *Le référendum et l'initiative populaires aux États-Unis*, Bâle et Francfort-sur le Main, Helbing & Lichtenhahn - Paris, Economica, 1989, pp. 85-87.
- ⁵⁷ On the French practice of referendums since the Second World War see U. Kempf, *Die Referendumsdemokratie in der V. Französischen Republik. Ein Überblick*, in W. Merkel, A. Busch (hrsg.), *Demokratie in Ost und West. Für Klaus von Beyme*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1999, pp. 225-248, on the main features pp. 241-243.
- ⁵⁸ Constitution of 14 January 1852, art. 5. Diémert, *Textes constitutionnels sur le référendum*, cit., p. 9.
- ⁵⁹ T. Schiller, *Origins of Direct Democracy - Conflict, Independence, Democratic Transformation*, in «Iustum Aequum Salutare», IX, 4, 2013, pp. 14-15.



Is defense of stock the same as defense of race? An itinerary from the Penal Code to racial laws

ERNESTO DE CRISTOFARO

Introduction: The not collected legacy of criminal positivism

A field of study that took the name of «Scuola positiva»¹ arose in the Italian scientific culture of the late nineteenth century. It formed part of the Forensic Medicine and Anthropometry, but quickly turned to the law and other social sciences such as Statistics, Sociology and Psychiatry. It advocates a deterministic reading of human behavior². In particular, from a criminal law point of view, it suggests the reconstruction of the crime dynamics from the description of the offenders. This means that the explanation of crime is rooted in the subjectivity of the author, considered from its organic components point of view and described through the congenital defects and disorders by which it is affected. The insistence with which the main exponents of this school of thought – Cesare Lombroso, Enrico Ferri, Raffaele Garofalo – turn to the assumption of «free will» denying its value

pointed to overturn the classical canons of imputability and aimed to build a criminal law no longer founded on moral responsibility but on dangerousity. Ultimately, the deviant must be viewed as an individual to control and repress because of what he is rather than of what he does. Within this interpretative horizon – in which the malignity of temper is associated with the materiality of the body, with the measurability of the anomalies that may occur in the form of the skull, in the abundance of hair, in the disproportion of the limbs with respect to height (all elements that, more or less visibly, refer to the proximity of the deviant subject with the animal world from which man comes, i. e. to the fact that the deviant is locked to a less complete degree of development than that of the general human species to which he belongs) – the physical parameters, considered as possible relevant factors in the etiology of the delinquent, extend to the point of covering nutrition, environmental health, climate, natural resources and race.

Cesare Lombroso devotes several pages to the crimes committed by the Jews and by the Gypsies. At first, he argues that the historical threat of recurrent aggression and isolation in their regards sometimes led them to commit crimes, because of the need to survive. So, due to their tendency to accumulate and to their proverbial capitalistic greed, they developed a special familiarity in handling money and in making all kinds of wrongdoing – from fraud to embezzlement to forgery – crimes which were more directly related with the economic enrichment³. The Gypsies, on the other hand, are considered by Lombroso «l'immagine viva di una razza intera di delinquenti»⁴. A community devoted, hereditarily, to every kind of wickedness: from prostitution to theft, from violence and exploitation against children to cannibalism. Enrico Ferri is less detailed in his analysis of the factors that predispose to crime, but he admits that the race should also be included among these factors⁵. Essentially, a representative part of the Italian criminal culture of the late nineteenth century considered the existence of a genetic matrix of crime, resulting from the belonging to a given racial community, as a not negligible hypothesis. It can be assumed that this idea has not generated significant sedimentations in the Italian legal and political culture (the following decades were largely refractory to the issues of racial mold) basically for two possible reasons: on one end because the «Scuola positiva», after controversies and divisions, concludes its existential curve and its ideological thrust with the «Progetto Ferri» of Penal Code in 1921 (and later this ideological trend would have virtually disappeared from the scene and would have left the intellectual and academic field «a

ben altro»⁶); on the other end, because the remains of the positivistic ideology regarded as highly problematic the hypothesis of locating a homogeneous matrix in the national community. This is mainly due to the fact that the Italian population consists of a variety of strains and faces which, even at a superficial glance, describe the inhabitants of the South and the North as clearly different from each other, thus preventing from collocating them under a single genealogical heading⁷. In any case, the space that the racial theories had in building the culture of the fascist regime will long be marginal⁸. Although, once these discriminatory measures were introduced in public discourse they would give rise to an insistent backdating of their circulation⁹.

1. *Demography and protection of the seed in the twenties and thirties*

Natality was, in the first decades of the twentieth century, a European-wide phenomenon. Many states adopted measures to support the families, maternity and infancy in view of goals of population growth¹⁰. In Italy, the fascist need to recover ancient primacies also posed an imperative of increment of the population. In a speech to the Chamber of Deputies in May 1927, known as «Discorso dell'Ascensione», Mussolini emphasizes this urgency in the most vigorous way. The fate of nations is, in his view, linked to national demographic power, without which the states are likely to become colonies or satellites of the strongest (because most populous) countries and sentenced to a marginal position in history. It is, therefore, necessary to combine po-

litical, economic, demographic and moral growing together¹¹. In order to do this, the fascist regime had, for some years, invested economic resources and created institutional joint-structures. In 1925, the «Opera Nazionale Maternità e Infanzia» (O. N. M. I.) was established. The main purpose of this institution was the assistance to needy mothers and abandoned children. In particular, it supported the mothers who recognized and suckled their illegitimate children, for breastfeeding was believed to be capable of lowering the infant mortality rate¹². In addition, through medical specialists, this system would ensure support interventions, services to delivery and provide basic clinical assistance both in urban and rural areas of the territory. In 1925, the «Unione Italiana di Assistenza all'Infanzia» arose as well. It was in charge, among other things, of the publication of the (initially quarterly, then monthly) magazine «La Difesa della Stirpe», printed during the years 1926-1929. The purpose of the review was to address all questions of hygienic, prophylactic and charitable care order which were correlated with the development of the younger generations and with population growth. Against the background of these initiatives, occurs the activity of the academic world exponents which, at the end of the twenties and in the first half of the thirties, dealt with themes concerning population and its qualitative and quantitative development. The demographer Corrado Gini was among the most active supporters of the trend described as «eugenica rinnovatrice». According to the theories that it claimed, in 1931, at the founding of I. S. T. A. T. (Istituto centrale di Statistica, headed by Gini from 1926 to 1932) a wide demographic survey on the national



"Italic race", 1939 calendar

territory was started, whose aim was finding out recurrent features and major characteristics of numerous families. In 1928, during a conference at the University of Bari, Gini had the opportunity to explain the lines on which a policy of birth rate growth should move. It was not so much a matter of working on small families or towards individuals reluctant to marriage, but a matter of creating the best conditions around the most prolific families by keeping them at home and facilitating the natural reproductive trends in order to maximize their generative power¹³. In an essay published in 1931 and entitled «Eugenica e stirpe» a professor of Obstetrics at the University of Roma faced problems of similar content. The decline in the birth rate in Italy in the nine-

teenth and twentieth centuries, though not particularly sharp but still such as to suggest the adoption of countermeasures, had to be explained, according to his reading, not in terms of fertility but in terms of inadequate maternity care, both in the economic and in the medical profile. The prevention of abortions and deaths in childbirth was the only way to preserve the biological strength of the nation¹⁴. It must be said that the measures taken by the regime were not always equal to the goals for which they were generated (still in the second half of the thirties, in official circles, one had to admit that the O.N.M.I. was «in una fase sperimentale»¹⁵). Mussolini himself, between 1933 and 1934, did not hesitate to express his disappointment for the results of the Italian natality policy and to put it in comparison with that, in his opinion far more energetic and productive, pursued by Nazi Germany¹⁶. It is, when well observed, a comparison of considerable importance, since in the same year Mussolini takes in several occasions public distances from the racist, anti-Semitic, ideology which had gained ground in that country with the rise of Nazism. So, on one hand Mussolini recognizes that Germany is working positively in terms of demographic issues, but on the other he does not make any concession on other strategic aspects of Nazi policy. Of which, indeed, he emphasizes the unrelatedness with Italian cultural and political tradition.

In 1932, in his talks with Emil Ludwig, Mussolini expresses himself with contemptuous words against German “deliri razziali” and argues that there is no way to prove the biological purity of a community and that the race is «sentimento per il novantacinque per cento»¹⁷. The same argu-

ments appear in the entry «Fascismo» of the «Enciclopedia italiana», published in the same year. The nation is described as

[...] non razza né regione geograficamente individuata, ma schiatta storicamente perpetuantesi, moltitudine unificata da un'idea che è volontà di esistenza e di potenza, coscienza di sé, personalità [...] creata dallo Stato, che dà al popolo, consapevole della propria unità morale, una volontà e quindi un'effettiva esistenza¹⁸.

In a speech to the «Camicie nere» held in Firenze on 23rd October 1933, Mussolini evokes a «latin and mediterranean race», of which the Italian people are part, and he illustrates history analyzing the actions of men like Caesar, Dante, Michelangelo, Napoleon. An ancient race of makers and builders, unique and universal at the same time¹⁹. Finally, once again against the claims of biological purity coming from Germany and in favor of a notion of «race», as a result of sedimentation and historical stratifications, Mussolini writes on the «Popolo d'Italia» an article entitled «Fallacia ariana» in which he states that science is not able to certify the purity of blood of any population²⁰. The same distrust of theories criticized by Mussolini is shared in important sectors of the academic world. In 1934, the political scientist and theorist of *élites* Gaetano Mosca dedicates to the history of racial theories a dense and sharp article, whose polemical target is the idea that one can connect the human progress to the simple racial-organic factor. As if isolating the genetic roots of a community, wherever such operation was possible, one could infer successes and achievements as a mechanical result²¹. What remains still is that defense of the stock, intended as protection of motherhood, childhood and leverage of the demographic development and defense

of the race, understood as protection of an ethnic community from possible contamination with alien groups, belong in Italy to different and not converging universes of discourse. Again, in 1935, the criminal law Professor Alfredo De Marsico – Member of Parliament since 1924 and, for a few months, in 1943, Minister of Justice – gives a conference on the occasion of a national campaign to combat tuberculosis entitled: «Per l'uomo e per la stirpe». The fight against tuberculosis is focused, according to De Marsico, as a part of a broad set of initiatives undertaken by the Fascist regime and all tending to increase the health and productivity of the population: struggle with alcoholism, building of gyms and incentivizing gymnastic, labor discipline and involvement of women in economic activities. Everything is designed to create a prosperous, healthy and industrious community.

Ora – states De Marsico – curare la tubercolosi negli adulti e nei colpiti è impedire che la compagine di una nazione sia violentemente e intensamente mutilata; curarla, prevederla – più che altro – nei fanciulli e nei giovani è impedire che il flusso delle generazioni si arresti o si estenui. Problema dell'infanzia e problema della tubercolosi sono gli aspetti di un unico, indivisibile problema: il problema del domani e del destino della stirpe²².

But this goal of population health protection cannot be confused with other types of operations that claim to protect it highlighting its uniqueness and the occupation of an aseptic and reclaimed space:

Noi, sì, sui nostri confini ergiamo fortificazioni di armi e di anime; noi, sì, sentiamo il dovere di essere forti. Ma perché sentiamo il dovere di essere un cantiere di civiltà dove la vita non è vista sotto la specie della razza ma nella sua universalità, è difesa non in gruppi selezionati da furori

settari ma nelle sue radici e nel suo significato più che etico, religioso; e perciò, per servire la civiltà e il bene, sentiamo il diritto di essere liberi e sicuri²³.

2. *The defense of stock in the Penal Code*

Therefore, even in the mid-thirties, from the top of the political world to the most important sectors of medical, legal, political science culture, no one makes concessions to the racist thesis, and the notion of defense of the stock only indicates the strengthening of the entire Italian population's health and the pursuit of the best reproductive conditions of Italian people. In fact, the Italian lawgiver aims at the same kind of goals when it launches the new Penal Code²⁴. The «Rocco Code», published in 1930 and entered into force the following year, introduces in the second book a title – the tenth – completely new compared to the previous legislation and dealing with «Crimes against the integrity and health of the stock». These offenses are: abortion (articles 545-546-547, depending on whether it is caused with or without the consent of the mother or directly by her), incitement to abortion (article 548), acts of abortion held on a presumed pregnant woman (article 550), procured inability in procreation (article 552), incitement to anti-procreation practices (article 553), contagion of syphilis or gonorrhoea (article 554). The sanctions range from a minimum of one year in prison, for incitement to practices against procreation, to a maximum of twelve years imprisonment in the case of constriction of a woman to abortion. Article 551 provides the possibility of mit-

Un giuoco che è una cosa seria
L'EBREO C'E' MA NON SI VEDE
 ossia:
TROVARE IL GIUDEO



Questo disegno, ritagliato secondo la cornice, si presta ad un istruttivo e dilettoso esperimento. Dietro queste figure si nasconde l'ebreo. Basta picciare il disegno in modo da sovrapporre le linee orizzontali della parte inferiore a quelle della parte superiore per avere due tipici esemplari di mezzo-ebreo, e, ricambiando ancora il foglio in modo da far combaciare fra loro le linee verticali, salterà fuori la tipica faccia del giudeo.

Cartoon published in "Il Giornalissimo", 1938

igating from half to a third the penalties provided for cases of abortion or instigation to abortion or abortive acts towards a presumed pregnant woman, if action is taken to save the honor of their own or that of a close relative, i.e. in all cases in which the pregnancy is determined outside of a regularly stipulated marital relationship. Within legal doctrine, in the years going from the enactment of the Code until the racial laws – that are issued in late 1938 and the first half of 1939 – there are no interpretative doubts about the meaning and purposes of the provision of «crimes against the integrity of stock». Vincenzo Manzini, one of the

leading criminal jurists of the time – as well as theoretical guide and promoter of the «Rocco Code» –, in 1936 devotes a part of his monumental «Trattato di Diritto penale italiano secondo il Codice del 1930» to this group of cases of indictment. According to his analysis, the crime of abortion, the most important figure of crime in this set, should not be considered as an offence against the person, for the reason that the unborn is not a person and so has no rights. It does not protect either life or *spes vitae* of anyone.

Il vigente diritto penale – writes Manzini – considera essenzialmente il pericolo o il danno inerente ai delitti d'aborto per l'interesse pubblico riguardante la potenza procreativa della nostra popolazione, ed è soltanto per necessario riflesso che riceve tutela anche l'aspettazione di vita relativa a quella determinata gravidanza, che viene frustrata da un singolo delitto d'aborto²⁵.

Considering this, it is significant that Manzini flatly refuses the eligibility of «quella immoralissima dottrina che passa sotto il nome di *eugenica* che pretende di trasportare nel campo umano i criteri selettivi della zootecnia»²⁶. As far as eugenics is concerned, Italy had been a fertile ground of discussion for a few years. But eugenics to which polemically Manzini refers is the negative one, namely the one that encourages a quality selection of progeny through practices such as sterilization (if not elimination) of carriers of hereditary diseases and the systematic interruption of pregnancy for the same subjects, unless they were spayed, or whenever there was a doubt about the good health of the unborn. Significantly, this position – which will be overturned by other jurists after the Italian racial laws – is in contrast to what happened in Germany in the same years, where the practices of inhibition of reproductive capacity of the carriers of hereditary diseases had been taken through repeated regulatory actions in July 1933 (*Gesetz zur Verhütung erbkranken Nachwuchses*) and in October 1935 (*Ehegesundheitsgesetz*)²⁷. Once again the deep theoretical gap that separates, up to a certain point, fascist and nazi bio politics emerges. The damage to the integrity of the stock with the crime of abortion may, alternatively, be presented in the form of the danger in the case of incitement to abortion (provided that such an event, although pursued, did not actually occur). It makes no

difference, according to Manzini, whether the instigation is public and directed to a plurality of recipients or private and directed to a single woman²⁸. But even more significant, in regard to the lowering of the threshold of prevention by the state, is the configuration, among the crimes against the stock, of injurious or fatal acts of abortion on a non-pregnant woman. Here, in hindsight, a tort (injury or suppression) against the life or the health of the woman is being consumed; but in order to operate an action directly against the stock, a really pregnant woman would be necessary. According to Manzini:

L'interesse concernente l'integrità e la sanità della stirpe può venire in considerazione soltanto in modo molto indiretto, cioè in quanto conviene impedire che si attuino pratiche abortive in qualsiasi condizione e apprestare una sanzione penale anche per il caso, in cui nel processo per cagionato aborto, non si sia potuto accertare lo stato di gravidanza²⁹.

Moreover, the acts directed to cause impotence and the acts directed to cause public incitement to anti-procreative practices also belong to the category of «anti-fertility» conducts. In this regard, in the Report to the King («Relazione al Re») on the Penal Code cited by Manzini, it is stated that: «[...] se le aberrazioni neomalthusiane presumessero di varcare i confini d'Italia, troverebbero il trattamento che si meritano»³⁰. In the first case, it is a matter of punishing the reduction of procreation ability of a man or a woman, even if obtained with the consent of the victim. The provision punishes a specific action which is immediately restrictive of generative capacity but it does not punish, for example, the sale of contraceptives which are, however, prohibited by the laws of health in 1934. By 1926,

in accordance with the «Testo Unico di Pubblica Sicurezza», Italian laws considered offensive to the moral and morality all writings, drawings and objects depicting the means to prevent or terminate pregnancy. The Penal Code, by introducing the offense of public incitement to anti-procreative practices, intended to avert the danger that «[...] la popolazione, persuasa dagli istigatori, limiti in qualsiasi modo la procreazione [...]»³¹. Manzini does an important *caveat* that, again, underlines the differences regarding suppressive eugenics adopted elsewhere:

Se anche l'istigatore, rivolgendosi al pubblico, dicesse che devono adottare pratiche contro la procreazione soltanto le persone tarate, è evidente che l'istigazione potrebbe essere accolta anche da malati immaginari o da persone cui l'intento predetto può servire di pretesto per attuare qualche inconfessabile interesse. In ogni modo, conviene sempre impedire la divulgazione nella popolazione delle pratiche di cui si tratta, perché tale divulgazione è pericolosa in se stessa³².

Last type of crime included in Title tenth is the contagion of syphilis or gonorrhoea accomplished by those who, concealing their condition, commit acts directed to the spread of the disease from which they suffer. The two considered diseases pose a risk to the procreative capacity or may have particularly serious clinical consequences on children. The person is, again, not considered in a singular dimension of injury victim, but as a link in a chain which is virtually capable of spreading serious diseases to wider and wider circuits. In no case, dealing with crimes against the integrity of the stock, Manzini does the least or most generic reference to political issues of racial purity or penal protection of the Italian ethnic group. The same look, aimed

at the national demographic interest, occupies the analysis that a professor of Forensic Medicine³³ offers on the same theme in 1938, in a magazine founded by Lombroso. On apparently different positions would seem to stay the criminal lawyer Giuseppe Benvenuto. In 1934, he publishes an extensive review of the provisions of Title Tenth of the Penal Code. Initially, he writes that the rigour of the Italian lawgiver in this matter has to be explained because of the exceptional value recognized by fascism to population policy. A few lines further on, he adds that what is at stake is the health, if not the life itself, of the race³⁴. But the preface, signed by Eugenio Florian, one of the last exponents of the «Scuola positiva», says unequivocally what the author means when he comes to demographics and race:

[...] il diritto penale serve a una funzione di civiltà [...]. Ciò può ben affermarsi dei reati qui avanti analizzati, i quali intanto corrispondono alla politica demografica e di tutela della razza, instaurata dal regime; quest'ultima, intesa non in modo per così dire egoistico e separatistico, alla germanica, ma in senso umano, diremmo latino, di preservazione e di sviluppo³⁵.

Therefore, the defense of the stock can also be described as defense of the race avoiding that the linguistic difference involves any semantic sliding, i.e. the passage from one dimension of protection of health and fertility of the population to another one of separation and stigmatization towards groups identified on the basis of ethno-biological parameters and therefore legally discriminated.

3. *Defense of race and defense of stock after the racial laws*

Between late 1938 and 1939, the Fascist regime launches the most important measures of racial discrimination. The guidelines are essentially two: separation of «pure» Italian citizens from the component of Jewish race on the soil of the peninsula, separation of the Italian settlers from the natives in the territories of Italian East Africa. By the «Regio Decreto Legge» 1728/1938, Italian Jews are banned from all roles in the public sector, heavy economic limitations are taken against their properties and they are forbidden to join in marriage with Italian citizens of «Aryan race»³⁶. By the law 1004 of 1939 (which incorporates elements already contained in a decree of 1937), the category of «offenses against the prestige of the race» is established. These are the so-called «Madamato»³⁷, i.e. the behavior of the settler who has a stable relationship of conjugal nature with an indigenous woman and a set of less serious, but still incriminating and defamatory, behaviors such as attending the same haunts of the natives, paying work in their favor, showing drunk in their presence. For these actions, the Italian citizen is punished (in the case of «madamato» with penalties of up to five years in prison) for having contradicted the existence of a hierarchical relationship between whites and blacks and stooping to the level of the latter, offending his origins.

Actually, in spite of the emphasis that the «Manifesto degli scienziati razzisti», published in 1938, had placed on the material dimension (the third step stated: «Il concetto di razza è concetto puramente biologico. Esso quindi è basato su altre

considerazioni che non i concetti di popolo e di nazione, fondati essenzialmente su considerazioni storiche, linguistiche, religiose»), the measures taken by the Italian government left open the possibility that whites and blacks in Africa kept up, even repeated, sexual relations (as far as there was not the stability of a relationship of «conjugal nature», showed by the living under the same roof and the eating at the same table) and Italian «Aryans» and Jews did the same thing and eventually had relations *more uxorio*, as only marriages were banned. So, in practice, the direction of provisions in defense of the race was less marked and stentorian than it appeared to be claimed. The possibility of *commixtio sanguinis* among racially «pure» and «impure» communities remained, in fact, unprejudiced. Despite this, starting from the racial laws, the concept of stock – a term that was used less often in accordance with a directive of 1938 coming from the «Central Bureau for printing» (Ufficio Centrale della Stampa) that in vain pointed to eliminate it³⁸ – assumes a different meaning from what it had up to then in the public debate.

In 1939, in a long article published on the «Annali di Diritto e procedura penale» a jurist from the University of Roma rereads the provisions of Title tenth of the Criminal Code in light of the recent racial turn. In fact, he appeals to the Minister «Keeper of the Seals» Rocco's Report, which states that the interest in preserving the ethnic unity of the nation undertakes to preserve the continuity and integrity of the stock.

Non può invero dubitarsi – writes Rocco in the quoted text – che ogni atto diretto a sopprimere o isterilire le fonti della procreazione, sia un attentato alla vita stessa della razza nella serie delle generazioni presenti e future che la compongo-

no e quindi una offesa all'esistenza della società etnicamente considerata, cioè all'esistenza della nazione³⁹.

On the other hand, as we have seen, the use of the term «race» (when it is rarely used outside the zoo technical field) before the racial laws has a meaning which is far from unambiguous and certainly it allows any possible overlapping with the term «stock», understood as the historical series of generations that have given rise to a community united by memorials, linguistic and religious ties rather than identical biological roots. This same sense also seems to appear in the just mentioned article, when it states that: «[...] persona offesa, in rapporto alla nuova denominazione dei reati contro l'integrità e la sanità della stirpe, è la società intesa come collettività degli individui che compongono la popolazione»⁴⁰. Finally, the community of individuals that forms the entire population and not segments of it isolated through the prism of race. The term «stock» within the meaning introduced by racial laws, comes out in other publications of legal argument in the following years. Giovanni Battista Funaioli, Full Professor of Civil law in Pisa and for some years Dean of the Faculty of Law in the same city, recalls that the fascist regime, although favorable to the family,

[...] non ha trascurato di porre limiti al matrimonio per la esigenza di preservare la stirpe da gravi tare effetto di penetrazione di elementi diversi ed inferiori. Onde la legislazione razziale, sopra tutto in quanto vieta unioni legali (ed anche extra legali) con persone appartenenti a razze di colore⁴¹.

According to this author, it would be necessary to go all the way and take in matrimonial matters, all preventive restrictions already introduced in other legisla-

tions. Because, until then, the marriage can only be: «il mezzo più efficace alla ripercussione e diffusione di malattie non curabili»⁴². The good relations established in the meantime between Italy and Germany on the front of the reflection on the subject of «race and law» may have useful progressions on the level of matrimonial prophylaxis against hereditary diseases⁴³.

4. Aldo Casalinuovo's synthesis

The combination stock-race finds its space in other dimensions of legal discourse, as well. The first term is used more rarely but its meaning is, now, coextensive to that of the second.

Fulvio Maroi addresses the issue of race as a concretion of a visceral relationship that rural households have historically maintained with the earth. It is not precisely the same latitude, physical and mystic together, of the German *Blut und Boden*, but it comes close to it. Consequently, the bio-somatic homogeneity of the people is the long-term result of the close and endogamous relations of kinship typical of peasant families⁴⁴. Salvatore Riccobono celebrates the memory of Roman law as «indice del genio della stirpe»⁴⁵. But the most ambitious and most original attempt to rebuild the conceptual issue is due to the criminal law jurist Aldo Casalinuovo. He devotes an extensive discussion to the whole subject of criminal laws relating to stock and race: starting from the Tenth Title of the Penal Code, and then moving on to the measures of defense of the race of 1938 and finally to those that protect the prestige of the race of 1939. According to him, each

of these moments of Italian law is autonomous from the others but also connected to them by intimate rules of historical and political development.

It is clear that the Tenth Title and racial laws have different goals: the one «[...] tende a tutelare la integrità della popolazione, al fine di evitare eventuali attacchi all'incremento numerico della stessa»; the others tend to «[...] tutelare le qualità fondamentali della razza italiana, al fine di evitare il loro inquinamento»⁴⁶. Thus, for example, the case of venereal infection considered in the article 554 of the Penal Code would be a crime even if committed against an Italian citizen of Jewish race. Stock is, in fact, the entire population of the State «[...] prescindendo dall'appartenenza dei singoli che la compongono ad una ovvero ad un'altra razza»⁴⁷. However, Casalnuovo believes that one cannot deny the existence of a deep connection between criminal defense of the stock and criminal defense of the race. It is necessary to protect, and raise as much as possible, the overall quality of population health before screening it against the action of harmful and disruptive factors, which depend on the contamination of the strains of higher level that compose it with the remaining weakest. «Sterile fatica, invero, sarebbe quella di curare la purità – cioè la esistenza limpida e non inquinata dei caratteri propri di una determinata razza – in una popolazione numericamente e fisicamente debole»⁴⁸. Thus, the action of the state necessarily moves on several levels and each of these is shown in its instrumentality with respect to the next. It begins with the positive measures to support the births and infancy, it proceeds with the criminal defense of conducts that could be able to undermine the

health of the population seen in its entirety, and finally it comes to the preservation of the «real» Italian race. This race must be defended both on the plan of prophylactic mixtures, and on that of political correct distance from «inferior» groups.

Il diritto penale segue a pieno il discusso problema in tutti i suoi aspetti e aderisce a ciascuno di essi. Mediante la tutela della stirpe [...] esso difende l'aspetto quantitativo del problema e quello eugenetico di miglioramento, che più semplicemente potremmo chiamare qualitativo; mediante la tutela diretta, difende l'aspetto etnico, che potremmo altrimenti definire epurativo, e l'aspetto politico⁴⁹.

Of course, Casalnuovo's speech is built on a series of petitions of principle, since it is hard to see how a healthy and robust population could not derive any benefit from all its health when exposed to a simple contact with an ethnic component which is, in theory, – i.e. according to this upside down logic – genetically less strong. On the other hand, such an outcome is not specifically forbidden by racial legislation since, as already mentioned, it never inhibits – unlike the Nuremberg Laws – sexual contact among different racial groups. The sleep of reason and the ideological delirium have always generated monsters at a political level, sophistry and paradoxes in the territories of more courtier academicism.

- ¹ On the links and on the debts that this approach has with similar currents that spread in the rest of Europe, and in France in particular, and on which it is impossible to stay here analytically, see D. Melossi, *Stato, controllo sociale, devianza. Teorie criminologiche in Europa e Stati Uniti*, Milano, Bruno Mondadori, 2002, pp. 47-56.
- ² For an overview see: E.R. Papa (a cura di), *Il positivismo e la cultura italiana*, Milano, Franco Angeli, 1985; R. Villa, *Il deviante e i suoi segni: Lombroso e la nascita dell'antropologia criminale*, Milano, Franco Angeli, 1985; M. Gibson, *Born to crime. Cesare Lombroso and the origins of biological criminology* (2002), it. tr. *Nati per il crimine: Cesare Lombroso e le origini della criminologia biologica*, Milano, Bruno Mondadori, 2004; finally the dated but not devoid of stimulating ideas U. Spirito, *Storia del diritto penale italiano. Da Cesare Beccaria ai nostri giorni*, Torino, Bocca, 1932, pp. 119-165; pp. 205-226.
- ³ C. Lombroso, *L'uomo delinquente* (1876), in Id., *Delitto, genio, follia. Scritti scelti*, a cura di D. Frigessi, F. Giacanelli, L. Mangoni, Torino, Bollati Boringhieri, 1995, pp. 507-508.
- ⁴ Ivi, p. 509.
- ⁵ E. Ferri, *Studi sulla criminalità in Francia dal 1826 al 1878* (1881), in Id., *Studi sulla criminalità*, Torino, Utet, 1926, p. 17.
- ⁶ M. Sbriccoli, *La penalistica civile. Teorie e ideologie del diritto penale nell'Italia unita*, in A. Schiavone (a cura di), *Stato e cultura giuridica in Italia dall'Unità alla Repubblica*, Roma-Bari, Laterza, 1990, p. 229.
- ⁷ This approach is historically shared by a northern positivist as Cesare Lombroso in his essay *In Calabria* (1862-1897), Soveria Mannelli, Rubbettino, 2009, pp. 89-95; but also by a southern positivist as Alfredo Niceforo in his essay *Italiani del Nord e del Sud*, Torino, Bocca, 1901. On geographical and bio-somatic lombrosian reductionism that enhances the discriminatory contents flying over the deep differences between very differently developed realities and social contexts takes a very polemical stand B. Alimena, *La scuola critica di diritto penale* (1894), in Id., *Note filosofiche d'un criminalista*, Modena, Formiggini, 1904, pp. 17-20.
- ⁸ Deeper explanations of the "racial turn", of its pragmatic sense, can be found in many researches. Among the most recent and interesting positions: R. Ben Chiat, *Fascist modernities: Italy, 1922-1945* (2001), it. tr. *La cultura fascista*, Bologna, Il Mulino, 2004², pp. 193-206; F. Germinario, *Razzismo e antisemitismo. Progetto razziale e ideologia totalitaria*, Roma-Bari, Laterza, 2009; A. Tarquini, *Storia della cultura fascista*, Bologna, Il Mulino, 2011, pp. 193-202; A. Ventura, *Il fascismo e gli ebrei. Il razzismo antisemita nell'ideologia e nella politica del regime*, Roma, Donzelli, 2013, pp. 3-45.
- ⁹ See E. Collotti, *Il fascismo e gli ebrei. Le leggi razziali in Italia*, Roma-Bari, Laterza, 2003, p. 187.
- ¹⁰ A. Treves, *Le nascite e la politica nell'Italia del Novecento*, Milano, LED, 2001, pp. 73-81.
- ¹¹ B. Mussolini, *Il regime fascista per la grandezza dell'Italia. Discorso dell'Ascensione pronunciato il 26 maggio 1927 alla Camera dei Deputati*, Roma, Libreria del Littorio, 1927. See also D.G. Horn, *Social bodies. Science, reproduction and italian modernity*, Princeton, Princeton University Press, 1994, pp. 46-64; C. Mantovani, *Rigenerare la società: l'eugenetica in Italia dalle origini ottocentesche agli anni Trenta*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2004; D. Bidussa, *La forza del numero e l'ideologia italiana dello sviluppo*, in F. Migliorino (a cura di), *Scarti di umanità. Riflessioni su razzismo e antisemitismo*, Genova, Il Melangolo, 2010, pp. 87-102.
- ¹² C. Ipsen, *Dictating demography: the problem of population in fascist Italy* (1996), it. tr. *Demografia totalitaria. Il problema della popolazione nell'Italia fascista*, Bologna, Il Mulino, 1997, p. 207.
- ¹³ F. Cassata, *Molti, sani e forti. L'eugenetica in Italia*, Torino, Bollati Boringhieri, 2006, pp. 168-170.
- ¹⁴ R. Bompiani, *Eugenetica e stirpe*, Roma, Luigi Pozzi, 1931, pp. 2-7.
- ¹⁵ Ipsen, *Dictating demography* tr. cit., p. 221.
- ¹⁶ Treves, *Le nascite e la politica* cit., pp. 246-249.
- ¹⁷ E. Ludwig, *Colloqui con Mussolini* (1932), Milano, Mondadori, 1965, p. 96.
- ¹⁸ B. Mussolini, *Fascismo* (1932), in *Enciclopedia italiana*, Milano, Treccani, 1949, vol. XIV, p. 848.
- ¹⁹ A. Gillette, *Racial theories in fascist Italy*, London-New York, Routledge, 2002, p. 45.
- ²⁰ Treves, *Le nascite e la politica* cit., p. 285.
- ²¹ G. Mosca, *Cenni storici e critici sulle dottrine razziste*, in «Reale Accademia nazionale dei Lincei», nn. 7-10, 1933, *Rendiconti della classe di scienze morali, storiche e filologiche* (text delivered by the author on 25 January 1934), pp. 455-470.
- ²² A. De Marsico, *Per l'uomo e per la stirpe. Discorso pronunciato al Reale Teatro dell'Opera il 2 aprile 1935 - XIII*, in presenza di S. A. R. la Principessa di Piemonte, Roma, Federazione fascista per la lotta contro la tubercolosi, 1935, p. 15.
- ²³ Ivi, p. 11.
- ²⁴ On the elements of similarity and continuity between the defense of stock the Penal Code and racial laws insists, however, I. Pavan, *Una premessa dimenticata. Il Codice penale del 1930*, in M. Caffiero (a cura di), *Le radici storiche dell'antisemitismo. Nuove fonti e ricerche*, Roma, Viella, 2009, pp. 129-157; Id., *La cultura penale fascista e il dibattito sul razzismo (1930-1939)*, in «Ventunesimo secolo», n. 17, 2008, pp. 45-78.
- ²⁵ V. Manzini, *Trattato di Diritto penale italiano secondo il Codice del 1930*, Torino, UTET, 1936, vol. VII, p. 495.
- ²⁶ Ivi, p. 504 (italic in the original).
- ²⁷ G. Bock, *Zwangsterilisation im*

- Nationalsozialismus. Studien zur Rassenpolitik und Frauenpolitik*, Opladen, Westdeutscher Verlag, 1986, pp. 100-103; P. Weindling, *Health, race and German politics between national unification and Nazism: 1870-1945*, Cambridge, Cambridge University Press, 1989, pp. 522-532; H. Friedlander, *The origins of Nazi genocide: from euthanasia to the final solution* (1995), it. tr. *Le origini del genocidio nazista*, Roma, Editori Riuniti, 1997, pp. 38-45; E. De Cristofaro, C. Saletti (a cura di), *Precursori dello sterminio. Binding e Hoche all'origine dell'"eutanasia" dei malati di mente in Germania*, Verona, Ombre Corte, 2012.
- ²⁸ Manzini, *Trattato di diritto penale* cit., p. 539.
- ²⁹ Ivi, p. 544.
- ³⁰ Ivi, p. 552.
- ³¹ Ivi, p. 565.
- ³² Ivi, p. 566.
- ³³ G. Canuto, *La medicina legale dei delitti contro la integrità e la sanità della stirpe*, in «Archivio di antropologia criminale, psichiatria e medicina legale», n. 1, 1938, pp. 11-49.
- ³⁴ C. Benvenuto, *I delitti contro l'integrità e la sanità della stirpe. Commento del Titolo X del Libro II del Cod. pen.*, Prefazione di Eugenio Florian, Napoli, «La Toga», 1934, pp. 7-10.
- ³⁵ Prefazione di Eugenio Florian in Benvenuto, *I delitti contro l'integrità e la sanità della stirpe* cit., p. 5.
- ³⁶ The literature on the subject is abundant and growing. An essential reference is: M. Sarfatti, *Le leggi antiebraiche spiegate agli Italiani di oggi*, Torino, Einaudi, 2009³. From a legal perspective: M.A. Livingston, *The fascists and the Jews of Italy. Mussolini's race laws*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014.
- ³⁷ A threat taken seriously even in areas of Catholic culture, then, in general, more lukewarm toward the anti-Semitic campaign. In this regard, L. Gualdi, *La ricostruzione dell'Impero di fronte all'eugenica*, in «Rassegna di morale e diritto», n. 2, 1936, pp. 1-6.
- ³⁸ C. Tisci, *Immagini di Igea. La propaganda sanitaria in epoca fascista*, in F. P. de Ceglia, L. Dibattista (a cura di), *Il bello della scienza. Intersezioni tra storia, scienza, arte*, Milano, Franco Angeli, 2013, p. 110.
- ³⁹ A. Rocco, *Relazione al re*, quoted by S. Drago, *La tutela della stirpe in regime fascista. Il Titolo decimo del Codice Rocco nei lavori preparatori, nella dottrina, nella giurisprudenza*, in «Annali di Diritto e procedura penale», n. 7, 1939, p. 566.
- ⁴⁰ S. Drago, *La tutela della stirpe*, cit., in «Annali di diritto e procedura penale», n. 8, 1939, p. 663.
- ⁴¹ G.B. Funaioli, *La sanità della stirpe e il matrimonio*, in «Archivio di studi corporativi», n. 2, 1940, p. 251.
- ⁴² Ivi, p. 252.
- ⁴³ Ivi, p. 256. Id., *Ancora sulla "sanità della stirpe e il matrimonio"*, in «Archivio di studi corporativi», n. 2, 1941, pp. 279-283. But on the same theme, the desired Germanization of matrimonial law prohibitions, from racial prohibitions racial to those against hereditary diseases, see also F. Vassalli, *Studi giuridici*, Roma, Società editrice del «Foro italiano», 1940, vol. I, *Studi di diritto matrimoniale – Studi sulla dottrina della condizione*, pp. 203-205. On scientific relationships about «race and law» between fascist and nazi regimes, E. De Cristofaro, *Codice della persecuzione. I giuristi e il razzismo nei regimi nazista e fascista*, Torino, Giappichelli, 2008, pp. 353-400.
- ⁴⁴ F. Maroi, *Difesa della stirpe e diritto rurale*, in «Rivista di diritto agrario», nn. 2-3, 1938, pp. 161-166.
- ⁴⁵ S. Riccobono, *Il diritto romano come indice del genio della stirpe*, Roma, Istituto di Studi Romani, 1940.
- ⁴⁶ A. Casalnuovo, *La tutela penale della razza italiana*, in «Rivista penale», n. 9, 1939, p. 1175.
- ⁴⁷ *Ibidem*.
- ⁴⁸ Ivi, p. 1176.
- ⁴⁹ Ivi, p. 1177.

Past and future of authoritarian regimes: constitution, transition to democracy and amnesty in Brazil and Chile¹

CRISTIANO PAIXÃO

In the second half of 20th Century, Brazil and Chile (among other South American countries) lived under authoritarian regimes, guided by the military.

There are some remarkable similarities between the Chilean and the Brazilian experiences. In both countries a coup d'état overthrew a democratically elected government; in Brazil and Chile anticommunism was an important argument for those who plotted the coup d'état; in both countries the military had a considerable support in civil society (sectors of the press, enterprises, and middle class); in both countries the military rule endured many years (16 years in Chile, and 21 years in Brazil) and the political transition was controlled by the regime.

Other similarities could be added: strong political repression, massive human rights violations (disappearances, executions, torture), extensive legislation passed by the regimes as a tool to "legitimate" the dictatorships, and legislative measures to grant amnesty to the military officials who

participated in the operations of repression.

So it's clear that the authoritarian regimes in Brazil and Chile were not simple interventions by the military to stop leftist governments. They were foundational projects. The military juntas that ruled the countries soon after the coups d'état tried to create a new legal framework that included new constitutional documents.

However, in spite of all those correspondences, the historical approach we intend to present in this paper doesn't focus on the political regime, i.e. its structures, proceedings or institutional tools. Two main reasons justify, in our view, the observation, in historical perspective, of the Brazilian and Chilean experiences: (i) the role of constitutionalism in the foundation, development and twilight of the dictatorships, with a special emphasis in the relationship between constitution and revolution and (ii) the interplay between Transitional Justice procedures and Amnesty Acts passed by both countries. Permeating

these controversies, we'll highlight the role of the political transition and its reading by the Judiciary.

It's not surprising that, with all these particular aspects, historians and political scientists often label Chilean and Brazilian transitions from dictatorship to democracy as "paradoxical" or "complex"². In fact both countries need to deal with the ambiguous legacy of their authoritarian regimes.

And their task is far from being concluded. At the time in which this paper was written, both countries were actually dealing with many political challenges brought by their unfinished transitions.

In Brazil we can point to an important question: the reach of the Transitional Justice measures and its timing. In 2010, Dilma Rousseff was elected president of the republic. It is important to highlight that her biography is associated with resistance to the dictatorship. Originally belonging to the student movement, President Rousseff joined the ranks of the resistance and became part of groups opposing the dictatorship. She was imprisoned and tortured by members of the Armed Forces. In 2011, the government approved Law no. 12,528, which created the National Truth Commission. The Commission was established in May 2012. In an interesting development which was not originally planned, local truth commissions started being created throughout Brazil, in states, cities, universities, professional and trade union bodies, all with the purpose of investigating human rights abuses committed during the dictatorship period. In October 2013, it was possible to estimate that there were over 100 truth commissions operating in Brazil³.

The National Truth Commission was set to present its final report in December

2014. The original schedule – May 2014 – has been changed to allow the Commission to make further investigations and hearings⁴. One of the most controversial items of the report is about the necessity to recommend, or not, the revoking of the Amnesty Act passed by the military in 1979. One of the main Brazilian newspapers, "O Globo", published an op-ed page with a strong message against the possibility of revoking (or even revising) the Amnesty Act, calling this effort "senseless" and adding that every attempt to modify the act would be "spurious"⁵.

In Chile, when this paper was being prepared, other relevant discussion was launched, and it's connected with the legacy of the military regime. We're talking about the commitment, made by President Michelle Bachelet during the 2013 Presidential Electoral Campaign, of creating a new constitution to Chile. In a speech given during the inauguration of the United Nations General Assembly, in 24th September of the current year, President Bachelet reaffirmed this commitment, saying that only a new constitutional document – a democratic one – could create the conditions for the country to be more inclusive and less unequal⁶. Two aspects of the reaction to this speech are enough to illustrate the difficulty of Bachelet's agenda. The first is the headline used by one of the main Chilean newspaper when reported Bachelet's speech: «Bachelet spoke of everything at the UN and reassured that doesn't intend to re-found the country»⁷. It is a political choice: this "reassurance" is not written in her speech. Evidently she may said that at the General Assembly, but the centrality gave to this topic by the newspaper is clearly at odds with the whole content of

the speech, which is explicitly pro-change. Second: in a conference given at the Catholic University of Chile, the “Contralor General de la República”, Ramiro Mendoza⁸, made harsh critics to the reforms proposed by the President (including the idea of a new constitution), labelling this agenda as “inappropriate” and “stupid”⁹. In any case, the government declared that the discussion of the new constitution is postponed to 2015¹⁰.

In both countries, however, the present-day political challenges don't belong exclusively to the present. We might add that their origins remain firmly entrenched in the past – it can be an artificial past, a well-planned past, a desired past, but it's still past.

Brazil: constitution, transition and amnesty

In Brazil, at 9th April 1964, nine days after President Joao Goulart's deposition, the military junta issued an “Institutional Act”, a rather unknown sort of executive-legislative measure. The text, written by two of the most prominent Brazilian conservative jurists, contained a huge “exposition of motives” as a preamble. It has explicitly invoked the “constituent power” originated by the military movement. The beginning of the Act proclaimed: «We ought to establish the concept of the civil-military movement that just opened a new perspective to Brazil's future. What happened – and is still happening – is an authentic revolution»¹¹.

Originally the Act was not numbered. However, other “Institutional Acts” became necessary, and until 1969 the regime managed to decree 17 of these acts. In a

series of preambles, some of the acts stated that the “revolution” kept the “constituent power” alive. These acts changed the whole institutional structure of the political system: Congress was temporarily closed, representatives were expelled from Parliament, the political parties were extinguished (replaced by one supportive to the government, and another as a kind of “consented” opposition) and the Presidential election was changed (from popular vote into an Electoral College). Fundamental rights were also affected, especially by Act no. 5, which suspended the habeas corpus. All these acts were not susceptible to judicial review. In 1967, the military (with some support of Congress) enacted a new Constitution (that replaced the democratically-framed 1946 Constitution), but the essential features of the authoritarian project were brought by these acts¹².

The distinctive aspect of this rhetoric is the use of the word “revolution”. As an attempt to avoid being labeled as authors of a coup d'état or simply dictators, the military leaders of the insurrection proposed an association between revolution and constituent power. Proclaiming themselves leaders of a “revolution”, they invoked the power to dictate new rules above the 1946 Constitution. In the name of the “revolution”, the constituent power was at their disposition to affirm the new regime. When resistance movements began to show up, the regime enacted new acts (and then they started to be numbered). In these acts, the constituent power was activated in the preambles, with new narrative resources. In Act no. 2 we can find this explanation: «It hasn't been said that the revolution just happened, but that it keeps happening and will thus remain. Its constituent power didn't expire. This pow-

er belongs to the revolutionary process and need to be dynamic to achieve its goals»¹³.

In December 1968 the military enacted Act no. 5. It put Congress in recess, expelled representatives, curbed fundamental rights, and suspended habeas corpus. It was a clear show of force which was not susceptible of judicial review or even dependent of Congressional approval¹⁴. But the authors of the Act prepared a long preamble presenting their reasons. It is interesting to note that this preamble quotes Acts 1, 2 and 4, performing a kind of "narrative chain". And, in the sake of the "permanence of the revolutionary work", the Act reaffirms the goals of the "revolution": «provide the country with a regime that, fulfilling the needs of a political and juridical system, could guarantee an authentic democratic order, based on freedom and respect to human dignity»¹⁵.

So the paradoxical nature of the regime is brought to the maximum level: the same Act which suspended rights, closed the Parliament and punished many politicians and public servants was justified on the grounds of democracy, freedom and human dignity.

Things would slowly change in the 1970s. The Brazilian regime prepared and controlled the transition to democratic rule: launched a restricted and tightly-controlled political openness, was able to pass an Amnesty Act valid for the perpetrators of human rights violations and gradually allowed new political parties in the elections. Even the first civilian President of the Republic after 21 years of military rulers wasn't elected by the popular vote. Tancredo Neves, a moderate politician of Minas Gerais state, won in 1985 the dispute with the regime's candidate (also a civilian). This victory, however, took place in the Electoral College,

an institution created by Institutional Act Nº 2 which was responsible for the electing of four military presidents. Even in its last days, the regime kept control of the political steps. A huge movement from the civil society that claimed for popular elections was defeated in a Congress still dominated by the military. In 25th April 1984 the Amendment Proposal presented by the opposition couldn't get the votes in the Chamber of Representatives for its approval¹⁶.

Until this point, all we can see is the classical narrative of a controlled transition. However, something's missing, and that is the constitutional project. In Brazil's republican experience, which started in 1889, there was a notable interchange between authoritarian and democratic regimes. In an approximately 100-year period (from 1891 to 1988) the country had six different constitutions, enacted in 1891, 1934, 1937, 1946, 1967, and 1988¹⁷. These constitutions reflect the political changes in this period. When the dictatorship was over, in 1985, the military hadn't prepared a new document which could permeate the transition and institutionalize the regime. Despite all the control exerted in the political process, the dictatorship couldn't "bind the future" at the end of its rule. So the constitution-making process would be propelled by an assembly democratically elected. That would add some complexity for the political transition, as we shall see on the following discussion of amnesty in Brazil¹⁸.

With the military still in control of the political agenda, Brazil granted amnesty for the officials involved in political repression and for the major part of political prisoners (both in Brazilian territory and in foreign countries). It took the form of an Act passed by National Congress in August 1979¹⁹.

Understanding the meaning(s) of this Act is a complex task. Its origins are, to say the least, ambivalent. As noticed by Leonardo Barbosa in his PhD Dissertation, the claim for amnesty during the Brazilian dictatorship started in the same year of the coup d'état, when the first opposing voices to the regime began to point out the constitutive paradox of the regime, which deposed an elected President and replaced him with a general in the name of democracy. Some intellectuals started to claim for the restoration of the rule of law, and it only could happen if an amnesty was granted to those persecuted by the regime²⁰. In these first formulations, and up to the mid-70s, the claims for amnesty were traditional ones, i.e. focused on national and familiar reconciliation. But there were some interesting changes in this process. With the leadership of women's movements, many "Amnesty Committees" were founded in the main cities. The movement was supported by sectors of the Roman Catholic Church and significant segments of civil society. From 1976 to 1979, these Committees have multiplied and obtained strong acceptance in the national debate. It's not possible to describe them as traditional actors in respect to amnesty claims. They certainly had some of the traditional meaning of amnesty on their history and agenda, but there was something different: the act of demanding amnesty, at that point, didn't mean to seek forgiveness and oblivion. By fighting against the regime itself, these movements began to build a solid association between amnesty and restoration of democracy. It was an interesting change in the meaning of amnesty as a political and juridical instrument. It was after all a creative way to oppose the regime²¹.

The outcome, however, was more ambiguous. During the course of the proposed statute, the government inserted a device that completely subverted the purpose of the law. With the new wording, all crimes committed by agents of the regime were covered by the amnesty. The bill passed by a margin of seven votes, with 12 dissident votes from representatives loyal to the regime – there were 209 affirmative votes against 194 opposed²². The bill needed 202 favorable votes to pass.

The debate around amnesty, however, didn't stop with the Act of 1979.

In 1985 a national constituent assembly was convened. This occurred through the adoption of a constitutional amendment. In addition to predicting the functioning of the House, the Constitutional Amendment 26/85 reiterated the amnesty granted in 1979, significantly expanding the universe of beneficiaries, especially in relation to the persecuted public servants²³.

The national constituent assembly carried out its task from February 1987 to October 1988. It was not an exclusive assembly – the representatives and senators elected in November 1986 (plus 1/3 of elected senators in 1982) would have constituent powers. However, contrary to initial expectations, the constitutional process was gradually moving away from everyday political activity and at the result was a constitution committed to fundamental rights.

The 1988 Constitution has faced, for the first time in Brazilian constitutional history, the problem of torture (no one of the five past constitutions even mentioned it). In fact, the Constitution places torture as a non-bailable crime. And it acknowledges that the practice of torture is not susceptible "to grace or amnesty"²⁴. So it is explic-

itly posed, in constitutional grounds, the connection between torture and amnesty.

On the other hand, the amnesty granted by Law no. 6.683/79 and the Constitutional Amendment no. 26/85 was expanded and reshaped. We could say also that it was re-conceptualized. Amnesty was posed as a fundamental right, in the following terms: «Amnesty is granted to those who, during the period from 18th September, 1946, to the date the Constitution is promulgated, have been affected, exclusively for political reasons, by institutional or supplementary acts of exception»²⁵.

The text of this provision has strong ties with the movement for amnesty which arose in the mid-70s. It recognizes the practice of "acts of exception" by the Brazilian state and stipulates a reparation program for the victims²⁶. This deep transformation of the meaning of amnesty is one of the distinctive marks of the Transitional Justice process in Brazil²⁷.

So, how to describe the background of this conceptual change? What kind of tradition was built in Brazil around amnesty?

Since the political independence from Portugal, which was consolidated around 1822, Brazil initiated an "amnesty policy", to put in simple words, meant by the granting of amnesty after internal conflicts, uprisings or revolution attempts²⁸. In an important research on this theme, Ann M. Schneider, using reliable sources on Brazilian political history, found 38 norms (Parliament Acts and Decrees) granting amnesty in Brazil from 1891 until 1979²⁹. It is important to notice that her research focused only in political amnesties. Many other similar measures, like amnesties granted to persecuted or dismissed public servants, were not included in her account.

Even before the Republican period, which started in November 1889, there were legislative discussions about amnesty. It happened actually at the moment of independence. In 1823, Emperor Pedro I convened a "Constituent and Legislative Assembly" to enact a constitution for the nation. In that same year he dissolved the Assembly and imposed a new constitution in 1824, but a good part of the job done by the Assembly was used in the 1824 Constitution, as the records were widely read and researched during that time.

And these records tell us something: an amnesty bill was extensively debated in the 1823 Constituent Assembly. It was at stake the possibility of granting amnesty for those who expressed opposition against the political independence, keeping faithful to the Portuguese Crown. Portugal itself had already granted amnesty after the 1820 revolutionary process³⁰. The Assembly was dissolved by the Brazilian Emperor, so it could not finish the job and grant (or deny) amnesty. But it was an important theme on a crucial moment of the consolidation of Brazil as Nation-State³¹.

In the 20th Century, prior to the military regime, two constitutions had already granted amnesties. The 1934 Constitution, enacted, after a revolution (1930) and a secessionist rebellion (1932), by a Constituent Assembly democratically elected, established: «A broad amnesty is granted to all who have committed political crimes to date»³². The records of the Constituent Assembly reveal that amnesty was extensively debated. In a session held on 29th May 1934, the constituents discuss the meaning of amnesty – would it be like a pardon, forgiving or national reconciliation?³³

The 1946 Constitution, enacted after the Vargas dictatorship called “Estado Novo”, also grants amnesty, but in two specific circumstances: (i) to those who has deserted or didn’t present to the Armed Forces; (ii) for workers who had suffered disciplinary measures as a result of strikes or labor disputes. In the debates there were also remarks of some constituents about the nature of amnesty. One of them, Euclides Figueiredo, invoked “our [Brazilian] political tradition” of granting amnesties, which could be explained by the “generosity impulse of Brazilian people”. Two other constituents disagreed of Figueiredo’s proposal, which they considered too limited. Both constituents – Maurício Grabois and Lino Machado – urged the Assembly to grant a broad amnesty. For them, this would be the only way to pay obedience to “the traditions of our people”³⁴.

As clearly explained by Rodeghero and Schneider, this long tradition of granting amnesty – expressed in many norms and two constitutions – solidified the concept of amnesty as forgetting, as something we should not come back to. It belongs to the semantic field of amnesty as oblivion³⁵.

On the other hand, as we intended to demonstrate, this concept wasn’t so homogeneous since the mid-70s, considering the movement from civil society towards a broad amnesty, which gradually became more and more associated with re-democratization. And the 1988 Constitution, as we could see, turned things even more complex putting in the same provision the criminalization of torture with an interdiction to grant amnesty in these cases. Beyond that, the 1988 Constitution also established a huge reparatory program, which included the creation of a new institution, an Am-

nesty Commission attached to Ministry of Justice, with the aim to compensate victims of acts of exception.

We’ll see how these conceptual fields would clash – or sometimes interact – in constitutional conflicts connected with Transitional Justice. But before this it will be useful to focus on the building of the Chilean regime, especially regarding constitutionalism and amnesty.

Chile: “protected democracy” and the role of the constitution

In Chile, after the 1973 coup d’état, a military junta took office. Congress remained in recess until 1980. In that period, the junta held Executive and Legislative functions. For seven years, there were not political parties and legislative bodies. The dictatorship always asserted its foundational project. As explained by Arturo Valenzuela, the military «defined the Chilean crisis as a regime problem, not only a government difficulty», it was necessary to replace the 1925 Constitution and establish a new document for the Chilean people, with a brand new political structure. According to the military, the major fault of the 1925 Constitution was the absence of mechanisms which could «‘protect’ the Chilean democracy from Marxism and populist politicians»³⁶.

In the aftermath of the coup d’état, the regime created a Special Committee, composed by jurists and legal professors which supported the military. The Committee, lately called “Ortúzar Committee”, because of the name of its Chair (Enrique Ortúzar Escobar), received the task of providing the government with a constitutional draft. The

coup d'état was launched in 11th September 1973. The Committee gathered for the first time in 24th September.

When the Committee finished its work, in October 1978, the draft was submitted to the State Council, and some changes were proposed. The text was ratified in a plebiscite made in 11th September 1980, «amidst widespread accusations of electoral fraud [...] The plebiscite was done without an electoral registry, with political parties still banned, and without access to the 'No' option to the media»³⁷.

In the following part, we'll rely mainly in the content of the Committee records, which were made available by the Chilean National Library. The ensemble of the discussions is a useful tool to understand some important features of the 1980 Constitution. The final version of the Constitution is, at the essence, indebted to the Ortúzar Committee document.

The records are divided in 11 volumes and 417 sessions were made, in a total of 10,914 pages of constitutional debate and deliberation. We can propose some questions to this archive: for the Committee, was there a connection between revolution and constituent power, as we could see in the Brazilian case? How the new regime could cope with the layers of the Chilean past?

First of all, it's interesting to notice that the revolution is one of the great absents in the records. We can affirm that the Chilean regime had a foundational proposal, but that foundation was not a revolutionary one. In a sheer contrast with Brazilian military, the regime didn't make use of the concept of revolution for justifying any of the political options. An apparently minor event which happened in the beginning of the discussion can throw a light on this topic.

In 4th December 1973, Carlos Cruz-Coke, Professor of Constitutional Law at the University of Chile, send a memo to General Pinochet. Attached to the memo there is an article published by the Professor. In his piece, Cruz-Coke addresses a harsh critique on the work of the Committee: for him, the jurists couldn't understand the uniqueness of that moment. In his words, what happened in 11th September was a "triumphant revolution", which represented a strong victory against Marxism and set the guidelines for the foundation of a "New State"³⁸. By the content of the article, it is clear that Cruz-Coke doesn't agree with the "classical-liberal conceptions" which could not be enough to defeat Marxism and prevent it on the future. His model of state seems to be a corporative one, inspired by the Spanish government at the time.

In all records, this is the only passage in which the 1973 coup d'état is labeled as a revolution. Nevertheless, the contribution of Cruz-Coke was rejected by the Committee, what generated an acrimonious response by Cruz-Coke, who refused to attend a meeting and cooperate with the Committee. The memo and the article were included as annexes in the first volume of the records and the episode was forgotten³⁹.

After this episode, there were very few occurrences of the term. In many cases, the word is used in a general way, without correspondence with the regime or referring to other historical contexts (Chilean Revolution in the 19th Century, French or American Revolutions). In four other moments, the concept is used a *contrario sensu*. It is emphasized the negative conception or revolution.

One of them happened in 25th July 1974, when the Inter American Commission of Human Rights made a visit to the Committee. President Ortúzar, in his introductory speech, praises the visit of the Commission, pointing that the Chilean reality was being «distorted, especially in respect to human rights». For Ortúzar, the campaign moved against Chile was “understandable”, for the fact that Chilean people would have imposed «the most serious defeat to International Communism in the last 30 years». Ortúzar then explained the presidential elections of 1970, won by Salvador Allende, «Marxist candidate, former president of OLAS, a revolutionary castro-communist organization»⁴⁰. In other example it is possible to observe this negative labelling on the idea of revolution. When the Committee was discussing the interpretation of a criminal precept, Jaime Guzmán, who was the most prominent and influent jurist on the Committee (and on the final text of the 1980 Constitution)⁴¹, made explicit one concern. For him, it was not possible to allow any interpretation which accepted the idea that the existence of the Armed and Police Forces would represent a kind of violence. That was unacceptable for Guzmán, because it would mean to endorse «dissolving doctrines in Latin America» which justified that «in front of institutionalized violence is legitimate the revolutionary violence»⁴².

Foundation without – or against – revolution, that is the picture emerged from the reading of the Ortúzar Committee records. Five years of discussion have generated 417 sessions, and the records comprise 4,481,067 words in 10,914 pages. Applied to the Chile regime, it appears in a positive way just once, and used by an early adver-

sary of the Committee philosophy. Other two mentions, made by the President and the most influent jurist of the Committee, are clearly anti-revolutionary, in the sense that revolution is seen as a political uprising which should be avoided.

The 1980 Constitution is after all an interesting case of “defensive” constitutionalism. It contains some “locking” devices for the political system. It can also be called a “controlling constitution”. The aim of the regime, as we could see, was to establish an institutional setting which could “protect the democracy”. A National Security Council was created, there was a huge reform on the Judiciary, and the Armed Forces received organizational and budgetary autonomy. It is extremely difficult to amend this constitution (large supermajorities are required). The electoral rules virtually prevent the formation of a consistent majority in Parliament. We find a good account of it in Couso’s description:

Among the political aspects of the Constitution of 1980, it is worth mentioning the following: a) a fortified executive branch, b) the inclusion of the military as the guarantors of the “institutionality” – a rather vague concept that in practice aimed to legitimize the political role given the armed forces in the “*Consejo de Seguridad Nacional*” (CSN). The CSN was a constitutional entity composed of a majority of noncivilians with the power of ‘representing’ to the rest of the branches of the state any action that, in the opinion of the CSN, threatens the institutions of the country, c) the incorporation of designated senators in the upper house, in order to incorporate non-political actors into the legislative process, and d) a variety of constitutional norms aimed at achieving a “*democracia protegida*” (protected democracy), another rather vague notion that reflects profound suspicion of democratic politics on the part of the framers of the constitution⁴³.

On the origins of 1980 Constitution, it is worth reminding an acute observation made by Arturo Valenzuela. The military junta which conducted the coup d'état granted themselves a kind of constituent power. In fact, there is a period of 7 years between the coup d'état and the enactment of the 1980 Constitution. During this time, the military – and especially General Pinochet – used a decree from 4th December 1973 which allowed the junta to amend by itself the 1925 Constitution. With this procedure, according to Valenzuela, the junta began to «formally re-articulate the institutional design of the government, on the basis of its own regime of exception»⁴⁴.

The 1980 Constitution is the final point, therefore, of a political project. And in this project it was necessary to establish an amnesty decree. It happened in 1978, with the “Decreto Ley” no. 2,191, issued in 18th April. In its effects, it is significantly different from the 1979 Brazilian Amnesty Act.

The main goal of the issuing of the decree was to grant amnesty to members of Armed and Police Forces who committed crimes during the repression initiated in September 1973. As explained by Cristian Correa, few members of the political opposition were at jail at the time of the amnesty decree. And many of them could even stay in Chilean territory, being expelled by Government⁴⁵.

So this amnesty doesn't fit in the classical concept, seen above, which emphasizes national reconciliation. There was no room for the return of people who were in exile, or re-acceptance of students in their courses or workers in their jobs. The decree simply grant amnesty for crimes committed during the state of exception (the period mentioned in the decree is 11th September 1973 - 10th March 1978)⁴⁶.

Judicial activism? Brazilian and Chilean Courts and the meaning of amnesty

In the 90s, Brazil and Chile were facing similar challenges: the dictatorships were over; new governments were in office; democracy was restored. Just like many other countries in Latin America at that time, Brazil and Chile were involved in a political transition.

One of the difficulties brought by these transitions was the legacy of the authoritarian regimes. As we could point out in the introductory lines of this paper, both countries didn't seem to bring a closure to their transitions, considering the high stakes of the present controversy on the meaning of the 1979 amnesty (in Brazil) and the 1980 Constitution (in Chile).

Our task now is to search for the role of the courts on these issues. When faced with claims posed by the victims (or relatives) about the amnesty, how courts have responded? How have they deal with the effects of past amnesties in democratic times?

Let us start with the Brazilian Judiciary.

In October 21st 2008 The Brazilian Bar Association forwarded «a complaint of breach of fundamental precept» directly to the Federal Supreme Court (STF) which received the number 153⁴⁷. It was a constitutional action which pled that the 1979 Amnesty Act would not be an obstacle to the punishment of the agents of the regime responsible for serious human rights violations. The ruling was issued in 29th April 2010. By seven votes to two, the Supreme Court decided that the Amnesty Act (1979) remained valid even after the enactment of the 1988 Constitution. Reading the deci-

sion, especially two of the opinions, may be useful to our theme.

The leading opinion of the ADPF 153's ruling was written by Justice Eros Grau, professor at the University of São Paulo Faculty of Law, and a former militant against the military regime. In his opinion, Justice Grau rejects the possibility of punishing violators of human rights during the military regime. To support his view, he points out what he considers the fundamental aspect of the case: the amnesty would have been the result of a major effort of the Brazilian society towards democratization. It would represent a crucial moment in the resumption of institutional normality and, therefore, would not be justifiable to say that the 1979 Amnesty Act is no longer binding.

One aspect is particularly important in the opinion: the fact that the Brazilian transition was based in the notion of "reconciliation" (a term used twice in the opinion). The line of argument of the opinion is essentially focused on the defense of the political transition "without violence" as an essential part of Brazilian democracy, which would have culminated with the promulgation of the 1988 Constitution⁴⁸.

This same line of argument is taken up in Justice Gilmar Mendes's concurring opinion, which stems from the issues addressed by Justice Grau, and seeks to deepen the constitutional debate on amnesty. So there is the repetition of the "covenant", "reconciled" nature of the 1988 Constitution. According to the opinion, «the new constitutional order can be understood as the result of a pact between plural forces somehow antagonistic, which gives it the nature of a Commitment Constitution, inset in the group of Western constitutions that were generated after crisis periods»⁴⁹.

For the Justices, this tendency to "commitment constitutions" reveals a deeper stratum: a true Brazilian calling for reconciliation. After strongly defending that the 1979 amnesty was essential to democracy, and recalling the numerous amnesty laws that preceded it, Justice Eros Grau concludes: «There are historical moments when the character of a people is manifested with full clarity. Perhaps our cordiality is disclosed in the sequence of frequent amnesties granted among ourselves»⁵⁰.

Justice Gilmar Mendes follows the same line, and leans towards the discussion of the acts of violence committed during the military regime. His opinion proposes a clear symmetry between the actions taken by civil society resistance and government's crackdown. Returning to the idea of "commitment constitutions", the opinion states that the 1988 Constitution appears as "overcoming the state of belligerency". The argument goes:

The ideological opposition allowed for several assaults, that formed typical criminal facts, practiced, on the one hand, by the strong and monopolizing State, and on the other hand, by the core of ideologically opposed citizens.

[...]

Aggression was committed by the State, through its repressive agents, and by politically organized citizens, round about a political direction.

[...]

Thus, the ideological perspective does not justify committing atrocities such as kidnapping, torture or cruel murders. Moreover, even if it were possible to justify them – and it is not – it is certain that many of those who resorted to these offenses did not pursue democratic normality, but to defend authoritarian political systems, to keep the emergency regime, or to install new forms of administration of totalitarian character, supported, trained and funded by foreign dictatorships⁵¹.

It is important to note here that a peaceful, negotiated, and agreed transition is not justified only by its temporal element, that is, as it presents itself as transient. The deal was a way to overcome the excesses and violence committed by "either party".

In Chile things worked in a different path, but with similar consequences. It is worth reminding that in Chile the Amnesty Decree was issued before the 1980 Constitution, which means that there is not discussion on constitutionality of the Decree (or its reception). Both norms were made by the same regime, with similar purposes. So the debate turned in other direction in Chile.

Between 1978 and 1990, the Amnesty Decree was applied by military and civilian courts. If the crime subject to investigation and trial had been committed during the period mentioned by the Decree, the result was the immediate dismissal of the case. A slight change could be seen in the second phase, from 1990 to 1998: the courts kept accepting the validity of the Amnesty Decree, but in some cases the so-called "Aylwin doctrine" was accepted. By this formulation, even when prescription of the cases was pronounced, the judicial procedure could go further and advance in the investigations, if there were evidences of crimes against humanity. The purpose of this doctrine was trying to find information about disappearing people. In general terms, however, the Amnesty Decree was still accepted by the courts. A significant transformation happened in 1998. The Supreme Court passed to interpret the Amnesty Decree in a more strict way. If the crime was classified as a crime against humanity (like torture, forced execution, disappearing), so the Decree could not be used to avoid condemnation⁵².

And a recent controversy surrounded the Amnesty Decree. President Michelle Bachelet sent to the Chilean Congress a bill for declare the invalidity of the Decree. She also urged Parliament to approve it. But the Senate, after public meetings and discussions, requested more time to deliberate on the theme⁵³.

To sum up, both amnesty rules issued by Chile and Brazil in 1978 and 1979 were still on the books up to October 2014. What conclusions could we bring from this permanence?

Conclusive remarks: constitution, amnesty and time

Observing the historical experience of the relationship between constitutionalism and amnesty in Brazil and Chile is a complex operation. There are different disciplines dealing with this thematic universe: legal history, constitutional theory, transitional justice and international law. All these fields share a deep interest in the semantics of the contemporary.

One of the distinctive features of the current historiographical landscape is the focus on the "histoire du temps présent". For legal history, it represents a real challenge, brought by the multiplicity of experiences of time in the contemporary era. As pointed out by François Hartog, «beyond the single sphere of law, there are subtle transformations operating between the legal time and the social time, as we can see by their exchanges in the name of responsibility, duty of memory, and repentance»⁵⁴.

Dealing with constitution and amnesty involves a kind of "time management". Con-

stitutions bind the future, amnesties protect the past. Judges and courts live in the present, and try to create, when faced with concrete situations, some form of correspondence between these temporal dimensions.

In Brazil's experience, the task is to deal with these two institutes in a context of conceptual change. As we could see, a long and solid tradition of amnesty as national reconciliation and oblivion was shaken by a new use of the concept, and the 1988 Constitution can be read as a product of this change. The Supreme Court, however, remains attached to the original comprehension of amnesty, defending beyond all other meanings the strength of the political transition. The enactment of a new constitution, in the Court's reading, didn't change that. On the opposite way, the Court asserted that the 1988 Constitution is a result of the transition. It is not occasional the frequent use, in the ruling of ADPF 153, of expressions like "covenant" and "commitment" constitution. And it is especially illustrative the mention made to the "character" and "cordiality" of Brazilian people to justify the traditional concept of amnesty as national reconciliation.

Chile, on the other hand, built a different approach regarding to these themes. The Chilean judges and courts didn't face the problem of deciding the validity of the Amnesty Decree on constitutional grounds. That didn't happen because the Decree and the 1980 Constitution were produced by the same regime, with similar purposes.

One interesting feature in the Chilean case is the persistence of the Constitution. As we tried to demonstrate, it was enacted during the authoritarian rule, but with explicit foundational purposes. And, in a certain way, this foundation has survived

until the present. In 2014, i.e. 24 years after re-democratization, the authoritarian Constitution is still on the books. Is it possible that Pinochet's regime had accomplished its task? The present-day Chile is indebted to the 1980 Constitution as a foundational document?

The disputes around rights, transition, and responsibility are, therefore, far from over. Dealing with concepts like constitution and amnesty, Brazil and Chile have been establishing and renewing the connection between past and future.

In Chile, there was foundation without revolution (or even against revolution, as we could see). The authoritarian regime, originated in a context of exception, intended to create a "protected democracy" and institutionalized it with the 1980 Constitution. So the transformation of the meaning of amnesty didn't represent a real challenge posed to the constitutional framework, which remained intact.

In Brazil there was a constant use, by the authoritarian regime, of the idea of revolution, with appeal to belligerent metaphors. This rhetoric, as we could point out, was embraced and adopted by Supreme Court in a crucial ruling. A special relevance was attributed to the "commitment", the "compromise" which ended the "state of belligerency" and brought national reconciliation. Amnesty is an inseparable part of this construction, so the validity of the 1979 Amnesty Law was reaffirmed. The political transition, in the Brazilian experience, was therefore foundational.

In both countries, judges and courts will continue to deal with the legacy of the past. As observed by Yan Thomas, «The question is not: 'what are the time effects?', but 'which effects we'll decide to ascribe to time?'»⁵⁵.

Documents and sources

- BRASIL. Assembleia Constituinte do Império do Brasil (1823). *Annaes do Parlamento Brasileiro – Assembléa Constituinte*. Rio de Janeiro, Typographia do Imperial Instituto Artístico, 1874.
- BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte (1934). *Annaes da Assembléa Nacional Constituinte*. Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1937.
- BRASIL. Constituições do Brasil: de 1824, 1891, 1934, 1937, 1946 e 1967 e suas alterações. Brasília: Senado Federal (Subsecretaria de Edições Técnicas), 1986.
- BRASIL. Emenda Constitucional nº 26, de 27 de novembro de 1985. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 28 nov. 1985, Seção 1, p. 17.422.
- BRASIL. Lei nº 6.683, de 28 de agosto de 1979. *Diário Oficial da União*, 28 ago. 1979, Seção 1, p. 12.265.
- BRASIL. Lei nº 12.998, de 18 de junho de 2014. *Diário Oficial da União*, 20.6.2014, retificado em 25.6.2014 e em 08.07.2014.
- BRASIL. Poder Executivo. Ato Institucional de 9 de abril de 1964. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 9 abr. 1964, Seção 1, p. 3.193.
- BRASIL. Poder Executivo. Ato Institucional nº 2, de 27 de outubro de 1965. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 27 out. 1965, Seção 1, p. 11.017. Retificação publicada no *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 28 out. 1965, Seção 1, p. 11.353.
- BRASIL. Poder Executivo. Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 13 dez. 1968, Seção 1, p. 10.801.
- BRASIL. Câmara dos Deputados. Proposta de Emenda Constitucional nº 5/1983. *Diário do Congresso Nacional* de 19.04.1983, p. 468.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 153/DF. Arguinte: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB. Requerido: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Min. Eros Grau. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, DF, 6 ago. 2010.
- CHILE. Constitución Política de la República de Chile – texto refundido, coordinado y sistematizado. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. Versión de 3 de mayo de 2014. Disponible en: <<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=242302>> (October 2015).
- CHILE. Actas Oficiales de la Comisión Constituyente. 11 tomos. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. Disponible en: <http://www.leychile.cl/Consulta/antecedentes_const_1980> (October 2015).
- CHILE. Decreto Ley Número 2.191, de 18 de abril de 1978. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. Disponible en: <<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=6849>> (October 2015).
- REINO UNIDO DE PORTUGAL, BRAZIL E ALGARVES. Decreto das Cortes Geraes Extraordinarias e Constituintes da Nação Portuguesa. Correio Braziliense ou Armazém Literário. Londres, R. Greenlaw editor, pp. 206–208.

¹ I thank Rebecca Scott, Mark Osiel, Leonardo Barbosa, Marcelo Torelly, Airton Seelaender, Andrei Koerner, Massimo Meccarelli, Luigi Lacchè, Raphael Peixoto, Claudia Paiva Carvalho, Fernando Honorato, Laila Galvão, and Maria Pia Guerra, for suggestions and discussion.

² For the Brazilian case, please see S. Monclair, *Um processo de longo prazo*, in B. Dantas et al. (eds.),

Constituição de 1988: o Brasil vinte anos depois, Brasília, Cegraf (Senado Federal), 2008, for the Chilean transition, see A. Corvalán, *La democracia chilena: perfecta o en crisis?*, in I. Lapsky et al. (eds.), *Instituições sul-americanas no tempo presente: caminhos da integração*. Rio de Janeiro, Mauad X, 2013, p. 97.

³ There is no available official numbers on the Truth Commis-

sions. The major part of these commissions is still working. This number of 100 commissions was reached in a research made in October 2013 by the author with the precious help of Rodrigo Lentz, an assistant attorney at the Brazilian Amnesty Commission (Ministry of Justice).

⁴ See Brazil, Federal Law no. 12,998.

⁵ *Revisão da lei de anistia: sem sub-*

- stância, in «O Globo», 13th October 2014. Available at: <<http://oglobo.globo.com/opiniao/sem-substancia-14210623>> (October 2015).
- ⁶ See the transcription of the speech in the Chilean Presidency official website: <<http://www.prensapresidencia.cl/discursos.aspx?codigo=9749>> (October 2015). Emphasis added.
- ⁷ In the original: *Bachelet habló de todo en la ONU y aseguró que no pretende refundar el país*, in «La Nación», 24th September 2014. Available at: <<http://www.lanacion.cl/noticias/pais/rree/bachelet-hablo-de-todo-en-la-onu-y-aseguro-que-no-pretende-refundar-el-pais/2014-09-24/145211.html#>> (October 2015).
- ⁸ The “Contralor General” is the Chief of the “Contraloría General de la República”. This institution is ancient in Chile, dating from the 1925 Constitution. But in the 1980 Constitution, enacted by the military and still on the books, it has received important powers. Among its functions are: control the acts of the Executive Power, and control the spending of funds in National and Local levels (including the investments made and accounts presented by political authorities). See Political Constitution of the Republic of Chile, Article 98.
- ⁹ *Contralor Mendoza ridiculiza las reformas de Bachelet*, in «La Nación», 1st October 2014. Available at: <<http://www.lanacion.cl/noticias/pais/nacional/contralor-mendoza-ridiculiza-las-reformas-de-bachelet/2014-10-01/154806.html>> (October 2015).
- ¹⁰ *Gobierno reafirma que debate sobre nueva constitución queda para el 2015*, in «La Nación», 25th September 2014. Available at: <<http://www.lanacion.cl/noticias/pais/politica/gobierno-reafirma-que-debate-sobre-nueva-constitucion-queda-para-el-2015/2014-09-25/131910.html>> (October 2015).
- ¹¹ The Act was issued in 9th April 1964.
- ¹² See Acts 1, 2, and 5 and 1967 Brazilian Constitution. See also C. Paixão, *Direito, política, autoritarismo e democracia no Brasil: da Revolução de 30 à promulgação da Constituição da República de 1988*, in «Araucaria. Revista Iberoamericana de Filosofia, Política y Humanidades», Sevilla, 13/26, Segundo semestre de 2011, pp. 146-169.; Id., *Autonomia, democracia e poder constituinte: disputas conceituais na experiência constitucional brasileira (1964-2014)*, in «Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno», n. 43, 2014, pp. 415-458; L. Barbosa, *História constitucional brasileira: mudança constitucional, autoritarismo e democracia no Brasil pós-1964*, Brasília, Câmara dos Deputados, 2012.
- ¹³ Act no. 2 (preamble).
- ¹⁴ Acts no. 1 (Article 10), 2 (Article 19, I) and 5 (Article 11) contained clauses that forbade judicial review on the content of the Acts, which was extensive to complementary acts.
- ¹⁵ Act no. 5 (preamble).
- ¹⁶ Amendment Proposal N° 5/1983, proceedings available at: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=18035&p_sort=DESC&p_sort2=A&p_a=0&cmd=sort> (October 2015). See also M.H.M. Alves, *Estado e Oposição no Brasil: 1964-1984*. Bauru, Edusc, 2005, p. 374.
- ¹⁷ For the first five constitutions, see Brasil (1986). The 1988 Constitution is available at: <http://www.senado.leg.br/legislacao/const/con1988/CON1988_05.08.2014/CON1988.shtm> (including all 83 Constitutional Amendments, the last one enacted in 5th August 2014). For an English version of the 1988 Brazilian Constitution (up to Constitutional Amendment no. 64/2010), see <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao1988.html> (October 2015).
- ¹⁸ There is a huge literature on this topic. We could remind here the contributions of Barbosa, *História constitucional brasileira: mudança constitucional, autoritarismo e democracia no Brasil pós-1964*, cit., and S. Monclair, *As grandes características do último processo constituinte brasileiro*, in «Revista de Informação Legislativa», Brasília, n. 45/179, julho-setembro, 2008.
- ¹⁹ Federal Law no. 6.683/79, Article 1.
- ²⁰ These intellectuals were involved with a monthly magazine («Revista da Civilização Brasileira») which was published in Rio de Janeiro and was very popular at that time. Leonardo Barbosa quotes from an article written by José Geraldo Sousa Junior and Nair Heloisa Bicalho de Sousa (cfr. Barbosa, *História constitucional brasileira: mudança constitucional, autoritarismo e democracia no Brasil pós-1964*, cit., p. 174).
- ²¹ The classical – and still used – reference to this process is H.A. Greco, *Dimensões fundacionais da luta pela anistia*. Tese (Doutorado em História). Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas da Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2003; See also C.S. Rodeghero, *Pela “pacificação da família brasileira”: uma breve comparação entre as anistias de 1945 e de 1979*, in «Revista Brasileira de História», São Paulo, n. 34/67, 2014, pp. 67-88.
- ²² See J.C.M. Silva Filho, *O Julgamento da ADPF 153 pelo Supremo Tribunal Federal e a Inacabada Transição Democrática Brasileira*, in W. Ramos Filho (org.), *Trabalho e Regulação – as lutas sociais e as condições materiais da democracia*, Belo Horizonte, Fórum, 2012, pp. 129-177.
- ²³ Constitutional Amendment no. 26/85, Article 4.
- ²⁴ Brazilian Constitution (1988), Article 5, XLIII.
- ²⁵ Brazilian Constitution (1988), Temporary Constitutional Provi-

- sions Act, Article 8.
- ²⁶ Brazilian Constitution (1988), Temporary Constitutional Provisions Act, Article 8, Paragraphs 1 to 5. This program was completed with Federal Law no. 10,528/2002, which created the Amnesty Commission. Up to October 2014, the Commission had received more than 70.000 claims for reparation (economic compensation, return to public office, possibility of finishing university degrees and so on).
- ²⁷ For an accurate account of this process, see P. Abrão, M. Torelly, *Resistance to Change – Brazil’s Persistent Amnesty and its Alternatives for Truth and Justice*, in F. Lessa, L. Payne (eds.), *Amnesty in the Age of Human Rights Accountability – comparative and international perspectives*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, pp. 152–181.
- ²⁸ Clearly amnesty wasn’t simply invented at this time. There was a strong tradition, renewed in the beginning of 19th Century, of granting amnesty after internal and external conflicts, emphasizing the necessity of oblivion. The examples often cited are: the restoration of Athenian democracy after tyranny, in 403 b.C., the Edict of Nantes issued by Henry IV in 1598, the Westphalian Peace in 1648 and the *Charte Constitutionnelle* signed by Louis XVIII in France after the restoration of monarchy (1814). For these historical events, see P. Ricoeur, *Memory, History, Forgetting*, tr. by K. Blamey, D. Pellauer, Chicago-London, The University of Chicago Press, 2004, pp. 452–456, and H. Weinrich, *Lethé: the Art and Critique of Forgetting*, tr. by S. Rendall, Ithaca, Cornell University Press, 2004, p. 172.
- ²⁹ A.M. Schneider, *Amnesties in Brazil, 1895–1985*, PhD Dissertation, University of Chicago, Department of History, December 2008, pp. 15–16.
- ³⁰ See *Decreto das Cortes Geraes Extraordinarias e Constituintes da Nação Portuguesa*, from 9th February 1821.
- ³¹ See the discussions held in the sessions of 5th, 9th, 21st and 22nd May 1823 (first volume of the records, pp. 21–22, 40–43, 81–90, and 93–100).
- ³² Brazilian Constitution (1934), Temporary Constitutional Provisions, Article 19.
- ³³ Discussion held in the session of 29th May 1934 (volume 22 of the records, pp. 273–282, esp. p. 279).
- ³⁴ Discussion held in the session of 7th September 1946 (volume 22 of the records, pp. 300–326, quotations from pp. 302 and 320).
- ³⁵ See, on this point, Rodeghero, *Pela “pacificação da família brasileira”: uma breve comparação entre as anistias de 1945 e de 1979*, cit., pp. 67–88, and Schneider, *Amnesties in Brazil, 1895–1985*, cit.
- ³⁶ J.S. Valenzuela, *La Constitución de 1980 y el Inicio de la Redemocratización en Chile*, Working Paper #242, The Helen Kellogg Institute for International Studies, September 1997, p. 4. See also Corvalán, *La democracia chilena: perfecta o en crisis?*, cit., pp. 103–104.
- ³⁷ J. Couso, *Trying Democracy in the Shadow of an Authoritarian Legality: Chile’s Transition to Democracy and Pinochet’s Constitution of 1980*, in «Wisconsin International Law Review», n. 29, 2012, 2, p. 410.
- ³⁸ Ortúzar Commission Records, session held in 15th January 1974, vol. I, p. 266.
- ³⁹ Ortúzar Commission Records, vol. I, pp. 265–269.
- ⁴⁰ Ortúzar Commission Records, session held in 25th July 1974, vol. II, pp. 87–88.
- ⁴¹ See Corvalán, *La democracia chilena: perfecta o en crisis?*, cit., pp. 107–108, and Couso, *Trying Democracy in the Shadow of an Authoritarian Legality: Chile’s Transition to Democracy and Pinochet’s Constitution of 1980*, cit., pp. 396–397.
- ⁴² Ortúzar Commission Records, session held in 3rd May 1978, vol. X, p. 909.
- ⁴³ Couso, *Trying Democracy in the Shadow of an Authoritarian Legality: Chile’s Transition to Democracy and Pinochet’s Constitution of 1980*, cit., p. 411.
- ⁴⁴ See Valenzuela, *La Constitución de 1980 y el Inicio de la Redemocratización en Chile*, cit., p. 4.
- ⁴⁵ See C. Correa, *El Decreto Ley de Amnistía: orígenes, aplicación y debate sobre su validez*, in P. Veloso (ed.), *Justicia, Derechos Humanos y el Decreto Ley de Amnistía*, Santiago, PNUD, 2008, pp. 13–17.
- ⁴⁶ Decree no. 2,191/1978.
- ⁴⁷ The action will be referred to henceforth as ADPF 153. The analysis here will focus exclusively on the amnesty. Other important points raised by the case were discussed in C. Paixão, *The protection of rights in the Brazilian transition: amnesty law, violations of human rights and constitutional form*, in «Forum historiae iuris», Max Planck Institute for European Legal History, 2014.
- ⁴⁸ ADPF 153, Justice Grau opinion, pp. 12–46.
- ⁴⁹ ADPF 153, Justice Mendes concurring opinion, p. 237 (emphasis in original).
- ⁵⁰ ADPF 153, Justice Grau opinion, p. 30.
- ⁵¹ ADPF 153, Justice Mendes concurring opinion, pp. 238–239.
- ⁵² For a good account of this judicial context, see Correa, *El Decreto Ley de Amnistía: orígenes, aplicación y debate sobre su validez*, cit., pp. 17–68; J.P. Mañalich, *Terror, pena y amnistía*, Santiago, Flandes Indiano, 2010, pp. 157–204 and Id., *A anistia: o terror e a graça – aporias da Justiça Transicional no Chile pós-ditatorial*, in «Revista Anistia Política e Justiça de Transição», Brasília, n. 4, 2011, pp. 56–76, and H. Gutiérrez, *Análisis de la jurisprudencia nacional sobre amnistía: casos relevantes y estado actual*, in Veloso (ed.), *Justicia, Derechos Humanos y el Decreto Ley de Amnistía*, cit., pp. 119–124.
- ⁵³ *Término de la Ley de Amnistía: senadores comienzan ronda de audiencias*, in «Boletín N° 4162–07,

Senado de Chile – Departamento de Prensa», 30th September 2014. Available at: <http://www.senado.cl/termino-de-la-ley-de-amnistia-senadores-comienzan-ron-da-de-audiencias/prontus_senado/2014-09-30/112001.html> (October 2015).

- ⁵⁴ F. Hartog, *Croire en l'histoire*, Paris, Flammarion, 2013, p. 79. In fact, the debates about memory, forgetting, and responsibility which were brought by the political experiences of 20th Century affected deeply the discipline of history, with a growing interest in contemporary studies. See, for that point, F. Hartog, J. Revel, *Note de conjoncture historiographique*, in F. Hartog, J. Revel (eds.), *Les usages politiques du passé*, Paris, Éditions de l'École des Hautes Études en Sciences Sociales, 2001, pp. 13-24, and H. Rousso, *La dernière catastrophe – l'histoire, le présent, le contemporain*, Paris, Flammarion, 2012, pp. 190-245.
- ⁵⁵ Y. Thomas, *Les opérations du droit*, Paris, Gallimard/Le Seuil, 2011, p. 269.

Historical facts and constitutional adjudication: the case of the Australian constitutional preamble

ELISA ARCIONI

Introduction

Judges in the High Court of Australia often refer to constitutional history in the course of their judgments interpreting the Australian Constitution. The judges' use of history invites discussion in terms of originalism. This article addresses a different aspect of history and constitutional adjudication – the acceptance of particular constitutional text by courts as a reference to historical fact and the consequences of such acceptance.

In this article I argue that the High Court of Australia has treated the references to “the people” in the Australian constitutional preamble and covering clause 3 as references to historical fact – the fact of “the people” in the Australian colonies voting to approve the draft Constitution Bill. The Court's use of that history illuminates the constitutional identity of the Australian people – as constitutive and with a new identity under the Constitution. However, the preamble also contains a redundant

reference to history – the identity of the monarch to whom allegiance is owed by Australians.

This article is thus a contribution to the developing international scholarship regarding constitutional identity. Constitutional identity can be understood in many ways. In this article I focus on the constitutional identity of “the people” under the Australian Constitution. The Australian Constitution lacks any reference to Australian “citizenship” and I avoid that term because it is merely a statutory category in Australia, rather than a constitutional one. Instead, I focus on the phrase “the people” as it is the best term to capture the constitutional community of Australia. That community is the group of people recognised as members under the Australian Constitution. I focus on the judicial references to the colonial peoples who came together to form the Australian Commonwealth to ascertain what that case law reveals as to the identity of the Australian “people”.

I interpret the identity of “the people” by drawing on case law across the history of the High Court. Scholars have distinguished various ‘eras’ of the Court in relation to its constitutional jurisprudence. Despite the changes in approach of the Court over time, members of the Court have given consistent indications regarding the identity of the colonial peoples. I follow those references in this article.

1. *The Australian context*

The Constitution came into force on 1st January 1901. It is in the form of a statute, passed by the Imperial Parliament in the United Kingdom, but it was drafted by Australians and approved by Australians at referenda¹. The Australian Constitution draws inspiration from the United Kingdom, the United States of America and other federal systems. It establishes a federal system of States and the Commonwealth, with legislative power given to both. The States were formerly British colonies, and in general terms they retain their identity and powers as existed prior to the Constitution.

There are also a number of Australian Territories. Some of them were former British colonies, while others have been created since the enactment of the Constitution. The Commonwealth of Australia is a new entity created by the Constitution, which is given superiority in that its valid legislation overrides that of the States. The Commonwealth is also superior to the States because it has the financial advantage by being in control of the bulk of public revenue from income taxation since 1942.

The Constitution identifies legislative, executive and judicial power at the national level. The Parliament is created with two Houses – the House of Representatives and the Senate, and is to operate in a system of representative government. The Constitution imposes some limits on the powers of the States and the Commonwealth and includes a method for changing the text of the Constitution. The words can only be changed by a process involving both the Federal Parliament and the electors, whereby the Parliament must pass a Bill with the proposed changes and then a majority of electors plus a majority of electors in a majority of the six States must approve the proposed changes through referendum. This has been done on only 8 occasions since 1901, despite 44 attempts to change the text.

The meaning of the words, whether original or inserted or amended by referendum, is determined by the High Court of Australia: an institution created by the Constitution. That Court is the ultimate court of appeal in the Australian judicial hierarchy. The Court has the power of judicial review, which necessarily involves constitutional interpretation.

The Constitution is silent as to the method of interpretation to be adopted by the Court. A diversity of approaches in theory and practice has been considered in the Australian literature on this topic. The Court itself has eschewed the adoption of one «all-embracing theory of constitutional interpretation»². Instead, the Court adopts a «traditional common law constitutional method»³ which includes, amongst other things, consideration of the text and structure of the Constitution, previous authorities and history.

For many decades, the High Court's position was to not allow direct reference to the drafting debates of the Constitution in the course of interpreting the Constitution, despite referring to other historical materials. In 1988, the Court changed its approach and confirmed that the drafting history could be used to determine «the public meaning of the Constitution's provisions»⁴.

The Court has used this rule in relation to the drafting debates, as well as to legislative detail or common law principles existing at federation, to assist the Court in its task of constitutional interpretation. The Court also uses historical developments in law and politics post-federation to determine the meaning of the Constitution's words. In this article, I address how the preamble to the Australian Constitution, together with covering clause 3, provides a study into the use of constitutional text as a reference to historical fact and the consequences that follow.

2. *The relevant text*

The Commonwealth of Australian Constitution Act begins with a preamble which states:

Whereas the people of New South Wales, Victoria, South Australia, Queensland; and Tasmania, humbly relying on the blessing of the Almighty God, have agreed to unite in one indissoluble Federal Commonwealth under the Crown of the United Kingdom of Great Britain and Ireland, and under the Constitution hereby established:

And whereas it is expedient to provide for the admission into the Commonwealth of other Australasian Colonies and possessions of the Queen:

Be it therefore enacted by the Queen's most Excellent Majesty, by and with the advice and consent of the Lords Spiritual and Temporal, and Commons, in this present Parliament assembled, and by the authority of the same, as follows [...]

Eight covering clauses follow after the preamble. The third states that the Queen may declare (emphasis added):

by proclamation that [...] the people of New South Wales, Victoria, South Australia, Queensland, and Tasmania *and also, if Her Majesty is satisfied that the people of Western Australia had agreed thereto, of Western Australia*, shall be united in a Federal Commonwealth under the name of the Commonwealth of Australia.

The Constitution itself is contained in s 9 of the Act. The location of the references to the colonial peoples, outside the body of the Constitution, affects how Justices use those references in the course of their reasoning. Rather than being the source of doctrinal rules, or controlling the meaning of sections of the Constitution, that text has a role to play through its use as amongst the contextual considerations in a line of reasoning. The Court has accepted that text as referring to historical fact, in keeping with orthodox statutory interpretation approaches to preambles and with the use of constitutional preambles in other countries⁵. The way in which Justices refer to that fact in their reasoning provides some guidance as to the identity of the colonial peoples. The identity of "the people" evident in the case law emerges as that of the historically constitutive people who became people of the States and of the new federal Commonwealth.

My focus in this article is to address the existing case law regarding the references to "the people" in covering clause 3 and in the original constitutional preamble which,

for now, remains the only preamble to the Constitution. Therefore, I do not address the proposals to change the preamble in the course of Australia becoming a republic or recognising Aboriginal and Torres Strait Islander peoples in the Constitution.

3. *The historical agreement of 'the people'*

The references to "the people" in the preamble and covering clause 3 were identified by commentators, as early as 1901, as being recitals of historical fact⁶. The High Court has also treated those references to the agreement of "the people" as references to history. In 1904, in addressing the appropriate method of constitutional interpretation, O'Connor J stated that the Constitution «embodies the compact by which the people of the several colonies of Australia agreed to enter into an indissoluble union»⁷. In 1906, Griffith CJ stated that the circumstances of the making of the Constitution were relevant in interpreting the text. Amongst those circumstances was that «the Constitution as framed was to be, and was, submitted to the votes of the electors of the States (sic)»⁸. The next year, the Court referred to the preamble as indicating that the Constitution was «an international agreement made between the people of the several self-governing Australian Colonies, and also between the people of those Colonies collectively and the United Kingdom»⁹. That agreement was seen in the text of the Constitution, which «expressly declares that the Constitution has been framed and agreed to by the people of the Colonies mentioned»¹⁰.

The approach of the Court, treating references to the people's agreement as being references of historical fact, has continued since these early cases. In 1920 the Court stated:

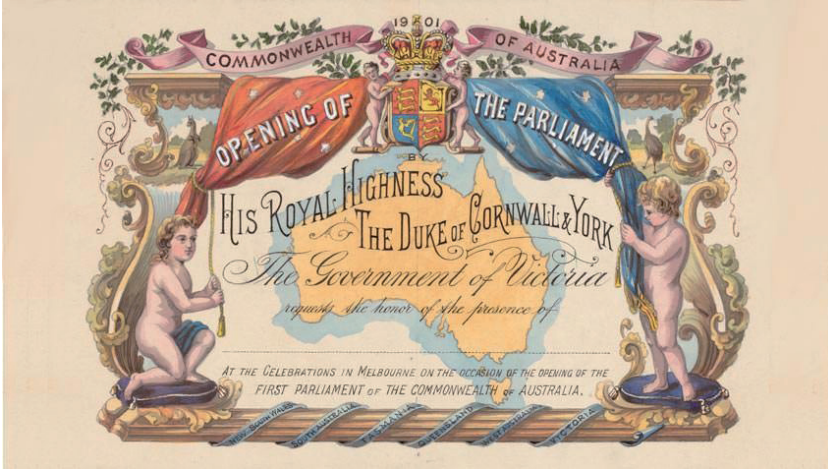
The Constitution was established by the Imperial Act [...]. The Act recited the agreement of the people of the various colonies, as they then were, "to unite in one indissoluble Federal Commonwealth under the Crown of the United Kingdom of Great Britain and Ireland, and under the Constitution hereby established"¹¹.

Justices since that time have done the same¹². As recently as 1998, Hayne J referred to the history of Australia and its emergence as an independent nation, with one event of particular importance being: «the people of the colonies agreeing "to unite in one indissoluble Federal Commonwealth under the Crown of the United Kingdom of Great Britain and Ireland, and under the Constitution"»¹³.

I now turn to outline the constitution-making process in order to provide the necessary contextual detail to explore those judicial references to the colonial peoples. As we will see, the role of "the people" was significant.

4. *The Constitution-making process*

From the time of the establishment of the separate Australian colonies in the early 1800s, there was discussion of bringing them together in some federal form. By the 1880s, federation had become a serious proposition. The final push for federation depended on the formal involvement of "the people". A Constitution Bill had been



Invitation to the opening of the first Parliament of the Australian Commonwealth, 1901

drafted in 1891, but it failed to gain sufficient political support in the colonies. The second, successful, attempt occurred after each colony had agreed to give “the people” a say in the constitution-making process. I focus on that second attempt here.

After the colonies did not proceed with the 1891 draft Constitution, and following a series of popular gatherings to reinvigorate the federation process, “the people” were given formal involvement in the constitution-making process. Each of the colonies passed legislation to enshrine a requirement that “the people” of the colonies would vote on any Constitution Bill drafted by a later Convention.

The drafting proceeded by a number of steps. Delegates were elected from New South Wales, Victoria, Tasmania and South Australia. Western Australian delegates were elected by the West Australian Parliament, not directly by “the people”. Queensland was not represented. The delegates met as the Australasian Federal Con-

vention. The Convention first met in Adelaide in 1897, where a draft Constitution was prepared. As required by the Enabling Acts passed in the colonies, the draft was then sent to the colonial Parliaments for consideration. The Convention then reconvened in Sydney, to continue discussion and address amendments proposed by the colonial Parliaments¹⁴. A third session was held in Melbourne in 1898, which ended with a draft Constitution Bill.

The preamble of the first draft presented to the 1897-98 Convention replaced the 1891 reference to colonies with a reference to the people of those colonies. Covering clause 3 was similarly amended. The references to “the people” in the preamble and covering clause 3 were matched by “the people” exercising greater political power in the text of the Constitution. Unlike the earlier draft Constitution, “the people” were to directly choose senators, and have a direct involvement in constitutional referenda¹⁵. The provisions with respect to

the choosing of the members of the House of Representatives always included direct election by “the people”. Commentators and scholars, at the time of federation and later, have emphasised the significance of the changes in the text between the 1891 and 1897 draft constitutions, as being: «a notable intrusion of provisions for more democratic participation in the electoral and political processes of the federation»¹⁶.

Once the draft Bill was adopted in Melbourne, it was then put to “the people” for acceptance or rejection through referenda in five of the colonies. Despite majorities being recorded in favour of acceptance of the Bill in each of those colonies, the majority in NSW was not sufficient to satisfy the super-majority in the NSW Enabling legislation, of a minimum of 80,000 votes. The Premiers of the colonies met in 1899 to discuss amendments which would make the Constitution Bill more acceptable to NSW¹⁷. The amended Bill was then put to further referenda.

The Bill was passed by the United Kingdom Parliament and the Queen gave her assent on 9 July 1900. Western Australia had still not held a referendum to adopt the Bill, so “the people” of Western Australia were absent from the preamble. Western Australia finally held a successful referendum on 31 July 1900¹⁸. The Bill had therefore been agreed to by “the people” of all the Australian colonies. On 17 September 1900, the Queen proclaimed that 1st January 1901 would be the date of the establishment of the Commonwealth¹⁹.

The long process of federation ended with a document which, in its preamble and covering clause 3, recorded the historical agreement of the colonial peoples to unite to form an indissoluble federal

Commonwealth. The people’s agreement was recorded by the choice of the electors in each colony voting in referenda to adopt the Constitution Bill. The extensive involvement of “the people” and the long, protracted process through which the people’s agreement was finally obtained, have been noted both in the High Court and in the Privy Council²⁰.

As noted above, the Court has treated the preamble and covering clause 3 as references to historical fact – the fact of the people’s agreement to the Constitution in the process outlined above. The judicial discussion relevant to the peoples of the colonies illuminates both the pre-federation identity of those peoples, as well as their post-federation identity. I begin with the former, which can be summarised as “the people” being the historically constitutive peoples.

5. *The constitutive peoples*

Justices of the High Court have emphasised the popular process of constitution-making, whereby the colonial communities acted through their electors to approve the draft Constitution and thereby agreed to unite in the federal Commonwealth. These references to the participatory role of the peoples of the colonies can be read as indicating the historically constitutive identity of the peoples of the colonies.

The peoples of the colonies are understood by the Court as distinct, separate and self-governing communities, who are represented by electors in the constitution-making process. Members of the Court have referred to the colonies and

the peoples of the colonies as self-governing communities. Self-government in this context refers to the fact that each colony had a Parliament with power to establish a judiciary, to administer the relevant colony and had power over its own constitution, powers and procedures²¹. Those powers were limited by Imperial legislation, as each colony was a colony within the British Empire²².

Within the limits of Empire, each colony had their own Parliament, elected by "the people", acting through electors. The peoples of the colonies were therefore separate bodies politic prior to federation. The collective identity and independence of the people of each colony from one another has been accepted by the Court²³.

The Court has referred to the compact or agreement of those peoples or their colonies in forming the federal Commonwealth. One example of note is when the Court emphasised the Constitution as a «political compact of the whole of the people of Australia»²⁴ in the course of setting out the «duty» of the Court to give effect to the Constitution «according to its own terms, finding the interpretation from the words of the compact, and upholding it throughout precisely as framed»²⁵. Individual Justices have also noted the compact²⁶.

Those self-governing peoples are recognised by individual Justices as the constitutive people through their participation in the constitution-making process, primarily through the electors voting to adopt the draft Constitution. For example, in 1983 Deane J stated: «The Constitution of Australia was established not pursuant to any compact between the Australian Colonies but, as the preamble of the Constitution emphatically declares, pursuant to the agreement of "the

people" of those Colonies»²⁷. Much earlier comments by members of the Court have emphasised the involvement of the electors in the making of the Constitution²⁸.

The representation of the colonial peoples by electors in the colonies provides an indication of the demotic character of "the people". The preamble and covering clause 3 refer to the agreement of "the people". However, Justices have recognised that the people's agreement was recorded by a vote of the electors in each colony: «the Constitution as framed was to be, and was, submitted to the votes of the electors»²⁹.

While many judicial references to the colonial peoples have emphasised those peoples' involvement in making the Constitution and therefore their constitutive character, the same Justices have also accepted the legal authority of the Imperial Parliament in passing the Constitution Act. The dual character of the Constitution – as an Act of Parliament and an agreement of "the people" – is recognised in early High Court cases³⁰, consistent with federation-era commentators³¹.

The colonial peoples exercised political constitutive power through electors, by being involved in the constitution-making process, but 'the people' were not the only relevant political actors. That is, their political constitutive power was shared with the Imperial Parliament who exercised formal legal authority. This is seen in 1920 where the Court noted that the Constitution «was established by the Imperial Act», but that the Act «recited the agreement of the people of the various colonies, as they then were»³², and the Constitution was a «compact» of the Australian people³³.

Some Justices, mostly in recent decades, emphasise "the people" as the central po-

litical agent over the Imperial Parliament as the pure source of legal authority. For example, McHugh J in 1996 used the fact that «the people have agreed to be governed by a constitution enacted by a British statute» to justify his adoption of «the ordinary techniques of statutory interpretation» to determine the meaning of the Constitution³⁴. By contrast, Dawson J has emphasised the authority of the Imperial Parliament³⁵. Justice Dawson's approach can be seen as a reaction to the suggestion of popular sovereignty, raised in the reasoning of Mason J in the same case³⁶. The debate between Dawson J and Mason J leads to a consideration of whether "the people" became the source of legal authority for the Constitution following Australian independence from the UK and the cessation of any ongoing legal authority of the Imperial Parliament.

6. *Later independence, expanding the authority of "the people"?*

The newly formed Commonwealth of Australia was not legally independent of the United Kingdom. The Constitution was created by the Imperial Parliament, exercising paramount force over the Australian colonies³⁷. Through federation, the Imperial Parliament retained legislative power over both the Commonwealth and the States. Judicial power could be exercised over the new nation through the jurisdiction of the Privy Council in some cases³⁸, and the executive power of the States was exercised on the advice of British Ministers. Some of the legal ties between the United Kingdom and Australia were broken with the passage of the *Statute of Westminster Adoption Act*

1942 (Cth), but it was not until the *Australia Acts* in 1986 that the final ties were severed. Australia at that date became legally and politically independent and the United Kingdom became a "foreign power"³⁹.

Following the cessation of any British power over Australia, some Justices observed a re-alignment of sovereignty away from Britain and towards the Australian constitutional people. That is, as a consequence of independence, some discussed whether sovereignty now rests with the Australian people. This shift in identifying the source of sovereignty has been attributed to Mason CJ. In 1992 Mason CJ stated «[T]he *Australia Act* 1986 (UK) marked the end of the legal sovereignty of the Imperial Parliament and recognized that ultimate sovereignty resided in the Australian people»⁴⁰.

Since that time, members of the Court have noted the historical authority of the Imperial Parliament⁴¹. However, the case law leaves open the question of whether "the people" have filled any lacuna in authority given the cessation of that Parliament's authority over any part of the Commonwealth. To the extent that the reasoning of the Justices indicates that "the people" may provide an alternative source of authority, there is lack of clarity over which people are the relevant people – the historically constitutive colonial peoples, the subject of this article, or the ongoing demotic people – the federal electors under the Constitution whose choose their members of federal Parliament and vote in constitutional referenda⁴².

Overall, there is relatively little emphasis in the case law on issues of sovereignty and no clear majority position clarifying whether *legal* sovereignty has now passed

to “the people”. References to sovereignty go no further than to direct attention to the *political* roles played by “the people” as electors, supporting an argument that “the people” today, as in the past, exercise some political constitutive authority.

The High Court Justices, through their many and varied references to the peoples of the colonies, have indicated that those peoples are the historically constitutive peoples. The colonial peoples agreed to the draft Constitution through electors in each colony voting in referenda. In the next section I consider how the judicial references to the colonial peoples in the preamble and covering clause 3 provide guidance as to the post-federation identity of “the people”.

7. *Transformation and continuity*

Once the Commonwealth was created, “the people” then took on a series of identities. The judicial references to the colonial peoples and their agreement indicate both transformation and continuity of identity.

The Constitution created a federal Commonwealth and in doing so, “the people” under the Constitution became the “people of the Commonwealth”. That “people” is made up of a series of overlapping and intersecting categories of persons⁴³. Here I argue that the peoples of the colonies were transformed into a new, national, people, although the Justices do not always cite covering clause 3 to ensure explicit inclusion of the people of Western Australia. As I discuss below, the new national identity coexisted with a continuity of identity as distinct communities within the federation.

In an early case concerning the extent of the Commonwealth’s legislative power, O’Connor J in 1908 noted that «in respect of the exercise of Commonwealth powers all State boundaries disappear and there is but one community, the people of the Commonwealth»⁴⁴. The new national identity of “the people” has also been referred to in much more recent cases. Justice Brennan, in 1988 provided the clearest exposition of the national identity of the peoples of the colonies:

The Constitution summoned the Australian nation into existence, thereby conferring a new identity on the people who agreed to unite ‘in one indissoluble Federal Commonwealth’, melding their history, embracing their cultures, synthesizing their aspirations and their destinies⁴⁵.

Several Justices have affirmed that the peoples of the colonies took on a new identity as the people of the Commonwealth. Justice McHugh, in his last case on the Court, stated: «Throughout the Constitution, there is frequent reference to “the people” of the Commonwealth»⁴⁶. He cited the peoples of the colonies in the preamble. Other Justices have referred to the peoples of the colonies as «the people of Australia»⁴⁷ or of «the Commonwealth»⁴⁸. Justice Kirby stated that the «new nation was brought into existence by the will of the *people* in the several colonies»⁴⁹. Justice Deane referred to the historical agreement as «the compact made between the people of this country»⁵⁰.

While it is only post-1986 that Australia has been formally and fully independent of the UK, the Court as early as 1907 has recognised that the colonial peoples in the preamble were the “people of the Commonwealth” who formed a federal nation from the time of federation, separate from the United Kingdom⁵¹.

The peoples of the colonies were constitutive of the new nation. Their part in agreeing to the Constitution meant that, for the Court, the interpretation of the Constitution was not confined to simply looking at the Imperial Act. The history of the making of the Constitution was relevant:

If it is suggested that the Constitution is to be construed merely by the aid of a dictionary, as by an astral intelligence, and as a mere decree of the Imperial Parliament without reference to history, we answer that that argument, if relevant, is negated by the preamble to the Act itself, which has been already quoted. That is to say, the Imperial legislature expressly declares that the Constitution has been framed and agreed to by the people of the Colonies mentioned, who [...] had practically unlimited powers of self-government through their legislatures. How, then, can the facts known by all to have been present to the minds of the parties to the agreement be left out of consideration?⁵²

The preamble and covering clause 3 have been used by some Justices to explain "the people" as the constituent people, who form the new Commonwealth and therefore are the Commonwealth and its component parts⁵³. The separate colonial peoples were united in the federal Commonwealth to become both peoples of States and the "people of the Commonwealth". In 1945, McTiernan J understood "the people" of the preamble as a united people⁵⁴. Similarly, over the following decades, the preambular reference to "the people" was referred to by members of the Court in asserting the unity of the people⁵⁵.

These judicial references suggest that the peoples of the colonies, through their agreement to unite in a federal Commonwealth, became a new, national and federal people of the Commonwealth, although the Justices do not always accurately cite cover-

ing clause 3 to ensure the people of Western Australia were expressly included.

The colonies were "continued" as States. The Constitution explicitly maintains the institutions of the colonies as institutions of the States⁵⁶. The "continuation" of the colonies as States has been noted by members of the Court. Justice Menzies specifically stated that «[t]he Constitution [...] continues the constitution of the federating colonies as States of the Commonwealth»⁵⁷, referring to s 106 of the Constitution. Chief Justice French has recently affirmed this view, stating that: «[t]he Constitution assumes the continuing existence of the States, their co-existence as independent entities within the Commonwealth, and the functioning of their governments»⁵⁸, referring to the preamble, covering clauses 3, 5, 6 of the Constitution Act and Chapter V of the Constitution. While these references are not directly to "the people", they reinforce that the State "entities" (to use French CJ's term) are the same as the colonial "entities". Upon enactment of the Constitution, the colonial boundaries remained but were redefined as State boundaries; thus the colonies became the States⁵⁹.

The continuation of the colonies as States is consistent with Aroney's analysis of the "federative logic" of the Constitution. Aroney argues that:

A central presupposition of Australian federation was that the several constituent colonies would continue to exist as autonomous states [...] although the several colonies were in a sense transformed into states under the Constitution, they are not said to have been 'constituted' or 'established' thereunder, but rather the Constitution refers to them as 'continuing'⁶⁰.

Members of the Court have gone beyond asserting the continuation of the States and

their institutions, and have conflated “the people” of the colonies with “the people” of the States. The conflation occurs when Justices describe the history of the making of the Constitution⁶¹, and when they directly cite the preamble or covering clause 3 as a reference to the people of the *States*. I interpret such conflation to mean that the peoples of the colonies continued in their pre-federation identity but with a new name.

Justices of the Court have specifically conflated the textual references to the peoples of the colonies in the preamble and covering clause 3 with the peoples of the States. Justice Mc Tiernan has conflated the peoples of the colonies with the peoples of the States when he notes that «the preamble to the Imperial Act [...] declares that “the people” of the States agreed “to unite”»⁶². Chief Justice Barwick has done the same, noting that «[i]n the preamble in covering cl. 5 and in s 24 [the Constitution] speaks of “the people of the States”»⁶³. The reference in the preamble is to the people of the colonies yet these Justices conflated those people with the people of the States within the Commonwealth, albeit overlooking the absence of Western Australia from the list in the preamble. Justice Kirby has similarly noted that «It is the people of the several States who “agreed to unite in one indissoluble Federal Commonwealth”», with a footnote to the preamble⁶⁴. Covering clause 3, with its reference to the people of the colony of Western Australia agreeing to unite with the other colonies, has been used in the same way. That is, Justices have used covering clause 3 as a reference to the people of the *State* of Western Australia⁶⁵.

The “continuation” of the colonies as States, together with the conflation of the

peoples of the colonies with the peoples of the States, suggests that the historical category of the peoples of the colonies has ongoing significance. Specifically, the colonial peoples continued as the peoples of the States, rather than there being a fundamental break in identity at the point of federation.

The six Australian colonies whose people voted to adopt the Constitution Bill were transformed into Original States. However, parts of the territory of New South Wales and a large part of South Australia were then surrendered to the Commonwealth to form federal Territories. A number of other Territories were either acquired by, or granted to, the Commonwealth in accordance with s 122 of the Constitution. Relevant to this article, the case law indicates that the historical category of peoples of the colonies may have an impact on the post-federation status of people in some Territories.

The Court has suggested that the people in the Territories formed from the Original States, which were colonies whose peoples agreed to unite at federation, may be more secure in their membership of the constitutional “people” than people in Territories that were not territorially part of an Original State. The protection arises because of a connection to the historical peoples of the colonies.

In the case of *Re Minister for Immigration and Multicultural and Indigenous Affairs; Ex parte Ame* (2005) 222 CLR 439, the Court heard a challenge to the deprivation of Australian citizenship from people in Papua, effective upon independence of Papua New Guinea. Papua and New Guinea had, until 1975, been Australian Territories, but neither had formed part of the federating colonies. The Court was unanimous in its

decision to reject the challenge in *Ame*. The judgments made a distinction between Papua as an external Territory on the one hand and the internal Territories of the Northern Territory and the Australian Capital Territory on the other. They did so in the context of determining that the Commonwealth could divest itself of Papua⁶⁶, an external Territory, while noting that the Commonwealth could not necessarily do the same to an internal Territory⁶⁷. The joint judgment stated:

The relations that may exist between Australia and the inhabitants of external territories are not necessarily identical with those that apply to the people united in a Federal Commonwealth pursuant to covering cl 3 of the Constitution, the people of the Commonwealth referred to in covering cl 5, or the people referred to in s 24⁶⁸.

Justice Kirby referred to the argument of the applicant that, if deprivation of citizenship were admitted, the Parliament may be able to «deprive all or some Australians born within internal territories of the Commonwealth of their Australian nationality (called citizenship) [... but that] ... the spectre of [this] potential misuse of [s 122] in relation to an internal Territory can be put aside»⁶⁹.

He identified a «clear textual distinction» between different types of Territories within the words of s 122. The difference existed because:

[T]erritories of the first kind [surrendered by a State] are, by definition, within the continental description of Australia as constituted by the former Australasian colonies of the Queen named in the covering clauses [covering clause 3]. It is the people of those colonies whose assent led to the creation of the united federal Commonwealth under the name of the Commonwealth of Australia. By contrast, other possessions of the Crown at the time of Australian federation [including Papua] [...] are to be treated as having a different status⁷⁰.

The approach of the Court in *Ame* is consistent with an earlier reference by Dixon CJ. In a key case regarding the incorporation of the Territories into the Commonwealth in 1958, Dixon CJ concluded that the Northern Territory is part of the Commonwealth because:

It formed part of a colony whose people agreed with the other colonies 'to unite in one indissoluble Commonwealth'. It formed part of the Commonwealth mentioned in the preamble and the subject of the Queen's proclamation by which pursuant to ss 3 and 4 of the covering clauses the Commonwealth was established⁷¹.

The status of the peoples of the Territories is complex and has changed over time⁷². For the purpose of this article, I emphasise that the category of the peoples of the colonies has had an impact upon judicial views regarding the post-federation identity of the constitutional people.

So far, I have argued that the High Court has treated the references to the agreement of 'the people' in the preamble and covering clause 3 as references to historical fact and that in doing so, the Court has illuminated the identity of the Australian constitutional people, albeit sometimes overlooking the detail regarding Western Australia. While the historical fact of a popular agreement can be seen in the judgments of the Court, the Court has also accepted that another part of the preamble is redundant – the reference to the Crown of the UK. The relevant monarch is now the Queen of Australia, with consequences for understanding membership of the constitutional people and the independence of the Australian nation, by reference to historical events which have occurred since the enactment of the Constitution.

8. *Redundant historical reference?*

As noted above, the peoples of the colonies were independent communities from each other. However, they shared a common allegiance to the monarch of the UK. That common allegiance was transformed to allegiance to the Queen of Australia, with consequential changes in the shared identity.

The status of subject of the Queen was a status shared with people throughout the British Empire. However, after federation, Australia became a Dominion and finally, by 1986, an independent nation with a different monarch. Along the way, legislated Australian citizenship was introduced and the status of British subject almost disappeared. These legal and political changes came to have constitutional significance and affect the meaning of subject of the Queen in the text of the Constitution, and therefore membership of the Australian constitutional people.

Allegiance is central to the category of subject of the Queen. This can be seen in the historical origin of that concept⁷³, its legal meaning at federation, and its ongoing meaning within High Court jurisprudence. The medieval history of allegiance was of personal allegiance, or allegiance to the person in whom power was vested – the person of the sovereign⁷⁴. Such personal connection was discarded by the 19th century, replaced with allegiance being owed to the monarch in their political capacity⁷⁵. Allegiance remained at the core of subject status, but to whom do Australians owe allegiance today?

The Constitution refers to “the Queen” in numerous sections⁷⁶. The preamble to the Constitution Act refers to «the Crown

of the United Kingdom of Great Britain and Ireland». Covering clause 2 states that «The provisions of this Act referring to the Queen shall extend to Her Majesty’s heirs and successors in the sovereignty of the United Kingdom». The Schedule to the Act refers to «allegiance to Her Majesty Queen Victoria, Her heirs and successors according to law»⁷⁷, with a note that «The name of the King or Queen of the United Kingdom of Great Britain and Ireland for the time being to be substituted from time to time.» These references appear to establish that the Queen to which the Constitution refers, and to whom allegiance is therefore owed by the Australian subjects, is the monarch of the United Kingdom. That was certainly the case at federation, but is not so today. The relevant monarch is now the Queen of Australia, although one natural person wears both the Australian and United Kingdom Crowns⁷⁸.

The change in identity of the Queen was mentioned by a number of the justices in the case of *Street v Queensland Bar Association* (1989) 168 CLR 461. The justices in *Street* noted the change of sovereign by reference to the decision of only the previous year in *Nolan v Minister of State for Immigration and Ethnic Affairs* (1988) 165 CLR 178. In *Nolan*, the plaintiff argued that the references to the “Crown of the United Kingdom” in the preamble, together with other parts of the Constitution, «were inconsistent with the notion that any subject of the Queen [...] could be an alien»⁷⁹. This argument was made because Therrence Nolan was a British citizen trying to avoid being deported as an alien. The Court rejected Nolan’s argument, stating:

[T]hose references cannot alter, or avoid the consequences of, the emergence of Australia as

an independent nation, the acceptance of the divisibility of the Crown which was implicit in the development of the Commonwealth as an association of independent nations and the creation of a distinct Australian citizenship. Those developments necessarily produced different reference points for the application of the word "alien". Inevitably, the practical designation of the word altered so that, while its abstract meaning remained constant, it encompassed persons who were not citizens of this country even though they might be British subjects or subjects of the Queen by reason of their citizenship of some other nation. We would add that, to the extent that there would otherwise be inconsistency in the use of the words "subject of the Queen" in the Constitution, it should be resolved by treating those words as referring, in a modern context, to a subject of the Queen in right of Australia (cfr., Royal Style and Titles Act 1973 (Cth))⁸⁰.

This reasoning demonstrates that the preamble is a statement of historical fact, in this instance meaning that the peoples of the colonies had an allegiance to the Queen of the United Kingdom at federation. However, that statement in the preamble has been overtaken by later developments which impact on how current membership of the constitutional "people" is to be determined. Since *Nolan*, the High Court has confirmed that since at the latest 1986, Australians owe allegiance to the sovereign of Australia, distinct from that of the UK⁸¹.

In determining that the Crown's identity had changed, in title if not in person, the relevant factor for the Court was legal and political independence from Britain. That independence was determined by reference to political events and legislation. The legislation referred to in *Nolan* was either referred to as having crystallised the changes, or merely reflecting the earlier political and legal changes which had an impact on the identity of the sovereign. Either way, legislative expression of the changes was

a factor for all the judges who referred to the change in the Crown, regardless of the date they identified as the relevant turning-point⁸².

Since *Nolan*, the High Court has confirmed that Australians today owe allegiance to the Queen of Australia⁸³. That is, "the people" today owe allegiance to a different Crown from the Crown to whom the peoples of the colonies owed allegiance. Therefore, the peoples of the States and the "people of the Commonwealth" today are not legally and constitutionally exactly the same as the peoples of the colonies who united to form the federal Commonwealth. The preamble is a reference to history, but to some extent, a reference to history which has limited ongoing significance.

Conclusions

The use of history in constitutional adjudication is usually considered in terms of originalism. In this article I avoid that large topic. Instead, I consider the use of constitutional text as a reference to historical fact and what consequences flow from such use by the High Court of Australia. I focus on the preamble to the Australian Constitution, and the related text of covering clause 3 of the Constitution Act. Relatively little has been written regarding the High Court's references to the preamble and covering clauses, possibly because the nature of that text means it is assumed to have limited legal effect and is typically used as only one of a number of contextual considerations in a line of reasoning. However, my analysis of the Court's references to that text demonstrates that its meaning is not merely «of

historical interest», nor is it a «relatively inconsequential matter [...]»⁸⁴.

Constitutional preambles can go beyond statements of prosaic history to indicate elements of national identity, or be symbolic statements regarding the desires of the community under the Constitution. The Australian constitutional preamble lacks the inspirational or aspirational language of either the US preamble, or more modern ones such as the South African preamble. In this article I have indicated that the reference to the peoples of the colonies in the Australian preamble, together with covering clause 3, is a record of history which members of the Court have used in identifying elements of the constitutional identity of “the people” – the constitutive, demotic character of “the people”, their new identities as “people of the Commonwealth”, and a starting point for understanding their legal status derived from allegiance to the sovereign.

The Court has understood the references to the agreement of “the people” as historical fact. That fact has been used by the High Court to develop the identity of “the people” – both the historical constitutive people and the new people under the Constitution. The Court has accepted that the peoples of the colonies are the historically constitutive people due to their involvement in the constitution-making process, while noting that they were not the only actors in that process and are not the only ones recognised as a source of authority for the Constitution. The Court has used the history contained in the preamble and covering clause 3 to explain how ‘the people’ were transformed through that agreement into a new, federal and national people.

The Court has understood the reference to the monarch in the preamble as a historical fact, but a fact which has been overtaken by more recent history. At the time of the making of the Constitution, “the people” owed allegiance to the monarch identified in the preamble – the monarch of the United Kingdom. That monarch has, following legal and political events recognised by the Court, changed into the Queen of Australia. The consequences are significant. The United Kingdom is now a foreign power and the Australian constitutional people owe allegiance to their own monarch, with no legal or constitutional ties to the United Kingdom. Thus, the nature of the polity of which “the people” are members has changed, with consequences for how membership is determined under Australian constitutional law.

Use of history in constitutional interpretation is contested, due to potential lack of clarity of the history and lack of certainty in what reference to history may lead to. Despite that contestation, it is clear from the Australian High Court case law considered here that use of the preamble, together with covering clause 3, as a record of historical fact has played a role in determining the constitutional identity of “the people” of the Australian Constitution.

- ¹ J. Williams, *The Australian Constitution: A documentary history*, Melbourne, Melbourne University Press, 2005.
- ² *The Commonwealth v Australian Capital Territory* [2013] HCA 55 at [14] (French CJ, Hayne, Crennan, Kiefel, Bell & Keane JJ).
- ³ M. McHugh, *The Constitutional Jurisprudence of the High Court: 1989-2004*, in «Sydney Law Review», XXX, n. 5, 2008, p. 8.
- ⁴ H. Irving, *Constitutional Interpretation, the High Court, and the Discipline of History*, in «Federal Law Review», XLI, 2013, p. 109, referring to *Cole v Whitfield* (1988) 165 CLR 360.
- ⁵ This is also consistent with the comparative analysis of constitutional preambles conducted in J. Frosini, *Constitutional Preambles: At a Crossroads between Politics and Law*, Rimini, Maggioli Editore, 2012, pp. 37-39.
- ⁶ J. Quick, R. Garran, *The Annotated Constitution of the Australian Commonwealth*, Sydney, LexisNexis Butterworths, 1901, pp. 286, 332 (and see p. 250).
- ⁷ *Tasmania v Commonwealth* (1904), 1 CLR 329, pp. 359-360.
- ⁸ *Federated Amalgamated Government Railway & Tramway Service Association v New South Wales Railway Traffic Employes Association* (1906), 4 CLR 488, p. 534.
- ⁹ *Baxter v Commissioners of Taxation (NSW)* (1907), 4 CLR 1087, pp. 1104-1105.
- ¹⁰ *Amalgamated Society of Engineers v Adelaide Steamship Co Ltd* (1920), 28 CLR 129, p. 1109.
- ¹¹ Ivi, p. 152 (Knox CJ, Isaacs, Rich and Starke JJ).
- ¹² *Commonwealth v Tasmania* (1983), 158 CLR 1, pp. 207-208 (Brennan J); *New South Wales v Commonwealth* (1990), 169 CLR 482, p. 504 (Deane J in dissent); *Capital Duplicators Pty Ltd v Australian Capital Territory* (1992), 177 CLR 248, p. 274 (Brennan, Deane and Toohey JJ); *Leeth v The Commonwealth* (1992), 174 CLR 455, p. 484 (Deane and Toohey JJ).
- ¹³ *Joose v Australian Securities and Investment Commission* (1998), 159 ALR 260, p. 264.
- ¹⁴ Williams, *The Australian Constitution*, cit., pp. 669-704.
- ¹⁵ See the final versions of ss 7, 24, 128 of the Constitution.
- ¹⁶ J.A. La Nauze, *The Making of the Australian Constitution*, Melbourne, Melbourne University Press, 1972, p. 137. See also: Quick, Garran, *The Annotated Constitution of the Australian Commonwealth*, cit., p. 418; WH. Moore, *The Constitution of the Commonwealth of Australia*, Sydney, Legal Books, 1910², p. 67; J. Waugh, *Review Essay: New Federation History*, in «Melbourne University Law Review», XXIV, 2000, p. 1042.
- ¹⁷ See Williams, *The Australian Constitution*, cit., p. 1150; La Nauze, *The Making of the Australian Constitution*, cit., chapter 15.
- ¹⁸ Williams, *The Australian Constitution*, cit., p. 1169.
- ¹⁹ See Quick, Garran, *The Annotated Constitution of the Australian Commonwealth*, cit., p. 250.
- ²⁰ *Queensland v Commonwealth* (1977), 139 CLR 585, p. 592 (Barwick CJ, in dissent), *Attorney-General (Cth) v The Queen (Boilermakers' Case)* (1957), 95 CLR 529 [1957] AC 288.
- ²¹ *Colonial Laws Validity Act 1865 (Imp)*, s 5.
- ²² *Colonial Laws Validity Act 1865 (Imp)*, ss 2, 3.
- ²³ *Baxter v Commissioners of Taxation (NSW)* (1907), 4 CLR 1087, pp. 1104-1105 (emphasis added), see also pp. 1109-1110; *Henry v Boehm* (1973), 128 CLR 482, p. 487 (Barwick CJ).
- ²⁴ *Amalgamated Society of Engineers v Adelaide Steamship Co Ltd* (1920), 28 CLR 129, pp. 141, 160.
- ²⁵ Ivi, p. 141.
- ²⁶ *Tasmania v Commonwealth* (1904), 1 CLR 329, pp. 359-360 (O'Connor J); *McGinty v Western Australia* (1996), 186 CLR 140, p. 230 (McHugh J); *Victoria v Commonwealth* (1971), 122 CLR 353, p. 394 (Menzies J); *Capital Duplicators Pty Ltd v Australian Capital Territory* (1992), 177 CLR 248, p. 274 (Brennan, Deane and Toohey JJ); *Roach v Electoral Commissioner* (2007), 233 CLR 162, p. 172 (Gleeson CJ).
- ²⁷ *R v Duncan; Ex parte Australian Iron & Steel Pty Ltd* (1983), 158 CLR 535, pp. 589-590; *New South Wales v Commonwealth* (1990), 169 CLR 482, pp. 503-504 (in dissent); *Hematite Petroleum Pty Ltd v Victoria* (1983), 151 CLR 599, p. 660.
- ²⁸ *Federated Amalgamated Government Railway & Tramway Service Association v New South Wales Railway Traffic Employes Association* (1906), 4 CLR 488, p. 534 (Griffith CJ).
- ²⁹ *Federated Amalgamated Government Railway & Tramway Service Association*, cit.; *Re Minister for Immigration and Multicultural and Indigenous Affairs; Ex parte Ame* (2005), 222 CLR 439, p. 463 (Kirby J); *Australian Capital Television Pty Ltd v Commonwealth* (1992), 177 CLR 106, pp. 210-211 (Gaudron J); Frosini, *Constitutional Preambles: At a Crossroads between Politics and Law*, cit., pp. 34-35.
- ³⁰ *Tasmania v Commonwealth* (1904), 1 CLR 329, pp. 359-360 (O'Connor J); *Federated Amalgamated Government Railway & Tramway Service Association v New South Wales Railway Traffic Employes Association* (1906), 4 CLR 488, p. 534 (Griffith CJ); *Baxter v Commissioners of Taxation (NSW)* (1907), 4 CLR 1087, pp. 1104-1105, 1109-1110; *Amalgamated Society of Engineers v Adelaide Steamship Co Ltd* (1920), 28 CLR 129, p. 152 (Knox CJ, Isaacs, Rich and Starke JJ).
- ³¹ Quick, Garran, *The Annotated Constitution of the Australian Commonwealth*, cit., p. 285; Moore, *The Constitution of the Commonwealth of Australia*, cit., pp. 64, 66-67, 290; A. Inglis Clark, *Studies in Australian Constitutional Law*, Sydney, Legal Books, 1901, pp. xxxii, 20-22.
- ³² *Amalgamated Society of Engineers v Adelaide Steamship Co Ltd* (1920),

- 28 CLR 129, p. 152.
- ³³ *Amalgamated Society of Engineers*, cit., pp. 142, 160.
- ³⁴ *McCinty v Western Australia* (1996), 186 CLR 140, p. 230 (emphasis added) and see earlier: *Victoria v Commonwealth* (1971), 122 CLR 353, pp. 394-395 (Windeyer J) and later: *Capital Duplicators Pty Ltd v Australian Capital Territory* (1992), 177 CLR 248, p. 274 (Brennan, Deane, and Toohey JJ).
- ³⁵ See *Australian Capital Television Pty Ltd v Commonwealth* (1992), 177 CLR 106, pp. 180-181.
- ³⁶ Ivi, p. 138.
- ³⁷ See *Colonial Laws Validity Act 1865* (Imp).
- ³⁸ Constitution, s 74 allows for some appeals to be heard by the Queen in Council.
- ³⁹ *Sue v Hill* (1999), 199 CLR 462.
- ⁴⁰ *Australian Capital Television Pty Ltd v Commonwealth* (1992), 177 CLR 106, p. 138.
- ⁴¹ *Re Minister for Immigration and Multicultural and Indigenous Affairs; Ex parte Ame* (2005), 222 CLR 439, p. 463 (Kirby J); *Thomas v Mowbray* (2007), 233 CLR 307, pp. 362-363 (Gummow and Crennan JJ); *Sue v Hill* (1999), 199 CLR 462, p. 523 (Gaudron J); *McCinty v Western Australia* (1996), 186 CLR 140, p. 230 (McHugh J).
- ⁴² *Unions NSW v New South Wales* [2013], HCA 58, para. [17] (French CJ, Hayne, Crennan, Kiefel and Bell JJ), para. [135] (Keane J); *Tajjour v New South Wales* [2014], HCA 35, para. [197] (Keane J).
- ⁴³ E. Arcioni, *Australian Constitutional Identity: complexity and fluidity*, <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2467407> (October 2015), and see E. Arcioni, A. Stone, *Australian Constitutional Culture and The Social Role of the Constitution*, in «International Journal of Constitutional Law», 2015 (forthcoming).
- ⁴⁴ *Attorney-General (NSW) ex rel Tooth & Co Ltd v Brewery Employees' Union of NSW* (1908), 6 CLR 469, p. 552.
- ⁴⁵ *Davis v The Commonwealth* (1988), 166 CLR 79, p. 110.
- ⁴⁶ *Hwang v Commonwealth* (2005), 222 ALR 83, p. 88.
- ⁴⁷ *Stemp v Australian Glass Manufacturers Co Ltd* (1917), 23 CLR 226, p. 239 (Isaacs J); *R v Hughes* (2000), 202 CLR 535, pp. 560-561 (Kirby J).
- ⁴⁸ See *Nelan v Downes* (1917), 23 CLR 546, p. 568 (Isaacs J); *Attorney-General (Vic); Ex rel Dale v Commonwealth* (1945), 71 CLR 237, p. 273 (McTiernan J); *Attorney-General of the Commonwealth; ex rel McKinlay v The Commonwealth* (1975), 135 CLR 1, pp. 68-69 (Murphy J); *Yougarla v Western Australia* (2001), 207 CLR 344, p. 376 (Kirby J).
- ⁴⁹ *Australian Competition and Consumer Commission v Baxter Healthcare* (2007), 232 CLR 1, p. 46 (original emphasis); *Bisticvic v Rokov* (1976), 135 CLR 552, p. 566 (Murphy J); *China Ocean Shipping Co v South Australia* (1979), 145 CLR 172, p. 236 (Murphy J, in dissent).
- ⁵⁰ *New South Wales v Commonwealth* (1990), 169 CLR 482, p. 504.
- ⁵¹ *Baxter v Commissioners of Taxation (NSW)* (1907), 4 CLR 1087, pp. 1104-1105, 1109-1110 (emphasis added).
- ⁵² Ivi, p. 1109.
- ⁵³ *Leeth v The Commonwealth* (1992), 174 CLR 455, p. 484 (Deane and Toohey JJ) (footnote omitted).
- ⁵⁴ *Attorney-General (Vic); Ex rel Dale v Commonwealth* (1945), 71 CLR 237, p. 273.
- ⁵⁵ *Hematite Petroleum Pty Ltd v Victoria* (1983), 151 CLR 599, p. 660 (Deane J); *Bisticvic v Rokov* (1976), 135 CLR 552, p. 566 (Murphy J).
- ⁵⁶ Sections 106-108.
- ⁵⁷ *Victoria v Commonwealth* (1971), 122 CLR 353, p. 386.
- ⁵⁸ *Clarke v Federal Commissioner of Taxation* (2009), 240 CLR 272, p. 289.
- ⁵⁹ See covering clause 6 which defines «'The States' to mean "such of the colonies of New South Wales, New Zealand, Queensland, Tasmania, Victoria, Western Australia, and South Australia [...] as for the time being are parts of the Commonwealth"».
- ⁶⁰ N. Aroney, *The Constitution of a Federal Commonwealth: The making and meaning of the Australian Constitution*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, p. 255 (footnote omitted).
- ⁶¹ *Federated Amalgamated Government Railway & Tramway Service Association v New South Wales Railway Traffic Employees Association* (1906), 4 CLR 488, p. 534 (Griffith CJ); *Attorney-General (NSW) ex rel Tooth & Co Ltd v Brewery Employees' Union of NSW* (1908), 6 CLR 469, p. 533 (O'Connor J). See also S. Gageler, *Beyond the Text: A Vision of the Structure and Function of the Constitution*, in «Australian Bar Review», XXXII, 2009, p. 148.
- ⁶² *Attorney-General (Vic); Ex rel Dale v Commonwealth* (1945), 71 CLR 237, p. 273; *Nelungaloo Pty Ltd v Commonwealth* (1950), 81 CLR 144, p. 154 (Lord Normand).
- ⁶³ *Henry v Boehm* (1973), 128 CLR 482, p. 487.
- ⁶⁴ *New South Wales v Commonwealth* (2006), 229 CLR 1, p. 226.
- ⁶⁵ *Newcrest Mining (WA) Ltd v Commonwealth* (1997), 190 CLR 513, p. 535 (Brennan CJ); *Attorney-General (NSW); Ex rel McKellar v Commonwealth* (1977), 139 CLR 527, p. 533 (Barwick CJ); *Attorney-General of the Commonwealth; ex rel Mc Kinlay v The Commonwealth* (1975), 135 CLR 1, p. 69 (Murphy J).
- ⁶⁶ *Papua New Guinea Independence Act 1975* (Cth), s 4.
- ⁶⁷ *Kruger v The Commonwealth* (1997), 190 CLR 1, pp. 41-43 (Brennan J).
- ⁶⁸ *Re Minister for Immigration and Multicultural and Indigenous Affairs; Ex parte Ame* (2005), 222 CLR 439, p. 457 (Gleeson CJ, McHugh, Gummow, Hayne, Callinan and Heydon JJ).
- ⁶⁹ *Re Minister for Immigration and Multicultural and Indigenous Affairs*, cit., p. 478.
- ⁷⁰ *Ibidem*.
- ⁷¹ *Lamshed v Lake* (1958), 99 CLR 132, p. 140.

- ⁷² E. Arcioni, *Identity at the edge of the constitutional community*, in F. Jenkins, M. Nolan, K. Rubenstein (eds.), *Allegiance and Identity in a Globalised World*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014, pp. 31 ff.
- ⁷³ See Quick, Garran, *The Annotated Constitution of the Australian Commonwealth*, cit., p. 955.
- ⁷⁴ *Calvin's Case* (1608) 7 Co Rep; 77 ER 377; 2 How St Trials 559.
- ⁷⁵ *Isaacson v Durant* (1886) 17 QBD 54.
- ⁷⁶ See ss. 1-4, 7, 34, 44, 57-61, 64, 66, 68, 73-74, 117, 122, 126, 128 of the Constitution.
- ⁷⁷ A. Twomey, *Changing the rules of succession to the Throne*, in «Public Law», 2011, p. 377.
- ⁷⁸ B. Selway, *The constitutional role of the Queen of Australia*, in «Common Law World Review», XXXII, n. 3, 2003, p. 248; G. Winterton, *The Evolution of a Separate Australian Crown*, in «Monash University Law Review», IXX, 1993, p. 1.
- ⁷⁹ *Nolan v Minister of State for Immigration and Ethnic Affairs* (1988), 165 CLR 178, p. 185 (Mason CJ, Wilson, Brennan, Deane, Dawson and Toohey JJ).
- ⁸⁰ *Nolan v Minister of State for Immigration and Ethnic Affairs*, cit., pp. 185-186.
- ⁸¹ *Shaw v Minister for Immigration and Multicultural Affairs* (2003), 218 CLR 28, p. 48 (McHugh J).
- ⁸² The impact of legislation in signifying membership and exclusion of the constitutional people is considered in E. Arcioni, *Democracy and the Constitution: The People Deciding the Identity of "the people"*, in G. Patmore, K. Rubenstein (eds.), *Law and Democracy: Contemporary Questions*, Canberra, Australian National University Press, 2014, p. 11.
- ⁸³ *Shaw v Minister for Immigration and Multicultural Affairs* (2003), 218 CLR 28, p. 48 (McHugh J); *Sue v Hill* (1999), 199 CLR 462, pp. 502-504 (Gleeson, Gummow and Hayne JJ), 523-528 (Gaudron J); *Singh v Commonwealth* (2004), 222 CLR 322, pp. 406, 411, 417 (Kirby J).
- ⁸⁴ Cfr., M. McKenna, A. Simpson, G. Williams, *First Words: The Preamble to the Australian Constitution*, in «University of New South Wales Law Review», XXIV, n. 2, 2001, p. 392. See Aroney, *The Constitution of a Federal Commonwealth*, cit., pp. 182-184.

Western European perspectives towards language minorities and linguistic rights – then and now¹

NOÉMI NAGY

1. *The history of linguistic legislation in Spain*

During its long history, the Iberian Peninsula gave home to multitudes of peoples: Iberians, Basques, Celts, Greeks, Phoenicians, Romans, Visigoths, and Moors – a mixture of which eventually developed into Spain's modern nations forming larger or smaller independent kingdoms and loose dynastic alliances. The marriage of *Isabella I of Castile* and *Ferdinand II of Aragon* in 1469 led to the establishment of the Kingdom of Spain, which, after the expulsion of the Moors, gradually extended its power across the Iberian Peninsula.

Official use of the Castilian language began in the Kingdom of Castile under *Alfonso VIII* (1158-1214) – at that time 99,3% of royal documents were written in Latin. By the reign of *Alfonso X* (1252-1284), the language of the royal chancellery became exclusively Castilian². It was the Wise king who started to standardize the language,

and introduced the *Siete Partidas*, the first vernacular law code in Spain. Two hundred years later, after the union of the crowns, the language of the central administration and official contacts was exclusively Castilian. Under Habsburg rule, the Spanish monarchy was mainly engaged in the mission of Catholic restoration on the inside and expansion towards the outside, thus the issue of regulating the legal status of languages of Spain received little attention. Castilian language was exported to the New World, where a surprisingly high level of language standardization was achieved, in turn, the political and cultural unification of the peninsular territories was almost neglected³. The situation changed radically after the establishment of absolutism when state centralization policy entailing Castilian linguistic supremacy increasingly came into conflict with the other languages and nationalities of the country. The *Nueva Planta* decrees (1707-1716) – promulgated by *Philip V*, the first Bourbon king of Spain – abolished the ancient political institutions

and charters (*fueros*) of Aragon, Valencia, Mallorca (the Balearic Islands) and Catalonia, reorganized the territorial-administrative structures of these regions, and designated Castilian as the official language of public administration⁴. Making Castilian the exclusive language of instruction in 1768 greatly contributed to the decline of regional languages⁵. *Charles III's* decree also prescribed that courts should act in the Castilian language, however, this provision had to be reinforced ten years later⁶. In 1857, the law on public education ordered that all schoolchildren must be taught the Castilian grammar⁷. The first constitution to contain linguistic rules and to reflect a non-unitary state dates from 1931 and was in force until 1939, during the Second Republic. It declared that «Castilian is the official language of the Republic. All Spaniards have the duty to know it and the right to use it without prejudice to the rights that the laws of the State recognize for the languages of the provinces or regions. Except as provided in special laws, no one shall be required to know or use any regional language»⁸. Self-governing regions were allowed to organize the educational system in their respective languages, however, the teaching of Castilian was obligatory everywhere (Art. 50).

The authoritarian regime of *Franco* (1936-1975), in accordance with the concept of centralized nation-state, pursued an assimilationist policy: the existence of national minorities was denied, political institutions of the regions were abolished. The only language of the state was Castilian, and the use of other languages of Spain was prohibited and persecuted in the administration, education, culture, and every form of public manifestations⁹.

The process of democratization started after the adoption of the 1978 Constitution which tied the issue of linguistic minorities to the territorial organization of administration and the decentralization of power¹⁰. Political power has been distributed between the central state and 17 autonomous communities holding different degrees of self-government, however – in order to avoid any aspirations for sovereignty in the traditional sense –, there is a strong emphasis on «the indissoluble unity of the Spanish Nation, the common and indivisible homeland of all Spaniards». (Art. 2.) Autonomous communities are free to define the extent of their autonomy within the constitutional framework.

According to Art. 3. of the Constitution, linguistic diversity of Spain is a cultural heritage which shall be specially protected. The official language of the state is Castilian; as such, all Spaniards have the duty to know it and the right to use it. However, in addition to Castilian, the self-governing communities may have other (co-) official languages. The Constitution makes a key distinction between Castilian and the regional languages: while Spaniards have a duty to know Castilian, no such duty is imposed regarding the co-official languages. In fact, the Constitutional Court held that Art. 3 *prohibits* the imposition of a duty to know any language other than Castilian¹¹. The Spanish system of co-official languages merely imposes a duty on the authorities of autonomous communities, but does not ensure individual rights for the members of linguistic minorities.

Currently, six autonomous communities have a co-official language. These languages are: Catalan and Aranese in Catalonia¹²; Valencian in Valencia¹³; Catalan in the Balear-

ic Islands¹⁴; Galician in Galicia¹⁵; Basque in the Basque Country¹⁶ and Navarra¹⁷. A few autonomous communities recognize and protect other autochthonous languages without ensuring co-official status to them. These languages are: "Aragon's own language of the Pyrenees and Pre-Pyrenees areas" and "Aragon's own language of the eastern area" in Aragon¹⁸. Asturian (Bable) and Asturian Galician in Asturias¹⁹. Leonese and Galician in Castile and León²⁰.

The status of co-official languages is regulated by the *Statute of Autonomy* of the respective self-governing community, approved by the Spanish *cortes*. These statutes are quite similar to each other in terms of their linguistic provisions: they declare the official status of the own language of the autonomous community, the right of all inhabitants to know and use it, the prohibition of linguistic discrimination, and they obligate the authorities to ensure the official and "normal" use of the regional language, as well as to provide for the measures necessary to its knowledge.

Detailed rules of the use of co-official languages are included in the *laws of linguistic normalization*²¹ which seek to eliminate the detrimental situation of regional languages, and to bring them into an equal situation with the state language in the public and private spheres alike. Although these laws in certain aspects closely resemble each other, differences in terms of "assertiveness" may be observed. The most "interventionist" legislation is that of Catalonia which contains language requirements even for the private media²².

Variations between the individual regions can well be illustrated by the example of education²³. A common feature in each educational model is that equal proficiency

of the state language and the community's own language is required from all students by the end of compulsory education. Furthermore, each autonomous community provides the right for everyone to receive (pre-)primary education in their mother tongue. This means that parents are entitled to choose the language of instruction for their children at the beginning of the school-carrier.

Navarra²⁴, the Basque Country²⁵ and Valencia²⁶ follows the model of *linguistic separation* where educational programs are defined according to which is the mother tongue of the pupils, or the main language in a given territory (Spanish or the regional language). Thus, in Navarra and Valencia, learning of the regional language is compulsory only in those territories which are legally classified as Basque- or Valencian-speaking areas, respectively. In the Basque Country and Navarra, parents can basically choose from among 3 bilingual programs (in addition to the purely Spanish-speaking program): *Model A* corresponds roughly to Spanish-speaking teaching, having Basque as a compulsory subject. *Model B* combines Basque and Spanish as vehicular languages in a balanced basis. *Model D* means that Basque is the language of instruction for all subjects, except Spanish language and literature. The Valencian education system is currently switching from the bilingual programs to plurilingual ones²⁷, where English also serves as a vehicular language in addition to Valencian and Spanish.

The regions having a model of *linguistic conjunction* explicitly forbid the separation of students on linguistic grounds. The teaching of the regional language is obligatory at all levels and in all types of education.

While in Catalonia²⁸ there is a strong shift in favour of the regional language as compared to Castilian (meaning that Catalan is the default language of instruction), the trilingual educational models of Galicia²⁹ and the Balearic Islands³⁰ try to achieve a balance between the two official languages.

To sum it up, the legal system applicable to languages in Spain is a multi-layered one, where a great deal of power concerning the legislation on language use lies with the Autonomous Communities. However, this power must always be practiced within the constitutional framework (hence the important role of the Constitutional Court in interpreting autonomous legislation), and «the system of division of powers gives the State an important role in the effective development of autonomous language policies»³¹. As a sign of commitment towards its linguistic diversity, Spain signed the European Charter for Regional or Minority Languages (hereinafter: ECRML) in 1992 and ratified it in 2001. Although the Committee of Experts³² praised Spain several times as being in the forefront of the European countries committed to the protection and promotion of regional or minority languages, there seems to remain a gap between some of the undertakings chosen and their practical implementation, furthermore, most of the suggested changes are repeatedly ignored by Spanish authorities. On the other hand, in 2005 the Spanish Government initiated that regional languages recognised as co-official in any of the EU Member States be recognised by the EU institutions. As a result, Spanish citizens were granted the right to address the EU institutions in Catalan, Basque or Galician on the basis of administrative arrangements concluded with Spain³³.

2. *The history of linguistic legislation in the United Kingdom*

The first³⁴ recorded legislative measure concerning the official status of English in Britain is the 1362 *Statute of Pleading* which – ironically, written in Norman French, the language of the conquerors – imposed English as the language of oral pleadings in all courts of the realm:

Because it is often shewed to the King [...] of the great Mischiefs which have happened [...] because the laws, customs and statutes of this commonly holden and kept in the same realm, for that they be pleaded, shewed, and judged in the French tongue, which is much unknown in the said realm, so that the people which do implead, or be impleaded [...] have no knowledge nor understanding of that which is said for them or against them [...], the King [...] hath ordained [...] that all pleas [...] shall be pleaded, shewed, defended, answered, debated, and judged in the English tongue, and that they be entered and enrolled in Latin³⁵.

Despite the Statute, Norman French held sway in law courts well into the 17th century, whereas court records, writs and written common law pleadings remained in Latin³⁶. Since the law did not require the use of English in all legal matters, French remained the standard language of parliamentary statutes until 1489³⁷.

Due to the different political, linguistic, etc. situations in the specific regions annexed to the Kingdom of England, we find separate legal documents concerning them³⁸. The first territory which came under direct English rule was Wales. By 1100 Normans had overrun large areas of eastern and southern Wales, establishing in the Marches their own authority. The law in these areas was Anglo-Norman and the languages used in the records were Latin and

French, with Welsh admitted in evidence. Welsh independence came to an end with *Edward I's* conquest in 1284. The *Statute of Rhuddlan* provided for the administration of English law in parts of Wales ruled directly by the Crown, but no attempt was made to forbid the Welsh language in the courts³⁹ (until the 1362 Statute of Pleading). In the 15th century the political and economic life of Wales became increasingly integrated with that of England. Ironically, in 1485 it was a largely Welsh army which put Henry, descent from the Tudors of Penmynydd in Anglesey, on the English throne followed by the destruction of Welsh independence⁴⁰. The *Acts of Union* passed in 1536 and 1542 proclaimed English as the only official language in Wales:

All Justices [...] and all other officers and ministers of the lawe shall proclayme and kepe [...] all courtes [...] in the Englishshe Tonge [...] And also from hensforth no personne or personnes that use the Welsshe speche or langage shall have or enjoy any maner of office or fees [...] onles he or they use and exercise the speche or langage of Englishshe⁴¹.

However, Welsh could hold its position in one field, which turned to be vital for its survival: although in 1549 the *Act of Uniformity* insisted that all parish churches were to use the English Book of Common Prayer, in 1563 *Elizabeth I* passed the *Act for the Translating of the Bible and the Divine Services into the Welsh Tongue*, so that «by conferring both tongues together, the sooner attain to the knowledge of the English tongue».

In Ireland, the Anglo-Norman invasion of 1169 brought to the relatively self-contained Gaelic culture a number of languages (Norman French, Welsh, Flemish, English)⁴². French and Latin were the languages of administration and of the municipal

records of major towns, whereas French was used in acts of parliament between 1310 and 1472⁴³. As for the vernaculars of the people, the complex linguistic situation narrowed to an Anglo-Irish bipolar system by the 14th-15th century, roughly parallel to the contraction of the English colony to the "Pale" (Dublin and its hinterland)⁴⁴. Even there, Anglo-Irish settlers had assimilated into Irish society to such an extent that the *Parliament of Kilkenny* in 1366 passed a law (written in Norman French) for bringing them to order:

[I]t is ordained and established, that every Englishman do use the English language, [...] and if any English, or Irish living among the English, use the Irish language amongst themselves, [...] his lands and tenements [...] shall be seized⁴⁵.

After the coronation of *Henry VIII* as king of Ireland in 1541, ethnic and linguistic fractionalization became sharper and – since the Irish Catholic Church did not have the least intention of entering the Anglican Church – developed along religious lines. Royal practices to the Irish language were, at least initially, somewhat ambivalent. On the one hand, legislation ordered people to use English (see e.g. the 1537 *Act for the English Order, Habit and Language*⁴⁶), on the other hand – in light of the doctrine of the Reformation that religious instruction shall be delivered in the vernacular – it did not completely ban the use of Irish either. The easiest solution of the dilemma was to convert native Irish into English-speakers once and for all. *Tudor* monarchs realized fairly early that this goal can be achieved successfully by means of education, thus in 1570 *Elizabeth I* ordained⁴⁷ the set-up of free English-language schools⁴⁸.

Scotland managed to retain its independence from England the longest: until

the beginning of the 17th century. *James VI*, King of Scotland, who became King of England and Ireland in 1603 as *James I*, sought to break the unity of the Gaelic cultural zone which stretched from the South of Ireland to the Scottish Hebrides. Under his “plantation policy” English and Lowland Scots were planted in both Ulster and the Highlands of Scotland⁴⁹. The first legal measure specifically directed at the extirpation of the Gaelic language and its culture stems from 1609. The *Statutes of Iona* provided for the introduction of Protestant ministers into Highland parishes and the education of chiefs’ heirs in Lowland schools. The Statutes were ratified by an *Act of the Privy Council* in 1616 prescribing that «the vulgar English tongue be universallie planit, and the Irishe language, whilk is one of the chief and principall causis of the contenance of barbaritie and incivilitie amongis the inhabitants of the Ilis and Helandis, be abolisheit and removit»⁵⁰.

During the Commonwealth a comprehensive English only policy was imposed by *An Act for turning the Books of the Law, and all Proces and Proceedings in Courts of Justice, into English* (1650), and *An Additional Act concerning the Proceeding of the Law in English* (1651). With the Restoration in 1660 these were repealed⁵¹, but a few decades later the *Courts of Justice Act of 1731* required the use of English in all courts of justice in England and Wales, and in the courts of exchequer in Scotland, in written records as well. This law was repealed by the *Civil Procedure Acts Repeal Act* in 1879, however, its Irish equivalent, the *Administration of Justice (Language) Act (Ireland) 1737*⁵² is formally still in force in Northern-Ireland⁵³.

The final blow on autochthonous languages was struck by the introduction of

universal state-supported education at the second half of the 19th century assigning English as the sole medium of instruction through the *Act to provide for public Elementary Education in England and Wales* (1870) and the *Education (Scotland) Act* (1872). In Ireland, the system of national schools was set up in 1831 based on the so-called *Stanley letter*, and had been ruled by government regulations until the first parliamentary legislation was enacted in 1875 (*The National School Teachers [Ireland] Act*)⁵⁴.

The 20th century brought positive changes in the legal position of minority languages – the luckiest one being Welsh. Primary schools in the Welsh-speaking areas began to use Welsh as a medium of instruction for certain subjects in 1927, and the first Welsh-language primary school was opened in 1939. After the adoption of the *Education Act 1944*, a series of Welsh-language primary and secondary schools were opened in English-speaking areas as well, and Welsh became a degree subject at the University of Wales⁵⁵. The *Welsh Courts Act 1942* repealed the language clause in the Act of Union of 1536, and provided that «the Welsh language may be used in any court in Wales by any party or witness who considers that he would otherwise be at any disadvantage by reason of his natural language of communication being Welsh». This Act also made the provision of an interpreter obligatory, but all proceedings were to continue to be recorded in English⁵⁶. The *Welsh Language Act 1967* admitted the oral use of Welsh in court by any person who desired to use it, and gave the relevant Minister the right to authorize the production of a Welsh version of any documents required or allowed by the Act. The first complete case heard entirely in Welsh in a Crown Court was held

in 1973⁵⁷. The *Education Reform Act 1988* made Welsh one of the four core subjects in the curriculum for all students in Wales between age of 5 and 16, independently of the language of instruction. The *Welsh Language Act 1993* provided that the Welsh and English languages be treated equally in the public sector, «so far as is both appropriate in the circumstances and reasonably practicable». The Act was based on the administrative enabling or planning-based model⁵⁸, requiring public bodies to prepare a Welsh Language Scheme – to be approved by the Welsh Language Board – indicating their commitment to the equality of treatment principle. Thanks to the *Government of Wales Act 2006* it is now possible for the Welsh Assembly to pass primary legislation on the Welsh language. The *Welsh Language (Wales) Measure 2011* confirms the official status of Welsh, ensures linguistic rights in the provision of services (including the right to appeal to the Welsh Language Tribunal), and establishes the post of Language Commissioner with strong enforcement powers to protect the rights of Welsh speakers. The Measure abolishes the Welsh Language Board and the system of language schemes, instead imposes duties on public bodies to use the Welsh language. Finally, the *National Assembly for Wales (Official Languages) Act 2012* – the first bill passed in Wales to become law in over 600 years⁵⁹ – provides that the National Assembly for Wales shall have two official languages, English and Welsh, which shall be treated on a basis of equality.

As for the Scottish Gaelic language, since 1886⁶⁰, at least one member of the Crofters Commission is required to be a Gaelic speaker. The same rule applies to the Land Court since 1911⁶¹. Both provisions

remain in force by the successor statutes of 1993⁶². Nonetheless, the general position of Gaelic in front of courts remains unsatisfactory. Pursuant to the 1982 case of *Taylor v. Haughney*, Gaelic-speakers can only use their language if they can demonstrate an insufficient command of English⁶³. Although since 2001 parties have been allowed to give oral evidence in Gaelic in the *civil* courts in Lochmaddy, Portree and Stornoway, however, a person wishing to do so must make written application to the court in advance of the hearing, and sheriffs might veto this right if they consider that otherwise the proper administration of justice would be hampered⁶⁴. As for education, teaching of Gaelic have been provided for in Gaelic-speaking areas since 1918, but development was very slow until Gaelic was introduced as a medium of instruction in Inverness-shire and Ross-shire in 1958⁶⁵. Under *Education (Scotland) Act 1980* education authorities are required to provide adequate and efficient school education including the teaching of Gaelic in Gaelic-speaking areas. With regard to legislature, the *Standing Orders of the Scottish Parliament* permit the use of Gaelic in parliamentary debates⁶⁶, but it is not possible to legislate in Gaelic. Scotland's first comprehensive language law, the *Gaelic Language (Scotland) Act 2005* was closely modeled on the Welsh Language Act 1993 in terms of the *Bòrd na Gàidhlig's* consultative role (comparable to that of the former Welsh Language Board) and the introduction of Gaelic Language Plans (akin to the Welsh Language Schemes). Nevertheless, this Act is significantly more limited in terms of both its scope and the powers of the Bòrd⁶⁷. The purpose of the Act – «securing the status of Gaelic as an official

language of Scotland commanding equal respect to the English language» – is to be achieved through a national Gaelic language plan⁶⁸ to be prepared by the Bòrd.

The least satisfactory legal position is that of the Irish language. After the Easter Rising of 1916, the Anglo-Irish War of 1919-21, and the Irish Civil War of 1922-23, the story of Irish continued on two separate paths. The 1922 constitution gave the *Saorstát* the status of Dominion within the Commonwealth, while the six counties of Ulster decided to have autonomy within the British Crown. In Northern Ireland, due to its association with Irish nationalism, the Irish language was treated with hostility by the first devolved government until the dissolution of the Stormont Parliament (1921-1972). In education, Irish was tolerated as an optional foreign language only in secondary schools⁶⁹. The first Irish-medium primary schools were opened in Belfast in the 1970s, but initially did not receive any state support. Irish-language broadcasting was banned until 1982. The situation began to improve in the 1980s when Northern Ireland came under direct rule from Westminster⁷⁰. The *Good Friday (Belfast) Agreement* (1998)⁷¹ between the United Kingdom and the Republic of Ireland recognized

the importance of respect, understanding and tolerance in relation to linguistic diversity, including in Northern Ireland the Irish language, Ulster-Scots and the languages of the various ethnic communities, all of which are part of the cultural wealth of the island of Ireland.

The British Government committed itself to take resolute action to promote the language, facilitate its use in private and public life, and seek to remove restrictions which would discourage its development. Although as part of the *St. Andrews Agree-*

*ment*⁷² in 2006 (to restore devolution) the United Kingdom made a commitment to introduce an Irish Language Act and «work with the incoming Executive to enhance and protect the development of the Irish language», the *Northern Ireland Act 2006* itself provides no more than a reference to a future strategy «setting out how it proposes to enhance and protect the development of the Irish language». So far no strategy has been adopted. The lack of activities on the part of the Northern Ireland Executive is strongly criticized by the Council of Europe⁷³.

To conclude, although the legal positions of Welsh, Scottish Gaelic and Irish are not balanced, there has been an undeniably favorable shift in UK language policy since the beginning of the 20th century. This trend seems to be reinforced by, on the one hand, ratifying important European instruments, on the other, establishing devolved governments for Northern Ireland, Wales and Scotland. In 2001, the United Kingdom ratified the ECRML, Part III of which applies to Welsh, Scottish Gaelic and Irish, while Scots, Ulster Scots, Cornish and Manx fall under Part II. Irish became the EU's 21st official and working language in 2007 (though Ireland joined the EEC in 1973, Irish had been accorded only a Treaty Language status so far). In 2008 the status of co-official language was granted to Welsh and Scottish Gaelic which means that Scottish Gaelic and Welsh speakers can now write to EU bodies in their mother tongue and receive a reply in that language.

3. *The history of linguistic legislation in France*⁷⁴

The first law dealing with the official status of French is the *Ordinance of Villers-Cotterêts* signed by *François I* in 1539 which prescribed the mandatory use of the French language in the public sector: «[W]e wish that all decisions and other procedures in our sovereign or lesser or lower courts, including registries, inquiries, contracts, commissions, legal transactions, wills, or any other acts and deeds of justice, be henceforth pronounced, recorded and issued to the parties in the French mother tongue and not otherwise» (Art. 110-111, translation is mine)⁷⁵.

Although the edict probably «had more to do with reducing the role of Latin in public life than with propagating Parisian French in the provinces»⁷⁶, it nevertheless resulted in curbing the use of regional languages and paved the way for the expansion of French. Initially used only in public administration and business, the French language gradually infiltrated the universities, science and literature, and the informal language use of aristocracy as well. Its prestige was greatly promoted by the *Académie française*, founded in 1635 by Cardinal *Richelieu*. In the second half of the 16th century French started to play a prominent role in international diplomacy, and by the 18th century the concept of *le rayonnement de la langue et de la culture française* has been established⁷⁷.

The first comprehensive language policy in France was the product of the French Revolution which established the concept of nation-state. In December 1789, the old political divisions were replaced by 83 new administrative units (*départements*). The

territorial reorganization of the country resulted in breaking up several linguistic boundaries⁷⁸. As for explicitly language-related measures, on 14th January 1790, the revolutionaries – acting in the fervor of national solidarity – ordered that all decrees of the National Assembly be translated into all languages (*idiômes*) of the country, so that every people could read and understand them⁷⁹. During the Jacobin dictatorship, translation policy was abandoned for the belief that regional languages hinder the expansion of revolutionary ideas, keep the peasant masses in obscurantism, so they must be extirpated completely⁸⁰. On 21st October, 1793, the set-up of state primary schools was decreed where pupils were taught to speak, read and write the French language⁸¹. On 27th January, 1794, following *Bertrand Barère*'s dishonorable speech at the Committee of Public Safety⁸², the Convention adopted a law (*Décret du 8 pluvoise an II*) prescribing that a French teacher would be appointed in every commune in those regions where local people spoke regional languages⁸³.

The Jacobin language policy culminated in the law of 20th July 1794 (*2 thermidor an II*), which imposed criminal sanctions for failure to comply with its provisions: from the day of the publication of the law, no public document could be written in any language other than French in any part of the Republic (Art. 1). After a one-month grace period the same rule applied to the registration of documents under private signet (Art. 2). Any civil servant, public official, or registration fee collector who violated these provisions, was brought before the correctional police court in his place of residence, condemned to six months of imprisonment, and dismissed (Art. 3-4)⁸⁴.

After the fall of *Robespierre*, “linguistic terror” has lost a lot of its vehemence. The law of 17th November, 1794 (*27 brumaire an III*) allowed the auxiliary use of regional languages in education⁸⁵, and an educational decree of one year later did not contain a clause on the language of instruction at all⁸⁶. Centralizing ambitions of *Napoleon*, with an army and public administration functioning in the state language only, nevertheless, facilitated the spread of the French language and resulted in a further loss of ground for regional languages⁸⁷.

Language policy in the 19th century can be traced primarily through legislation on education. The *Loi Guizot* of 28th June 1833 required basics of the French language as a compulsory subject in elementary education⁸⁸, and the law of 17th August 1851 explicitly stated that the language of the instruction is exclusively French⁸⁹. It is remarkable that in spite of all efforts of Francization, a great many people still did not speak French at the time. According to an official survey of 1863, in 8381 of France’s 37,510 communes no French was spoken, 450,000 of some four million school children spoke no French at all, and about one and half million could not write it⁹⁰. A more “effective” solution was realized during the Third Republic, under *Jules Ferry* as minister of education (1879-1883)⁹¹. By the introduction of free, compulsory and secular public education an ever greater number of people could be involved in education where the only language admitted was French⁹².

The 1951 *Loi Deixonne* was the first law that allowed regional languages specifically: Basque, Breton, Catalan and Occitan – to be taught in public schools: as an optional subject, in one hour per week (a figure

extended in 1975 to three hours for senior high school students)⁹³, and only if the teacher so requested. The scope of the Act was extended in 1974 to the Corsican language⁹⁴, and the *Loi Haby* of 1975 permitted the teaching of regional languages and cultures throughout the school career⁹⁵. Bilingual education of the regional languages in general has been permitted since the *Savary* circular⁹⁶ of 1982⁹⁷. Pursuant to the *Code de l’éducation* (replacing *Loi Deixonne* in 2000), the teaching of regional languages can now be provided for by an agreement between the State and the local community concerned. Furthermore, teachers are allowed to use regional languages in primary schools and kindergartens whenever they can benefit from this for the purposes of education, including the teaching of the French language⁹⁸.

Although the status of regional languages in education has been strengthening since the 1950s, their position in other areas of the public sector is far less favorable. The 1975 *Loi Bas-Lauriol*⁹⁹ prescribed the mandatory use of the French language in advertising, commerce and business. Only months before the Council of Europe passed the ECRML, an amendment of the French Constitution had designated French as «the language of the Republic»¹⁰⁰. The current official language law, *Loi Toubon*¹⁰¹ has been in vigor since 1994. According to Article 1, the French language is «a key element in the personality and the heritage of France», as well as «the chosen bond between the States comprising the community of French-speaking countries», therefore, it «shall be the language of instruction, work, trade and exchanges and of the public services».

Even today, French public policy is built upon the outdated doctrine of one nation-one language, and keeps insisting the absurd claim that minorities do not exist in France. This is well reflected in the argumentation of the Constitutional Council in 1999 when rejecting the ratification of the ECRML:

[T]hese provisions [...], in that they confer specific rights on "groups" of speakers of regional or minority languages within "territories" in which these languages are used, undermine the constitutional principles of the indivisibility of the Republic, equality before the law and the unicity of the French people. These provisions are also contrary to the first paragraph of Article 2 of the Constitution in that they seem to recognise a right to use a language other than French not only in "private life" but also in "public life" – a category in which the Charter includes judicial authorities and administrative authorities and public services¹⁰². (emphasis added)

There are some recent positive developments, though. After a lengthy discussion, a constitutional amendment in 2008 declared that "regional languages belong to the patrimony of France"¹⁰³ which is by all means a very important – even if only symbolic – step forward. Unfortunately, individual rights cannot be derived from this article itself, as the Constitutional Council hastened to point out in a 2011 decision¹⁰⁴. A meaningful progress may begin by the ratification of the ECRML which was amongst President *François Hollande's* election promises. On 28th January 2014, members of the French National Assembly voted by an overwhelming majority for a new law that will enable the ratification – the outcome is being awaited.

4. *Conclusions and the Western European model of linguistic legislation*

As it has been demonstrated, Western European monarchs had used linguistic unification as a means of empire-building at least from the era of absolutism, but certainly well before the concept of one nation-one language became widespread during the 19th century. There have been legal provisions for the (exclusive) use of the state language (even if the term itself was not used) since the 14th century in England, the 16th century in France, and the beginning of the 18th century in Spain.

Based on the thorough analysis of the three case studies, a *Western European model of linguistic legislation* can be established, the essence of which is that *the historical tradition of monolingualism has been slowly shifting toward the acceptance of linguistic diversity*. The steps of the process are as follows:

1. total intolerance of minority languages, and attempts of homogenization by the introduction and expansion of an exclusive state language (*prohibition*).
2. partial concessions in various domains of language use (*implicit recognition or tolerance*).
3. legal regulations on the use of minority languages (*explicit recognition*).
4. ensuring *language rights* for minority speakers (enforceable in court).
5. *active state support* for and *promotion* of the use of minority languages.

The last step is in most cases only a possible and long-awaited culmination of the upward evolutionary arc, not yet a reality.

To formulate this tendency in terms of majority-minority relations, we can expand *Hans-Jörg Trenz's* account on Spanish

minorities to all Western European minorities stating that their story «goes from violent confrontation and resistance to enhanced cooperation, tolerated diversity and enforced, but not yet peaceful, coexistence»¹⁰⁵.

Despite the similar patterns in the approaches of Western European countries towards the language issue, a great deal of variety can be observed in the legal – let alone demographic – positions of the minority languages examined. To begin with, while in Spain and the United Kingdom autochthonous minorities have managed to gain a greater or lesser degree of territorial autonomy (including the competence to legislate on linguistic rights), autochthonous minorities in France – with the only exception of Corsica¹⁰⁶ – have no such power. Instead, France keeps pushing the myth of monolingualism. National minorities do not exist under French law, and regional languages have been recognized by the Constitution since only 2008. Huge differences may exist within the very same country, as well. In Spain, for instance, Catalonia could make considerably more out of the autonomy arrangement than oth-

er regional languages, while in the United Kingdom, the prospects for Scottish Gaelic and Irish are much more constrained than those for Welsh.

This paper does not aim to analyze the reasons of these differences¹⁰⁷, instead the author would like to point out that in addition to the commitment and advocacy skills of linguistic minorities regarding what position they can achieve for their own languages, a lot depends on the nature and extent of legal provision, financial assistance and “moral” support provided by a given state, as well. In this respect, the pan-European commitment to the fate of national minorities and minority languages – reflected especially by the activities of the Council of Europe, and to a smaller extent, that of the European Union, offering benchmarks for the language policies of the individual states – may give a reason for guarded optimism that regional/minority languages of Spain, the United Kingdom and France will long remain part of the valuable linguistic diversity of Europe.

¹ This paper is based on the author's lecture presented at the third biennial ESCLH conference “Traditions and changes” in Macerata, Italy, 8th-9th July 2014.

² I. Fernández-Ordóñez, *Las lenguas vernáculas en las cancillerías regias de la Península Ibérica*, in P. Martínez Sopena, A. Rodríguez López (edited by), *La construcción medieval de la memoria regia*, València, Universitat de València, 2011, pp. 325-363.

³ T. Hans-Jörg, *Reconciling Diversity and Unity: Language Minorities and European Integration*, in «Ethnicities», n. 7, 2007, pp. 168-169.

⁴ R. Bonell Colmenero, *Los decretos de Nueva Planta*, in «Saberes», n. 8, 2010, pp. 1-38.

⁵ Real Cédula de su Magestad, a consulta de los señores del Consejo, reduciendo el arancel de los derechos procesales a reales de vellón en toda la Corona de Aragón, y para que en todo el Reyno se actué y enseñe en lengua cas-

tellana, con otras cosas que se expresa. Reported by G. Llompart, *La Real Cédula de 1768 sobre la difusión del castellano y su repercusión en la diócesis de Mallorca*, in «Boletín de la Sociedad Arqueológica Luliana», n. 801-803, 1965, pp. 365-367.

⁶ Real cédula de 23 de junio de 1778: Derogación de la práctica de motivar las sentencias, y extenderlas en latin en los Tribunales, in *Novísima Recopilación de las Leyes de España*, Tomo V, Libro XI, Título

- XVI, Ley VIII, p. 215.
- ⁷ Ley de Instrucción Pública de 9 de septiembre de 1857 (cfr. Art. 2, 14 and 88).
- ⁸ Constitución de la República Española, 9 de diciembre de 1931, Art. 4 (translation is mine).
- ⁹ Cfr. M. L. Abellán, *Censura y literaturas peninsulares*, Amsterdam, Rodopi, 1987, pp. 90-92.
- ¹⁰ K. Szajbély, *Kisebbségi kérdés Spanyolországban*, in «Kisebbségkutatás», n. 4, 2003, p. 695.
- ¹¹ As for the fact that several autonomous communities do make the teaching of the regional language obligatory, the Court ruled as follows: there is a distinction between an obligation on behalf of the authorities to teach the regional language, and an obligation on behalf of the students to know it. The given regulations merely establish a goal to be reached by the authorities, and do not impose any duty on the students. Cfr. Sentencia 82/1986, de 26 de junio, del Tribunal Constitucional; Sentencia 337/94, de 23 de Diciembre, del Tribunal Constitucional. For the Catalan case especially, see J. R. Kasha, *Education Under Catalonia's Law of Linguistic Normalization: Spanish Constitutionalism and International Human Rights Law*, in «Columbia Journal of Transnational Law», n. 34, 1996, pp. 657-676.
- ¹² Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña.
- ¹³ Ley Orgánica 1/2006, de 10 de abril, de Reforma de la Ley Orgánica 5/1982, de 1 de julio, de Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana.
- ¹⁴ Ley Orgánica 1/2007, de 28 de febrero, de reforma del Estatuto de Autonomía de las Illes Balears.
- ¹⁵ Ley Orgánica 1/1981, de 6 de abril, Estatuto de Autonomía de Galicia.
- ¹⁶ Ley Orgánica 3/1979, de 18 de diciembre, Estatuto de Autonomía del País Vasco.
- ¹⁷ Ley Orgánica 13/1982, de 10 de agosto, de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral.
- ¹⁸ The word usage of the previous law of 2009 referring expressly to Aragonese (Fabra) and Catalan was abolished by Ley 3/2013 de uso, protección y promoción de las lenguas y modalidades lingüísticas de Aragón.
- ¹⁹ Ley 1/1998, de 23 de marzo, de uso y promoción del bable/asturiano.
- ²⁰ Ley Orgánica 14/2007, de 30 de noviembre, de reforma del Estatuto de Autonomía de Castilla y León.
- ²¹ Ley 10/1982, de 24 de noviembre, básica de normalización del uso del euskera (the Basque Country); Ley 7/1983, de 18 de abril, de normalización lingüística en Cataluña (in force until 1998), Ley 1/1998, de 7 de enero, de Política Lingüística (Catalonia); Ley 3/1983, de 15 de junio, de normalización lingüística (Galicia); Ley 4/1983, de 23 de noviembre, de uso y enseñanza del valenciano (Valencia); Ley 3/1986, de 19 de abril, de normalización lingüística (Balearic Islands); Ley Foral 18/1986, de 15 de diciembre, del vascuence (Navarre).
- ²² cf. Ley 1/1998, de 7 de enero, de Política Lingüística, Art. 26.
- ²³ Special thanks are due to Maria Areny (SEDEC) for her useful comments on this part of my paper. See also, *The Catalan language in education in Spain*, publication of the Mercator European Research Centre on Multilingualism and Language Learning, 2013.
- ²⁴ Decreto Foral 159/1988 de incorporación del vascuence a la enseñanza no universitaria de Navarra.
- ²⁵ Ley 1/1993, de 19 de febrero, de la Escuela Pública Vasca.
- ²⁶ Decreto 127/2012, de 3 de agosto, del Consell, por el que se regula el plurilingüismo en la enseñanza no universitaria en la Comunitat Valenciana.
- ²⁷ A Trilingual Educational Framework (MET) has recently been introduced on an experimental basis in the Basque Country, as well. Cfr. 4th State Periodical Report on the application in Spain of the European Charter for Regional or Minority Languages, 2014, p. 97.
- ²⁸ Educational Law of Catalonia, 12/2009 of 10th July.
- ²⁹ Decreto 79/2010 para el plurilingüismo en la enseñanza no universitaria de Galicia.
- ³⁰ Decreto 15/2013, de 19 de abril, por el cual se regula el tratamiento integrado de las lenguas en los centros docentes no universitarios de las Illes Balears.
- ³¹ 1st State Periodical Report on the application in Spain of the European Charter for Regional or Minority Languages, 2002, p. 25.
- ³² Cfr. Evaluation reports of the Committee of Experts on the application of the ECRML in Spain adopted in 2005, 2008 and 2011.
- ³³ Cfr. Council Conclusion of 13th June 2005 on the official use of additional languages within the Council and possibly other Institutions and bodies of the European Union (2005/C 148/01).
- ³⁴ According to Ager, British official language planning for English started much earlier, with King Alfred's decision in 880 to translate the materials of education into Anglo-Saxon, with the consequence that the Wessex form became the written standard. D. Ager, *Ideology and Image. Britain and Language*, Clevedon, Buffalo, Toronto, Sydney, Multilingual Matters Ltd., 2003, p. 63.
- ³⁵ Reported by R. Morris, *Great Mischief - An Historical Look at Language Legislation in Great-Britain*, in D.A. Kibbee (edited by), *Language Legislation and Linguistic Rights*, Amsterdam and Philadelphia, John Benjamins Publishing Company, 1998, p. 34.
- ³⁶ Ivi, p. 35.
- ³⁷ Ager, *Ideology and Image* cit., p. 64.
- ³⁸ Due to space restrictions and to the lack of legislation pertaining particularly to other minority languages in the United Kingdom, only Welsh, Irish and Scottish Gaelic will be dealt with in this paper.
- ³⁹ M. Stephens, *Linguistic minorities in Western Europe*, Llandysul,

- Gomer Press, 1976, p. 150.
- ⁴⁰ Ivi, p. 151.
- ⁴¹ Reported by K. Jones, S. Eaves, G. Ioan. *Creating a Truly Bilingual Wales: Opportunities for legislating and implementing policy*, p. 11. IAITH, <http://www.iaith.eu/uploads/report_on_welsh_langugae_legislation.pdf>, November 2014.
- ⁴² T. Crowley, *The Politics of Language in Ireland 1362-1922 – A Sourcebook*, London-New York, Routledge, 2000, p. 12.
- ⁴³ T. Crowley, *Wars of Words: The Politics of Language in Ireland 1537-2004*, New York, Oxford University Press, 2005, p. 10.
- ⁴⁴ M. Pintér, *Nyelv és politika Írország történetében*, Veszprém, Pannon Egyetemi Kiadó, 2008, p. 43.
- ⁴⁵ Reported by Crowley, *The Politics of Language* cit., p. 15.
- ⁴⁶ Ivi, pp. 21-23.
- ⁴⁷ An Act for the Erection of Free Schools. Ivi, p. 27.
- ⁴⁸ Cfr. Crowley, *Wars of Words* cit., pp. 9-19.
- ⁴⁹ R. Dunbar, *Language Legislation and Language Rights in the United Kingdom*, in «European Yearbook of Minority Issues» n. 3, 2002, p. 101.
- ⁵⁰ K. Glazer, *Minority Languages and Cultural Diversity in Europe: Gaelic and Sorbian Perspectives*, Clevedon, Buffalo, Toronto, Multilingual Matters Ltd., 2007, p. 65. Note that until the late 15th century the Gaelic language was known in Scots (then known as *Inglis*) as *Scottis*, and in English as *Scottish*. From around the early 16th century, Scots speakers gave the Gaelic language the name *Erse* (Irish), and thereafter it was the Middle English dialects spoken within the Kingdom of Scotland, that they referred to as *Scottis* (Scots). M. Stephens, *Linguistic minorities* cit., p. 58.
- ⁵¹ Morris, *Great Mischiefs* cit., pp. 32-35.
- ⁵² Unless indicated otherwise, the source of legislative acts in this chapter is: <www.legislation.gov.uk> (November 2014).
- ⁵³ Dunbar, *Language Legislation* cit., pp. 96-97.
- ⁵⁴ Á. Hyland, K. Milne (edited by), *Irish Educational Documents*, Dublin, Church of Ireland College of Education, 1987, vol. 1, pp. 98-136.
- ⁵⁵ Stephens, *Linguistic minorities* cit., pp. 184-186.
- ⁵⁶ Morris, *Great Mischiefs* cit., p. 45.
- ⁵⁷ Stephens, *Linguistic minorities* cit., pp. 175-176.
- ⁵⁸ R. Dunbar, *International Comparisons: Celtic Cousins – Language Legislation for Welsh and Scottish Gaelic*, pp. 3-4. <http://www.cba.org/cba/dublin2009/pdf/Dunbar_Dublin%20Presentation%20Wales%20and%20Scotland%2017%2008%2009%20FINAL%2013%2008%2009.pdf> (November 2014).
- ⁵⁹ The Guardian, <<http://www.theguardian.com/politics/2012/nov/12/welsh-national-assembly-bill-law>>, November 2014.
- ⁶⁰ Crofters Holdings (Scotland) Act 1886.
- ⁶¹ Small Landholders (Scotland) Act 1911.
- ⁶² Crofters (Scotland) Act 1993; Scottish Land Court Act 1993.
- ⁶³ W. McLeod, *Official Status for Gaelic: Prospects and Problems*, in «Scottish Affairs», n. 21, 1997, pp. 95-118.
- ⁶⁴ H. MacQueen, *Laws and Languages: Some Historical Notes from Scotland*, in «Electronic Journal of Comparative Law» (July 2002), <http://www.ejcl.org/62/art62-2.html#N_17_> (November 2014).
- ⁶⁵ Euromosaic, <<http://www.uoc.edu/euromosaic/web/document/gaelic/an/i1/i1.html>>, November 2014.
- ⁶⁶ Cfr. Rule 7.1. Scottish Parliament, <<http://www.scottish.parliament.uk/parliamentarybusiness/17797.aspx>> (November 2014).
- ⁶⁷ C.F. Huws, *The Welsh Language Act 1993: A Measure of Success?*, in «Language Policy», n. 5, 2006, p. 149.
- ⁶⁸ The *National Plan for Gaelic 2007-2012* focused on «sustaining a vibrant Gaelic language», namely language acquisition, usage, status and corpus. The somewhat broader developmental areas of the *National Plan for Gaelic 2012-2017* include inter alia communities, workplace, arts, media and tourism. The purpose of both plans is «to secure an increase in the number of people learning, speaking, and using Gaelic in Scotland». Bòrd na Gàidhlig, <<http://www.gaidhlig.org.uk/Downloads/National-Plan/National%20Plan%20ofor%20Gaelic.pdf>>; <<http://www.gaidhlig.org.uk/Downloads/National%20Gaelic%20Langauge%20Plan%202012%20-%202017.pdf>> (November 2014).
- ⁶⁹ M.N. Riordáin, *Where did it all go right? The socio-political development of Gaelge as a medium for learning mathematics in Ireland*, in *Published proceedings of Mathematics Education and Society 6th Conference, Berlin, March 2010*, p. 6.
- ⁷⁰ Dunbar, *Language Legislation* cit., pp. 122-123.
- ⁷¹ UK Government, <<http://www.nio.gov.uk/agreement.pdf>> (November 2014).
- ⁷² UK Government, <<https://www.gov.uk/government/publications/the-st-andrews-agreement-october-2006>> (November 2014).
- ⁷³ Cfr. Evaluation reports of the Committee of Experts on the application of the ECRML in the United Kingdom adopted in 2010 and 2014.
- ⁷⁴ This chapter is based on the author's paper: *The history of linguistic legislation in France*, in «Journal of European History of Law», n. 2, 2013, pp. 137-143. All legislation cited in this chapter – unless indicated otherwise – is available at the electronic database of the French Government: <<http://www.legifrance.gouv.fr/>> (November 2014).
- ⁷⁵ Académie française, <<http://www.academie-francaise.fr/la-langue-francaise/le-francais-aujourd-hui>> (November 2014). Note that public administration was not separated from the administra-

- tion of justice at the time.
- ⁷⁶ D.A. Bell, *Lingua Populi, Lingua Dei: Language, Religion, and the Origins of French Revolutionary Nationalism*, in «The American Historical Review», n. 5, 1995, p. 1410.
- ⁷⁷ A. Judge, *French as a Tool for Colonialism: Aims and Consequences*, Institute of European Studies, UC Berkeley, 2005, pp. 3-4. <<http://www.escholarship.org/uc/item/6t22342r>> (November 2014).
- ⁷⁸ Schiffman, Harold F., *Linguistic Culture and Language Policy*, Routledge, New York, 1996, p. 101.
- ⁷⁹ J.E. Jacob, D.C. Gordon, *Language Policy in France*, in W.R. Beer, J.E. Jacob (edited by), *Language Policy and National Unity*, New Jersey, Rowman and Allanheld, 1985, pp. 113-114.
- ⁸⁰ Bell, *Lingua Populi* cit., pp. 1405-1406, 1415-1416.
- ⁸¹ Décret relatif à l'organisation de l'instruction publique et à la distribution des premières écoles dans les communes, in J.B. Duvergier (edited by), *Collection complète des lois, décrets, ordonnances, réglemens, et avis du Conseil-d'État. Tome sixième*, Paris, 1825, pp. 299-300.
- ⁸² Rapport du Comité de salut public sur les idiômes. L'aménagement linguistique dans le monde, <<http://www.axl.cefan.ulaval.ca/francophonie/barere-rapport.htm>> (November 2014).
- ⁸³ Décret qui ordonne l'établissement d'instituteurs de langue française dans les campagnes de plusieurs départements dont les habitans parlent divers idiômes, in Duvergier, *Collection complète* cit., *Tome septième*, Paris, 1834, p. 19.
- ⁸⁴ Décret portant qu'à compter de jour de sa publication, nul acte public ne pourra, dans quelque partie que ce soit du territoire français, être écrit qu'en langue française, Ivi, p. 225.
- ⁸⁵ Décret relatif aux écoles primaires, Chapitre IV, Art. 3. Ivi, p. 411.
- ⁸⁶ Schiffman, *Linguistic Culture* cit., pp. 113-114.
- ⁸⁷ K. Ortutay, *A franciaországi kisebbségi nyelvek a hatalom árnyékában*, Budapest, Gondolat Kiadó, 2011, pp. 32-35.
- ⁸⁸ Loi sur l'instruction primaire, Chapitre I, Art. 1., in Duvergier, *Collection complète* cit., *Tome trente-troisième*, Paris, 1842, p. 191.
- ⁸⁹ P. Vigier, *Diffusion d'une langue nationale et résistance des patois en France au XIX^e siècle*, in «Romanisme», n. 25, 1979, p. 196.
- ⁹⁰ Jacob, Gordon, *Language Policy* cit., pp. 114-115.
- ⁹¹ For further information on the activities of Ferry, see Cs. Herger, *Polgári állam és egyházi autonómia a 19. században*, Habsburg történeti monográfiák 10, Budapest, 2010, p. 41.
- ⁹² Arrêté du 7 juin 1880, Art. 14., in «Journal des Instituteurs», Dimanche 23 janvier 1881. <http://www.ape-louisgardes.org/occitan/INRP_JDI_18810123_FA.pdf> (November 2014).
- ⁹³ Jacob, Gordon, *Language Policy* cit., p. 121.
- ⁹⁴ Décret n. 74-33 du 16 janvier 1974 relative à l'enseignement des langues et dialectes locaux.
- ⁹⁵ Loi n. 75-620 du 11 juillet 1975 relative à l'éducation, Art. 12.
- ⁹⁶ Circulaire n. 82-261 du 21 juin 1982.
- ⁹⁷ V. Rogers, W. McLeod, *Autochthonous minority languages in public-sector primary education: Bilingual policies and politics in Brittany and Scotland*, in «Linguistics and Education», n. 17, 2006, pp. 354-355.
- ⁹⁸ Code de l'éducation, Art. L312-10-11.
- ⁹⁹ Loi n. 75-1349 du 31 décembre 1975 relative à l'emploi de la langue française.
- ¹⁰⁰ Loi constitutionnelle n. 92-554 du 25 juin 1992 ajoutant à la Constitution un titre "Des Communautés européennes et de l'Union européenne".
- ¹⁰¹ Loi n. 94-665 du 4 août 1994 relative à l'emploi de la langue française.
- ¹⁰² Decision 99-412 DC of 15th June 1999 (European Charter for Regional or Minority Languages), para. 10-11.
- ¹⁰³ Loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la Ve République.
- ¹⁰⁴ Décision n. 2011-130 QPC du 20 mai 2011: Mme Cécile L. et autres (Langues régionales), para. 3.
- ¹⁰⁵ Hans-Jörg, *Reconciling Diversity and Unity* cit., p. 168.
- ¹⁰⁶ Cfr. Loi n. 2002-92 du 22 janvier 2002 relative à la Corse.
- ¹⁰⁷ As for the comparison of Welsh, Scottish Gaelic and Irish, see the author's paper: *Policies and legislation on autochthonous languages in the United Kingdom*, in *Studia Iuridica Auctoritate Universitatis Pécs Publicata*, No. 151, Essays of Faculty of Law University of Pécs Yearbook of 2013, University of Law, Faculty of Pécs, 2013, p. 149.

Seven Categories of Constitutional Critical Judging: An Interpretation of Nordic Case-Law

MARTIN SUNNQVIST

Introduction: The origins of judicial review of legislation in the Nordic countries

This article is based on my dissertation *Constitutional Critical Judging. The Change in the Attitudes of Nordic Judges During Two Centuries*¹, published in Swedish in 2014. In the dissertation, I give a broad overview of the change in attitudes of Nordic judges, and the difference in attitudes between the Nordic countries, towards constitutional critical judging – i.e. judicial review of legislation, and interpretation of legislation in conformity with constitutional and other superior norms. In the Nordic countries, there are no constitutional courts, so all judges can engage in constitutional issues. The dissertation employs a comparative legal historical method and relates the Nordic legal development, as regards Denmark, Finland, Norway and Sweden, to European and American legal cultures and contexts. In this article, which is mainly limited to Sweden, Denmark and Norway², I take a

more narrow view on whether different constitutional rights have been and should be divided into different categories, and, if so, how these different categories of constitutional norms should be organised.

New constitutions were adopted in Sweden in 1809, in Norway in 1814 and in Denmark in 1849³. In Sweden, the constitutional change was a result of a *coup d'état* against Gustavus IV Adolphus, and the constitution (*regeringsform*) of 1809 could be described as a mix between historical experiences and the idea of separation of powers⁴. In Norway, a popular assembly was convened in the power vacuum between Danish and Swedish rule, and the constitution (*grundlov*) was based on the idea of separation of powers and specified fundamental rights of the citizen⁵. In Denmark, the absolute King Christian VIII convened a constitutional assembly, and also this constitution (*grundlov*) was based on the idea of separation of powers and specified fundamental rights of the citizen⁶.

An important commonality between the Nordic constitutions of 1809, 1814 and 1849 was that there was no explicit rule about judicial review of legislation. An important difference between them was that two of the new constitutions (the Swedish and Danish) regulated existing states, while one (the Norwegian) became an important symbol of a newly created state. A difference between the Norwegian and the Danish constitutions on the one hand and the Swedish on the other was that rights and freedoms were made much clearer, as was the division of powers into the legislative, executive and judicial branches, in Norway and Denmark.

In Norway, there was a series of seven judgments by the Supreme Court handed down over the period from 1822 to 1866 which, in summary, protected established positions on the basis of non-retroactivity, protection of property rights and – where appropriate – the protection of state officials. In the 1866 case⁷, the Chief Justice of the Supreme Court, P. C. Lasson, made clear in his opinion that the courts in a case of conflict between norms had to prefer the constitution before statute laws. The argument resembles that of Chief Justice Marshall in the famous *Marbury v. Madison* judgment⁸. There were no similar judgments in Sweden and Denmark at the time, but judicial review and the superiority of the constitution over statutes was discussed in all three countries.

It can be said that, at this time, American legal thinking through the writings of Tocqueville and Joseph Story was influential in all three countries. This influence, however, was much stronger in Norway than in Sweden and Denmark. In Sweden and Denmark, the German way of seeing

the state as an organism according to the monarchical principle and then as a juristic person (*der staatsrechtliche Positivismus*)⁹ attracted more attention. The branches of government were united in the king and the constitution was not for the courts of law to apply. This indicates that separation of powers and supremacy of the constitution were much more important in Norway than in the other two countries. Norway thus differed from Denmark and Sweden in respect of the interaction of legal doctrine, case-law, and the legitimization of judicial review through references to American law.

An important Norwegian proponent for judicial review was professor T. H. Aschehoug. Even if professor Henning Matzen was an important Danish proponent for judicial review at the same time, and professor Hugo Blomberg had a somewhat similar role in Sweden, judicial review did not gain acceptance in those two countries as in Norway. In a case decided in 1890, the justices of the Norwegian Supreme Court let their interpretation of the prohibition of ex post facto legislation prevail over that of the legislator and thus exercised judicial review¹⁰. Even if there were other cases, in which the Norwegian justices showed more restraint, they had indicated that they did not refrain from interpreting and applying the Constitution when that was required. In a case in 1918, the Norwegian Supreme Court reaffirmed its right to set aside unconstitutional statutes but gave more room for the legislator to interpret the constitution¹¹.

In the 1920s and 1930s the approaches in the Nordic countries showed signs of convergence: In Sweden, the Supreme Court declared that it could review the constitutionality of ordinances, but did so with

great restraint¹². In Denmark, the Supreme Court declared that it could try the constitutionality of statutes, but did so with great restraint. The Danish Supreme Court found that it was not established, "with the certainty, which is to be required"¹³, that a statute was contrary to the constitution. Thus, even though Swedish and Danish courts (which started to show a greater interest for constitutional matters) and Norwegian courts (which started to give more room for the legislator to interpret the constitution) moved in opposite directions, they met in the middle in the common position that they could exercise constitutional critical judging but only with great restraint. It took until 1964, before the Swedish Supreme Court declared that it could review the constitutionality of statutes, not only ordinances (and it did so with great restraint)¹⁴. Both the existence of judicial review and the restraint with which it was to be applied were codified in the Swedish constitution in 1980: A court, and also other state authorities, should not apply a norm that was contrary to the constitution. If the norm was a statute law enacted by parliament or an ordinance enacted by the government, it should be set aside only if the contradiction was obvious¹⁵.

This situation from the 1920s and 1930s remained stable until the 1970s, with one exception: the right of the Norwegian Supreme Court to exercise judicial review was questioned by the Nazi occupation regime in Norway during the Second World War, and that moved the court to resist the occupation. Apart from that, the Norwegian Supreme Court just like the Swedish and Danish counterparts held a low profile. In the landmark "Kløfta" case Rt. 1976 p. 1, however, the Norwegian Supreme Court re-es-

tablished judicial review of legislation. In the 1990s and the 2000s, the Norwegian Supreme Court has taken more and more steps towards reserving the final interpretation of the constitution for the judiciary. The Norwegian Supreme Court has also, earlier than the Supreme Courts in the other Nordic countries, positioned itself on an international legal arena through application of the ECHR¹⁶ and the UN Convention of Human Rights¹⁷. There is a link in the Norwegian judicial culture from the adoption of the constitution and from the early cases of the nineteenth century through the cases of 1866, 1890 and 1918 and through the resistance under the Second World War up to Rt. 1976 p. 1 and the case law of the 1990s and 2000s.

In Denmark and Sweden, the development towards constitutional critical judging took more time. However, in the case UfR 1999 p. 841, the Danish Supreme Court found that a statute enacted by parliament in reality was to be seen as a judgment, since it settled a legal dispute, and declared it void since it was in conflict with the separation of powers and the right to access to court. In two cases in 2005, the Swedish Supreme Court set aside a partially unconstitutional ordinance¹⁸ and interpreted a statute so that it would be in conformity with how the Supreme Court predicted that the European Court of Human Rights would decide the case¹⁹. These cases have been followed by more, in which the supreme courts have elaborated constitutional judging. In the following, I will discuss some of these cases further.

The development of differentiated standards of review

In an article in 1921, Danish Supreme Court Justice Eyvind Olrik discussed what the Supreme Court had meant when it had declared that it could review the constitutionality of statutes but had required that the unconstitutionality could be established with "certainty"²⁰. According to Olrik, it was important to note that the case had dealt with the question whether an individual had got full compensation according to the constitution in a case of expropriation. In a case regarding other constitutional rights than the right to property, such as the freedom of religion, press, association and the protection against detention and searches of the house, the court had reason to be more active in its constitutional control. The precision of the wording of the constitution was one aspect, but also the attitudes of judges to the importance of different constitutional rules²¹.

Olrik's view was not discussed or developed further. Fifty years later, however, the discussion was brought up in Denmark again. Then Peter Germer drew the attention to the fact that the freedom of expression had a "preferred position" according to U.S. constitutional thinking. He argued, in a similar way as Olrik, that such a view in Denmark would be compatible with the less active judicial review in expropriation cases. A more active judicial review in cases regarding the protection of fundamental political rights, securing democratic decision-making, could be more legitimate²². It took time before Peter Germer's view started to be accepted in Denmark²³. At the same time as Germer wrote, a similar discussion started in Norway, where Carsten

Smith put forward the same arguments as Germer²⁴.

In the already mentioned case from the Norwegian Supreme Court Rt. 1976 p. 1, judicial review of the constitutionality of legislation was divided into three categories. (1) Constitutional rules about the freedom and security of the individual should be supervised most strictly by the courts. In such cases, the constitution should be brought to effect. (2) The economic rights of the individual should be in an intermediate position. The courts should in such cases show restraint with setting statutes aside. (3) The relationship between the other branches of government should be supervised least strictly. The courts should in such cases respect delegations made by parliament to the government and the authorities. The restrained attitude in category (3) had been established already in a case from 1952²⁵. This categorization has since been reaffirmed on different occasions²⁶.

When the Swedish constitution was amended again in 2010, the rule that a statute law or an ordinance should be set aside only if the contradiction was obvious, was replaced by a new rule. Instead, the constitution requires judges to consider that parliament is the premier representation of the people and that the constitution precedes statutes²⁷. The second is a classic argument for judicial review, the first is an argument for judicial restraint, at least if one does not consider that parliament is stronger as a representation of the people when it gives constitutional laws than statutes. It was suggested in the *travaux préparatoires* that central parts of the constitutionally guaranteed rights and freedoms should be supervised more strictly by the courts than other constitutional norms, such as rules about

the internal affairs of the other branches of government. On the other hand, it was also said that judicial review should not differ as regarded degree and extent depending on which constitutional norm that was at stake²⁸. These statements leave the issue unsettled.

Although each of these examples is primarily relevant for only the jurisdiction in which it occurred, the way of reasoning could be transferred to the others. Most importantly, similar ways of reasoning have been suggested in all three jurisdictions, and they can be developed. The case Rt. 1976 p. 1 is a useful point of departure, and it is echoed in the Swedish statement in 2010 that constitutional rights and freedoms should be supervised more strictly by the courts than other constitutional norms. The focus, however, is on material rather than procedural rights, but the procedural rights are important since they give the means of acquiring the material rights. Thus, an increased focus on procedural rights can be noticed²⁹. In the following, I suggest that *three categories of procedural rights* take precedence over the three categories of material rights of the case Rt. 1976 p. 1. The three categories of that case should, in my view, be divided further into *four categories of material rights*. I will in the following give some examples of cases which show the differences between these seven categories.

1. *The responsibility of the judge for the functioning of the judicial procedure*

The right to a fair trial has a long history in the Nordic countries. However, this right

has not had the form of a constitutional guarantee, but has been a part of the judicial oaths, judicial rules and procedural legislation. Thus, Swedish judges have since the middle ages as a part of their oaths sworn that they should not consider several enumerated irrelevant circumstances but act independently and impartially³⁰. The oaths of Danish and Norwegian judges were similar. In Norway, the oath is replaced by a written affirmation, but in Denmark the oath is abolished.

In connection with art. 6 ECHR, the European Court of Human Rights has repeatedly stressed that justice must not only be done, it must also be seen to be done³¹. The Danish lawyer Carl Ussing argued in 1899 that the appearance of justice was important, since it influenced the judging of the judge³². This is a thought that, under the influence of art. 6 ECHR, has affected Nordic courts. To give some examples: The right to cross-examine witnesses³³, the right to an oral hearing³⁴, the right to get reasons for decisions³⁵, the right to get all relevant issues tried even if it was outside the normal scope of the type of proceedings³⁶, are all issues where the higher courts during the last three decades have tightened the constitutional control of the lower courts and of themselves.

Norwegian and Danish courts have in some cases made clear that the use of temporary judges should be made with care, so that the independence of the judiciary could not be questioned³⁷. The Finnish Supreme Court has in a recent case opened a possibility for a judge to appeal a dismissal, because of the independence of the judiciary³⁸. The Norwegian and Danish courts have made similar strict assessments as regards the impartiality of judges³⁹. In 2014,



Norwegian Constitutional Assembly, 1814

the Swedish Supreme Court finally settled a much debated issue and found that a prosecutor on leave from the Prosecution Authority cannot sit as a judge in a criminal case. This is because the prosecutor in his or her office represents an interest opposed to the defendant, and then justice is not seen to be done⁴⁰.

The Nordic Supreme Courts have in the last decades repeatedly scrutinized the independence and impartiality of the judiciary. They have done so – under the influence of the case law of the European Court of Human Rights – more and more strictly. This indicates that the responsibility of the judge for the functioning of the judicial procedure is the category of cases where the Supreme Courts act with the least degree of

restraint. The old principles of impartial and independent judging have, through the influence of art. 6 ECHR, been constitutionalised.

2. The responsibility of the judge for access to judicial procedure

The Nordic countries differ in the way appeals against decisions of state authorities are handled. In Sweden, there is an organisation of administrative courts, but in Denmark and Norway such cases are brought before the general courts. In Sweden, there was until quite recently a complicated system where some types of decisions from the

state authorities could not be appealed, and other could be appealed to the government. The system was confusing, and had been so for considerable time. Professor Nils Herlitz wrote in 1941 that there was “a confusing variety of special rules”, not based on any general principles; in sum, law had not developed on a principled level in this area since 1809⁴¹. In a case in 1994, the Supreme Court found that an individual had the right to access to court in a case regarding payment of state subsidies but that it would be more suitable for the Supreme Administrative Court to try the case⁴². When the case came to the Supreme Administrative Court, it found that there was no right to access to court in the type of case⁴³. At this time, the types of cases that the administrative courts should try were enumerated in statute law. Some years later, however, the Supreme Administrative Court accepted the model that the Supreme Court had invented and accepted appeals in administrative cases beyond the ones enumerated in law, if art. 6 ECHR so required⁴⁴.

In the landmark “Tvind” case, UfR 1999 p. 841, the Danish Supreme Court set aside a statute which was in reality a judgment by parliament in a dispute between the state and a private subject. Such a statute was contrary to the separation of powers and the right to access to court.

The Norwegian courts have on an earlier stage been more inclined to control that appeals could be made and the constitutionality of laws tried⁴⁵. The Danish Supreme Court has accepted to hear cases about the constitutionality of the Danish accession to the Maastricht and Lisbon treaties⁴⁶. These, however rather different types of cases, suggest that the courts exercise a considerable review of the access to court.

The Swedish Supreme Court did, however, not accept to hear a case about the constitutionality of a law in advance; the remaining option for the party was to break the law and later in a criminal trial get an assessment of the issue whether a statute was contrary to EU law⁴⁷.

Another aspect relevant here is the opposite to access to court: the right to get only one trial in which all relevant issues are tried. The principles of *res judicata* (*ne bis in idem*) and *lis pendens* are established in law and mean that a settled case cannot be begun again and that two cases about the same legal matter cannot be brought at the same time. What is new is that the definition of the same legal matter has changed. What was in Sweden and Norway understood as different legal matters, one criminal and one administrative, have in some contexts come to be considered as the same legal matter. After the Zolotukhin and Routsalainen judgments of the European Court of Human Rights⁴⁸, the Swedish system with a tax surcharge in administrative proceedings and a punishment in criminal proceedings was seriously in question. The Supreme Court and the Supreme Administrative Court upheld the system, however⁴⁹. After the judgment of the EU Court in the Åkerberg Fransson case⁵⁰, the Supreme Court and the Supreme Administrative Court overruled their earlier judgments and accepted that a final tax surcharge or a pending case about a tax surcharge stopped criminal proceedings and vice versa⁵¹. This standpoint got retroactive effect back to the Zolotuhkin judgment⁵².

The latest development in Sweden suggests that the issues about not allowing several proceedings in the same legal matter are also supervised strictly by the courts.

3. *The responsibility of the judge for legality*

According to the case Rt. 1976 p. 1, in which the Norwegian Supreme Court defined the three categories, the relationship between the other branches of government should be supervised least strictly and took place in the third group. This type of cases, however, can be further divided into two sub-groups. There is a difference between the relationship between the other branches of government as such, and the relationship between the other branches of government when it affects the legal certainty of an individual. Delegated legislation can affect the freedom and security of the individual, and then the constitutionality should be supervised more strictly.

One important issue has, thus, been whether a norm has been issued by a competent authority and on the correct level in the hierarchy of norms. In such cases, there are examples from Denmark and Sweden of a strict exercise of judicial review⁵³. There have also been cases where infringements in the rights of an individual have not been accepted because necessary legislation has been missing⁵⁴. In the important Swedish case NJA 2005 p. 33, an imprecise way of writing a statute was corrected in conformity with the constitution, which meant that an individual did not have to pay a type of fee. In Norway, there have been many cases about the general constitutional prohibition of *ex post facto* legislation. In such cases, a statute is valid for the future but cannot be applied before its entry into force, even if the legislator wanted so. In such cases, the Norwegian Supreme Court has exercised judicial review strictly⁵⁵. There are also such examples from Sweden⁵⁶. In times of crisis, the courts have accepted norms is-

sued on a level which would not have been accepted under normal circumstances⁵⁷.

This is another type of judicial review than the ordinary, in which the question is whether a statute is materially compatible with or contrary to the constitution. In the cases relevant now, the courts ask whether the statute has enough formal support in the constitution.

4. *The protection of the judge for fundamental rights and freedoms, and the balancing of these rights and freedoms*

In the case Rt. 1976 p. 1, the Norwegian Supreme Court placed the freedom and security of the individual in the first category, where the constitutionality of statutes should be supervised most strictly by the courts. The court did not specify what rights and freedoms it considered, even though the wording seems to refer to art. 5 ECHR. Also the freedom of movement, speech, religion and assembly and the protection of the home and private life come to mind. In 1973, Peter Germer had in Denmark referred to the freedom of expression and other freedoms necessary in a democratic society as having a preferred position⁵⁸. Discussing judicial review of legislation as a "counter-majoritarian force"⁵⁹ is not fully accurate in this context, since judicial review protects the possibility of forming new majorities. Freedom of assembly, expression, and association were discussed in terms of necessary prerequisites for democracy in a Danish case from 1999⁶⁰. Freedom of religion was protected in one Danish case as early as 1899⁶¹.

The freedom of expression was originally a freedom towards the state, and it has become wider and wider during the twentieth century⁶². The state is in the Nordic countries no longer sensitive in these matters for its own sake, but it has to go to action when other individuals are affected severely. One example is the prohibition of utterances disparaging ethnic and other groups. In a series of cases beginning with NJA 2005 p. 805, the Swedish Supreme Court widened the freedom of expression and limited the prohibition of utterances disparaging ethnic and other groups so that it is now restricted to 'hate speech'⁶³. This is a type of cases that has also occurred in Norwegian and Danish courts⁶⁴.

The strongly protected rights and freedoms in this category also meet other interests that have to be taken into account. The protection of privacy limits the freedom of expression, not only in the case-law of the European Court of Human Rights⁶⁵, but also in older and newer Nordic cases⁶⁶. The protection of family life must be weighed against the principle of the best interest of the child⁶⁷. In this type of cases, where assessments of proportionality and/or balancing must be done⁶⁸, there is a need for clarifying case-law from both the European Court of Human Rights and the national supreme courts.

5. *The protection of the judge for economic rights, and the balancing of these rights*

In the case Rt. 1976 p. 1, the Norwegian Supreme Court placed the economic rights in the second category, where the courts should show restraint with setting statutes



Declaration of the Norwegian constitution

aside as unconstitutional. In this type of cases, a general interest of planning or using land is often in opposition to the right of an individual to the protection of ownership of property.

Controversial cases in Denmark in the early 1920s concerned a land reform⁶⁹, and the last of these cases was the one in which the Supreme Court required "certainty" for finding that a law was unconstitutional⁷⁰. Also in Norway cases that have been controversial have dealt with issues regarding private ownership and the access of public interests to land⁷¹. There are not so many examples in Swedish case-law⁷² but the type of issue has been politically controversial and also led to the case in which Swedish authorities first realised the impact of the ECHR⁷³. The main issue in these cases has been whether the compensation offered by

the state for expropriation or similar measures has met the full market value and/or all the costs and inconveniences caused.

If the protection for fundamental rights and freedoms in category 4 above secures that the political process can function, the rights in this category relate to the outcome of that process. In Norway, the constitutional prohibition of *ex post facto* legislation has often been related to economic rights in the sense that established economic positions under certain circumstances have been protected against infringements⁷⁴. Something similar can be said about some Swedish cases, even if the prohibition of *ex post facto* legislation was a legal principle not taken into the constitution and could be set aside through statute law but not through lower types of norms⁷⁵.

6. *The protection of the judge for other types of rights*

There are two Norwegian cases, in which the rights to certain welfare benefits, such as pensions, were invoked as rights that could not be withdrawn. The Supreme Court meant that there was an element of promise as regarded future benefits, but also the reservation that the benefits depended on the availability of means to pay them⁷⁶. A difference has to be made between contractual relationships, e.g. insurances, and state benefits. In these two cases, the Supreme Court accepted the view of the government.

Another case where the Norwegian Supreme Court accepted the view of the government regarded the cultural rights of the Sami population⁷⁷. There is reason to be-

lieve, that the rights in the two types of cases mentioned in this category are vague and lack strong constitutional support, and the effect of that is that constitutional critical judging is less strict.

7. *The supervision of the judge of the relations between the other two branches of government*

In the case Rt. 1976 p. 1, the Norwegian Supreme Court placed the relationship between the other branches of government in the third and last category, and the court should supervise such issues least strictly. This goes back to a case from 1952⁷⁸. I have referred the relationship between the other branches of government, when it affects the legal certainty of an individual, to the third category above. What remains is, however, the relationship between the other branches of government when it does not affect the legal certainty of an individual. Such are cases where the power to make norms or decisions or distribute money is delegated from parliament to the government, an authority, or an international organisation, and the rights of individuals are not affected directly enough.

The Danish Supreme Court accepted to hear the cases about the constitutionality of the Danish accession to the Maastricht and Lisbon treaties and thus gave access to court⁷⁹. The reason for this was that the accession of the treaties meant that legislative power would be transferred in many areas to European institutions, and therefore representatives of the general public had a legitimate interest in getting the constitutionality of the transfers tried. When the Supreme Court tried the transfers as such, it

found that the government had acceded the treaties in a constitutionally correct way⁸⁰. It seems that the court did not make a very strict review in the determination of this issue. The difference in attitudes is made even clearer if one considers a statement of the Supreme Court that it would not accept EU law which was outside the scope of the sovereign powers that were transferred and thus unconstitutional⁸¹, something which refers to situations where the EU institutions clearly act *ultra vires* or against fundamental rights according to especially categories 1-4 above.

Concluding remarks

In a short article like this, I have not been able to deal in detail with the historical development and the relevant cases. I hope, however, that I have been able to show that constitutional critical judging has roots far back in the nineteenth century in Norway and that it developed more slowly in Denmark and Sweden. I also hope that I have been able to show that the supreme courts in all three countries during the last decades have dealt extensively with constitutional questions. Even if the picture is not fully clear, there is reason to believe that the structure of seven categories that I have developed gives a fairly accurate overview of the state of the law.

What is also interesting in a European context is two further peculiarities. In Norway, Sweden and Denmark, there are no constitutional courts. This means that the constitutional issues are decided in close connection to the other legal issues in the case. The supreme courts have also

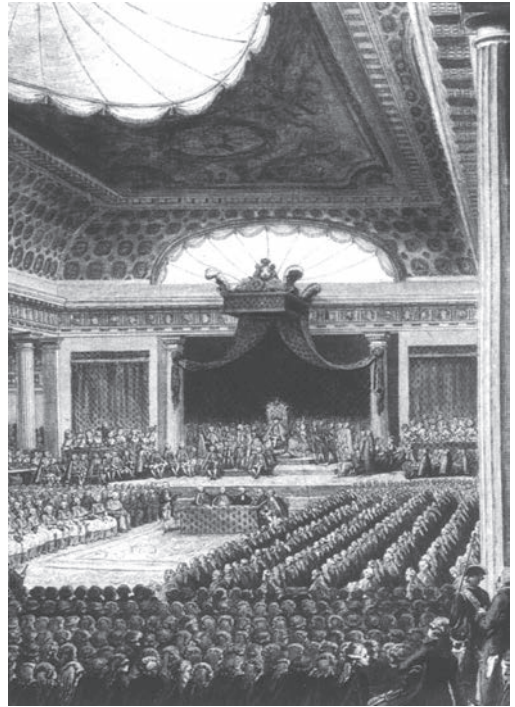
been rather inclined to see similar rights and freedoms in the national constitution and the ECHR in a unifying context. In NJA 2005 p. 805, the Swedish Supreme Court assessed the compatibility of statute law with first the Swedish constitution, then the ECHR and then the case-law of the European Court of Human Rights. Soon afterwards, the Supreme Court started to read the freedom of expression in the constitution and the ECHR together⁸². In Denmark, however, there is certain reluctance in doing so, since the constitution is exceptionally difficult to amend, and therefore it is more important there to interpret the constitution and the ECHR separately⁸³.

What we will see in the near future is undoubtedly that the ECHR and the national courts – and the ECJ as regards the European Charter of Human Rights – continue developing case-law on this area. There is a need for further clarifications about the interpretation of these documents and about how opposing rights, freedoms and principles should be balanced.

- ¹ M. Sunnqvist, *Konstitutionellt kritiskt dömande. Förändringen av nordiska domares attityder under två sekel*, Stockholm, Institutet för rättshistorisk forskning, 2014. In this article, I refer to the most important sources used in the dissertation, but many more references can be found there.
- ² Finland is excluded, since – although Finnish judges were independent and resisted the attempts of Russia to legislate in unconstitutional ways at the very beginning of the twentieth century – judicial review of legislation has not been applied in Finland during most of the twentieth century.
- ³ Finland, hitherto a part of Sweden, was established as a Grand Duchy under Russian rule in 1809 and kept the Swedish constitutional laws: the instrument of government (regeringsform) of 1772 and the union and security act (förenings- och säkerhetsakt) of 1789.
- ⁴ E. Rönström, *Forskardebatten kring 1809 års regeringsform. Till frågan om grundlagens härkomst in Statsvetenskaplig tidskrift*, 1997, pp. 448–467 and S. Björklund (edited by), *Kring 1809. Om regeringsformens tillkomst*, Stockholm, W&W, 1965.
- ⁵ E. Holmøyvik, *Maktfordeling og 1814*, Bergen, Fagbokforlaget, 2012.
- ⁶ P. Engelstoft, *Den grundlovgivende rigsforsamling in Den danske riksdag 1849-1949*, vol. 1, Copenhagen, J. H. Schultz Forlag, 1949.
- ⁷ Judgment 1st November 1866 in *Ugeblad for Lovkyndighed*, vol. VI, pp. 165–173.
- ⁸ E. Smith, *Høyesterett og Folkestyret*, Oslo, Universitetsforlaget, 1993, pp. 148–150.
- ⁹ M. Stolleis, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, 1800–1914, München, Beck, 1992, vol. 2, pp. 102–109, 276–278; N. Herrmann, *Entstehung, Legitimation und Zukunft der konkreten Normenkontrolle im modernen Verfassungsstaat*, Berlin, Duncker & Humblot, 2001.
- ¹⁰ Rt. [Retstidende] 1890, p. 455.
- ¹¹ Rt. 1918 I, p. 401.
- ¹² NJA [Nytt juridisk arkiv] 1934, p. 515. Cf. also NJA 1928, p. 88 and p. 125.
- ¹³ Ufr [Ugeskrift for Retsvæsen] 1921, p. 644. Cf. also Ufr 1921, p. 148, p. 153 and p. 168.
- ¹⁴ NJA 1964, p. 471.
- ¹⁵ Ch. 11 § 14 Instrument of government (regeringsform) of 1974 as amended in 1980.
- ¹⁶ Rt. 1984 p. 1175. The ECHR was incorporated into Danish law in 1992, into Swedish law in 1995 and into Norwegian law in 1999, but the states had acceded the treaty in the 1950s.
- ¹⁷ Rt. 2008 p. 1764 and 2009, p. 1118.
- ¹⁸ NJA 2005 s. 33.
- ¹⁹ NJA 2005, p. 805.
- ²⁰ Ufr 1921, p. 644.
- ²¹ E. Olrik, *Domstolene og Loves Grundlovsmæssighed*, in «Tidsskrift for Retsvidenskab», 1921, pp. 217–228.
- ²² P. Germer, *Ytringsfrihedens væsen*, Copenhagen, Juristforbundet, 1973.
- ²³ R. Helgadóttir, *The Influence of American Theories on Judicial Review in Nordic Constitutional Law*, Leiden-Boston, Martinus Nijhoff, 2006, pp. 179–181.
- ²⁴ C. Smith, *Domstolene og rettsutviklingen, i Lov og Rett*, 1975, pp. 300–302.
- ²⁵ Rt. 1952, p. 1089.
- ²⁶ Rt. 1992, p. 1401, 1996, p. 1415, 2007, p. 1281, 2010, p. 143 and 2010, p. 535.
- ²⁷ Ch. 11 § 14 Instrument of government of 1974 as amended in 2010.
- ²⁸ Proposition to the parliament 2009/10:80, pp. 147–148.
- ²⁹ See, as regards the beginning of this tendency 20 years ago, Smith, *Høyesterett* cit., p. 241.
- ³⁰ See now Ch. 4 § 11 Code of Judicial Procedure.
- ³¹ See e.g. judgments 17th January 1970 in case 2689/65 Delcourt v. Belgium and 24th May 1989 in case 10486/83 Hauschildt v. Denmark.
- ³² C. Ussing, *Domstolene og den offentlige Mening*, in *Tilskueren*, 1899. See also J.P. Christensen, *Domstolene – den tredje statsmagt*, Copenhagen, Magtutredningen, 2003, p. 71.
- ³³ Ufr 1985, p. 1080, Rt. 1990, p. 312, NJA 1992, p. 532.
- ³⁴ NJA 1988, p. 572.
- ³⁵ Rt. 2008, p. 1764, 2009, p. 750, 2009, p. 1118.
- ³⁶ NJA 1991, p. 188 (cf. as regards earlier case-law NJA 1964, p. 471 and Ufr 1956, p. 211), RÅ [Regeringsrättens årsbok] 1993 ref. 10, Ufr 2008, p. 2394, 2012, p. 2874; and Rt. 1980, p. 52, 1983, p. 1004, 1984, p. 1175, 1991, p. 973.
- ³⁷ Rt. 1995, p. 861, 1997, p. 1987; Ufr 1994, p. 536. Cf. as regards earlier, less strict, case-law Ufr 1935, p. 1.
- ³⁸ HD/KKO [Högsta domstolen/Korkein oikeus] 2004:110.
- ³⁹ Ufr 1990, p. 13 and p. 181; Rt. 1996, p. 261, 2000, p. 1891, 2008, p. 1466.
- ⁴⁰ NJA 2014, p. 482.
- ⁴¹ N. Herlitz, *Allmän domstol och administrativ myndighet*, in «Svensk Juristtidning», 1941, p. 167.
- ⁴² NJA 1994, p. 657.
- ⁴³ RÅ 1995, ref. 58.
- ⁴⁴ RÅ 1997, ref. 65.
- ⁴⁵ Rt. 1958, p. 1290, 1980, p. 52, 1984, p. 1175, 2009, p. 1118.
- ⁴⁶ Ufr 1996, p. 1300, 2011, p. 984. As regards the outcome of these cases, see section 7 below.
- ⁴⁷ NJA 2007, p. 718.
- ⁴⁸ Judgments 10th February 2009 in case 14939/03 Zolotukhin v. Russia and 16th June 2009 in case 13079/03 Ruotsalainen v. Finland.
- ⁴⁹ NJA 2010 p. 168 I–II. See as regards the Norwegian development Rt. 2000, p. 996, 2002, p. 557, 2006, p. 1409, 2010, p. 1121 and the Finnish HD/KKO 2013:59.
- ⁵⁰ Judgment 26th February 2013 in case C-617/10 Åkerberg Fransson.
- ⁵¹ NJA 2013, p. 502, HFD [Högsta förvaltningsdomstolens årsbok] 2013 ref. 71.

Sunnqvist

- ⁵² NJA 2013, p. 746.
- ⁵³ JU [Juridisk ugeskrift] 1855, p. 819, NJA 1885, p. 381, 1996, p. 370.
- ⁵⁴ UFR 1925, p. 277, 1952, p. 11, NJA 1996, p. 370; on the other hand UFR 1952, p. 538, NJA 1961, p. 253 and 1977, p. 288.
- ⁵⁵ Rt. 1841, p. 274, 1952, p. 932, 2010, p. 143.
- ⁵⁶ RÅ 1972 ref. 37 and 1982 ref. 1:74, NJA 2000, p. 132; on the other hand NJA 1986, p. 428.
- ⁵⁷ UFR 1886, p. 1136, 1887, p. 142, 1945, p. 570, Rt. 1945, p. 13, 1945, p. 109, 1946, p. 196.
- ⁵⁸ Germer, *Ytringsfrihedens væsen* cit.
- ⁵⁹ A.M. Bickel, *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*, 2 ed., New Haven, Yale University Press, 1986.
- ⁶⁰ UFR 1999, p. 1798.
- ⁶¹ UFR 1899, p. 46.
- ⁶² Rt. 1958, p. 479, 1990, p. 257, 2007, p. 1807, NJA 1901, p. 280, 1975, p. 589, AD [Arbetsdomstolens domar] 1981 nr 124, UFR 1977 p. 872.
- ⁶³ NJA 2005, p. 833 followed by 2006 p. 467, 2007 p. 805. See M. Sunnqvist, *I gränslandet mellan lagprövning och lagtolkning*, in «Svensk Juristtidning», 2008, s. 645-656.
- ⁶⁴ UFR 1980, p. 1037, 2000, p. 2234; Rt. 1977, p. 114, 1978, p. 1072, 1997, p. 1821, 2012, p. 536.
- ⁶⁵ Judgments 24th June 2004 in case 59320/00 von Hannover v. Germany, and 12th November 2013 in case 5786/08 Söderman v. Sverige.
- ⁶⁶ Rt. 1952, p. 1217, 1990, p. 257, UFR 1997, p. 259 and 2003, p. 2044, NJA 1985, p. 893, 2001, p. 409.
- ⁶⁷ Judgment 26.2.2004 in case 74969/01 Görgülü v. Germany.
- ⁶⁸ See M. Cohen-Eliya, I. Porat, *Proportionality and Constitutional Culture*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013.
- ⁶⁹ UFR 1921, p. 148, p. 153 and p. 168.
- ⁷⁰ UFR 1921, p. 644.
- ⁷¹ Rt. 1918 I, p. 401, 1970, p. 67, 1973, p. 705.
- ⁷² See however NJA 1992, p. 337.
- ⁷³ Judgment 23rd September 1982 in case 7151-7152/75 Sporrong and Lönnroth v. Sweden.
- ⁷⁴ Judgments 10th December 1822 in Brandt, *Samling*, 1855, pp. 132-134, Judgment 1 November 1866 in *Ugeblad for Lovkyndighed*, vol. VI, pp. 165-173, Rt. 1854, p. 97, 1890, p. 455.
- ⁷⁵ NJA 1907, p. 188, 1910, p. 277, 1954, p. 532; RÅ 1943, ref. 30.
- ⁷⁶ Rt. 1996, p. 1415 and 1440.
- ⁷⁷ Rt. 1982, p. 241, similarly in Sweden, NJA 1981, p. 1.
- ⁷⁸ Rt. 1952, p. 1089.
- ⁷⁹ UFR 1996, p. 1300, 2011, p. 984.
- ⁸⁰ UFR 1998, p. 800, 2013, p. 1451.
- ⁸¹ Cf. BVerfGE vol. 73, p. 339 (Solange II). See to similar Swedish law Ch. 10 § 6 instrument of government and Th. Bull. F. Sterzel, *Regeringsformen. En kommentar*, Stockholm, SNS, 2010, p. 253.
- ⁸² See Sunnqvist, *I gränslandet* cit.
- ⁸³ UFR 1999, p. 1798, J.P. Christensen, *Højesteret og statsmagten*, in *Højesteret – 350 år*, Copenhagen, Gyldendal, 2011, pp. 254-257. Cf. also as regards Norway Rt. 2000, p. 996, 2004, p. 1888.



Per un profilo di Antonio Ferracciu, un costituzionalista da rivalutare

SALVATORE MURA

1. *Gli studi giovanili*

Antonio Ferracciu era un costituzionalista particolarmente apprezzato dalla comunità dei giuristi del suo tempo (gli anni che vanno dalla crisi di fine secolo al 1930, anno della sua morte). Antiformalista, convinto che lo studioso del diritto costituzionale dovesse soffermarsi sull'esistente – e quindi sforzarsi di attingere dalla storia, aprirsi allo studio della politica e della società –, preferì esplorare campi nuovi o scavare su quelli allora poco dissodati dalla dottrina italiana, come il diritto di riunione e di associazione, l'inchiesta parlamentare, la consuetudine costituzionale, il Gran consiglio del fascismo. Il contributo che egli offrì al pensiero giuridico italiano merita di essere rivalutato, considerando anche la qualità della sua riflessione propositiva sugli aspetti metodologici del diritto costituzionale¹.

Nato a Calangianus (comune gallese del Nord della Sardegna), il 13 gennaio 1871, Ferracciu compì gli studi giovanili nell'isola. Nel 1893 si laureò in Giurispru-

denza nell'Università di Sassari, discutendo la tesi: *Sguardo sulla genesi e sul carattere del rinnovamento della scienza criminale*². Ma non avrebbe proseguito gli studi di scienza criminale. Si sarebbe orientato, e forse più per sua scelta che su impulso di qualcuno, sul diritto costituzionale. Fu Gaetano Mariotti, studioso di diritto internazionale e rettore dell'Ateneo turritano dal 1889 al 1893, che comprese le doti del giovane Ferracciu e si preoccupò di agevolarne la carriera accademica³. Nella Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Sassari la cattedra di diritto costituzionale era però già ricoperta da Salvatore Bibbiana, professore straordinario collocato da Antonello Mattone tra i docenti locali che non hanno «lasciato titoli scientifici minimamente apprezzabili»⁴.

Ferracciu quindi cominciò i suoi primi passi dentro l'accademia diventando nel 1897 dottore aggregato di diritto internazionale. Sin dalla giovinezza dimostrò un ingegno versatile, che gli avrebbe permesso di affrontare senza disagio indagini di

carattere giuridico con un'attenzione particolare nei confronti dell'evoluzione storica degli istituti e nei riguardi della realtà politico-sociale presente. La Commissione giudicatrice del concorso per professore straordinario alla cattedra di diritto costituzionale nell'Università di Siena – presieduta da Minguzzi, e composta da Morelli, Mosca, Ranelletti e Zanichelli – avrebbe notato nei primi lavori «la chiarezza dell'esposizione, l'ordine ed il buon metodo della trattazione, il quale è un felice temperamento dell'elemento giuridico con quello storico e politico»⁵. La sua originaria concezione del diritto, che avrebbe mantenuto per tutta la vita, si collocava dunque in un quadro complesso, aperto alla contaminazione. In lui, l'approccio giuridico, sempre dominante, conviveva con quello storico, politologico e sociologico.

Nel 1897 diede alle stampe la prima monografia *Intorno alla libertà di riunione e di associazione nello Stato moderno. Saggio di diritto costituzionale*⁶, che doveva facilitargli l'aggregazione alla Facoltà giuridica dell'Ateneo sassarese. Il tema non soltanto era di grande rilevanza scientifica, ma aveva la caratteristica (che poteva diventare, in determinate occasioni accademiche, anche un problema) di essere strettamente legato all'attualità. Ancora più durante la crisi di fine secolo, quando, certo, le manifestazioni, i comizi, le riunioni politiche raccoglievano un'attenzione particolare da parte dell'opinione pubblica e delle istituzioni. Ferracciu, che percepiva la delicatezza della ricerca, dimostrava grande maturità e un'inclinazione alla modestia. In premessa avvertiva il lettore che le sue pretese non erano elevate⁷. In effetti, la sua opera, più che essere una trattazione originale e innovativa, sintetizzava, in una forma sobria

e chiara, il dibattito della dottrina giuridica europea e offriva una rassegna delle legislazioni italiana ed estera relativa alla libertà di riunione e di associazione.

Diviso in due parti, una dedicata principalmente alla dottrina e l'altra soprattutto alla storia parlamentare e alla legislazione, il primo importante lavoro giovanile di Ferracciu era largamente influenzato dalla recente dottrina costituzionale italiana (Arcoleo, Brunialti, Contuzzi, Minguzzi, Orlando, Palma, Arangio-Ruiz, Saredo), anche se non trascurava la letteratura straniera, e in particolare Bluntschli, Brougham, Erskine May, Stein, Worms. Nella prima parte, prevalentemente giuridica, Ferracciu sceglieva di concentrarsi sul fondamento, sulla nozione, sulle forme, sull'indole, sull'importanza e sui limiti della libertà di riunione e di associazione. Nella seconda parte, invece, prevalentemente storico-politica, avviava un ragionamento, peraltro molto, forse troppo schematico e ambizioso, che prendeva le mosse dalla Grecia classica e arrivava al 1894. Interessante la distinzione, che denota la sua propensione classificatoria e comparatistica, tra gli Stati in cui la libertà di riunione e di associazione era intesa in maniera «illimitata» (gli Stati Uniti), quelli in cui vigeva un sistema di restrizioni (Austria, Francia, Germania e Spagna) e quelli ancora dove aveva prevalso un sistema intermedio (Belgio, Inghilterra e Italia).

A proposito del caso italiano, la posizione di Ferracciu era critica, ma poggiava su solide argomentazioni. La legge sulla pubblica sicurezza (n. 6144 del 30 giugno 1889) stabiliva l'obbligo dell'avviso preventivo per le riunioni, e questa era una misura a suo avviso illiberale (tesi comunque prevalente tra gli studiosi)⁸. In più, il Governo

esercitava con ampia discrezione il potere di vietare le riunioni presumibilmente pericolose. Basterebbe sfogliare gli atti parlamentari per ritrovare una serie significativa di interrogazioni, di interpellanze e di discorsi dedicati ai provvedimenti dell'esecutivo rivolti a vietare una riunione. Divieti non di rado dettati da opportunità politiche, spesso accompagnati da motivazioni assai generiche – come quella dei rischi per la sicurezza interna – e scarsamente documentate, tanto che in alcuni casi, considerata la difficoltà di stabilire la differenza tra una riunione pubblica e una privata, il divieto si interpretò in modo estensivo e furono vietate riunioni che proprio pubbliche non erano⁹. Ferracciu fondatamente sentiva la necessità di una precisazione del potere discrezionale del Governo, che doveva opporsi al progetto di una riunione soltanto nei casi in cui fossero evidenti i gravi motivi di ordine pubblico interno o di alterazione delle relazioni internazionali¹⁰.

Una lacuna per certi versi ancora maggiore presentava la legislazione italiana relativa al diritto di associazione, in particolare nella parte che riguardava i limiti. Lo Statuto non fissava alcun principio in materia¹¹. Le pressioni della corrente di pensiero che si batteva affinché lo scioglimento di un'associazione avesse luogo esclusivamente nei casi di preparazione di un fatto punibile conseguirono scarsi risultati. All'indomani dell'aprile 1879 si riconobbe il potere del Governo di vietare e di sciogliere, senza alcun bisogno di leggi specifiche, le associazioni a scopo sovversivo¹². Un limite all'esercizio della libertà, che secondo Ferracciu era eccessivo, ingiustificato e prodotto da una molteplicità di fattori: dal carattere del popolo e del costume italiano indifferente alla disciplina del diritto di

associazione; dalla mancanza in materia di vivaci contrasti tra le forze politiche; dalla scarsa influenza ed efficacia dell'opinione pubblica, monopolizzata da pochi; dalla scarsa tradizione autonomistica, che non valorizzava le autonomie locali; dalla insufficiente abitudine alla vita pubblica¹³.

L'associazione politica non soltanto era una «condizione essenziale» del sistema rappresentativo, la garanzia della formazione di un'opposizione, senza la quale il regime rappresentativo sarebbe stato falsato, un mezzo di esercizio del diritto di resistenza collettiva contro i governanti, un modo per riavvicinare eletti ed elettori¹⁴, ma per Ferracciu era anche un «indizio sicuro del grado elevato cui è pervenuta la evoluzione dello Stato e della libertà»¹⁵. Le pubbliche riunioni e associazioni segnalavano la maturità di un popolo. Viceversa, l'apatia nei confronti delle questioni di pubblico interesse mostrava il più «funesto abbassamento morale»¹⁶. L'associarsi però non produceva soltanto benefici di carattere politico. A partire dalle tesi di Stein, il giovane studioso sardo sottolineava, seppure fuggacemente, che l'associazione politica era anche un mezzo di sviluppo della coscienza giuridica del popolo¹⁷.

Assodato che la libertà di associazione doveva necessariamente essere sottoposta a limiti, la questione più controversa riguardava il come lo Stato, al fine di esercitare i propri diritti di tutela, dovesse agire, e cioè attraverso il sistema repressivo o quello preventivo. La dottrina costituzionale prevalente era orientata ad ammettere le misure repressive e non quelle preventive, tipiche di uno Stato dispotico che limitava le libertà per proteggere gli organi pubblici¹⁸. Lo Stato però, avvertiva Ferracciu, aveva il diritto di evitare ogni

turbamento della pace sociale e quindi in alcuni casi doveva avere il potere di vietare o di scogliere riunioni ed associazioni a salvaguardia dell'ordine pubblico. Senza questo potere di intervento, sarebbe stato impotente di fronte alla propria dissoluzione e non sarebbe stato in grado di colpire le cospirazioni segrete, gli atti anticipatori di concreti e pericolosi effetti¹⁹. La conclusione a cui arrivava Ferracciu era interlocutoria. La prevenzione, sosteneva, doveva accompagnarsi alla repressione, perché in gioco c'era la protezione dello Stato. La prima doveva applicarsi soltanto di fronte ad una seria minaccia ai diritti pubblici; la seconda quando i fatti erano già compiuti. I tempi della prevenzione e della repressione dunque erano diversi, ma distinti erano anche i mezzi: nel primo caso avrebbe agito il potere politico o di pubblica sicurezza; nel secondo caso l'autorità giudiziaria.

Ferracciu non evitò di affrontare il problema, assai controverso, dei limiti ai partiti che proponevano principi in contrasto o alternativi all'ordinamento politico e sociale esistente. Senza ambiguità, respinse le posizioni più radicali, di chi, come Ruggiero Bonghi, negava il diritto di esistere alle associazioni monarchiche in una repubblica, alle repubblicane in una monarchia e a quelle socialiste in un sistema liberale²⁰. Si schierò, invece, a favore del diritto di ogni partito di manifestare e di promuovere le proprie idee, a patto che l'attività del partito non minacciasse realmente l'esistenza dello Stato²¹. Con sicurezza biasimava la scelta del legislatore italiano che, condizionato anche dall'emotività suscitata dagli attentati anarchici, aveva introdotto nell'ordinamento italiano, come si è detto lacunoso e privo di una regolamentazione precisa del diritto di associazione, le leggi speciali del

1894, vietando le associazioni che avevano «per oggetto di sovvertire per vie di fatto gli ordinamenti sociali» (art. 5, legge del 19 luglio 1894, n. 316)²².

Questo «limite proibitivo» doveva essere considerato, avvertiva Ferracciu, «antegiuridico»²³. Attraverso l'interpretazione estensiva della normativa, si colpivano, infatti, non soltanto gli anarchici ma anche i socialisti. Si scioglievano circoli e si impedivano riunioni, minando di fatto la libertà di pensiero e di discussione. Le leggi speciali, benché temporanee (cessarono di avere effetto alla fine del 1895), rappresentavano a giudizio di Ferracciu un «regresso» del diritto pubblico²⁴. L'atteggiamento di alcuni governi, in particolare di quelli Crispi e Di Rudinì, nei confronti della libertà di associazione a fini politici era preoccupante, e tuttavia la situazione dell'Italia non rappresentava ancora un serio pericolo né richiedeva una normativa rigorosa e dettagliata sulla libertà di associazione. Una conclusione che può apparire quasi contraddittoria e che forse avrebbe meritato una riflessione più scrupolosa.

Ond'è che la forza moderatrice della legge – spiegava Ferracciu – non si ravvisa, presso di noi, così necessaria come altrove per l'esercizio della libertà di associazione e delle pubbliche libertà in genere. Tant'è, mentre in questa materia la Francia ci ammaestra con le leggi e la Germania coi sistemi, può ben dirsi che l'Italia, al pari dell'Inghilterra, sebbene in grado molto meno elevato, ci ammaestra con la storia²⁵.

2. *Le inchieste parlamentari*

Nel 1899 l'editore Loecher pubblicò il libro *Le inchieste parlamentari nel diritto pubblico*

*moderno*²⁶, destinato ad essere la più importante monografia di Ferracciu e a lungo uno dei più rilevanti studi su questo istituto²⁷. Come e perché egli si avvicinò proprio a questa linea di ricerca rimane ancora difficile da decifrare, certo però che le inchieste parlamentari e il diritto di associazione avevano in Italia almeno un tratto in comune, cioè mancavano di una definizione normativa sia sul piano costituzionale (statutario) sia sul piano della legislazione ordinaria. Il giurista, intenzionato a studiare le inchieste parlamentari e il diritto di associazione, avrebbe dovuto svolgere quindi un compito per molti versi più complicato: guardare l'evoluzione storica e rintracciare nei fatti (politici e sociali, soprattutto) i caratteri dell'istituto; seguire, in altre parole, un approccio antiformalistico rivolto a valorizzare la consuetudine.

Dedicato al suo maestro Gaetano Mariotti, il libro si divide in due parti: le inchieste parlamentari nella dottrina e le inchieste parlamentari nella pratica. La prima parte appare profonda e ben costruita, rivolta a mettere ordine e ad avviare un ragionamento concreto sulle possibili misure che il legislatore italiano avrebbe potuto adottare. Anzitutto Ferracciu distingue il sindacato parlamentare di natura politica (le comunicazioni del Governo, le interrogazioni, le interpellanze, le mozioni e i voti di fiducia) e il sindacato parlamentare di natura amministrativa (le inchieste). La sua attenzione, evidentemente, ricadeva su quest'ultimo, ma ancora più precisamente sceglieva di tralasciare sia le inchieste dirette verso i problemi di carattere socio-economico, utili al legislatore per predisporre al meglio la legislazione, sia le inchieste originate dalla contestazione di elezioni, che dovevano servire di supporto alla pronuncia di

convalida o di annullamento. Si concentrava, invece, sulle inchieste parlamentari indirizzate a controllare l'operato dell'amministrazione generale dello Stato; e quindi a sindacare, in ordine all'andamento della medesima, l'azione e la condotta del potere esecutivo, al fine di reprimere gli abusi e di migliorare i servizi pubblici²⁸.

Questa tipologia di inchieste parlamentari, denominate anche «inchieste politiche», che traevano origine dalla funzione ispettiva riconosciuta alle Camere, dimostravano bene, a giudizio di Ferracciu, quanto lo Stato moderno rappresentativo fosse caratterizzato dall'armonia dei poteri in cooperazione tra essi (e non dalla assoluta separazione)²⁹. La rilevanza delle inchieste politiche era quindi più generale di quanto potesse a prima vista sembrare. La comunità scientifica però, che aveva affrontato il tema (fra gli altri, Arcoleo aveva offerto un contributo di qualità³⁰), non aveva ancora compreso fino in fondo l'importanza di questo istituto e, intimidita – accusava Ferracciu – dalla percezione di un turbamento al principio d'indipendenza dei diversi poteri dello Stato, aveva trascurato lo studio delle inchieste parlamentari rivolte verso l'amministrazione³¹.

Tuttavia il giurista sardo non sembrava preoccupato dalla mancanza di una ricca dottrina su cui poggiarsi. Con coraggio affrontava anche una delle questioni maggiormente controverse, cioè l'opportunità o meno di regolamentare, attraverso la legge, l'esercizio del diritto di inchiesta³². A differenza di chi, come Emilio Broglio, riteneva che sarebbe stata inopportuna una legge ma sarebbe bastato stabilire, in generale, la facoltà delle Camere di conferire di volta in volta alle commissioni d'inchiesta i poteri utili allo svolgimento dei compiti³³, Ferrac-

ciù sosteneva la necessità di una legge che avrebbe avuto l'intento di definire i poteri delle commissioni e dei commissari³⁴. Non una legge particolare, destinata a regolamentare ogni singola esperienza in maniera dettagliata e dipendente dalle esigenze della momentanea maggioranza parlamentare, ma una legge generale³⁵, incondizionata dalle motivazioni specifiche al centro del dibattito politico in un periodo preciso. La legge generale sarebbe servita, in concreto, a sancire i «mezzi indispensabili» della commissione d'inchiesta e il loro utilizzo³⁶. Così l'operato della commissione avrebbe avuto forse maggiore efficacia, ma soprattutto si sarebbero colmate alcune lacune: ad esempio, le persone, chiamate a testimoniare, sarebbero state soggette al rispetto di una normativa generale.

La seconda parte del libro, invece, appare schematica, sintetica e presta il fianco alla critica, che gli sarebbe stata avanzata in sede concorsuale, di essere a volte poco profondo. L'autore si poneva un obiettivo molto alto: esaminare, con un'attenzione particolare nei confronti dell'evoluzione storica, il diritto d'inchiesta parlamentare in Belgio, Francia, Germania, Inghilterra, Italia, Olanda, Stati Uniti (e lo faceva in poco più di ottanta pagine). Così offriva alla comunità scientifica una rassegna importante, ricca di spunti e di stimoli, ma bisognosa di ulteriori approfondimenti. L'ammirazione di Ferracciu nei confronti dell'Inghilterra appare per certi versi smisurata, tanto che a volte sconfinava nella mitizzazione. L'Inghilterra rappresentava ai suoi occhi – ma gran parte della dottrina italiana era sulla stessa posizione³⁷ – lo Stato che utilizzava al meglio l'istituto dell'inchiesta parlamentare. Il grado elevato di cooperazione tra i poteri, l'armonia che si era instaurata tra Corona,

Parlamento e Gabinetto nell'esercizio delle rispettive attribuzioni e il concorso spontaneo dell'opinione pubblica avevano creato le condizioni – quali, fra l'altro, l'obiettività e la pubblicità dei risultati – perché l'inchiesta parlamentare potesse essere feconda di conseguenze positive³⁸.

La Francia, viceversa, era un caso negativo. Il giudizio di Ferracciu era lapidario: le inchieste parlamentari, utilizzate raramente, erano «troppo deboli ed illusorie, più spesso violenti ed inefficaci»³⁹. L'incertezza gravava sui poteri dei commissari, ma questa non era la causa principale della scarsa rilevanza delle inchieste parlamentari francesi. Ferracciu osservava, forse con un accento troppo critico, che in Francia mancavano le «buone consuetudini», le «tradizioni vigorose», «il retto senso politico del Parlamento» e la «potente e generosa cooperazione dei cittadini» che in Inghilterra supplivano alla mancanza di una specifica legge rivolta a disciplinare l'istituto delle inchieste parlamentari⁴⁰. L'ordinamento politico francese gli sembrava sbilanciato. La Camera dei deputati, onnipotente, esorbitava dal proprio ufficio senza trovare un adeguato contrappeso. E ciò aveva dei riflessi importanti sulle inchieste parlamentari che venivano ordinate con eccessiva facilità su materie di esclusiva competenza dell'esecutivo⁴¹.

In Italia il diritto del Parlamento di procedere ad un'inchiesta non venne messo in discussione, sebbene lo Statuto tralasciava questo preciso potere. A lungo si ragionò sulla necessità o meno di una legge generale, ma prevalsero alla prova dei fatti i contrari. Così il modo di istituire un'inchiesta si rivelò mutevole: alcune furono deliberate dalla Camera senza l'esame preventivo degli Uffici; altre seguirono l'ordinario *iter*

delle proposte di legge di iniziativa parlamentare. Anche la nomina dei membri seguì una procedura flessibile: a volte fu l'aula che nominò direttamente i componenti, più spesso venne delegato il presidente della Camera, ma raramente fu anche usato un sistema «misto» che deferiva al Governo l'incarico di nominare un certo numero di commissari o un sistema che demandasse ad una commissione preliminare i compiti di individuare le norme di procedura. Il numero dei membri non superò i quindici, né scese al di sotto dei cinque. Le commissioni, a ben vedere, utilizzarono quasi gli stessi mezzi a disposizione dell'autorità giudiziaria, e quindi ebbero poteri piuttosto ampi⁴².

Ferracciu insisteva anche su un altro grave limite delle inchieste parlamentari italiane, cioè la mancanza di conseguenze pratiche facilmente identificabili⁴³. Troppo spesso le inchieste finivano per non produrre risultati concreti, in mezzo ad una diffusa indifferenza, dovuta anche al fatto che l'opinione pubblica, male o poco informata, non aveva facile accesso alla relazione finale della commissione. Così le potenzialità dell'istituto non furono sufficientemente comprese e all'interno dell'opinione pubblica maturò una certa diffidenza. Non di rado, si arrivò a percepire l'inutilità dell'inchiesta, considerato come «un vecchio arnese di retorica»⁴⁴. Questa però era soltanto una causa della decadenza dell'inchiesta parlamentare in Italia, che si sommava a quella, a suo avviso ben più importante, della mancanza di una collaborazione cordiale tra Parlamento e Governo. Dato quindi lo stato del paese, una legge generale sulle inchieste, seppure necessaria perché avrebbe potuto rafforzare la credibilità dell'istituto di fronte

all'opinione pubblica, non avrebbe potuto avere effetti miracolosi. Ferracciu avvertiva che l'inchiesta parlamentare non avrebbe avuto uno svolgimento ordinato né avrebbe prodotto risultati apprezzabili senza l'educazione politica delle masse, il senso del limite, di imparzialità e quello generale di rettitudine, il superamento spontaneo, attraverso il naturale decorso storico, dell'atteggiamento diffidente e sospettoso nei confronti delle funzioni parlamentari e governative⁴⁵.

Questa monografia permise a Ferracciu di diventare il principale specialista italiano nel campo delle inchieste parlamentari. Nell'agosto del 1903 concluse la voce *Inchiesta politica* per *Il Digesto italiano*, dove sostanzialmente riprendeva in sintesi le tesi già rese note con la monografia⁴⁶. La voce, divisa in due parti ben distinte (la prima era intitolata *Teoria e sistema*; la seconda: *Pratica*), avrebbe avuto una discreta fortuna. In particolare, la prima parte sarebbe stata ristampata identica nel *Nuovo Digesto italiano*⁴⁷: prova ulteriore che gli studi di Ferracciu rappresentarono, almeno per un quarantennio, il riferimento fondamentale in materia di inchieste parlamentari⁴⁸.

3. *La «ricostruzione» del diritto costituzionale in Italia*

Nel 1903 Ferracciu, che pure si era dedicato sempre al diritto costituzionale, si trasferì all'Università di Perugia, dove avrebbe insegnato sino al 1905, come professore incaricato, diritto internazionale⁴⁹. Durante il triennio perugino, Ferracciu avviò un ragionamento importante sull'indirizzo scientifico del diritto costituzionale. Il lun-

go saggio *Il diritto costituzionale e le sue zone grigie (note ed appunti metodologici)*, apparso negli «Annali della Facoltà di Giurisprudenza» dell'Università di Perugia, si può considerare il primo tentativo di inserimento del giovane (ma già maturo) giurista all'interno del dibattito in corso sull'oggetto, i metodi, i confini del diritto costituzionale⁵⁰. La Commissione per l'Università di Siena e poi quella per l'Università di Cagliari, entrambe composte dagli stessi membri, apprezzarono particolarmente questo saggio.

Ferracciu – osservarono i membri della Commissione – procede alla ricerca del metodo migliore per gli studi di diritto costituzionale, ricerca che è sempre molto opportuna quando non assorbe quasi esclusivamente, o anche principalmente, l'attività di uno scrittore e questi dimostra, o ha già dimostrato, di sapere applicare alle altre parti della materia professata i criteri teorici da lui adottati. Inoltre la precisione con la quale il concorrente, in questo suo recente lavoro, pone le questioni e le risolve, e le conclusioni temperate e ponderate alle quali arriva danno sicuro affidamento che la sua cultura si è completata e la sua mente possiede le qualità necessarie per comprendere ed analizzare i problemi più ardui della disciplina alla quale si è dedicato⁵¹.

Il saggio sulle «zone grigie» del diritto costituzionale va strettamente legato alla prolusione al corso di diritto costituzionale, tenuta nell'Università di Siena il 10 marzo 1906 e intitolata *La funzione odierna del diritto costituzionale in Italia*, che si può considerare l'atto di inaugurazione pubblica del ventennio senese di Ferracciu⁵². In fondo, i due contributi presentano le stesse tesi, e quindi pare opportuno tenerli insieme, seppure il secondo aveva un carattere occasionale.

Ferracciu constatava che il diritto costituzionale in Italia attraversava una difficile

crisi, dovuta principalmente al conflitto tra l'indirizzo sociologico e politico-storico, da un lato, e l'indirizzo giuridico, dall'altro⁵³. Negli Stati più avanzati d'Europa, invece, il diritto costituzionale aveva già un'inclinazione. In Gran Bretagna aveva prevalso l'elemento storico; in Germania quello giuridico e in Francia, pure con molti limiti, quello politico⁵⁴. L'Italia, dunque, che poteva vantare una tradizione giuridica al pari, se non superiore, rispetto a quella delle grandi nazioni europee, era ancora indietro. Agli inizi del Novecento non si era ancora formata «una scuola italiana» di diritto pubblico, e costituzionale in particolare, capace di muoversi «con fisionomia propria, entro limiti ben definiti, in virtù d'un indirizzo metodico», che l'avrebbe caratterizzata e distinta⁵⁵. Mancava una «vera costituzione organica» del diritto costituzionale italiano, attraverso la quale si sarebbe rivelato un «colorito peculiare e specifico» che avrebbe dato allo «svolgimento scientifico un'impronta veramente nazionale»⁵⁶. Questo ritardo però poteva essere recuperato, avviando una serie di riflessioni interne, senza spingere la scienza giuridica italiana verso l'imitazione di altri modelli esteri⁵⁷.

La svolta orlandiana aveva prodotto significativi risultati, ammetteva Ferracciu, ma autorevoli giuristi, come Arcoleo, Brunialti, Chimienti, Manfredi Siotto Pintor, Vacchelli, Zanichelli, vicini alle tendenze sociologiche o storico-politiche, non si riconoscevano nell'indirizzo giuridico, e questa profonda spaccatura non poteva essere sminuita⁵⁸. Bisognava rimettere in discussione i paradigmi e superare gli steccati in nome di un fine supremo: quello di contribuire alla costruzione dello Stato nazionale italiano. Ai colleghi che seguivano l'e-

sempio della scuola germanica, Ferracciu imputava di avere superato i limiti fissati dal rinnovamento orlandiano e di ancorarsi cocciutamente ai principi giuridici fondamentali dello Stato, rifiutando ogni tipo di influenza da parte delle altre scienze politiche e sociali. Agli studiosi che concepivano il diritto costituzionale come una scienza di natura politico-sociale, invece, rimproverava di essere eccessivamente concentrati sullo studio del sistema rappresentativo, e in particolare del sistema parlamentare, e di essere troppo sbilanciati sull'origine storica e sulla vita attuale (cioè sul funzionamento e sull'efficienza pratica) delle istituzioni⁵⁹.

Entrambe le tendenze, che Ferracciu giudicava estreme, dovevano essere respinte. Né il ragionamento formale e astratto poteva spezzare il contatto esistente tra teoria e realtà, tra lo studio dei principi e quello delle istituzioni e dell'applicazione, perché il diritto costituzionale non doveva essere una pura delineazione di principi; né gli elementi storico-politici potevano calpestare gli elementi giuridici, perché il diritto costituzionale non doveva essere una disciplina essenzialmente pratica. I giuristi italiani, insomma, secondo Ferracciu, avrebbero dovuto abbracciare una concezione intermedia tra le due tendenze e conciliare, armonizzare, l'elemento storico-politico-sociologico con quello giuridico. Così, prestando attenzione prevalentemente al moderno Stato rappresentativo, si sarebbe (finalmente) costruito il diritto costituzionale italiano, comunque una disciplina fondamentalmente giuridica.

Netta quindi appare la differenza tra la posizione di Ferracciu e quella di Zanichelli, suo predecessore alla cattedra di diritto costituzionale nell'Università di Siena⁶⁰,

il quale assegnava un predominio agli elementi di carattere sociale e politico più che a quelli propriamente giuridici⁶¹. Meno definita, invece, sembra la differenza rispetto a Orlando⁶². Anche Ferracciu, come il giurista siciliano, era convinto che bisognasse distinguere il giuridico ed il politico e quindi riconoscere l'autonomia dei due campi, ma sosteneva, in maniera più marcata, la necessità di un'integrazione (non di una confusione), sicuro che il secondo era complementare al primo, comunque predominante, in vista di una risistemazione del diritto costituzionale⁶³.

In particolare, Ferracciu riconosceva l'esistenza di «zone grigie», dove non era possibile distinguere nettamente il giuridico dal politico e procedere ad un'indagine rigorosamente giuridica. Fissare i criteri distintivi tra i due campi, in maniera troppo rigida, era per lui una pretesa eccessiva e anche un'operazione inopportuna. Contestava l'applicazione del metodo giuridico con un'ottica troppo formalistica. In alcuni casi, all'indagine di natura giuridica doveva affiancarsi necessariamente quella di natura politica o quella di natura sociologica: uno studio sull'istituto del Gabinetto, ad esempio, poiché esso era regolato quasi esclusivamente dalla consuetudine costituzionale, doveva inevitabilmente poggiarsi sugli elementi politici; così, ad esempio, una ricerca sul diritto di associazione, né fissato dallo Statuto né disciplinato da un'altra fonte, doveva ricorrere agli elementi sociologici⁶⁴.

In larga misura, le tesi di Ferracciu (per sua stessa ammissione) erano molto simili a quelle di Ugo Forti, il quale, a partire dalla considerazione che i fenomeni giuridici non si potevano distinguere dalla realtà sociale, si rifiutava di riconoscere un'asso-

luta inconciliabilità tra il metodo giuridico e quello sociologico⁶⁵. Anche Ferracciu si potrebbe perciò ascrivere alla tendenza realista moderata, purché orientata prevalentemente verso la scienza giuridica; ma lo studioso sardo si potrebbe collocare pure tra i seguaci dell'indirizzo giuridico più temperato, consapevole dei limiti di un'indagine ridotta ai rapporti strettamente giuridici e in grado di contemperare, sapientemente, il lato giuridico con quello politico. La sua visione, dunque, non sembra facilmente e totalmente incasellabile in un orientamento dottrinario; essa appare più complessa, come si evince dalle sue parole: «la tendenza che ci sembra preferibile – scrisse Ferracciu – è pur sempre quella giuridica, quando essa si rinnovi e rinsanguini nelle onde pure d'un sano e vegeto realismo»⁶⁶.

4. *La consuetudine costituzionale*

Il costituzionalista sardo, durante gli anni senesi, si elevò e dalle analisi squisitamente storico-giuridiche si proiettò su quelle prevalentemente teoretiche⁶⁷. Rimase affascinato, in particolare, dal problema delle fonti. In esso forse vide anche l'occasione per offrire un contributo alla battaglia culturale contro i formalisti, ma non seguì le strade più battute. Scelse di concentrarsi, come era nella sua indole, su un tema rimasto ai margini: la consuetudine costituzionale.

La dottrina giuridica italiana aveva scavato sulla consuetudine nel diritto comune, ma la consuetudine nel diritto costituzionale aveva raccolto scarso interesse. D'altronde una parte della dottrina, che esclu-

deva l'esistenza di lacune nell'ordinamento giuridico, non considerava la consuetudine una fonte diretta e generale di diritto⁶⁸; un'altra parte negava efficacia alla consuetudine nel diritto costituzionale⁶⁹. Certo, però, c'era anche un'altra parte della dottrina sostenitrice dell'ampia efficacia della consuetudine, non soltanto introduttiva di norme giuridiche o abrogativa della legge. Secondo quest'ultima tendenza, la consuetudine era persino superiore alla legge, poiché poteva limitare l'estensione della competenza legislativa⁷⁰.

La riflessione di Ferracciu, che durò più di un decennio, si svolse gradualmente, e vide la luce in tre momenti diversi e distanziati fra loro. Nel 1913 uscì il breve ma ben strutturato saggio *La consuetudine costituzionale. Concetto. Genesi. Ufficio*, dove l'autore distingueva due «principali significati della costituzione»: in senso formale, come la suprema legge scritta; in senso materiale, come l'intero insieme delle norme fondamentali di organizzazione statale (l'ordinamento, le attribuzioni, i limiti degli organi costituzionali e i rapporti fondamentali tra essi e i cittadini)⁷¹. E quindi determinare le norme costituzionali voleva dire, secondo Ferracciu, spingersi oltre la forma e la lettera della legge scritta. La consuetudine costituzionale rappresentava il «contenuto materiale e sostanziale della costituzione» e non poteva rimanere in secondo piano⁷². Anzi, avrebbe dovuto essere oggetto di studio privilegiato, perché rappresentava la parte dinamica, quella che assumeva una fisionomia propria nei singoli Stati, la costituzione «reale».

Insomma, il valore della consuetudine costituzionale era persino superiore alla suprema legge scritta⁷³. L'esempio a cui fare riferimento non poteva che essere

quello dell'Inghilterra, dove la consuetudine determinò la costituzione e il diritto consuetudinario costituì – per usare le parole di Ferracciu – la «fonte originaria, inesauribile ed indistruttibile del diritto pubblico»⁷⁴. La storia dunque aveva già dimostrato l'efficacia della consuetudine, capace di adattarsi con facilità ai mutamenti. La sua grande influenza derivava dalle sue «qualità naturali», che rendevano la consuetudine «idonea ad assolvere il compito di concretare le più rilevanti trasformazioni del diritto costituzionale vigente, sia eventualmente derogando alle leggi fondamentali, sia interpretandole, sviluppandole ed integrandole, per modo da metterle in costante armonia con le esigenze della realtà della vita statale»⁷⁵.

Ferracciu dunque valorizzava la consuetudine. Già questo permette di stabilire che i risultati a cui giunse il costituzionalista sardo erano molto diversi da quelli di Oreste Ranalletti, il quale contemporaneamente rifletteva sulla consuetudine come fonte del diritto pubblico interno e sarebbe arrivato ad affermare che «la legge deve riconoscersi nella sua forza giuridica fonte preminente alla consuetudine; e questa, perciò, non può abrogare una disposizione legislativa che regoli una data materia, e non può neppure regolare materie che una disposizione legislativa stabilisce debbano essere regolate con la legge, così quelle riguardanti il diritto di libertà civile, il diritto di proprietà, ecc.»⁷⁶.

Comunque Ranalletti, componente della commissione concorsuale che espresse all'unanimità parere favorevole alla promozione di Ferracciu ad ordinario, sottolineò che il professore senese aveva «saputo mantenere nei lavori presentati [tra i quali c'era quello sulla consuetudi-

ne costituzionale seppure ancora in bozze] quei pregi che furono rilevati e lodati dalla Commissione» che lo aveva giudicato nel concorso del 1905, in cui egli si era classificato primo fra i concorrenti⁷⁷. Ranalletti lamentava «qualche difetto di interpretazione», «qualche concetto azzardato», ma gli riconosceva di essere uno studioso «ponderato», «coscienzioso», di lavorare con «buon metodo», con «molta cura e diligenza», di raccogliere «tutta la dottrina relativa», di esaminarla e vagliarla, di esporla, in generale, «con chiarezza e precisione»⁷⁸. Un giudizio molto simile a quello di un altro illustre commissario, Santi Romano, il quale insisteva sulla cura con cui Ferracciu aveva raccolto il materiale, sul «buon metodo», e poi rilevava «l'equanimità e la temperanza delle opinioni». «Se talvolta i problemi sono poco approfonditi, se la loro soluzione non è piena ed esauriente – proseguiva Romano –, ciò si può scusare con la natura degli argomenti prescelti, che come quello sull'elettorato e la consuetudine, rimangono fra i più ardui e controversi della nostra scienza»⁷⁹.

Nel 1919 compariva il secondo saggio della trilogia, intitolato *La consuetudine costituzionale. Natura specifica*. Attraverso un ragionamento schematico, Ferracciu si concentrava: sugli obiettivi e sulla sfera di azione della consuetudine costituzionale, sugli organi dello Stato che elaboravano la consuetudine costituzionale, sui requisiti essenziali, sugli aspetti, sugli atteggiamenti con cui si manifestava la consuetudine costituzionale.

La consuetudine costituzionale poteva avere come obiettivo la fissazione, la determinazione o l'integrazione di uno o più organi fondamentali dello Stato, non contemplati dalle leggi costituzionali⁸⁰. Di pri-

mo acchito, questo pensiero di Ferracciu, che non era rivolto soltanto al caso inglese, poteva sembrare stravagante: come poteva un organo fondamentale essere escluso dall'insieme delle leggi costituzionali? Eppure il professore senese richiamava l'istituto della Luogotenenza generale, che non era contemplato nello Statuto albertino ma trovava legittimazione nella consuetudine costituzionale, e poi segnalava, quale esempio ancora più illuminante, l'istituto del Gabinetto⁸¹.

Certo la sfera d'azione della consuetudine si allargava nella determinazione pratica delle funzioni degli organi costituzionali. In particolare, l'attività sia degli organi legislativi sia di quelli esecutivi dimostrava quanto fosse rilevante il ruolo svolto dalle consuetudini. Anche nei rapporti tra organi fondamentali dello Stato le consuetudini costituzionali avevano un'importanza notevole. Il Gabinetto, ancora una volta, era la cartina di tornasole. La sua istituzione aveva avuto delle ripercussioni sui rapporti tra Corona e Parlamento, configurati ormai in modo diverso rispetto a quelli sanciti nella legge fondamentale del 1848, e dovuti essenzialmente ad un'elaborazione di natura consuetudinaria⁸².

La principale e più evidente differenza rispetto alla consuetudine relativa al campo privatistico era che la consuetudine costituzionale aveva bisogno di essere generata ed elaborata dagli organi fondamentali dello Stato (e non dai privati né dal popolo nel suo insieme). E tuttavia la consuetudine costituzionale aveva due importanti requisiti che non la differenziavano: la ripetizione di atti simili continuata nel tempo, cioè l'elemento esterno e materiale, e l'*opinio necessitatis*, cioè l'elemento interno e psicologico. Entrambi gli elementi erano indispensabili,

notava Ferracciu. La semplice ripetizione di un modo di agire senza la convinzione della necessità di osservare quella determinata condotta non poteva essere sufficiente, altrimenti la consuetudine si sarebbe confusa con gli usi politici (ad esempio, con le regole seguite all'interno delle assemblee parlamentari)⁸³. Viceversa, la ripetizione di un atto simile durante un periodo di tempo (mai ben definitivo e non fissabile a priori) permetteva di distinguere la consuetudine dalla necessità. A differenza di Santi Romano, il quale sosteneva che la necessità, fonte di diritto specie nel campo del diritto pubblico, si differenziava dalla consuetudine perché la prima produceva una norma con maggiore energia e determinatezza e con un'efficacia immediata dovuta all'urgenza⁸⁴, Ferracciu riteneva, al di là dell'energia della norma, che la consuetudine si distingueva per la ripetizione di un atto, determinato dalla necessità⁸⁵.

La risposta normativa eccezionale del Governo ad un evento straordinario, che poteva avvenire con il ricorso ai decreti leggi o ad esempio attraverso l'istituto dello stato d'assedio, non era dunque strettamente legata al mondo della consuetudine. Mancava un elemento essenziale: la ripetizione dei fatti in maniera costante ed omogenea. Ciò però non impediva alla consuetudine di adattarsi alle condizioni, e quindi di modificarsi gradualmente. La (moderata) flessibilità, precisava Ferracciu, era una delle caratteristiche positive della consuetudine, un pregio che non aveva la norma scritta⁸⁶. D'altronde, sulle consuetudini costituzionali esercitavano una certa ripercussione le condizioni sociali del popolo, le dottrine scientifiche, la necessità, lo spirito di imitazione di casi stranieri, un complesso di forze politico-sociali, come la pubblica opinione⁸⁷.

Ferracciu affermava, e ciò può sembrare piuttosto eccessivo, che la costituzione (scritta) e la consuetudine costituzionale dovevano essere collocate sullo stesso rango, relativamente alla base della forza obbligatoria⁸⁸. In altre parole, tra la volontà espressa ed il consenso tacito e implicito con cui gli organi statali regolavano e svolgevano attribuzioni e rapporti di natura costituzionale non c'era una gerarchia. Altrimenti sarebbe stato difficile spiegare come una consuetudine costituzionale avesse potuto modificare, innovare, integrare, sostituire una manifestazione meno recente di volontà degli organi statali. Con questo ragionamento Ferracciu escludeva che un'ordinaria disposizione legislativa potesse vietare l'efficacia di una consuetudine costituzionale: respingeva l'ipotesi, ad esempio, di un ritorno allo Statuto attraverso una legge.

Nel terzo e ultimo saggio dedicato alla consuetudine costituzione, uscito a due anni di distanza dall'altro, Ferracciu esordiva richiamando la conclusione a cui era arrivato: alla consuetudine costituzionale, nel campo specifico dei rapporti costituzionali, si doveva attribuire l'«efficacia di fonte autonoma del diritto»⁸⁹. Non tutte le consuetudine costituzionali, però, potevano essere equiparate, e quindi Ferracciu distingueva: 1) la consuetudine con tendenza interpretativa; 2) la consuetudine con tendenza abrogativa; 3) la consuetudine con tendenza introduttiva, di fronte al diritto vigente. La prima determinava e regolava i principi affermati dalle leggi fondamentali e perciò la sua rilevanza era accettata con meno fatica anche dalla parte della dottrina più sospettosa nei confronti della consuetudine.

La consuetudine abrogativa, che derogava al diritto scritto vigente, invece, in-

contrava particolari diffidenze. D'altronde, il principio stesso che la consuetudine avrebbe potuto essere in contrasto con le disposizioni fondamentali della costituzione suscitava molte perplessità tra gli studiosi. Ferracciu peraltro non si riferiva al mondo inglese, dove la funzione derogatrice e trasformatrice della consuetudine aveva modificato la costituzione originaria: ed erano in pochi a negarlo. Né si riferiva esclusivamente al caso italiano, che pure presentava qualche esempio di consuetudine derogatoria (nonostante la chiarezza dell'articolo 53 dello Statuto – «Le sedute e le deliberazioni delle Camere non sono legali né valide, se la maggioranza assoluta dei loro membri non è presente» –, al principio della maggioranza assoluta si era sostituito quello della maggioranza relativa, e nel calcolo del numero legale delle sedute non si contavano gli assenti per congedo o altra causa considerata legittima⁹⁰: una consuetudine in contrasto con lo Statuto, che poi aveva trovato spazio nei regolamenti delle due Camere). Ferracciu insisteva sull'efficacia della consuetudine abrogativa anche negli Stati con costituzioni scritte e rigide. Sosteneva che la norma scritta, divenuta inefficace, avrebbe mancato di vigore di fronte ad una norma consuetudinaria contraria, che si sarebbe di fatto sostituita alla volontà normativa espressa formalmente⁹¹. Neppure la "rigidità" dell'ordinamento, insomma, poteva impedire le trasformazioni operate dalle consuetudini.

Il terzo tipo di consuetudine, quella «introduttiva» (detta anche «innovatrice»), integrava o sviluppava le norme costituzionali fondamentali, rispettando comunque la loro forma. Questa consuetudine, che riguardava il modo di esercizio del potere e delle attribuzioni statali, raggiun-

se risultati giuridici più duraturi. La storia costituzionale dell'Inghilterra e, in particolare, la storia dell'istituto del Gabinetto e quella della forma di governo parlamentare erano la dimostrazione più evidente della grande rilevanza della consuetudine introduttiva; ma anche la storia dell'Italia liberale non era priva di esempi attraverso i quali si poteva ricavare il valore della consuetudine introduttiva: dalla «solidarietà politica» dei membri del Gabinetto all'istituto del primo ministro; dall'«obbligo» del re di scegliere i suoi ministri all'interno della maggioranza parlamentare al dovere di questi di dimettersi dopo una dichiarazione di sfiducia della Camera dei deputati; dal potere della Corona di appellarsi al corpo elettorale, quando avvertiva che la Camera non rispondeva più alle esigenze del Regno, alla «necessità» del Senato di cedere di fronte alla Camera dei deputati in materia legislativa. Una violazione costante di queste norme consuetudinarie avrebbe costituito, avvertiva Ferracciu, «una violazione sistematica dello spirito della costituzione»⁹².

5. *Il fascino della «nuova costituzione» fascista*

L'avvento del fascismo non ebbe delle ripercussioni notevoli sulla vita di Ferracciu. Egli, ma non per opportunismo, rimase quello che era stato: un uomo completamente assorbito dall'Università e dalla scienza. Neppure il suo pensiero giuridico, a ben vedere, subì una trasformazione. Lo statalismo non lo conquistò. Nella primavera del 1924 domandò il trasferimento per insegnare diritto internazionale nel-

la prestigiosa Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Palermo e lo ottenne a decorrere dal 1° dicembre dello stesso anno⁹³. La sua produzione scientifica durante il regime non può essere considerata abbondante⁹⁴, ma in particolare due saggi – uno dedicato al Gran Consiglio del fascismo e l'altro al «nuovo concetto di legge costituzionale» – meritano di essere rivalutati. Entrambi presentano degli elementi di qualche interesse.

Il primo, intitolato *La figura costituzionale del Gran consiglio*, fu sicuramente uno dei primi articoli di carattere scientifico dedicati alla riforma dell'organo, avvenuta il 9 dicembre 1928 con la legge n. 2693. Definirlo uno studio è forse eccessivo, perché assomiglia più ad una serie di considerazioni di un autorevole giurista su una recente operazione destinata a lasciare una traccia profonda nell'ordinamento dello Stato. Ferracciu guardava con interesse alla costituzionalizzazione del Gran Consiglio e, seppure non lo scrive, sembra quasi che si rammarichi perché non fosse avvenuta prima. La legge del 1928 gli pareva «un momento decisivo nel ciclo di evoluzione e di sviluppo» dello Stato fascista⁹⁵. Il riconoscimento giuridico accordato ad un organo del Pnf era una scelta molto originale, sebbene in qualche misura annunciata. La vita del Partito fascista, d'altronde, si era già compenetrata con quella dello Stato, ma con la legge sul Gran Consiglio si compiva un passo avanti significativo: il Pnf si inseriva anche formalmente nella costituzione politica, acquistando definitivamente un carattere istituzionale⁹⁶. Bastava guardare: 1) al metodo di composizione del Gran consiglio, che privilegiava le alte cariche del regime fascista; 2) alla presidenza dell'organo, assegnata al capo del Governo nonché

capo del fascismo; 3) alle attribuzioni del Gran consiglio, che fra l'altro avrebbe avuto: il compito di formare la lista dei deputati da sottoporre all'approvazione del corpo elettorale, incidendo così in modo determinante sull'organo legislativo; il compito di preparare e tenere aggiornata la lista dei nomi da presentare alla Corona per la nomina del capo e dei membri del Governo, condizionando fortemente l'organo esecutivo. Anche le sue funzioni consultive non andavano sottovalutate: il Gran Consiglio doveva esprimersi sulle proposte di legge di carattere costituzionale e poteva essere consultato sulle questioni di politica generale (come, ad esempio, l'entrata in guerra). Il suo parere non era vincolante, ma la rilevanza che assumeva all'interno del partito e sotto il profilo istituzionale gli permettevano di influenzare l'orientamento politico finale⁹⁷.

Ferracciu concludeva quindi che il Gran Consiglio non era soltanto un istituto «veramente tipico», «l'organo per eccellenza» adatto alla costituzione fascista, «il più genuino prodotto creato» dal regime⁹⁸, ma esso era soprattutto «la suprema autorità direttiva» di «tutta la politica nazionale dello Stato fascista», l'«arbitro dell'orientamento da darsi», un organo di «coordinamento delle istituzioni» e di «natura eminentemente costituzionale» per «l'indole complessiva delle sue attribuzioni», per «la posizione di assoluta indipendenza» rispetto agli altri organi costituzionali, per «il fondamento che esso trova[va] in una legge considerata fra quelle basilari, che rappresenta[vano] la sovrastruttura dello Stato fascista»⁹⁹. Il nuovo istituto contribuiva «al rafforzamento del potere esecutivo e alla riduzione del legislativo entro il suo compito proprio»¹⁰⁰. La «co-

stituzionalizzazione» del Gran Consiglio era anche un duro colpo alle prerogative della monarchia¹⁰¹, che fra l'altro perdeva il potere di decidere autonomamente sulla successione al trono. Ferracciu però quasi sorvolava su questa questione e si limitava ad osservare che il Gran Consiglio veniva «posto accanto» alla Corona, «in funzione della necessità di coordinamento d'indirizzi e di effettivo orientamento della complessiva attività statale»¹⁰².

Così si trasformava l'assetto costituzionale dello Stato. Con più enfasi scriveva Ferracciu, in quello che può essere considerato il secondo saggio più importante della sua produzione durante il regime, prendeva forma «una vera e propria costituzione nuova»¹⁰³. Lo Statuto però rimaneva invariato. Il regime fascista, in continuità con la tradizione affermatasi durante l'età liberale, cambiava la costituzione senza un processo di revisione generale della carta fondamentale, che dimostrava ancora la sua «virtù di solidità e la sua importanza, come legge superiore alle altre leggi ordinarie successive»¹⁰⁴. Anche il regime quindi riconosceva una differenza di grado gerarchico tra la costituzione e le leggi ordinarie; e pure durante il fascismo operava una «coscienza giuridica collettiva» che conferiva allo Statuto un livello più elevato, non soltanto sotto il profilo morale e politico ma anche sotto il profilo giuridico¹⁰⁵. In qualche misura l'opera di trasformazione del regime aveva trovato un limite, ma Ferracciu preferiva sottolineare che le riforme costituzionali del regime fascista tendevano a dare allo Statuto «un atteggiamento di sviluppo e applicazione», in grado di armonizzare l'«impronta originaria» con le «esigenze indeclinabili della nuova concezione dello Stato fascista»¹⁰⁶.

La riforma del 1928 (e in particolare l'articolo 12 che prescriveva l'obbligatorietà del parere del Gran Consiglio per le proposte di legge di carattere costituzionale introducendo la distinzione, anche sotto il profilo formale, tra le leggi costituzionali e quelle ordinarie) dimostrava la tendenza a conciliare tradizione e innovazione. La gerarchia tra le fonti veniva accolta soltanto parzialmente: il procedimento "straordinario" per le leggi costituzionali se, certo, conferiva ad esse una «maggiore autorità» non aveva affermato la rigidità della Costituzione. Con soddisfazione Ferracciu quindi ribadiva che la flessibilità dello Statuto, insomma, resisteva, rimaneva integra, perché la procedura vera e propria di formazione della legge costituzionale non era stata sufficientemente aggrovata¹⁰⁷.

Il fascismo, a suo avviso, sembrava favorire continuità e progresso insieme. Il limite di una simile visione sta soprattutto nella sua ambiguità, ma ha anche il pregio di legarsi – meglio di altre tesi, come quella della rottura rivoluzionaria – alle interpretazioni della storiografia che ha messo in evidenza le spinte contrastanti, le continuità, gli elementi contraddittori e il carattere compromissorio del fascismo¹⁰⁸.

L'itinerario di Ferracciu non ha un prima e un dopo il 1922. Il senso della complessità, che aveva caratterizzato la sua opera durante l'età liberale, avrebbe contrassegnato anche i saggi dell'età fascista. Incasellare Ferracciu, anche l'«ultimo», all'interno degli schemi di una specifica scuola non è un'operazione facile, forse però non è neppure un'operazione che lui avrebbe apprezzato. Il giurista sardo, come aveva fatto sin dagli studi giovanili, preferiva collocarsi in uno spazio intermedio. Evitava di schierarsi con troppo traspor-

to, molta passione e poco senso critico da una parte. Questa sua inclinazione, più che essere considerata una via di fuga o un rifugio opportunistico, può essere ritenuta una strategia puramente scientifica, che gli garantiva una visione più ampia, un distacco anche emotivo, una libertà di pensiero maggiore rispetto ai seguaci indottrinati, fedeli e rigorosi interpreti di un solo ed esclusivo indirizzo. Ciò non toglie, però, che il suo pensiero giuridico era certamente molto più vicino a quello di Santi Romano, che a quello statalista e autoritario di Alfredo Rocco.

Qual era, in conclusione, il messaggio che Ferracciu attraverso la sua opera offriva alla comunità dei giuristi? Per taluni aspetti apparentemente ambiguo, come sembra a volte quello degli studiosi di frontiera, il suo messaggio risulta invece chiarissimo e non subì delle mutazioni. Sin dai primi studi egli si convinse che il costituzionalista avrebbe dovuto maturare la coscienza della complessità del diritto costituzionale, che, condizionato dalla storia, dalla politica e dalla società, andava ben oltre la norma scritta. In questo senso, il suo messaggio conserva ancor'oggi una certa attualità.

- ¹ La sua figura e la sua opera sono oggi poco note, seppure molti suoi scritti si trovino senza difficoltà anche grazie alla digitalizzazione e al libero accesso online. Molti saggi di Ferraciu si trovano nei siti: <<https://www.archive.org/>>; <<http://bpr.camera.it/>>; <<http://www.robertobin.it/>>. Il saggio *La funzione odierna del diritto costituzionale in Italia* è stato ripubblicato da Nabu Press negli Stati Uniti nel 2010 ed è disponibile in print on demand: Delhi, Cyan Books, 2013. Mi permetto di segnalare il breve profilo biografico: S. Mura, *Ferraciu Antonio*, in *Dizionario biografico dei giuristi italiani (XII-XX secolo)*, diretto da I. Birocchi, E. Cortese, A. Mattone, M.N. Miletto, Bologna, Il Mulino, 2013, vol. I, pp. 836-837.
- ² Archivio Storico dell'Università di Sassari, busta 10, fascicolo 188, fascicolo di Ferraciu Antonio studente universitario.
- ³ G. Fois, *Gaetano Mariotti*, in A. Mattone (a cura di), *Storia dell'Università di Sassari*, Nuoro, Ilisso, 2010, vol. II, p. 92. Il necrologio di Mariotti, firmato Antonio Ferraciu, in Regia Università degli studi di Sassari, *Annuario per l'anno scolastico 1902-1903*, Sassari, Tip. Dessi, 1903, pp. 227-229.
- ⁴ A. Mattone, *Gli studi giuridici e l'insegnamento del diritto (XVII-XX secolo)*, in *Storia dell'Università di Sassari*, cit., vol. I, p. 210, ma anche G. Fois, *Storia dell'Università di Sassari 1859-1943*, Roma, Carocci, 2000, pp. 162-190.
- ⁵ Bollettino Ufficiale del Ministero dell'Istruzione pubblica, anno XXXIII, vol. II, n. 34 (Roma, 23 agosto 1906), *Relazione della Commissione giudicatrice del concorso per professore straordinario alla cattedra di diritto costituzionale nella R. Università di Siena*, p. 2380.
- ⁶ Sassari, Tip. Dessi, 1897. L'opera è dedicata alla memoria di Nicola Ferraciu. È assai probabile che si tratti dell'uomo politico, più volte deputato e per due volte ministro, Nicolò Ferraciu, morto nel 1892 e zio di Antonio (S. Pileri, *Ferraciu Nicolò*, in *Dizionario biografico degli italiani*, Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana, 1996, vol. XLVI, pp. 405-406; S. Ruju, S. Barracca, *Nicolò Ferraciu: aspetti poco noti di una lunga vita parlamentare*, in *La Sardegna nel Risorgimento*, diretta da F. Atzeni e A. Mattone, Roma, Carocci, 2014, pp. 763-780).
- ⁷ Ferraciu, *Intorno alla libertà di riunione* cit., p. 12.
- ⁸ Ivi, pp. 159-162. In generale, L. Martone, *La difesa dell'ordine. Il dibattito parlamentare del 1888 sulla legge di pubblica sicurezza*, in L. Martone (a cura di), *Giustizia penale e ordine in Italia tra Otto e Novecento*, Napoli, Istituto Universitario Orientale di Napoli, 1996, pp. 165-239; A. Borello, *Riunione (diritto di)*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, Giuffrè, 1989, vol. XL, pp. 1402-1403; A. Pace, *La libertà di riunione*, in Isap, *Atti del Congresso celebrativo del centenario delle leggi amministrative di unificazione. La tutela del cittadino. 2. La pubblica sicurezza*, a cura di P. Barile, Vicenza, Neri Pozza, 1967, pp. 243-244.
- ⁹ Cfr., ad esempio, l'interrogazione di Andrea Costa e il dibattito che seguì in Atti Parlamentari, Camera, *Discussioni*, tornata del 7 dicembre 1883, pp. 4871-4878.
- ¹⁰ Ferraciu, *Intorno alla libertà di riunione* cit., pp. 178-179. In più lavori Ferraciu prestò particolare attenzione all'espansione dei poteri del Governo ai danni di altri organi dello Stato (cfr., ad esempio, *L'ostruzionismo parlamentare davanti al diritto ed alla politica costituzionale*, in «Il Filangeri», n. 5, 1901, pp. 321-343, n. 6, pp. 401-417; in particolare su questo articolo, L. Lacchè, *La lotta per il regolamento: libertà politiche, forma di governo e ostruzionismo parlamentare. Dalle riforme Bonghi al regolamento Villa del 1900*, in «Giornale di storia costituzionale», n. 15, 2008, *I regolamenti parlamentari nei momenti di "svolta" della storia costituzionale italiana*, pp. 47-50).
- ¹¹ G. Miele, *Associazione (diritto di)*, in M. D'Amelio (a cura di), *Nuovo digesto italiano*, Torino, Utet, 1937, vol. I, p. 1018; E. Cheli, *Libertà di associazione e poteri di polizia: profili storici*, in Isap, *Atti del Congresso*, cit., pp. 276-279.
- ¹² L. Palma, *Corso di diritto costituzionale*, Firenze, Pellas, 1885, vol. III, p. 222.
- ¹³ Ferraciu, *Intorno alla libertà di riunione* cit., pp. 207-208.
- ¹⁴ Ivi, pp. 41-47.
- ¹⁵ Ivi, p. 34.
- ¹⁶ Ivi, pp. 35-36.
- ¹⁷ Ivi, p. 36.
- ¹⁸ Cfr., in particolare, A. Brunialti, *Associazione e riunione (diritto di)*, in *Digesto italiano*, Torino, Utet, 1893-1899, vol. IV, parte II, p. 48; Palma, *Corso di diritto costituzionale* cit., pp. 225-234.
- ¹⁹ Ferraciu, *Intorno alla libertà di riunione* cit., pp. 59-65.
- ²⁰ R. Bonghi, *La situazione del Paese e il diritto d'associazione*, in «Nuova Antologia», 15 novembre 1878, pp. 199-221.
- ²¹ Ferraciu, *Intorno alla libertà di riunione* cit., pp. 76-77.
- ²² A. Boldetti, *La repressione in Italia: il caso 1894*, in «Rivista di storia contemporanea», n. 4, 1977, pp. 481-515.
- ²³ Ferraciu, *Intorno alla libertà di riunione* cit., p. 205.
- ²⁴ Ivi, p. 206.
- ²⁵ Ivi, p. 213.
- ²⁶ Torino, E. Loescher, 1899.
- ²⁷ Nei primi decenni post-unitari erano comparsi i contributi di G. Devicenzi, *Delle commissioni parlamentari d'inchiesta e di alcune altre riforme nel governo*, Firenze, Stamperia reale, 1866; R. Bonghi, *Dei limiti del potere d'inchiesta nelle Assemblies*, in «Nuova Antologia», vol. XI, n. 8, 1869, pp. 822-854; A. Pierantoni, *La ragione delle inchieste parlamentari*, Roma, Unione coop. editrice, 1874; C.F. Ferraris, *Le inchieste parlamentari*, in Id., *Saggi di economia, statistica e scienza dell'amministrazione*, Torino, Loescher, 1880; G. Arcoleo, *L'inchiesta nel governo parlamentare*, Napoli, G. De Ruberto, 1881;

- G. Jona, *Le inchieste parlamentari e la legge*, in «Archivio Giuridico "Filippo Serafini"», n. 38, 1887, pp. 238-269. Anticipò di pochi mesi la monografia di Ferracciu il saggio di T. Martelli, *Il diritto d'inchiesta nelle Assemblee parlamentari*, in «Studi Senesi», n. 15, 1898, pp. 301-340. Aprì il nuovo secolo la voce *Inchiesta parlamentare* di V. Miceli, in *Enciclopedia giuridica italiana*, Milano, Società editrice libraria, 1901, vol. VIII, ad vocem.
- ²⁸ Ferracciu, *Le inchieste parlamentari* cit., pp. 14-17.
- ²⁹ Ivi, pp. 12 e 17.
- ³⁰ G. Arcoleo, *L'inchiesta nel governo parlamentare*, cit. (in particolare sugli scritti di Arcoleo relativi alle inchieste parlamentari, L. Pansolli, *Le inchieste parlamentari nell'Italia liberale. Teoria e prassi nella vicenda dell'istituto*, Napoli, Esi, 2009, pp. 356-369; più in generale, T.E. Frosini, Arcoleo Giorgio, in *Dizionario biografico dei giuristi italiani* cit., pp. 98-99, a cui si rimanda anche per la bibliografia essenziale).
- ³¹ Ferracciu, *Le inchieste parlamentari* cit., p. 20.
- ³² Al problema della legge sulle inchieste è dedicato il secondo capitolo del libro di Pansolli, *Le inchieste parlamentari nell'Italia liberale*, cit., pp. 111 ss; ma cfr. anche A. Isoni, *Indagini sulle commissioni d'inchiesta nel Parlamento statunitense*, in A. Nieddu, F. Soddu (a cura di), *Assemblee rappresentative, autonomie territoriali, culture politiche. Representative Assemblies, Territorial Autonomies, Political Cultures. Studies Presented to the International Commission for the History of Representative and Parliamentary Institutions*, Sassari, Edes, 2011, vol. LXXXIX, pp. 329-340.
- ³³ E. Broglio, *Delle forme parlamentari*, Brescia, Tip. del Giornale "La Sentinella bresciana", 1865, p. 255.
- ³⁴ Ferracciu si appoggiava in particolare alla riflessione di Guido Jona, *Le inchieste parlamentari e la legge*, cit. (a proposito delle tesi di Jona, cfr. Pansolli, *Le inchieste parlamentari nell'Italia liberale*, cit., pp. 370-375). Ad una conclusione molto simile a quella di Ferracciu era arrivato pochi mesi prima Martelli, *Il diritto d'inchiesta* cit., p. 340.
- ³⁵ Ferracciu, *Le inchieste parlamentari* cit., pp. 91-95.
- ³⁶ Ivi, p. 99.
- ³⁷ In generale, G. Caravale, *Il modello di governo parlamentare inglese e la dottrina italiana degli ultimi decenni dell'Ottocento*, in «Rivista trimestrale di diritto pubblico», n. 4, 1998, pp. 1035-1059.
- ³⁸ Ferracciu, *Le inchieste parlamentari* cit., pp. 150-159.
- ³⁹ Ivi, p. 177.
- ⁴⁰ Ivi, p. 178.
- ⁴¹ Ivi, p. 180.
- ⁴² Cfr. M. Mancini, U. Galeotti, *Norme ed usi del Parlamento italiano*, Roma, Camera dei deputati, 1887, pp. 376-394.
- ⁴³ Un limite che già Arcoleo aveva messo in evidenza (Arcoleo, *L'inchiesta nel governo parlamentare*, cit., p. 25).
- ⁴⁴ Ferracciu, *Le inchieste parlamentari* cit., p. 209.
- ⁴⁵ Ivi, pp. 210-212.
- ⁴⁶ A. Ferracciu, *Inchiesta politica*, in *Digesto italiano*, Torino, Utet, 1902-1906, vol. XIII, pp. 496-521.
- ⁴⁷ A. Ferracciu, *Inchiesta politica*, in *Nuovo Digesto italiano*, Torino, Utet, 1938, vol. XVI, pp. 941-952.
- ⁴⁸ Cfr. G. Recchia, *L'informazione delle assemblee rappresentative. Le inchieste*, Napoli, Jovene, 1979, pp. 119-120.
- ⁴⁹ Nell'Università di Perugia la cattedra di diritto costituzionale era occupata da Manfredi Siotto Pintor (C. Calvieri, *La cattedra di Diritto costituzionale di Manfredi Siotto Pintor. Brevi note sull'insegnamento e il metodo giuspubblicistico nella "Libera" Università di Perugia nei primi anni del Novecento*, in F. Treggiari (a cura di), *Giuristi dell'Università di Perugia. Contributi per il VII centenario dell'Ateneo*, Roma, Aracne, 2010, pp. 55-71).
- ⁵⁰ Al dibattito sul metodo vi parteciparono gran parte dei più autorevoli giuristi italiani del tempo, come anche le opere della storiografia giuridica più recente evidenziano: G. Cianferotti, *Lo Stato nazionale e la nuova scienza del diritto pubblico*, in *Enciclopedia italiana. Il contributo italiano alla storia del pensiero. Ottava appendice. Diritto*, Roma, Istituto della Enciclopedia italiana, 2012, pp. 315-322; G.P. Trifone, *Il diritto al cospetto della politica*, Miceli, Rosi, Siotto Pintor e la crisi della rappresentanza liberale, Napoli, Esi, 2010; L. Borsi, *Nazione Democrazia Stato. Zanichelli e Arangio Ruiz*, Milano, Giuffrè, 2009. Si vedano inoltre i riferimenti nella nota 58.
- ⁵¹ Bollettino Ufficiale del Ministero dell'Istruzione pubblica, anno XXXIII, vol. II, n. 34 (Roma, 23 agosto 1906), *Relazione della Commissione* cit., p. 2380. La Commissione per il concorso cagliaritano si limitò a confermare esattamente il giudizio già dato in occasione del concorso senese: d'altronde il verbale per l'Università di Siena riporta la data del 21 novembre del 1905, quello per l'Università di Cagliari la data del 22 novembre 1905. Bollettino Ufficiale del Ministero dell'Istruzione pubblica, anno XXXIII, vol. I, n. 26 (Roma, 28 giugno 1906), *Relazione della Commissione giudicatrice del concorso per professore ordinario alla cattedra di diritto costituzionale nella R. Università di Cagliari*, p. 1672. Nel concorso cagliaritano, dove i candidati erano nove (Antonio Bragaglia, Pietro Chimenti, Antonio Ferracciu, Francesco Magri, Giacomo Pagano, Errico Presutti, Santi Romano, Manfredi Siotto Pintor e Ignazio Tambaro), la commissione propose in ordine di merito: 1. Santi Romano, con voti cinque su cinque; 2. Pietro Chimenti, con voti quattro su cinque; 3. Antonio Ferracciu, con voti quattro su cinque. Non permettono di aggiungere ulteriori elementi si

- gnificativi i documenti su questo concorso in Archivio Centrale dello Stato (d'ora in poi ACS), Ministero della Pubblica Istruzione, Direzione generale istruzione superiore (1897-1910), b. 254.
- ⁵² Per essere più precisi, Ferracciu rimase a Siena dal 1906 alla fine del 1924. In generale, A. Cardini, *Economia e diritto dall'Unità al fascismo*, in *L'Università di Siena. 750 anni di storia*, Siena, Amilcare Pizzi Editore, 1991, pp. 227-240.
- ⁵³ A. Ferracciu, *Il diritto costituzionale e le sue zone grigie*, in «Annali della Facoltà di Giurisprudenza» (Università di Perugia), 1905, serie III, vol. III, p. 84.
- ⁵⁴ Cfr. Ferracciu, *Il diritto costituzionale e le sue zone grigie*, cit., pp. 85-86; Id., *La funzione odierna del diritto costituzionale in Italia. Prolusione al Corso di diritto costituzionale letto nella R. Università di Siena il 10 marzo 1906*, Torino, Fratelli Bocca, 1906, p. 19.
- ⁵⁵ Ferracciu, *Il diritto costituzionale e le sue zone grigie* cit., p. 91.
- ⁵⁶ Ferracciu, *La funzione odierna del diritto costituzionale in Italia* cit., p. 19. La scelta di dedicare la prolusione del 1906 al giurista Luigi Moriani, in occasione del trentacinquesimo anno dal suo insegnamento, sembra l'ennesima prova di una certa preferenza per gli studiosi fuori dalla tradizione storicamente consolidata. Rettore dell'Università di Siena dal 1904 al 1906, romanista, Moriani era un novatore, proprio sul piano della metodologia (F. Colao, *Moriani Luigi*, in *Dizionario biografico degli italiani*, Roma, Istituto della Enciclopedia italiana, 2012, vol. LXXVI, pp. 795-797).
- ⁵⁷ Ferracciu, *La funzione odierna del diritto costituzionale in Italia* cit., pp. 20-21.
- ⁵⁸ In generale, sulla scienza giuridico pubblicistica italiana tra Otto e Novecento: M.S. Giannini, *Profili storici del diritto amministrativo*, in «Studi Sassaresi», n. 18, 1940, ora anche in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», n. 2, 1973, in particolare pp. 234-266; S. Casse, *Cultura e politica del diritto amministrativo*, Bologna, Il Mulino, 1971, pp. 21-29 (ma anche Id., *Il diritto amministrativo: storia e prospettive*, Milano, Giuffrè, 2010, pp. 266-269); P. Costa, *Lo Stato immaginario*, Milano, Giuffrè, 1986; A. Schiavone (a cura di), *Stato e cultura giuridica in Italia dall'Unità alla Repubblica*, Roma-Bari, Laterza, 1990 (in particolare, M. Fioravanti, *Costituzione, amministrazione e trasformazioni dello Stato*, pp. 21-39; P. Costa, *La giuridicità dell'Italia unita: il paradigma disciplinare*, pp. 89-125); P. Grossi, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico 1860-1950*, Milano, Giuffrè, 2000, pp. 79-83; L. Borsi, *Classe politica e costituzionalismo*, Mosca, Arcoleo, Maranini, Milano, Giuffrè, 2000; F. Lanchester, *Pensare lo Stato*, Roma-Bari, Laterza, 2004, pp. 55-56; A. Sandulli, *Costruire lo Stato*, Milano, Giuffrè, 2009; A. Giannini, *Gli studi di diritto costituzionale in Italia (1848-1948)*, in «Rassegna di diritto pubblico», n. 1, 1949, pp. 88-109.
- ⁵⁹ Cfr. Ferracciu, *La funzione odierna del diritto costituzionale in Italia* cit., pp. 7-11.
- ⁶⁰ Ferracciu comunque stimava Zanichelli e lo considerava un maestro (gli dedicò un lungo articolo all'indomani della morte: A. Ferracciu, *Domenico Zanichelli e la sua opera scientifica*, in «Studi senesi», vol. XXV, fasc. 1908, pp. 313-332). Su Zanichelli, oltre a Borsi, Nazione *Democrazia Stato*, cit., pp. 1-214, G. Cianferotti, *Storia della letteratura amministrativa italiana. Dall'Unità alla fine dell'Ottocento. Autonomie locali, amministrazione e costituzione*, Milano, Giuffrè, 1998, pp. 627-642.
- ⁶¹ D. Zanichelli, *La politica e la storia nello studio del diritto costituzionale*, prelezione al corso di diritto costituzionale nella R. Università di Pisa, letta il 23 gennaio 1904, Bologna, Zanichelli, 1904.
- ⁶² Per una bibliografia essenziale aggiornata: G. Cianferotti, *Orlando Vittorio Emanuele*, in *Dizionario biografico dei giuristi italiani*, cit., pp. 1465-1469; M. Fotia, *Orlando Vittorio Emanuele*, in *Enciclopedia italiana. Il contributo italiano* cit., pp. 323-326.
- ⁶³ Giulio Cianferotti ha inserito Ferracciu tra i giuristi che non aderirono all'indirizzo «giuridico», ma neppure ebbero un rifiuto netto e cercarono un compromesso dei diversi criteri (G. Cianferotti, *Il pensiero giuridico di V.E. Orlando e la giuridicità italiana fra Ottocento e Novecento*, Milano, Giuffrè, 1980, p. 200).
- ⁶⁴ Cfr. Ferracciu, *Il diritto costituzionale e le sue zone grigie* cit., p. 197.
- ⁶⁵ U. Forti, *Il realismo nel diritto pubblico*, Camerino, Ed. Savini, 1903, ora anche in Id., *Studi di diritto pubblico*, Roma, Soc. Ed. del "Foro italiano", 1937, vol. I, pp. 23-127. In generale, G. Focardi, *Forti Ugo*, in *Dizionario biografico dei giuristi italiani* cit., pp. 891-892 (a cui si rimanda anche per una bibliografia essenziale).
- ⁶⁶ Cfr. Ferracciu, *Il diritto costituzionale e le sue zone grigie* cit., p. 219.
- ⁶⁷ Agli anni senesi risale anche l'interessante prolusione di Ferracciu, *Tendenze recenti del costituzionalismo* (in *R. Università degli Studi di Siena. Annuario Accademico 1907-1908*, Siena, 1908), che qui (soprattutto per ragioni di spazio) non toccheremo. Sul punto, G. Cianferotti, *La crisi dello Stato liberale nella giuridicità italiana del primo Novecento*, in A. Mazzacane (a cura di), *I giuristi e la crisi dello Stato liberale in Italia fra Otto e Novecento*, Napoli, Liguori Editore, 1986, pp. 165-166.
- ⁶⁸ D. Donati, *Il problema delle lacune dell'ordinamento giuridico*, Milano, Libreria, 1910.
- ⁶⁹ M. Stotto Pintor, *I criteri direttivi d'una concezione realistica del diritto pubblico*, in «Annali della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Perugia», n. 3, 1905, pp. 35-82.
- ⁷⁰ S. Romano, *Osservazioni preliminari per una teoria sui limiti della funzione legislativa nel diritto ita-*

- liano, in «Archivio del diritto pubblico e dell'amministrazione italiana», n. 1, 1902, ora in Id., *Scritti minori*, a cura di G. Zanolini, Milano, Giuffrè, 1990 (ristampa dell'edizione del 1950), vol. I, pp. 239-240.
- ⁷¹ A. Ferracciu, *La consuetudine costituzionale. 1. Concetto, genesi, ufficio*, estratto da «Studi Senesi», vol. XXIX (vol. IV, II serie), fasc. 3-4-5, p. 9.
- ⁷² *Ibidem*.
- ⁷³ Ferracciu, *La consuetudine costituzionale. I. Concetto cit.*, pp. 10-11.
- ⁷⁴ Ivi, p. 12.
- ⁷⁵ Ivi, pp. 23-24.
- ⁷⁶ O. Ranalletti, *La consuetudine come fonte del diritto pubblico interno (costituzionale e amministrativo)*, in «Rivista di diritto pubblico», 1913, ora in *Scritti giuridici scelti. I. Lo Stato*, Napoli, Jovene, 1992, vol. I, p. 328.
- ⁷⁷ Bragaglia Antonio, Francesco Magri, Tambaro Ignazio, Enrico Presutti e Manfredi Siotto Pintor, questi ultimi due classificati al concorso rispettivamente secondo e terzo.
- ⁷⁸ ACS, Ministero della Pubblica Istruzione, Direzione generale istruzione superiore, Fascicoli personale insegnante (II versamento, 1^a serie), b. 58, Fascicolo di Ferracciu Antonio, verbali della Commissione, giudizio individuale del prof. Ranalletti.
- ⁷⁹ Ivi, giudizio individuale del prof. Romano.
- ⁸⁰ A. Ferracciu, *La consuetudine costituzionale. II. Natura specifica*, estratto da «Studi Senesi», vol. XXXV (vol. X, II serie), fasc. 1-2, p. 4.
- ⁸¹ Ivi, pp. 4-6. All'istituto del Gabinetto Ferracciu aveva dedicato pagine significative nella prolusione al corso libero di Storia delle costituzioni politiche moderne (R. Università di Sassari), *Cinquant'anni della Costituzione italiana*, estratto da «Il Filangeri», n. 1 e 2, 1900). La riflessione fu poi ripresa e raffinata in un lungo saggio: *Contributo allo studio della funzione regia nel Governo di Gabi-*
- netto*, in «Il Filangeri», 1902, pp. 1-64, 204-228, 419-440, 721-744 (entrambi si possono trovare anche online su: <https://archive.org/index.php>). Quest'ultimo lavoro peraltro fu recensito da Santi Romano: «Archivio giuridico "Filippo Serafini"», nuova serie, vol. VIII, 1901, pp. 554-555. Nel 1902 comparve anche un importante contributo di Ferracciu, *La presidenza del Consiglio dei ministri all'estero ed in Italia*, in «Studi Saresesi», n. 2, 1902, pp. 64-89 (cfr. E. Rotelli, *La presidenza del Consiglio dei ministri. Il problema del coordinamento dell'amministrazione centrale in Italia*, Milano, Giuffrè, 1972).
- ⁸² Ferracciu, *La consuetudine costituzionale. II. Natura specifica cit.*, p. 8-10.
- ⁸³ Ivi, p. 19.
- ⁸⁴ S. Romano, *Sui Decreti-legge e lo stato di assedio in occasione del terremoto di Messina e di Reggio Calabria*, in «Rivista di diritto pubblico», n. 1, 1909, ora Id., *Scritti minori*, cit., pp. 362-363.
- ⁸⁵ Ferracciu, *La consuetudine costituzionale. II. Natura specifica cit.*, p. 24.
- ⁸⁶ Ivi, p. 32.
- ⁸⁷ Ivi, p. 29.
- ⁸⁸ Ivi, pp. 43-45.
- ⁸⁹ A. Ferracciu, *La consuetudine costituzionale. III. Aspetti diversi - efficacia e sanzioni*, estratto da «Studi Senesi», vol. XXX (vol. IV della serie), fasc. 1-2, p. 4.
- ⁹⁰ Mancini, Galeotti, *Norme ed usi cit.*, pp. 125-128.
- ⁹¹ Ferracciu, *La consuetudine costituzionale. III. Aspetti diversi cit.*, p. 20.
- ⁹² Ivi, p. 59.
- ⁹³ Il Consiglio della Facoltà di Giurisprudenza di Palermo accolse all'unanimità la domanda di trasferimento, «considerati il lungo tirocinio didattico e la continuata attività scientifica» che permisero a Ferracciu di «conquistare una posizione ragguardevole tra i cultori del diritto pubblico in Italia»; considerato che insegnò diritto internazionale nelle diverse Università a cui appartenne e visto che la cattedra di diritto internazionale era vacante (ACS, Ministero della Pubblica Istruzione, Direzione generale istruzione superiore, Fascicoli personale insegnante (II versamento, 1^a serie), b. 58, Fascicolo di Ferracciu Antonio, R. Università degli Studi di Palermo, Facoltà di Giurisprudenza, verbale della seduta del 13 maggio 1924). La Sicilia era una meta ambita: d'altronde, era la regione che, attraverso l'opera di Arcoleo, Majorana, Mosca, Orlando, Scaduto, più di altre aveva contribuito a rinnovare «le categorie concettuali del diritto pubblico» (L. Lacchè, *Lo Stato giuridico e la costituzione sociale. Angelo Majorana e la giuspubblicistica di fine secolo*, in Il "giureconsulto della politica". Angelo Majorana e l'indirizzo sociologico del Diritto pubblico, Macerata, eum, 2011, p. 43).
- ⁹⁴ In realtà, la sua produzione scientifica complessiva non si può considerare particolarmente vasta e presenta più pause, dovute forse anche, come si ricava da alcuni necrologi, alla cura con cui preparava le lezioni universitarie e al tempo che dedicava a seguire gli allievi (A. Raselli, *In memoria di Antonio Ferracciu*, in «Studi senesi», XLIV, n. 4-5, 1930, pp. II).
- ⁹⁵ A. Ferracciu, *La figura costituzionale del Gran Consiglio*, in «Rivista di diritto pubblico e della pubblica amministrazione in Italia», n. 21, 1929, p. 115.
- ⁹⁶ Ivi, p. 212.
- ⁹⁷ In generale, P. Cavallaro, *Il Gran Consiglio del fascismo. Organo anfibio tra partito e stato*, Siracusa, Lombardi, 2004.
- ⁹⁸ Ferracciu, *La figura costituzionale del Gran Consiglio cit.*, pp. 215, 225-226.
- ⁹⁹ Ivi, pp. 217-219 e 222.
- ¹⁰⁰ Ivi, p. 224.
- ¹⁰¹ Cfr. R. De Felice, *Mussolini il fascista. II. L'organizzazione dello Stato fascista 1925-1929*, Torino, Einaudi, 1968, vol. II, p. 310.
- ¹⁰² Ferracciu, *La figura costituzionale del Gran Consiglio cit.*, p. 223.

Mura

¹⁰³ A. Ferracciu, *Norme e riforme costituzionali in Italia (a proposito del nuovo concetto di legge costituzionale)*, in *Studi di diritto pubblico in onore di Oreste Ranelletti*, Padova, Cedam, 1931, II, p. 426.

¹⁰⁴ Ivi, p. 430.

¹⁰⁵ Ivi, p. 411.

¹⁰⁶ Ivi, pp. 431-432.

¹⁰⁷ Ivi, p. 437.

¹⁰⁸ Come, ad esempio, S. Cassese, *Lo Stato fascista*, Bologna, Il Mulino, 2010; G. Melis, *Le istituzioni italiane negli anni Trenta*, in *Lo Stato negli anni Trenta. Istituzioni e regimi fascisti in Europa*, Bologna, Il Mulino, 2008, pp. 91-107; Id., *Fascismo (ordinamento costituzionale)*, in *Digesto delle Discipline Pubblicistiche*, Torino, Utet, 1991, vol. VI, pp. 259-273.

Un socialismo panteista.

Appunti sugli inizi filosofici di Jean Jaurès

GIORGIO RIDOLFI

Nello scritto in lingua latina *De primi socialismi germanici lineamentis apud Lutherum, Kant, Fichte et Hegel, thèse secondaire* con la quale Jean Jaurès ottenne nel 1892 il proprio dottorato alla Sorbonne, viene generalmente indicata la prima opera che, sebbene in maniera poco approfondita, mette in risalto i legami tra la filosofia kantiana e l'evoluzione del movimento socialista tedesco. Jaurès, pur essendo passato alla storia come uno dei più importanti esponenti politici del movimento operaio francese, poteva infatti vantare una saldissima formazione filosofica, resa oltretutto evidente dall'ampio respiro intellettuale proprio anche delle sue opere di argomento più direttamente politico. Per confermare, ad ogni modo, come la qualifica di filosofo non sia, per ciò che lo riguarda, affatto fuori luogo, basta ricordare che egli, in occasione dell'esame d'entrata all'École Normale Supérieure, si classificò primo, lasciando al secondo posto quello che, nei decenni successivi, sarebbe diventato il più significativo rappresentante della filosofia francese,

Henri Bergson. D'altra parte Jaurès, se la presa di coscienza delle questioni socio-economiche a lui contemporanee non avesse acceso la sua vocazione politica, avrebbe probabilmente continuato la sua attività di docente presso l'università di Tolosa, cui tornò durante la prima interruzione del suo mandato parlamentare (1889-1893), o magari alla Sorbonne, presso cui nel 1898 presentò senza successo la sua candidatura per una cattedra.

Rispetto a un intellettuale di sicura caratura, quale Jaurès appare, si può così affermare che sia stata la temperie storica della Francia sul finire del XIX secolo a costringerlo ad occuparsi di problemi di natura più concreta ed immediata; e che, anzi, siano stati proprio i suoi studi filosofici, decisamente orientati all'ambiente tedesco in linea con quanto cominciava a fare una parte significativa del mondo accademico francese, a fargli percepire come insufficienti radicali prese di posizione etiche che non si traducevano in una pratica quotidiana. Si spiega, d'altra parte, in

questo modo il processo di radicalizzazione che Jaurès, eletto nel 1885 all'Assemblea nazionale nei ranghi repubblicani e già sostenitore di una posizione collocata ben più a sinistra del riformismo opportunistico di Jules Ferry, sperimentò dopo la sua mancata rielezione quando, tornato a contatto con le questioni di politica locale, fu testimone del grande sciopero minerario di Carmaux, che ebbe rilevanza nazionale e che gli consentì finalmente di gettare uno sguardo diretto sulle profonde condizioni di miseria in cui versava il proletariato francese. È in questo episodio che può essere rinvenuto il principale motivo della sua definitiva conversione al socialismo, quale si mostra nella coeva *thèse secondaire* e che va anche letto nella prospettiva dell'evidente spostamento a destra di quel repubblicanesimo moderato che fino ad allora, da sincero cultore dello spirito della Rivoluzione, egli aveva erroneamente interpretato come una sorta di egualitarismo patriottico. Jaurès mise in opera, in questo senso, un processo di progressivo avvicinamento al materialismo marxiano, sulla portata del quale è però possibile nutrire alcuni legittimi dubbi e che comunque, come vedremo, non arrivò mai alla sostituzione del suo umanitarismo universalista con un'idea classista di solidarietà.

Da questo umanitarismo ebbero certamente origine le posizioni che Jaurès sostenne rispetto alle due più importanti questioni che segnarono la sua attività di deputato, dando una peculiare fisionomia alla sua figura di militante socialista. Rispetto all'*affaire Dreyfus*, dopo che le prove prodotte in favore del capitano inquisito avevano dissipato il suo iniziale colpevolismo, egli asserì che i socialisti avevano l'obbligo morale di difendere un uomo

ingiustamente accusato, senza curarsi del fatto se egli fosse borghese o proletario; posizione che, per ragioni diverse, ricevette attacchi tanto dalla destra quanto dalla sinistra più radicalmente marxista di Jules Guesde e che costò di nuovo a Jaurès il suo mandato parlamentare. Ma il vertice di questo umanismo si espresse nella rivendicazione jaurèsiana di un pacifismo radicale, benché realista, convinto cioè della natura borghese delle guerre che si combattevano all'inizio del XX secolo ma, proprio per questo, attento a non scadere in un antimilitarismo che avrebbe lasciato i lavoratori senza protezione. E furono proprio queste idee, che ispirarono la strenua lotta di Jaurès contro l'apertura delle ostilità di quella che sarebbe diventata la Prima guerra mondiale, a creare tra i nazionalisti quel clima di odio nei confronti della sua persona che, il 31 luglio 1914, armò la mano del suo assassino Raoul Villain.

Come appare dunque evidente, Jaurès, in ragione delle soluzioni che i cardinali della sua posizione filosofica lo spingevano a dare ad alcuni problemi di attualità politica, è difficilmente inquadrabile nell'ottica di quella sinistra marxista che in Francia, come d'altra parte in Italia, ha avuto grande importanza nel dibattito politico-intellettuale, soprattutto a partire dal secondo dopoguerra. Ciò nondimeno la sua figura, resa ancora più leggendaria dall'aura di "martire per la pace" acquisita in seguito alle circostanze del suo assassinio, non ha mai perso per la sinistra francese il suo significato evocativo, testimoniato dalla pubblicazione, a scadenza piuttosto regolare, di biografie e di opere riguardanti il suo pensiero politico. Se si considera, in questo senso, la storia francese degli ultimi decenni risulta evidente come il ricordo della "purezza"

laica e anticapitalista di Jaurès sia diventata una sorta di *topos* che ritorna continuamente in auge, esplicitamente o implicitamente, all'interno del dibattito politico. E un'eco jaurèssiana sembra, d'altra parte, risuonare anche nella critica alle attuali generazioni del capitalismo sviluppata nel libro di recente pubblicazione e di grande successo, non solo in Francia, *Le Capital au XXI^e siècle* di Thomas Piketty.

Alla "pantheonizzazione" fisica del corpo di Jaurès, avvenuta nel 1924, sembra dunque nei fatti essere seguita una sorta di "pantheonizzazione morale", che tuttavia, per un determinato schieramento culturale, ha significato la sua trasformazione in un vero e proprio monumento ideologico, rispetto alla cui agiografia era necessario mettere a tacere non già i punti controversi della sua attività politica, che sicuramente impallidiscono a fronte del suo indiscusso rigore morale, ma quei modi di pensare e di rapportarsi a tale attività che rimandavano alle sue convinzioni personali e che rischiavano, in una determinata cornice, di rendere più sfumato il ritratto di questo "grande di Francia". La questione di ciò che Jaurès stesso, nell'*Armée nouvelle*, ha individuato come il "retro-pensiero" filosofico che ha accompagnato tutta la sua vita è, di conseguenza, rimasta per lungo tempo, anche a causa dei suoi forti accenti religiosi, qualcosa di indagato solo occasionalmente nella sua indipendenza; e la sua attività speculativa è stata spesso derubricata a semplice interesse giovanile, soppiantato, in un secondo momento, da un "più serio" impegno politico nei ranghi del movimento marxista. Riconsiderare brevemente questa parte fondamentale della sua produzione intellettuale, soprattutto nell'anno in cui ricorre il centenario della sua tragica

scomparsa, appare invece, a nostro parere, un impegno inderogabile per meglio comprendere una delle più significative figure della storia politica moderna¹.

Il nucleo della filosofia di Jaurès, ossia ciò che, a dispetto delle interpretazioni di parte, costituisce «i prolegomeni teologico-politici del jaurèssismo»², può essere rinvenuto, oltre che nella già citata tesi in lingua latina, nella tesi principale, presentata nella medesima occasione con il titolo *De la réalité du monde sensible*, e in un fondamentale scritto coevo, ma pubblicato solo nel 1959, dal titolo *La question religieuse et le socialisme*. Nella tesi latina Jaurès sostiene che l'ideale socialista è nato in Germania in accordo con l'egemonia della filosofia idealista, e che si è poi contaminato con le dottrine materialiste solo in virtù di eventi contingenti. Questa ricostruzione trova conferma, secondo Jaurès, se si guarda all'importanza che ha avuto per il socialismo l'evento-cardine della Germania moderna, ossia la Riforma protestante. Lutero infatti, nel proclamare l'insussistenza del libero arbitrio, ha rimesso la giustizia unicamente nelle mani di Dio e l'ha fatta dipendere dalla sua imperscrutabile logica, sulla base della quale, tuttavia, non si può non vaticinare il futuro instaurarsi della più ampia eguaglianza tra gli uomini: se non sulla terra, quanto meno in cielo. È così sicuramente vero che, nell'ottica della predestinazione, l'uomo rimane sempre asservito alle logiche della volontà divina, ma qui egli non è più sottomesso a un'autorità esterna, come accettavano di vederlo i gesuiti, strenui fautori del libero arbitrio, ma a uno spirito presente alla coscienza, di cui invece parlavano, anche in ambito cattolico, i giansenisti. La *forma mentis* luterana, afferma in questo senso Jaurès, mostra

una grande affinità con quella socialista, giacché «coloro che sostengono che l'uomo è libero non in astratto e nella mera libertà dell'indifferenza, ma soltanto allorché obbedisce a Dio», e, di conseguenza, «sia in teologia sia in filosofia escludono l'immagine falsa e ipocrita della libertà, [...] respingono in economia una inutile parvenza di libertà che ha il nome e non la sostanza della libertà»³. Lutero, si può quindi affermare, è il primo ispiratore del socialismo moderno, perché, con la sua dottrina del servo arbitrio, ha distinto nettamente tra l'essere attuale e un dover essere futuro, per la cui realizzazione, tanto celeste quanto terrena, sono da sempre all'opera leggi superiori, cui gli individui partecipano in maniera unicamente riflessa. A partire dalla sua educazione pietistica, lo stesso Kant, che pure ha parlato di una volontà umana assolutamente libera, non ha fatto risalire quest'ultima al semplice *arbitrium indifferentiae*, ma l'ha messa ineludibilmente in contatto con una norma universale del dovere, in modo da affermare che «l'uomo è libero perché scorge nel dovere ciò che è proprio di lui e di tutte le creature razionali»⁴.

È proprio il rispetto che Kant ha dimostrato per l'universalità della legge morale e, al contempo, per le individualità che ad essa si sottomettono, ciò che lo rende uno dei padri del socialismo tedesco. È, infatti, l'eguaglianza che necessariamente discende dall'universalità della legge morale l'elemento-chiave di quella volontà popolare che, secondo la sua opinione, costituisce lo Stato, lo ammoderna quando la sua costituzione si mette in contrasto con i bisogni della realtà e che, soprattutto, presiede alla giusta distribuzione della proprietà tra i cittadini. La proprietà, fa notare in questo

senso Jaurès, non è vista da Kant, lockianamente, come acquisizione del singolo, che lo Stato si trova poi necessariamente a difendere, bensì come concessione che la volontà popolare fa al singolo, per mezzo e nel rispetto delle leggi dello Stato. Sebbene, dunque, storicamente abbia prevalso un'opposta interpretazione, appare ora chiaro il significato eminentemente socialista del fatto che Kant abbia subordinato il godimento dei diritti civili all'indipendenza personale ed economica dell'individuo. Egli infatti, afferma Jaurès, non ha in alcun modo elaborato una mitologia liberale della proprietà, bensì ha semplicemente voluto far notare come l'indipendenza economica sia *condicio sine qua non* per la nascita di quei doveri civili, che rappresentano le precondizioni per l'esercizio dei diritti che la legge morale prescrive di estendere ad ogni uomo. Negli scritti kantiani l'accento non cade sul possesso attuale dei beni, ma sulla necessità morale che esso sia esteso ad ogni individuo, e

Kant dunque, [...] sebbene politicamente ha combattuto il socialismo, tuttavia ha aperto la strada al socialismo col suo pensiero filosofico, sullo Stato e sulla proprietà. Né puoi meravigliarti di questo, se non hai dimenticato che la libertà di ognuno non consiste tanto nel temerario arbitrio, quanto piuttosto nella ragione e nel dovere stesso. Qualunque intima libertà di ogni uomo non si è costituita se non per ragione e dovere, e la stessa libertà non si distingue dalla norma di libertà, cosicché sia il diritto politico sia il diritto di proprietà di ogni cittadino non scaturisce dallo stesso Stato o dal fatto sociale, ma è la norma comune. L'"individualismo" dunque e il socialismo non si oppongono come contrari, ma si conciliano in unità⁵.

L'unità, d'altra parte, o, sarebbe meglio dire, la costante ricerca dell'unità di tutti i fenomeni, materiali o spirituali che siano,

sta al centro di quella metafisica panteista che Jaurès esprime nella sua tesi di dottorato in lingua francese, in cui viene radicalmente problematizzata la fissità e l'individualità di ogni esperienza sensibile, risolvendola nella descrizione del movimento incessante di tutti gli enti, estesi ed inestesi, verso un supremo principio di armonia, al quale non bisogna avere timore di dare il nome che più gli è appropriato, quello di Dio⁶. Questo supremo principio, inteso come centro dell'universo fenomenico,

per quanto sia reale, poiché attira e chiama tutti i mondi nell'immensità, non è un centro fisico: esso è proprio un centro intangibile e ideale. Pertanto l'unico mezzo che hanno i mondi per andare verso di esso è quello di non abbandonare le loro modeste orbite, incatenate ad altre orbite; è quello di concorrere, ognuno per la sua parte, a quell'armonia universale che sola può riavvicinare i mondi al loro centro divino⁷.

Come si può ben rilevare in questa asserzione, nella concezione di Jaurès vengono a fondersi inestricabilmente l'attenzione positivista per la concretezza del mondo materiale e delle sue strutture, propria del socialismo marxiano e marxista, e la sottolineatura di un'istanza teleologica in cui il fine diventa in qualche modo secondario rispetto alla centralità degli sforzi messi in atto per raggiungerlo; istanza quest'ultima che rappresenterà il cardine del socialismo neokantiano della Scuola di Marburgo e sarà un elemento di svolta nelle dottrine revisioniste di Eduard Bernstein. Si può anzi affermare che in Jaurès «si parte dalla sensazione e vi si trova subito, al di là di una psicologia e di una fisiologia, per prima cosa una metafisica, poi un'estetica, poi ancora una morale e una politica»⁸. Il problema politico, che nel libro non viene trattato in alcun modo, si rivela così deter-

minante anche nella discussione dei temi più marcatamente teoretici e si esprime di sfuggita, ma in tutta la sua centralità, nella frase che chiude l'opera, in cui si afferma che,

nella concezione assoluta e divina, non è solo il cielo grandioso e stellato che trova la sua realtà e la sua giustificazione, ma anche la casa modesta nella quale, tra la tavola di famiglia e il focolare, l'uomo, con i suoi umili attrezzi, guadagna per sé e per i suoi il pane di ogni giorno⁹.

Sulla base di questo orizzonte di pensiero, è del tutto evidente come il socialista Jaurès, nonostante la posizione ufficiale del suo partito, non possa non dichiararsi convinto del fatto che il problema religioso sia «il più grande problema del nostro tempo e di tutti i tempi»¹⁰, visto che non ci può essere un società senza religione, cioè senza una serie di convinzioni comuni che legano tutti gli animi a un orizzonte infinito di senso. Questo problema non è stato, però, risolto dal cristianesimo, giacché esso nella figura di Cristo ha descritto un'esistenza eccezionale, la cui perfezione interiore e il cui senso dell'Assoluto non può essere comune a nessun uomo che non sia un'incarnazione del principio divino stesso, e un'essenza sovranaturale, la cui nascita stessa rappresenta un salto nella normale dialettica della generazione. Se Cristo è questa sorta di primo papa infallibile, già «nella dolcezza del Vangelo si delinea la spietata tirannia del Sillabo»¹¹; ma questa fortunatamente, afferma Jaurès, è solo l'interpretazione che la Chiesa cerca di darne, forzando le parole con le quali colui che si definisce "figlio dell'uomo" dimostra di avere, invece, come unico obiettivo della sua predicazione l'elevazione dei suoi fratelli all'unione con la perfezione del Padre celeste, e non la coercizione delle loro anime. Cristo è colui che

risveglia il senso d'infinito innato in ogni uomo, è una potenza che dà vita ad altre potenze, e il vero successo della sua predicazione viene, paradossalmente, raggiunto quando gli uomini riescono finalmente a fare affidamento sulle proprie forze, facendo a meno di lui. In definitiva egli non è «né un Dio, ossia un despota organizzatore di una teocrazia, né, secondo la piatta esegesi dei democratici cristianizzanti, un filosofo volgare o, addirittura, un sanculotto»¹²; egli è colui che insegna agli uomini la via del socialismo, rendendoli immortali pur nel tempo limitato della loro vita. E, pertanto, il socialismo si caratterizza in questo modo, oltre che come una rivoluzione materiale e morale, come una rivoluzione religiosa, poiché esso,

restituendo a molti uomini la vita stessa, restituirà loro il senso della vita e di Dio. Sostituendo la giustizia agli aspri conflitti della forza, facendo del diritto, che è una forma di Dio, l'ospite familiare delle società umane, renderà Dio presente a tutte le anime umane riconciliate. È il socialismo che aprirà la società refrattaria e dura all'influenza dell'idea religiosa. Esso non creerà la religione, ma mescolerà la religione alla vita stessa e, oso dire, alle fibre dell'umanità¹³.

In questa concezione panteista, come è evidente, il legame con Kant si fa decisamente meno stretto, a meno di dare, come cerca di fare Jaurès in una lunga digressione contenuta nella sua tesi francese¹⁴, un'interpretazione della dottrina kantiana, secondo la quale il dualismo di essere e pensiero tradirebbe l'incapacità di vedere nell'Io penso i tratti monistici, fichtiani, di un'unità produttiva, e non semplicemente legislativa. Un'incapacità che, a dispetto dell'epocalità dei risultati raggiunti, avrebbe la sua origine in un errore di fondo commesso da Kant, quando ha voluto redigere la

tavola delle categorie, ossia delle forme che unicamente guidano l'esercizio dell'intelletto umano, a partire dalla tavola dei giudizi, non accorgendosi, in questo modo, che il giudizio è esclusivamente una relazione di termini e che pertanto «esso si limita a esprimere questa relazione, e non mette da nessuna parte in evidenza l'idea dell'essere che è contenuto tanto in ognuno dei due termini, quanto nella loro relazione»¹⁵. Così Kant, nella misura in cui non si accorge di avere già approntato gli strumenti teorici per andare oltre il suo dualismo, è costretto, nei fatti, a introdurre surrettiziamente nella sua dottrina un'istanza finalistica, che possa finalmente spiegare perché il mondo materiale si sottometta a qualcosa ad esso totalmente estraneo, come sono le forme del pensiero e dell'intuizione, anziché ridurre l'esperienza a «una fantasmagoria di rappresentazioni sconnesse»¹⁶; problema, questo della deduzione trascendentale, che in alcun modo si pone a una filosofia, come quella di Jaurès, per la quale, nella realtà di un mondo innervato dalla presenza divina, essere, coscienza e fine sono talmente legati tra loro da poter apparire, nell'ottica dell'armonia universale, come sinonimi¹⁷.

A queste convinzioni Jaurès rimarrà fedele anche quando la sua attività politica prenderà definitivamente il sopravvento su quella scientifica¹⁸. Esse, anzi, vengono ad esempio declinate in senso esplicitamente socialista nel dibattito che egli sviluppò con Paul Lafargue – marxista francese, nonché genero dello stesso Karl Marx – intorno ai rapporti tra le concezioni idealista e materialista della storia¹⁹. La tesi di Jaurès a riguardo è, in realtà, molto semplice: le due spiegazioni del corso del mondo, ben lungi dall'escludersi vicendevolmente, possono giungere ad avere entrambe validità, in

ragione della constatazione che «non c'è nessuno dei miei pensieri che non corrisponda a un movimento cerebrale, e d'altra parte non avviene nel cervello un solo movimento che non corrisponda almeno al germe di un pensiero»²⁰. Allo stesso modo, quindi, è senza dubbio vero, come pretende Marx, che l'evoluzione intellettuale dell'umanità è il risultato di un trasfondersi riflessivo dei processi economici in quelli mentali, ma è altrettanto vero che ciò può avvenire solo a condizione che nel cervello, «in forma di senso della bellezza, d'istintiva simpatia e di aspirazione all'unità»²¹, già esistano, preformate e impresse nelle volute dell'omuncolo, delle forme spirituali che influenzano la recezione dei dati economici. Jaurès, così, riesce a fondere le due concezioni, salvando il momento ideale della storia, senza con ciò uscire dalle rotte del concatenamento causale degli eventi; ciò che egli perde, rinunciando a ogni prospettiva teleologica – la libertà del volere –, non può assumere una così grande importanza nella sua visione panteista. In questo senso, come sottolinea giustamente Henri Guillemin, è evidente che «qualcosa ripugna invincibilmente a Jaurès nella nozione kantiana di dovere, gelida e, per così dire, disgiunta da noi stessi», nella nozione cioè di «un dovere "astratto e arido", privato della linfa vitale e dei succhi della terra»²²; ma, ciò nonostante, è lo stesso Jaurès a sottolineare come la figura di Kant sia stata fondamentale nella storia del socialismo, nella misura in cui, nelle antitesi che gli si impongono nella *Dialettica trascendentale*, egli ha suscitato e fatto risuonare quell'anelito verso la conciliazione degli opposti che, frutto degli sforzi speculativi di Cartesio, Leibniz e Spinoza, ha trovato la sua soddisfazione nella filosofia di Hegel e nelle

concezioni politiche del suo più prestigioso "allievo", Karl Marx.

Il deciso muoversi di Jaurès verso il marxismo si intravede, pur in assenza di un'esplicita presa di posizione, già nel tono che egli utilizza nelle ultime pagine della sua tesi di dottorato latina, la cui presentazione cade nel periodo della sua entrata ufficiale tra i ranghi socialisti. Nonostante questo, tuttavia, resta tra i due pensatori un distacco piuttosto netto, messo paradossalmente in evidenza nella conferenza tenuta da Jaurès il 10 febbraio del 1900 con il titolo *Bernstein et l'évolution de la méthode socialiste*, che aveva come obiettivo proprio quello di rifiutare, seppure senza l'astio tipico di altri pensatori socialisti, il revisionismo in favore dell'ortodossia di Kautsky. È indubbiamente vero che il panteismo di Jaurès può conciliarsi, senza grosse difficoltà, con una teoria nei fatti teleologica come quella marxiana, e Jaurès può senza dubbio accettare che l'elemento vincolante del processo storico sia da riconoscere nell'interesse e sia sintetizzabile in leggi economiche. Ma egli, come abbiamo visto, era anche una personalità profondamente influenzata dal pensiero religioso e da un umanismo individualista, nonché un intellettuale provvisto di una visione poetica dell'esistenza e del mondo; ed era proprio questo ciò che lo portava a ribellarsi contro la scarsa profondità di una dottrina, come quella di Bernstein, che, senza preoccuparsi del proprio eclettismo metodologico, accusava ingiustamente il marxismo, e Marx con esso, di avere sviluppato un'interpretazione monodimensionale e gregaria dell'uomo, che metteva da parte qualunque barlume della sua vita spirituale. Questo è il senso in cui va certamente interpretata la seguente frase:

Io comprenderei che si provasse a strangolare la teoria marxista se essa immobilizzasse il proletariato nell'attesa allucinata della società futura, se il proletariato potesse concludere, a partire dalla teoria marxista, che il solo processo dialettico lo libererà; ma no, ciò che rende profonda e vitale la teoria marxista è il fatto che il suo sviluppo è sempre calcolato in modo da mettere al servizio del proletariato la forza della necessità, e in modo da obbligare ogni giorno il proletariato a completare, con tutte le risorse della sua azione, e a realizzare questa forza immanente della necessità²³.

Bernstein, secondo Jaurès, ha sbagliato a porre l'alternativa tra un socialismo umanista che riprovi la dialettica e un socialismo dialettico sostanzialmente "inumano"; tutto il suo panteismo, come si è visto anche a proposito della disputa con Lafargue, voleva, al contrario, dimostrare che la conciliazione tra dialettica e umanesimo è possibile e che questo carattere vitale del marxismo va tenuto nella più alta considerazione, anche riconoscendo i suoi eventuali errori prognostici.

Jaurès — che, è bene notare, non poté conoscere alcuni fondamentali inediti marxiani, pubblicati solo dopo la sua morte — vuole, così, salvare la propria adesione al marxismo, fornendo un'interpretazione del pensiero di Marx secondo la quale l'elemento spirituale sarebbe coesistente alla strutturazione della realtà quanto quello materiale. Ma, a ben vedere, in assenza di una chiara delucidazione dello stesso Marx su questo controversissimo punto della sua dottrina, egli è stato costretto a ritenere sufficiente, per continuare a sostenerla, un semplice richiamo ad alcune suggestioni esegetiche espresse da Friedrich Engels in un articolo scritto qualche mese prima di morire e, di conseguenza, più di dieci anni dopo la morte dello stesso Marx. Di fronte, però, alle legittime domande se questa in-

terpretazione "spiritualista" del marxismo sia quella corretta, e se quindi Jaurès possa, in questi termini, essere considerato un autentico marxista, è del tutto evidente come la risposta più adeguata, da un punto di vista critico e testuale, non possa non essere per noi improntata a un radicale *non liquet*²⁴.

Altrettanti dubbi possono essere sollevati rispetto alla curvatura marxista dell'attività teorico-politica di Jaurès. Egli, anche in questo caso, cercava nella rilevazione di un supposto realismo ricavabile dai più tardi testi marxiani e dalle successive elaborazioni engelsiane una sponda per le analisi cui, date le particolari condizioni economico-sociali della Francia a cavallo tra Ottocento e Novecento, lo costringeva il suo ruolo di esponente di punta del partito socialista. Proprio in ragione di tali condizioni, infatti, non sarebbe stato possibile per Jaurès sviluppare una teoria politica di emancipazione delle classi svantaggiate che si tenesse stretta all'ortodossia della rivoluzione operaia, senza considerare le esigenze degli abitanti delle campagne; anche se questa, in verità, era una consapevolezza cui presto era dovuta forzosamente giungere anche la parte più massimalista del socialismo francese. Un problema più grande si presentava, invece, rispetto a una delle questioni cardinali del marxismo, quella della proprietà. Jaurès era un convinto sostenitore della necessità di una rigida collettivizzazione dei mezzi di produzione, che, lasciando agli stessi lavoratori e ai loro rappresentanti sindacali la responsabilità nell'amministrazione delle fabbriche e delle aziende, superasse definitivamente lo sfruttamento dell'uomo sull'uomo. Questo, tuttavia, non implicava affatto l'abolizione della proprietà privata, che anzi, secondo

la sua opinione, era opportuno che venisse preservata almeno per i beni riguardanti la vita quotidiana dei lavoratori, secondo quel rapporto tra libertà e autonomia economica degli individui che, come si è detto, egli riteneva essere la parte più feconda del pensiero kantiano. Ciò significa, è bene notarlo, che la dottrina di Jaurès risulta difficilmente inquadrabile sia in un'idea di socialismo di Stato, rispetto alla quale egli acutamente prevedeva la perpetuazione dei meccanismi di sfruttamento, pur a fronte del mutamento dell'istanza sfruttatrice, sia in quella di un blando riformismo che non si incaricasse di spezzare i meccanismi capitalistici di sfruttamento in vista dell'instaurazione di una vera e propria democrazia sociale.

Si esprimeva in queste posizioni la propensione, tipica di coloro che si riconoscevano nella Seconda Internazionale, a non farsi ostacolare da una difesa scolastica del marxismo nell'adattamento delle sue premesse all'attualità e ai casi concreti. Il maggiore esempio di tale *forma mentis* è forse fornito da Jaurès nella raccolta di saggi *Études socialistes* quando, per descrivere la sua posizione politica, parla di "evoluzione rivoluzionaria", implicando in questo modo nientemeno che il riconoscimento dell'importanza dei meccanismi di conquista del potere propri delle democrazie borghesi: il suffragio universale, possibilmente di natura proporzionale, e il controllo di una maggioranza parlamentare. Egli lascia così comprendere di non pensare affatto, al contrario dei marxisti ortodossi, che la rivoluzione proletaria debba necessariamente incarnarsi in un atto violento di rottura, il cui primo passaggio sarebbe l'instaurazione della dittatura del proletariato, e quindi di una sorta di Terrore di

classe, ma che essa possa anche svolgersi in maniera pacifica. D'altra parte, a impedire una totale assimilazione delle prospettive politiche marxiane e marxiste da parte di Jaurès, rimaneva il vero e proprio culto che egli non smise mai di tributare al repubblicanesimo ispirato alle conquiste della Rivoluzione francese, vista invece dai suoi avversari a sinistra come mito fondazionale del predominio borghese; il che dà, oltretutto, testimonianza di sentimenti patriottici che, se pure non contemplavano in maniera assoluta perversioni chauviniste, né erano d'ostacolo a una sincera professione d'internazionalismo, rendono evidentemente difficile orientare l'attività politica di Jaurès verso la dottrina marxista dell'estinzione dello Stato²⁵.

Anche tacendo dunque delle, pur innegabili, influenze di matrice hegeliana sul panteismo jaurèssiano, lo Stato non può non apparire al teorico francese, ben più che come il garante dello sfruttamento dei più forti sui più deboli, come l'istanza preposta all'unificazione dei suoi membri al di là delle loro distinzioni economiche e nell'ottica della progressiva soppressione di esse. A questo proposito, degno di nota è anche ciò che Jaurès, nella citata conferenza del febbraio 1900, dice a proposito della collaborazione dei socialisti con altre forze politiche per il raggiungimento di alcuni precisi obiettivi. Stavolta egli si situa più esplicitamente dalla parte di Bernstein, che, al contrario di Kautsky, era favorevole alla collaborazione, pur sostenendo che essa è importante per non condannare il proletariato all'inattività, ma che mai dovrà significare la messa in discussione dell'insuperabile contraddizione che sussiste tra socialisti e forze borghesi, tra operai e capitalisti, tra sfruttati e sfruttatori. Jaurès,

pur preoccupandosi realisticamente della partecipazione del ceto medio alla trasformazione della società, è, da questo punto di vista, certamente debitore della dialettica classista marxiana, ma questo tentativo di riaffermare la sua ortodossia non può giungere fino a negare il cardine del suo panteismo, cioè l'indicazione della via che conduce all'armonia e alla pace universale, che si raggiungerà certamente in una futura società socialista, ma che non avrà per protagonista la sola classe operaia, bensì anche gli appartenenti all'attuale classe dei possessori che, tramite la rivoluzione, più che messi da parte, saranno convertiti all'ineludibile legge storica che in essa si rende evidente. Caratteristica indiscutibile dell'umanismo jaurèssiano è, in questo senso, l'affermazione secondo la quale

noi vogliamo la rivoluzione, ma non vogliamo l'odio eterno»; cui seguono queste inequivocabili parole: «Se, per una grande causa, quale che sia, sindacale, cooperativa, artistica, di giustizia, quand'anche sia una causa borghese, ci capita di obbligare dei borghesi a marciare con noi, con quanta forza potremo dir loro: ah! che gioia è per uomini che si odiano profondamente, ritrovarsi in questi incontri momentanei, in queste cooperazioni di un giorno... E che gioia sublime, universale, eterna sarà, di conseguenza, il giorno in cui avverrà l'incontro definitivo di tutti gli uomini!²⁶

In questa esaltazione della fraternità universale si esprime, in definitiva, la più peculiare cifra distintiva dell'umanesimo socialista jaurèssiano, che è però una cifra, è opportuno notarlo, sostanzialmente antimarxista, quando non antimarxiana. Il marxismo, infatti, ha sempre rinvenuto uno dei cardini della propria ortodossia in una visione rigidamente classista degli eventi umani, interessata al limite a che gli espropriatori prendessero coscienza, in maniera

più o meno traumatica, dei cambiamenti sociali che l'economia stava irrimediabilmente producendo, installando la classe degli espropriati ai vertici dello Stato, ma non certo convinta del fatto che gli sfruttati dovessero "convertire" gli sfruttatori. Nonostante Marx avesse affermato «che nella storia non vi è alcun posto per la collera»²⁷, si può quasi dire che, nel marxismo, le leggi della storia si rendono, hegelianamente, garanti di una vendetta che ha accenti, al contempo, meccanici e messianici. Questi tuttavia, con ogni evidenza, sono stati sentimenti del tutto estranei a Jaurès che, in questo modo, forse in maniera inconscia, si è inserito in una dialettica simile a quella che, negli stessi anni, opponeva in Germania il rigorismo dottrinale della dirigenza socialdemocratica al rigorismo morale di coloro che, all'interno e all'esterno del partito, riconoscevano la stella polare dell'ideale socialista in quell'imperativo categorico che comandava di trattare gli altri "sempre come fini e mai come mezzi". Con questo non si vuole in alcun modo fare di Jaurès né un assertore di un socialismo neokantiano, né un pensatore riconducibile a forme di pensiero *lato sensu* kantiane; il suo universalismo ha infatti, come si è precedentemente tentato di mostrare, antecedenti speculativi sicuramente diversi, e spesso addirittura inconciliabili con la dottrina kantiana. Kant può essere, al limite, indicato come uno degli ispiratori della sua filosofia, benché sotto alcuni aspetti abbia avuto su di lui un'influenza di non piccolo momento²⁸. Quello che più limitatamente si è voluto sostenere con questa ricognizione del "retro-pensiero" jaurèssiano, al di là di un riconoscimento della grande dignità intellettuale della posizione filosofica da esso delineata, è che, anche nella storia

di un rigido sistema politico-ideologico come quello marxista, è stato possibile che emergessero figure in cui l'autorità morale e culturale trovasse alimento in un senso autenticamente religioso dell'esistenza. Se questo, in Germania, è avvenuto sotto l'egi-

da di Kant, in Francia ha trovato una sintesi originale in una personalità di rilievo come quella di Jean Jaurès.

¹ Un'ottima panoramica sulla complessità dell'attività politica di Jaurès e sulla "sterilizzazione" della sua memoria è stata recentemente fornita da Pascal Melka in *Jean Jaurès, un combat pour l'Humanité*, Paris, La Compagnie Littéraire, 2010, che, alle critiche a quei marxisti che hanno esagerato il lato materialista del pensiero jaurèssiano, aggiunge quelle ai socialisti riformisti che, sin dalla sua morte, hanno tentato di sminuire la portata del suo pacifismo e del suo anticapitalismo. Il primo libro a offrire, nonostante i toni fortemente elogiativi, un'approfondita panoramica sull'opera filosofica jaurèssiana, sviluppata più che altro attraverso una continua citazione diretta dei testi, è stato quello di F. Challaye, *Jaurès*, Paris, Éditions Mellottée, 1948. Ancora più approfondito è lo scritto di A. Robinet, *Jaurès et l'unité de l'être*, Paris, Seghers, 1964, mentre una biografia intellettuale dell'esponente politico francese è stata offerta dell'opera dello storico H. Guillemin, *L'arrière-pensée de Jaurès*, Paris, Gallimard, 1966, redatta tuttavia in modo sostanzialmente discorsivo e divulgativo. Contributi più recenti sono quelli di V. Peillon (studioso di filosofia, esponente del PS e ministro dell'istruzione fino al marzo 2014), *Jean Jaurès et la religion du socialisme*, Paris, Bernard Grasset, 2000; di J. Blanc, *Jaurès philosophe*, Valence d'Albigeois, Vent Terral, 2001, che analizza, tra le altre cose, i

motivi politico-ideologici che stanno alla base del silenzio di molti studiosi sulle convinzioni filosofiche del politico francese; e di R. Benjamin, *Jean Jaurès. Un philosophe humaniste et personnaliste, un socialiste riformiste et révolutionnaire*, Paris, L'Harmattan, 2013. È interessante segnalare come l'autore di quest'ultimo scritto, che si proclama seguace del personalismo di Mounier, ponga con decisione l'accento sulla natura rigidamente antipitalista della filosofia jaurèssiana, affermando che essa sarebbe, di conseguenza, attualizzabile solo in un sistema, simile, si potrebbe dire, a quello della "terza via" titoista, in cui la concorrenza tra privati, causa principale dello sfruttamento, fosse sostituita dalla concorrenza tra aziende di proprietà statale.

² Blanc, *Jaurès philosophe*, cit., p. 16.

³ J. Jaurès, *De primi socialismi germanici lineamentis apud Lutherum, Kant, Fichte et Hegel* (1891); tr. it. *Primi lineamenti del socialismo in Germania: in Lutero, Kant, Fichte e Hegel*, Napoli, Il Tripode, 1992, p. 84. Riguardo a questo punto, in cui Jaurès si trova in sorprendente accordo con quanto, rispetto alla Riforma, aveva sostenuto un altro dei maggiori socialisti neokantiani, Paul Natorp, si vedano anche le pp. 88-89.

⁴ Ivi, p. 85.

⁵ Ivi, pp. 121-122. Il significato della svolta rappresentato da quest'opera giovanile di Jaurès è messo in rilievo anche da uno studioso

marxista come Lucien Goldmann, che afferma che, «se, al livello della storia sociologica delle idee nate dal marxismo, lo studio del pensiero di Lutero, Kant e Fichte appare, nel libro di Jaurès, nettamente insufficiente, non bisogna dimenticare che esso ha rappresentato per lui, in primo luogo, l'occasione di porre uno dei problemi filosofici più importanti del pensiero occidentale, cioè il problema della scelta tra [...]: Lutero, Kant, Fichte o Hegel, Marx; morale o filosofia dialettica della storia: giustizia o comunanza universale» (*Préface à J. Jaurès, Les origines du socialisme allemand*, Paris, François Maspero, 1959, pp. 19-20).

⁶ Rispetto a questo si veda, comunque, anche la descrizione estremamente positiva che, nella tesi latina, Jaurès dà della filosofia di Hegel (cfr. Jaurès, *De primi socialismi*, tr. cit., pp. 147-163).

⁷ J. Jaurès, *De la réalité du monde sensible*, in *Oeuvres de Jean Jaurès*, Paris, Les Éditions Rieder, vol. VIII, 1937, p. 293. La prima edizione è apparsa nel 1891 presso l'editore Felix Alcan di Parigi.

⁸ Peillon, *Jean Jaurès et la religion*, cit., p. 62. Peillon mette poi, più avanti, in evidenza come, in questa legge ideale che domina lo sviluppo dell'unità dell'essere, non ci sia altro che il movimento kantiano di dedurre l'immortalità dell'anima e l'esistenza di Dio dalla legge morale (cfr. p. 83).

⁹ Jaurès, *De la réalité du monde*, cit., p. 294. Nota Roger Benjamin che

Jaurès riprende, in questa sua costruzione, i due concetti aristotelici di atto e potenza, senza però interpretare Dio come "atto puro", cioè come motore immobilità, che sta al di là del mondo e se ne disinteressa. Guardando alla dottrina jaurèssiana «noi dobbiamo fare lo sforzo di unire queste affermazioni: Dio è al di sopra di tutte le cose ed è presente in tutte le cose. La ripresa dei concetti di atto e potenza impedisce a Jaurès di rinchiudersi in un sistema panteista» (*Jean Jaurès*, cit., p. 21) o, detto altrimenti, lo spinge a cercare una sintesi tra il panteismo di Spinoza e quello di Hegel. Infatti, «se per panteismo non si intende niente di più che l'idea dell'Uno sostanziale immanente alle cose, si può parlare del panteismo di Jaurès, poiché egli ha cercato di mostrare come l'essere si sviluppa e si manifesta nel mondo. Ma, secondo lui, non si può confondere Dio con ciò che i filosofi chiamano natura: egli non dirà, come Spinoza, *Deus sive natura*. Allo stesso modo non pensa, come Hegel, che lo Spirito si riveli a sé stesso nel mondo» (ivi, p. 22). Jaurès pensa, in sostanza, a un essere eterno, cioè Dio, che crea eternamente sé stesso: «l'Essere in atto-Dio rappresenta il punto di riferimento al quale si rapporta l'essere in potenza, il Mondo» (ivi, p. 29). Di conseguenza è difficile, afferma Jordi Blanc, individuare Jaurès come un monista, visto che nei suoi scritti non si presenta mai il problema dell'Uno, ma piuttosto quello dell'unità: «Questa problematica, che presuppone la pluralità, non avrebbe assolutamente alcun senso in una metafisica dell'Uno. In Jaurès, come in Leibniz, in maniera chiara o oscura, la coscienza si fonda sulla differenza di determinazione delle forze, e la dualità, condizione della coscienza, è sempre presente. Per quanto intimamente legati, Dio e mondo sono distinti e non possono confondersi. C'è un solo

monismo in lui: quello di Dio» (*Jaurès philosophe*, cit., p. 24).

¹⁰ J. Jaurès, *La question religieuse et le socialisme*, Paris, Les éditions de minuit, 1959, p. 31.

¹¹ Ivi, p. 35.

¹² Ivi, p. 40.

¹³ Ivi, p. 48. E aggiunge più avanti Jaurès: «Se ci si dice che questo è un'ideale mistico, noi rispondiamo che, al di fuori di ciò che viene chiamata la vita mistica, cioè al di fuori dell'unione ardente delle anime in un ideale divino, tutta la vita non è che miseria e morte. [...] Di fronte ai lavoratori, il cui pensiero è stato finora rinchiuso tra le quattro mura della fabbrica, noi vogliamo riaprire i grandi orizzonti in cui i popoli primitivi respiravano l'alito di Dio» (ivi, p. 55). Presa di posizione questa, come nota Jordi Blanc, «difficile da integrare nel laicismo ordinario» (*Jaurès philosophe*, cit., p. 17), nonostante Jaurès sia stato uno dei principali artefici della legge francese di separazione tra Stato e Chiesa del 1905 (sulle posizioni politiche espresse da Jaurès su tale questione, e più in generale sui suoi rapporti con la religione sia in senso privato sia in senso pubblico, si veda Melka, *Jean Jaurès*, cit., pp. 15-72).

¹⁴ Cfr., Jaurès, *De la réalité du monde*, cit., pp. 215-235.

¹⁵ Ivi, p. 221.

¹⁶ Ivi, p. 231.

¹⁷ Un interessante giudizio sugli antecedenti filosofici di Jaurès, parzialmente difforme da quelli precedentemente citati di Blanc e di Benjamin, è espresso da André Robinet, il quale scrive: «Certamente l'opera metafisica di Jaurès non è sufficientemente elaborata, perché vi si riconoscano delle influenze vive. Ma il centro d'intuizione attorno al quale si sviluppano queste descrizioni della processione dell'essere è perfettamente incorporato nel pensiero dell'autore. Jaurès si adatta a un linguaggio hegeliano, rinforzato dalla terminologia dei filosofi romantici tedeschi, in modo da

descrivere in opposizione dialettica la posizione dell'essere e l'opposizione del mondo. Ma nello stesso tempo si sente l'eco delle letture spinoziste di Jaurès e di un'innegabile influenza plotiniana: questo svolgimento, questa processione dell'infinito, questo generare modi finiti, che, senza essere estranei alla sostanza, non sono neanche la sostanza, portano il marchio di un panteismo di emanazione che si accorda con la sensibilità di Jaurès e con la sua particolare maniera di percepirsi nel mondo. Infine, l'educazione ricevuta dagli insegnamenti di Boutroux, le letture di Lachelier, lasciano correre nella sua opera delle aperture leibniziane, in particolare questo sentimento, centrale e indistricabile nella stessa filosofia di Leibniz, che l'essere è l'uno e l'universale, che ci sono delle monadi, ma che queste monadi, per quanto chiuse su sé stesse, sono aperte all'interno verso l'insieme dell'universo in una monadologia che rappresenta il *nexus* del mondo, al quale Jaurès è, in primo luogo, attento» (*Jaurès*, cit., pp. 63-64). Robinet, in questo modo, mette esplicitamente l'accento sull'inconsistenza di un vero legame intellettuale tra Jaurès e Kant; parlando del mancato riconoscimento accademico ricevuto dal primo, egli fa anzi notare come, al tempo, la Sorbonne «ripudiava Bergson, ma non era disposta ad aprire le sue porte a un realismo della percezione che, cinquanta anni dopo, vi avrebbe trovato ascolto [qui l'autore pensa soprattutto a Merleau-Ponty]. Per quanto socialisti e jaurèssiani nella loro *forma mentis*, gli universitari del tempo di Jaurès restavano idealisti e soggettivisti. Essi erano jaurèssiani in funzione di Kant, mentre Jaurès fissava la sua metafisica in opposizione a Kant» (ivi, p. 9). Sul rapporto tra Jaurès e la filosofia kantiana, si veda anche Peillon, *Jean Jaurès et la religion*, cit., pp. 65-72, in cui l'autore

mette in evidenza come il rifiuto jaurèssiano dell'idea di "rivoluzione copernicana", cioè del riconoscimento della centralità del soggetto finito rispetto all'universo naturale infinito, origini in una più radicale critica del *cogito* cartesiano.

- ¹⁸ In un discorso pronunciato alla Camera nel 1910, riferendosi a *De la réalité du monde sensible*, Jaurès affermò: «Io non sono come quelle persone che si spaventano della parola Dio. Vent'anni fa, ho scritto, sulla natura e Dio, sui loro rapporti e sul senso religioso del mondo e della vita, un libro di cui non disconosco neanche una riga e che è rimasto la sostanza del mio pensiero. Rischiano di sorprendervi, vi dirò che, qualche tempo fa, ne ho fatto una seconda edizione, senza apportare nessun cambiamento» (citato in Robinet, *Jaurès*, cit., p. 12).
- ¹⁹ Si tratta di due conferenze tenute nel Quartiere Latino in giorni distinti (a dicembre del 1894 da Jaurès e a gennaio dell'anno seguente da Lafargue) per iniziativa del Gruppo degli Studenti Collettivisti di Parigi.
- ²⁰ J. Jaurès, P. Lafargue, *Contraddittorio sulla concezione idealistica e materialistica della storia*, Milano, Società Editrice Avanti!, 1921², p. 19.
- ²¹ Ivi, p. 23.
- ²² Guillemin, *L'arrière-pensée*, cit., pp. 31-32. Un discorso diverso meriterebbe, però, di essere fatto sulla vicinanza di queste dottrine jaurèssiane al neokantismo fisiologico tedesco della metà del XIX secolo, che ha trovato forse la sua massima espressione nella fortunatissima *Geschichte des Materialismus* di Friedrich Albert Lange.
- ²³ J. Jaurès, *Bernstein et l'évolution de la méthode socialiste*, Paris, Librairie populaire du parti socialiste, 1931², p. 18.
- ²⁴ Ciò è stato ben messo in evidenza da Robinet, quando afferma che «per Jaurès l'umanità non si confonde con la natura; la legge ciclica della natura ingloba la leg-

ge dialettica dell'umanità. La necessaria assicurazione metafisica dello sviluppo e della conversione dell'uno fonda, nella ragione e nell'attesa, la speranza di una riconciliazione finale del corpo dell'umanità con il corpo della natura divina. Jaurès ha ricercato appassionatamente in Marx tutto ciò che poteva congiungersi a questa prospettiva idealista [...]. Ma in ogni analisi egli finiva per convenire sul fatto che, sul termine preciso dell'"idea della giustizia", il marxismo scivolava al di fuori della sua visione del mondo» (*Jaurès*, cit., p. 117). Sul rapporto di Jaurès con le dottrine marxiane vedi anche Peillon, *Jean Jaurès et la religion*, cit., pp. 95-109.

- ²⁵ Sterminata è ovviamente la letteratura in lingua francese su questo argomento. In un'ottica sintetica, ci limitiamo dunque a citare il recente J.-P. Scot, *Jaurès et le réformisme révolutionnaire*, Paris, Seuil, 2014, particolarmente critico nei confronti dell'acritica "riduzione" riformista e antimarxista di Jaurès.
- ²⁶ Jaurès, *Bernstein et l'évolution*, cit., p. 30. Non è un caso quindi che, nella conclusione della tesi latina, accanto alla figura di Marx, appaia quella di Lassalle, il quale «non avrebbe acceso a tal punto gli animi degli uomini, e con la speranza, e con il fervore, e con la fede, se nella stessa dialettica della storia, e quasi nel termine di dialettica non avesse mostrato il fiore dell'eterna giustizia. Così il socialismo dialettico si accorda col socialismo morale e il socialismo tedesco con quello francese ed è prossimo il tempo nel quale in un solo e medesimo socialismo universale confluiranno da ogni parte tutti gli animi, le intelligenze, le virtù e le facoltà della coscienza, la cristiana fraternità e la unione comune, la dignità e la vera libertà della persona umana e la stessa dialettica immanente delle cose, della storia e del mondo» (*Jaurès, De primi socialismi*,

tr. cit., p. 171). Lo stesso uso della lingua latina per esprimere simili opinioni, afferma Jaurès, è quanto mai opportuno perché con essa «è stato espresso il diritto umano dell'antica filosofia morale e ha sospirato e cantato la fraternità cristiana», ed essa è, quindi, «conforme a quel socialismo integrale [...] nel quale vediamo il socialismo, non come una esiguità» (ivi, p. 172).

²⁷ Ivi, p. 167.

²⁸ Uno dei principali assertori di un socialismo aspirato dall'imperativo categorico kantiano, Karl Vorländer, in una rassegna delle principali posizioni del socialismo neokantiano, ha dato una breve ma penetrante delucidazione delle condizioni che rendono possibile inquadrare Jaurès in questo movimento o, quantomeno, di considerarlo un suo occasionale "compagno di strada" (cfr., *Kant und Marx. Ein Beitrag zur Philosophie des Sozialismus*, Tübingen, J.C.B. Mohr, 1926², pp. 104-111).



Ventotto proposte di lettura

A CURA DI ELLIANA AUGUSTI, ANTONELLA BETTONI, NINFA CONTIGIANI, NICOLA CUCCHI, LUIGI LACCHÈ, PAOLO MARCHETTI, GIUSEPPE MECCA, EMILIA MUSUMECI, FABRIZIO ROSSI, MONICA STRONATI

150° dell'unificazione amministrativa italiana (legge 20 marzo 1865, n. 2248)

Storia Amministrazione Costituzione,
Annale dell'Istituto per la Scienza
dell'Amministrazione Pubblica
23, 2015, pp. 443
ISBN 9788815255204, Euro 39,50

Molto opportunamente l'annale 2015 della rivista *Storia Amministrazione Costituzione* edita dall'Istituto per la Scienza dell'Amministrazione Pubblica è stato dedicato alla ricorrenza dei 150 anni della legge di unificazione amministrativa, la celebre legge 20 marzo 1865, n. 2248. Una legge formata da soli cinque articoli ma corredata da sei allegati che costituiscono l'ossatura e in alcuni casi una vera e propria "codificazione" amministrativa di settori strategici per l'unificazione italiana. Il volume esamina, con saggi approfonditi e aggiornati dal

punto di vista storiografico, l'allegato A su Comuni e Province (Piero Aimo), Comuni e Province (Francesco Bonini); l'allegato B su Sicurezza pubblica, organizzazione centrale e periferica (Giovanna Tosatti), Sicurezza pubblica e diritti (Simona Mori); l'allegato C sulla Sanità pubblica (all.C); gli allegati D ed E su Consiglio di Stato e abolizione del contenzioso (Fabio Merusi); l'allegato F sui lavori pubblici (Alessandro Polsi).

La cd. Legge Lanza ha rappresentato un passaggio fondamentale nello *State Building* italiano. Certamente tributaria del decreto Rattazzi del 1859, fece discutere sia per il disegno di "piemontesizzazione" che per la rapidità dell'approvazione. In ogni caso gli allegati, specie per alcuni settori, hanno rappresentato il vero e proprio *imprinting* della

struttura amministrativa italiana. Se il volume è dedicato all'impianto della legge del 1865, bisogna però subito aggiungere che tutti i saggi tracciano un disegno che mostra dinamicamente le complesse evoluzioni dei singoli ambiti, giungendo in molti casi sino all'età fascista. Pertanto, per alcuni versi, i singoli saggi contengono anche la storia delle trasformazioni e delle continuità principali, specie in concomitanza con le fasi più significative della storia italiana (riforme crispine, giolittiane, fasciste).

Il volume si propone come un punto di riferimento importante, considerando anche che la precedente storiografia era stata sollecitata dal centenario della legge di unificazione. Questo volume, quindi, aggiorna la visione dei singoli temi e apre a nuove prospettive

ve d ricerche. Un solo appunto può essere mosso, ovvero l'assenza di una introduzione al volume che avrebbe potuto aiutare il lettore a cogliere meglio la dimensione unitaria del progetto di unificazione, mostrando il disegno complessivo, le costanti e le differenze.

L.L.

A

Alberico Gentili. Giustizia, guerra, impero

Atti del Convegno XIV Giornata Gentiliana, San Ginesio, 24-25 settembre 2010

Milano, Giuffrè, 2014, pp. 414.
ISBN 9788814192975, Euro 50

Il volume raccoglie gli atti del convegno svoltosi a San Ginesio il 24 e 25 settembre 2010 a conclusione del triennio di celebrazioni tenutesi in Italia, in Svizzera, negli Stati Uniti e nel Regno Unito per il quarto centenario della morte di Alberico Gentili. Il volume la cui pubblicazione è stata curata dal Centro Internazionale di Studi Gentiliani rappresenta un momento di sintesi degli studi svolti in occasione della ricorrenza.

La suddivisione in tre parti dell'opera rispecchia la ripartizione dei temi trattati nelle tre sessioni del convegno. Nella prima sessione è presentata l'edizione critica in inglese del "De armis romanis" pubblicata dalla Oxford Uni-

versity Press. Studiosi insigni sono chiamati a pronunciarsi sull'opera e sulla sua valenza al tempo di Alberico Gentili. Di grande interesse è il saggio introduttivo scritto dal traduttore, David Luper, nel quale egli, narrando le difficoltà incontrate nel lavoro di traduzione sia nella ricostruzione dell'apparato delle fonti, sia nell'attribuzione del significato corretto alle affermazioni di Gentili, ci fornisce un primo assaggio dell'opera gentiliana. Essa, divisa in due parti dialoganti, ricostruisce, nella prima, attraverso la voce di Piceno l'ingiustizia dei Romani nella guerra e, nella seconda, attraverso la voce di Romano la giustizia dei Romani nella guerra.

Nella seconda sessione del volume si affronta il tema: diritto, guerra e impero nella teoria internazionale moderna. Nel XVI secolo il tema è di cruciale importanza e di straordinaria attualità: le potenze militari del tempo iniziavano la loro espansione coloniale e avevano necessità di dotarsi di strumenti giuridici e politici che sostenessero e legittimassero lo sforzo militare.

Nella terza sessione del volume sono trattati gli aspetti giuridici, teorico-politici e religiosi dell'opera gentiliana. Dei saggi componenti questa sessione, tutti di notevole interesse, si fa qui un brevissimo cenno, per la sua attualità, a quello concernente Le ragioni dell'umanità. In esso

l'autore riferisce le esigenze "di scavo genealogico" (p. 316) che hanno portato Hersch Lauterpacht, e con lui altri, ad attribuire a Gentili la prima affermazione autorevole del principio di intervento umanitario. Il principio, che Gentili riprende da Cicerone, subisce nell'opera gentiliana un notevole slittamento di senso: da principio di solidarietà intersoggettiva diventa "cornice normativa" disciplinante "le relazioni tra persone pubbliche del diritto di guerra" (p. 320).

Gli spunti di riflessione offerti dal volume sono molteplici e diretti sia a storici del diritto, sia a internazionalisti, sia a teorici del pensiero politico contemporaneo.

A.B.

Bruce ACKERMAN

*We the People*Vol. 3: *The Civil Rights Revolution*

Cambridge, Belknap; Harvard
University Press, 2014, pp. 432
ISBN 9780674050297, \$ 35

Dopo quasi sedici anni di attesa è stato finalmente pubblicato *We the People III* (il secondo volume era del 1998), ultimo lavoro del giurista filosofo, e storico della costituzione americana, Bruce Ackerman. L'obiettivo di fondo di questo saggio è ancora una volta quello di rimarcare l'importanza di una narrazione differente dell'evoluzione storico-costituzionale statunitense, non incentrata esclusivamente

sulle sentenze della corte suprema (court-centered), ma che valorizzi l'intreccio tra i rapporti istituzionali in evoluzione nella forma di governo (regime-centered). Ackerman sostiene che la costituzione (vivente) americana è mutata nel tempo, ben al di là delle mere modifiche formali introdotte seguendo la procedura stabilita nel testo dall'art 5, e tale processo viene letto come un'alternanza/successione di regimi costituzionali, caratterizzati da specifiche relazioni istituzionali e valori pubblici prevalenti.

L'individuazione di tre equilibri istituzionali generali (*Early Republic, Middle Republic and Modern Republic*) è necessaria per negare radicalmente l'idea sostenuta dagli "originalisti" secondo cui la storia costituzionale americana sarebbe composta da una serie di interventi della Corte suprema tesi a restaurare/tenere vivi i valori dei fondatori di fine settecento (il loro original *intent*). Questo terzo volume, in particolare, è dedicato ad inserire in questo percorso evolutivo il movimento per i diritti civili degli anni sessanta del secolo scorso. Il Novecento, in questa ottica, avrebbe quindi avuto una grande svolta in corrispondenza del New Deal rooseveltiano (anni '30 e '40) e un'ulteriore definizione (con relativo allargamento della base sociale) nel movimento per i diritti civili, inteso come

nuova ricostruzione, estensione dei diritti sociali anche alle fasce sostanzialmente escluse. Un passaggio, quest'ultimo, nel quale la Corte suprema ha esercitato un ruolo propulsivo, più che di sintesi, con la celebre sentenza *Brown vs Board of education*, aprendo la strada ad una nuova interpretazione del sistema dei diritti, poi ratificata dalla cittadinanza con le sue successive scelte elettorali.

Con la sua ricostruzione Ackerman vuole evitare il rischio che le enormi implicazioni costituzionali delle battaglie condotte in questi decenni siano rimosse/messe da parte a causa della scarsa attenzione dei giuristi per le opinioni della corte rispetto al testo. Il senso della lettura ackermaniana è dunque di far uscire la costituzione dal testo, radicandola nelle relazioni istituzionali tra i poteri. E la posta in gioco è, più in generale, la definizione dei confini del canone costituzionale, di cosa stia dentro e cosa stia fuori il diritto che regola l'attività politica ordinaria. La convinzione di Ackerman, tratta dall'approfondimento di questi processi, è che certe leggi-quadro (landmark statute) debbano assurgere a rango costituzionale, nonostante non abbiano seguito la procedura di revisione costituzionale prevista. Se è vero, infatti, che l'articolo V definisce il criterio di legittimità formale per mutare la costituzione, è vero

anche che esso è stato scritto quando ancora la dialettica costituzionale riguardava Stati e Unione, secondo la divisione dei poteri federali. Da metà Ottocento in poi, l'equilibrio di potere si è spostato invece gradualmente verso l'Unione, e di conseguenza gli attori sono divenuti altri: la presidenza, il congresso e ovviamente la Corte suprema. Sono questi, dalla Ricostruzione in poi, a dover guadagnare il consenso del popolo attraverso una serie di momenti elettorali di dibattito pubblico. Partendo dal riconoscimento di queste pratiche, diffuse nei duecento anni di storia nazionale, bisogna seccamente negare l'implicito messaggio contenuto nella narrazione originalista, che l'esercizio della sovranità popolare si sia esaurito con la Fondazione, e che oggi la corte suprema a maggioranza repubblicana possa legittimamente stravolgere le legislazione emancipatoria ottenuta dal *civil rights movements*. Insomma la battaglia per la definizione del significato costituzionale è uno scontro continuo tra poteri, in cui i cittadini svolgono, o meglio possono svolgere, un ruolo fondamentale.

Il problema di questa tesi, a mio avviso, è confondere eccessivamente il piano della normatività emersa nella prassi ricostruita efficacemente da Ackerman, con la normatività storicamente fatta valere dalle corti. L'immanen-

za dello scontro politico sul significato costituzionale può non seguire necessariamente quel percorso di revisione costituzionale emerso dalla ricostruzione ackermaniana, e non si può far nulla, a livello giuridico, perché ciò accada. L'unica opportunità di azione si sposta su un livello di scontro esclusivamente politico-elettorale. E su questo piano emergono le notevoli storture del sistema di rappresentanza statunitense. Ackerman stesso considera il movimento *Occupy Wall street* come un "momento costituzionale fallito", ma in realtà le proposte emerse non sono neppure arrivate ad essere discusse nelle istituzioni, perché il sistema elettorale si è dimostrato completamente impermeabile ad esse. L'accento posto sulla sovranità popolare dovrebbe dunque tradursi nella piena consapevolezza della totale politicità del diritto (costituzionale), e pertanto lo status di legittimità dell'azione politica è la vera posta in gioco di uno scontro continuo.

N.CU.

Michele AINIS
La piccola eguaglianza

Torino, Einaudi, 2015, pp. 136
ISBN 9788806220402, Euro 11

Il costituzionalista Michele Ainis ha di recente dato alle stampe un agile *pamphlet*, intitolato *La piccola eguaglianza*, nel quale mette a punto idee

e proposte già tratteggiate in alcune pubblicazioni scientifiche e nei suoi interventi giornalistici. Le prime pagine del lavoro sono dedicate alla descrizione di casi di piccole e grandi ingiustizie che si producono tanto all'interno di singole comunità (discriminazioni stradali, fiscali, ecc.) quanto nell'intero pianeta («Quando una metà del mondo guarda in televisione l'altra metà che muore di fame – scrive Ainis, citando un'affermazione dell'ex presidente della Banca Mondiale James Wolfensohn – la civiltà è giunta alla fine»). Questa iniziale presentazione di casi serve all'autore per delimitare il perimetro del proprio discorso, il quale si svilupperà avendo ad oggetto le microdiseguaglianze (per di più affrontate all'interno di un singolo sistema come l'Italia) e non le grandi ingiustizie della Terra. L'obiettivo dichiarato del lavoro – teorico e nel contempo pratico –, invece, è quello di sottolineare come il percorso più praticabile in direzione dell'uguaglianza non sia quello che passa per l'uguaglianza degli individui e per la generalità degli esseri umani, quanto piuttosto quello capace di tradursi in una prospettiva d'uguaglianza "molecolare", un'uguaglianza, cioè, fra categorie, fra gruppi, fra blocchi sociali.

Dopo aver ragionato sul tema dell'uguaglianza richiamando gli argomenti classici

che orbitano attorno a questa idea (i principi di ragionevolezza e proporzionalità, il rapporto tra uguaglianza formale e uguaglianza sostanziale, la complessa dialettica uguaglianza/libertà), l'autore cerca di dare una risposta agli interrogativi che il tema suscita, prima ancora che sul piano giuridico, su quello politico. Perché, come viene ricordato, l'uguaglianza è una categoria della politica, più che un caposaldo del diritto. Nel fornire i parametri di riferimento che debbono orientare un'azione normativa capace di perseguire questa eguaglianza "molecolare", Ainis tratteggia una serie di linee di intervento. Le misure da adottare debbono essere, a suo avviso, misure che disegnano un diritto diseguale, per riequilibrare indebite posizioni di vantaggio. Misure che agiscono verso il basso, anziché verso l'alto del trattamento di favore; che ripristino l'uguaglianza nel punto di partenza, non in quello d'arrivo; che si giustifichino per la ragionevolezza e la proporzionalità dell'intervento. E, *last but not least*, misure che vengano destinate ai gruppi, non ai singoli individui. In questo senso l'operazione proposta da Ainis è quella di far rientrare nell'universo del diritto (conformemente al secondo comma dell'articolo 3 della nostra Carta costituzionale) delle persone in carne e ossa, socialmente connotate e

non semplici astrazioni disincarnate.

L'ultima parte del libro è dedicata proprio all'individuazione dei gruppi verso i quali l'intervento del legislatore in funzione di riequilibrio dovrebbe essere indirizzato. In questo contesto vengono indicate alcune diseguaglianze operanti nella nostra società nei cui confronti un'azione normativa si mostra più urgente: la diseguaglianza sessuale, quella anagrafica, quella razziale, quella territoriale, quella religiosa e quella politica. Le proposte d'intervento suggerite da Ainis si inseriscono, alle volte con tratti di forte originalità, all'interno di dibattiti di stretta attualità: dal tema delle cosiddette quote rosa a quello della cittadinanza agli immigrati, dalle "gabbie salariali" alla necessità di una nuova legge sulla libertà religiosa, fino ad arrivare al tema della politica, con un interessante e inusuale richiamo alla procedura dell'estrazione a sorte per far fronte all'attuale crisi del sistema della rappresentanza.

P.M.

B

Zygmunt BAUMAN, Carlo
BORDONI
Stato di crisi

Torino, Einaudi, 2014, pp. 198
ISBN 9788806224493, Euro 18

Con l'accattivante titolo di *Stato di crisi* Zygmunt Bauman e Carlo Bordoni hanno di recente pubblicato un lavoro che raccoglie le loro riflessioni sulle dimensioni (come viene scritto in copertina) politiche, sociali e culturali del malessere del nostro tempo. Il libro è strutturato in forma di intervista a due voci. Su tre temi portanti: crisi dello Stato, crisi della modernità e crisi della democrazia, i due autori, infatti, articolano le loro riflessioni in parallelo, seguendo la traccia proposta da una serie di argomenti posti alla loro attenzione. La tesi di fondo del libro è che la crisi in cui si trova il mondo occidentale non sia semplicemente una fase di passaggio, ma un profondo processo di trasformazione che interessa l'intero sistema economico e che produrrà effetti di lunga durata. La situazione attuale, in altre parole, non avrebbe le caratteristiche tradizionali della "congiuntura" sfavorevole, destinata a risolversi in un lasso più o meno lungo di tempo, quanto piuttosto quelle della trasformazione strutturale. Ci dovremo abituare a convivere con la crisi, scrive a questo proposito Carlo Bordoni. «Perché la crisi non è temporanea. È per sempre».

Con questa non ottimistica ipotesi che aleggia sullo sfondo dei loro discorsi, i due autori affrontano gli argomenti proposti con l'intento di mostrare la profondità e l'irre-

versibilità del cambiamento in atto. Il primo luogo la crisi dello Stato, istituzione ormai incapace di contenere al proprio interno *potere e politica* (le due dimensioni essenziali della sovranità), essendo ormai il potere transitato nella mani di agenzie sovranazionali capaci di imporre ai singoli Stati nazionali decisioni alle quali è impossibile non uniformarsi. A questa crisi si collega strettamente quella della democrazia. La democrazia rappresentativa, scrive infatti Bauman, all'interno di un quadro di sovranità politica territoriale unitaria è la prima istanza alla quale si fa ricorso quando si avverta la necessità di un'azione collettiva significativa. Quando questo quadro si altera, come nella situazione attuale, la politica perde sempre più il contatto con i cittadini, finendo per produrre una condizione di disagio e di indignazione che si è soliti definire come "antipolitica". Ma in fondo, suggeriscono i due autori, è proprio la modernità, con il suo corredo di promesse e di illusioni ad essere entrata in crisi. Anche se, sul punto specifico, le posizioni di Bordoni e Bauman non risultano convergenti. Il primo, infatti, considera la fase attuale come crisi della modernità e della postmodernità (che rappresenterebbe una sorta di interregno tra ciò che è stato e ciò che ancora deve manifestarsi), il secondo, al contrario (fedele a una personale intuizione

analitica divenuta ormai celebre), vede nella contemporaneità una trasformazione della condizione fisica della modernità che dallo stato "solido" (condizione che ne aveva caratterizzato la natura sino agli ultimi decenni del secolo scorso) è passata allo stato "liquido", uno stato cioè in cui tutto è divenuto instabile, precario, temporaneo e incerto.

P.M.

Salvatore BOTTA

Politica e calamità. Il governo dell'emergenza naturale e sanitaria nell'Italia liberale (1861-1915)

Soveria Mannelli, Rubbettino, 2013, pp. 658
ISBN 9788849840049, Euro 29

L'analisi delle calamità (terremoti, eruzioni, esondazioni, epidemie) è l'originale chiave di lettura utilizzata da Botta per misurare il grado di "legittimazione" politica della classe dirigente liberale. L'autore, attraverso un ampio e approfondito vaglio delle fonti giornalistiche e degli atti parlamentari, passa in rassegna gli approcci politici, istituzionali e culturali con cui sono affrontate le emergenze naturali nel primo cinquantennio unitario, evidenziando una duplice tendenza. Da un lato le calamità contribuiscono a consolidare, facendo leva su ciò che Botta definisce la "nazionalizzazione del dolore" (con riferimento soprattutto all'intervento dell'esercito e alle visite dei sovrani nei luo-

ghi dei disastri) il processo di formazione identitaria degli italiani. Dall'altro fanno riaffiorare le "storiche" fratture della costruzione unitaria, tra Nord e Sud, tra Chiesa e Stato, tra liberali e forze extracostituzionali. Botta, in quest'ultimo caso, è abile nel coniugare la storia culturale (il terremoto come "castigo di Dio" per le offese al papa, come "terribile sovversivo" per l'azzeramento delle differenze di classe, come "rivelatore" della antropologica arretratezza delle plebi meridionali) con la storia politico-sociale (le accuse dei siciliani al governo "untore" nelle pandemie coleriche del 1866-67 e del 1884-85, le critiche di socialisti e cattolici alle inefficienze delle istituzioni liberali, sfidate "sul campo" dai comitati di soccorso dei "rossi" e dei "neri" dopo il terremoto del 1908).

In effetti, sulla base di una concezione "minimalista" dell'attività dello Stato ("sussidiaria" rispetto a quella della beneficenza privata o degli enti locali, investiti dalla legge del 1865 dei compiti in materia di calamità), l'intervento statale resta a lungo circoscritto al disorganico utilizzo dell'esercito e delle forze di polizia in un'ottica essenzialmente di ordine pubblico. Solo dopo i terremoti di Casamicciola (1883), della Liguria (1887), della Calabria (1905) e soprattutto di Messina e Reggio (1908), si attua un'orga-

nica normativa in materia di soccorsi, di sistemi di edificazione, di mutui agevolati per la ricostruzione. Questo ripensamento organizzativo si giova dell'approccio "interventista" di Crispi e Giolitti. Da un lato il potenziamento degli elementi "tecnici" rispetto a quelli "burocratici": gli ingegneri del Genio civile (con la crescente importanza del ministero dei Lavori pubblici rispetto a quello dell'Interno) e i medici condotti (trasformati in pubblici ufficiali con funzioni ispettive dalla legge sulla sanità pubblica del 1888). Dall'altro la legislazione "straordinaria" del post-1908 (stato d'assedio, decreti-legge, deleghe legislative) analizzata da Botta con profondità, anche con richiami al coevo dibattito dottrinale (Santi Romano, Arangio Ruiz, Longhi. etc.). Lo stato d'assedio "politico", mutuato da quello "militare", e spesso usato per sedare rivolte interne (dal brigantaggio ai moti di fine secolo), assume ora i caratteri più "civili" della lotta allo sciaccallaggio e del ripristino delle funzioni pubbliche messe fuori uso dal terremoto (ma anche questo tipo di intervento non è esente da critiche per le esecuzioni sommarie, le deportazioni di massa, l'intralcio alla ripresa economica). Il testo unico del 1913, comprendente la normativa dal 1909 in poi, fissa comunque un "codice dell'emergenza" che contiene

importanti novità. Fra le altre, l'estesa applicazione del principio di "equità" da parte dei giudici, il patronato per la protezione degli orfani (con un ruolo significativo affidato alle donne senza più bisogno dell'autorizzazione maritale), l'esproprio per pubblica utilità di opere (anche impianti industriali) necessarie per la rinascita dei comuni. Botta osserva giustamente che tale grande intervento normativo si inserisce nel quadro dell'evoluzione dello Stato "moderno" in Stato "amministrativo", con "il progressivo sbilanciamento del potere del Parlamento verso il governo" (p. 118). Tuttavia, dei due aspetti sottolineati dall'autore in questa fase, ciò che, a nostro avviso, soprattutto rileva non è "l'impiego maggiormente incisivo delle proposte di legge di iniziativa governativa e dei decreti-legge" (p. 146), ma il fenomeno delle "leggi provvedimento" (come quelle adottate nel post-terremoto 1908 per determinate categorie di persone e di territori) nel quadro, peraltro, del più ampio ricorso alle "leggi speciali" per il mezzogiorno (p. 147). Nell'Italia liberale, infatti, l'iniziativa delle leggi resta sempre sostanzialmente in mano al governo (vero "motore legislativo" del Parlamento) mentre la decretazione d'urgenza, cospicua nella fase iniziale di *nation building* e nel periodo "crispino", diminuisce pro-

prio nell'età giolittiana (la svolta nella proliferazione dei decreti-legge, avviene, come è noto, con la guerra).

Il vero, grande problema dell'Italia (e non solo di quella liberale) resta piuttosto quello dell'"applicazione" delle leggi. Nel 1915, dopo il terremoto di Avezzano, Mario Baratta, insigne studioso dei fenomeni sismici, lamenta che, a poca distanza dalle catastrofi, "per le solite inframmettenze e per ragioni politiche, il tornaconto individuale torna a prevalere su quello collettivo", tollerando la costruzione di "edifici di problematica solidità" in zone a rischio (p. 178). La storia della legislazione antisismica tra Otto e Novecento sembra dunque segnata da due indirizzi contrastanti: l'esigenza di stabilire vincoli legislativi nell'uso del territorio (altezza e vicinanza degli edifici, ampiezza delle strade, giardini), e l'esigenza dei comuni di sottrarsi a quei vincoli in nome della crescita economica. Di fronte alla sfida di coniugare lo sviluppo economico con la sicurezza e la salute, la ricostruzione di Botta offre un quadro mosso e articolato. Lo Stato liberale, infatti, se da un lato mette progressivamente in pratica l'idea di un "pubblico servizio", dall'altro ripropone la storica difficoltà a valorizzare, anche nella gestione del territorio, il rapporto tra centro e periferia. Così alla critica del-

l'"uniforme" intervento statale che non tiene conto delle specifiche esigenze delle amministrazioni comunali (pp. 182-183), si affianca spesso l'incapacità dei "poteri locali" di imporre scelte a vantaggio della comunità, evitando speculazioni e clientelismi (si vedano, per tutti, l'infiltrazione dell'"alta camorra amministrativa" nel risanamento edilizio del comune di Napoli denunciata dalla commissione Saredo nel 1901 o i "favoritismi di partito" nell'assegnazione degli aiuti dello Stato messi in luce dall'inchiesta sul terremoto calabrese del 1905 (pp. 339-343 e 393-403).

F.R.

C

Marco CAVINA

*Andarsene al momento giusto.
Culture dell'eutanasia nella
storia europea*

Bologna, Il Mulino, 2015, pp. 244
ISBN 9788815254399, Euro 22

Il nuovo libro di Marco Cavina vuole ricostruire "una storia degli atteggiamenti eutanasi quali si proposero in diversi momenti della storia europea nella cultura alta e nella cultura popolare dell'antichità sino ai primi decenni del Novecento, con particolare riferimento a come, in diversi contesti, i problemi a essi connessi furono formalizzati in modelli culturali, norme, consuetudini e

pratiche sociali". L'A. amplia la prospettiva tradizionale, legata soprattutto alla storia della medicina, e mostra come l'"andarsene al momento giusto" non sia solo un'attitudine greco-romana e poi essenzialmente dell'età contemporanea. Il lungo periodo di oblio deve essere recuperato mostrando la ricchezza di un tema la cui lettura è troppo schiacciata sul presente. Anche nella cultura cristiana la posizione verso l'eutanasia non può essere identificata solo con le negazioni postagostiniane, svelando un universo molto più contrastato fatto di dati teologici, accurate *distinctiones*, radicate tradizioni popolari.

Se è nell'età contemporanea, a seguito dei processi di laicizzazione, che il problema dell'eutanasia comincia ad essere discusso pubblicamente, nell'età medievale e moderna prevalgono gli atteggiamenti pietosi, concreti, specifici di singoli situazioni, nel segno del segreto e del pudore. Ricostruire questi percorsi relazionali non è semplice ma Cavina riesce nell'intento, ovvero di svelare segni importanti della fitta rete di atteggiamenti eutanasi che caratterizza questa fase. Il volume, che utilizza le competenze della storia del diritto e dell'antropologia culturale, si fa apprezzare anche per lo stile piacevole della scrittura.

L.L.

Justin COLLINGS
Democracy's Guardians. A History of the German Federal Constitutional Court, 1951-2001

Oxford, Oxford University Press, 2015,
pp. 331
ISBN 9780198753377, £ 65

Il 28 settembre 1951, la Corte costituzionale federale tedesca, insediata a Karlsruhe, iniziò la sua attività. La sua istituzione trovava fondamento nella *Grundgesetz* promulgata a Bonn il 23 maggio 1949 dal Consiglio Parlamentare della Germania Ovest. Collings si propone di ricostruire la storia dei primi cinquant'anni della Corte costituzionale tedesca, sottolineando il suo ruolo fondamentale di 'Guardiano della Democrazia', locuzione conosciuta dalla stessa Corte che così si autodefinì nel programma operativo pubblicato nel 1952.

Tesi centrale del volume, come lo stesso autore dichiara (p. XXXII), consiste nell'affermazione che la crescita notevole dell'autorevolezza della Corte e la ragguardevole fiducia del pubblico nel suo operato sono state il prodotto, non di mero ossequio all'autorità della Corte, bensì del tangibile ruolo da essa svolto nel redimere il paese dal suo passato autoritario e nel reinserirlo nella comunità delle democrazie liberali. Al fine di sostenere tale tesi, non era sufficiente che l'autore semplicemente descrivesse il lavoro giurisprudenziale realizzato dalla Corte, era invece

necessario che egli collocasse la Corte nella storia politica e sociale tedesca della seconda metà del secolo scorso. Pertanto l'autore attinge, per la sua ricostruzione, non solo alle decisioni della Corte, ma anche ai resoconti e commenti alle decisioni scritti dai principali quotidiani tedeschi, alle reazioni popolari e a materiali contenuti negli archivi privati di giudici e politici. Emerge così dalle pagine del libro l'affresco di un'intera epoca della storia tedesca, i cui tratti principali sono stati disegnati dalle decisioni della Corte che fin dal suo sorgere ha guidato e determinato la crescita democratica del paese.

La crescita democratica, come acutamente indicato da Collings, è giunta attraverso la strenua difesa da parte della Corte dei diritti fondamentali e delle strutture costituzionali contenute nella *Grundgesetz*. Ed è stata esattamente tale difesa a consentire alla *Grundgesetz* del 1949 di produrre risultati politici diversi da quelli prodotti dalla costituzione di Weimar, il cui terribile esito continuava ad incombere sui giudici della Corte. Tale difesa consentì che si realizzasse la precondizione necessaria per la democratizzazione della cultura politica della Germania occidentale.

Per dare maggior risalto possibile al determinante ruolo politico svolto dalla Corte, Collings suddivide la

ricostruzione storica della sua attività in cinque capitoli che ripercorrono cinque periodi storici, coincidenti approssimativamente con i cinque decenni di vita della Corte analizzati, e mette a fuoco cinque temi fondamentali: liberalizzazione, democratizzazione, storicizzazione, integrazione e mediazione.

Il volume costituisce un'opera fondamentale negli studi sulla storia costituzionale tedesca contemporanea ed è di sicuro interesse per gli storici del diritto, ma anche per quanti si occupano della storia politica e sociale della Germania nel secondo dopoguerra.

A.B.

D

Giovanni Di COSIMO
*Chi comanda in Italia. Governo
e Parlamento negli ultimi venti
anni*

Milano, Franco Angeli, 2014, pp. 144
ISBN 978 8891708984, Euro 18

In un libretto agile e di scorrevole lettura, l'A. segue la pista delle evidenti modifiche intervenute nei rapporti tra Esecutivo e Parlamento nella realtà italiana, senza dimenticare uno sguardo al contesto europeo.

Chiaramente finita la fase storica ottocentesca che fu dell'«assolutismo della legge» e degli ordinamenti statali imperniati sulla sua centralità,

attraverso il suo uso anche per misure di natura provvedimentale (p. 58), si è arrivati all'oggi, tempo – con tutta evidenza – di Esecutivi forti che guidano sostanzialmente anche la normazione. Tuttavia, come scrive l'autore, «la progressiva marginalizzazione della legge, che costituisce una tendenza comune ad altre democrazie occidentali, nel nostro Paese appare particolarmente accentuata» (p. 58).

Egli si schiera apertamente con coloro che ritengono condivisa la responsabilità di questa 'deriva' maggioritaria individuando però anche le diverse cause concorrenti: dal principio di attuazione del diritto europeo all'affermazione di fonti normative non previste in Costituzione come nel caso delle autorità indipendenti, sino alla maggiore rilevanza delle fonti di *soft law* (codici etici, deontologici ecc.).

La manifestazione più forte di tutto questo processo è l'avvenuta trasformazione del decretollegge da strumento emergenziale a strumento ordinario di attuazione delle politiche di governo, con importanti invasioni di campo delle materie di stretta pertinenza parlamentare come quella finanziaria (in particolare dal 2011 con il governo Monti). Così che l'abuso degli ultimi anni somma gli elementi strutturali (la mancanza di urgenza e straordinarietà) ai numerosi fattori critici (rilie-

vo politico, numero, dimensione, eterogeneità, fiducia e maxiemendamenti).

In controtendenza sembra andare invece l'uso del regolamento, pur se per motivi tecnico procedurali e non per autolimitazione del Governo. Lo strumento regolamentare che fu prezioso in età giolittiana per rafforzare gli spazi governativi rispetto alle élites locali allora ancora vigorosamente ostili all'accentramento romano, sembra invece andare ora in direzione esattamente opposta. Non di secondaria importanza sono poi le accresciute competenze di protezione civile gestite attraverso i poteri *extra ordinem* (ordinanze invece di decreti legge).

Su fronte del riequilibrio, la strada perseguita è passata attraverso la modifica dei regolamenti parlamentari, anche nella prospettiva di realizzare uno Statuto dell'opposizione con strumenti che hanno ampliato le funzioni di sindacato ispettivo, per esempio con il *Premier Question time*, che però nella versione italiana è pesantemente vanificato dall'obbligo di presentazione delle domande un giorno prima, obbligo inesistente nel modello Inglese. Tuttavia, la prassi non è confortante come pure per l'istruttoria legislativa e la sfiducia individuale introdotta nei Regolamenti dal 1986.

Passando dai poteri ai soggetti della scena istituzionale, l'autore va verso una con-

clusione che non si può non condividere. Anche quando fossero rimessi a posto gli equilibri costituzionali, sulla scena mancherebbe sempre un protagonista molto importante della democrazia liberale, quell'opinione pubblica (il più possibile informata e consapevole) che nel XIX secolo segnò una spinta di grande modernizzazione degli ordinamenti e che ad oggi spesso latita o oscilla tra qualunquismo e populismo, così da non controbattere affatto alla concentrazione di potere nelle mani dell'esecutivo.

Da questo punto di vista, ci pare, la riforma costituzionale appena approvata non fa altro che filtrare e mediare e, forse, spezzare attraverso il nuovo Senato, quella funzione di controllo che gli elettori dovrebbero avere.

N.C.

Bernard DURAND

Introduction historique au droit colonial. Un ordre «au gré des vents»

Paris, Economica, 2015, pp. 564
ISBN 9782717867190, Euro 49

Per la sua stessa complessità, e per i problemi che affronta, la storia del diritto coloniale si presta in particolar modo a suscitare riflessioni contemporanee sull'esercizio del potere, la sovranità, la *governance*, il ruolo della giustizia, la globalizzazione, la questione della cittadinanza. Una sfida che, però, necessita di un

rinnovamento dell'approccio storiografico. L'A. invita la cultura occidentale ad allargare i propri orizzonti, infrangere le frontiere per acquisire uno sguardo globale, d'insieme, che superi la miopia delle storie nazionali. Diritto e giustizia sono i due concetti, di portata universale, che consentono un metodo di ricerca senza pregiudizi, un percorso per salti temporali e geografici che oltrepassa le frontiere e fa emergere i diritti delle colonie. Al di là delle cronologie nazionali sembra regnare il disordine, ma la complessità trova un proprio ordine, come dice un funzionario britannico, «balayé par les vents». La chiave è quella di non cercare la riproduzione di «modelli», perché in ogni territorio, pragmaticamente, si costruisce un ordine nell'originalità del rapporto con la realtà, negli equilibri che conciliano l'ordine e la giustizia. Il libro disegna a grandi linee alcuni indicatori che permettono di teorizzare il diritto coloniale riconoscendo il suo carattere ibrido che lo situa non solo tra gli altri saperi ma anche diviso tra diritto nazionale e internazionale. L'approccio dell'A. penalizza una comparazione delle istituzioni privilegiando l'osservazione del loro spirito, tra più visioni del diritto e delle idee che le popolazioni se ne fanno. Emerge la difficoltà nel riconoscere l'autonomia disciplinare del diritto

coloniale, «une discipline en recherche d'identité», una disciplina in costruzione. Ciò che ha impedito al diritto coloniale di pensarsi come disciplina autonoma è anche un lessico spesso semplicistico e ipostatico che è transitato tra gli approcci opposti della storiografia: civilizzatore prima, dominatore e repressivo poi. Non un trattato, né un manuale nondimeno un libro utile alla formazione del giurista perché gli permette di comprendere il modo in cui il diritto vive, come esso si fa arte combinatoria e abbatte le barriere. Dunque, un antidoto salutare a studi che progressivamente sono stati erosi dagli imperativi tecnici.

M.S.

F

Alberto FEBBRAJO (a cura di)
Le radici del pensiero sociologico-giuridico

Milano, Giuffrè, 2013, pp. 485
ISBN 8814171882, Euro 50

Il volume contiene una raccolta di saggi nei quali gli autori, sociologi del diritto, ripercorrono il sentiero che ha portato alla nascita della sociologia giuridica facendo riferimento agli scritti di illustri giuristi italiani che nel corso del Novecento hanno, nei loro studi, realizzato feconde commistioni fra sociologia e diritto. Tali giuristi intuirono che per

comprendere fenomeni giuridici complessi era necessario analizzare i fatti sociali che ne avevano influenzato l'origine. Essi avevano inteso l'importanza del cambiare prospettiva, provando a guardare "al diritto attraverso la società piuttosto che alla società attraverso il diritto" (p. VII).

Scopriamo così che la prospettiva sociologica ha influenzato discipline giuridiche che sembravano immuni e distanti da essa. Nel pensiero e negli scritti di Tullio Ascarelli si rinviene tale influenza sul diritto commerciale, una branca del diritto considerata dedita esclusivamente all'analisi formale delle sue categorie e istituti. Affermando che il diritto commerciale è il diritto del capitalismo, Ascarelli introduce la società e le sue attività economiche nel diritto.

La stessa attenzione per la sociologia si trova negli scritti di Emilio Betti, il quale afferma che l'ordinamento giuridico "non è, ma si fa, in accordo con l'ambiente sociale storicamente condizionato" (p. 20). Ed ancora tale medesima sensibilità per la sfera sociologica del diritto si rinviene negli scritti di Gioele Solari, di Bruno Leoni, di Enrico Parese, di Gaetano Arangio-Ruiz, di Santi Romano, di Costantino Mortati, di Silvio Trentin, di Massimo Severo Giannini, di Riccardo Orestano, di Piero Calamandrei e di Antonio Pigliaru.

Nomi che hanno fatto scuola e che hanno così contribuito a diffondere nei loro diversi ambiti metodologie giuridiche diverse dalla pura analisi formale del testo e categorie dottrinali fondate non sul solo dato normativo. Le generazioni di giuristi da essi formate hanno assunto una consapevolezza diversa del ruolo del diritto nella società e del ruolo della società nel diritto.

Questo volume ha il grande pregio di farci riscoprire questi semi fecondi nel pensiero di grandi giuristi e ci consente di meglio comprendere i molti sentieri percorsi dalla scienza giuridica per giungere a maturare le sensibilità odierne.

A.B.

J

Lucien JAUME

Le religieux et le politique dans la Révolution française. L'idée de régénération

Paris, Puf, 2015, pp. 163
ISBN 9782130627449, Euro 26

Honoré de Balzac ha scritto che la religione, assieme alla politica e alla giustizia, è la più grande "macchina della società". L'ultimo libro di Lucien Jaume va alla ricerca del rapporto tra l'elemento religioso e l'elemento politico nell'età della Rivoluzione francese, ovvero il periodo che afferma il "politico" come strumento e linguag-

gio per "istituire" la società. Jaume individua nell'idea di "rigenerazione" la matrice per leggere la vicenda della "fusione" tra religioso e politico. Fallisce, durante e dopo la Rivoluzione, ogni tentativo di coniugare la dimensione politica con le forme "tradizionali" di esercizio e governo della religione (dalla costituzione civile del clero al Concordato napoleonico). Colpisce certamente il tentativo di Robespierre di fondare un'"altra" religione, il culto dell'Essere supremo. E, tuttavia, non sembrano questi gli elementi decisivi per cercare di cogliere il rapporto tra rigenerazione e religioso/politico. Attraverso la rigenerazione è possibile rompere con il passato, per ricercare altri principi e altri fondamenti. Attraverso la rigenerazione il religioso si incorpora nel politico, si "trasferisce" e pone una pluralità di questioni. La rigenerazione può trovare forma sia nel costituzionalismo, al servizio dell'individuo, sia, al contrario, nel prevalere della "totalità" che vuole superare l'egoismo individualistico, finendo per instaurare il Terrore.

Un volume importante che riflette su un nodo fondamentale della Rivoluzione e pone, più in profondità, il problema del rapporto tra politico e religioso nelle società "laiche" nelle quali viviamo, assistendo ad equivoci e a nocive confusioni.

L.L.

K

Jacques KRYNEN, Bernard
D'ALTEROCHE (sous la dir.)
L'Histoire du droit en France.
Nouvelles tendances, nouveaux
territoires

Paris, Garnier, 2014, pp. 596
ISBN 9782812429637, Euro 39

Nato da un percorso comune di riflessione dell'intera comunità francese degli storici del diritto, questo volume è un utile strumento per comprendere più facilmente lo stato dell'arte, gli obiettivi, le ragioni della storia del diritto nell'ambito delle odierne Facoltà giuridiche. Dinanzi al processo globale di "tecnicizzazione" estrema dei giuristi cd. "positivi", gli storici francesi riflettono sul loro ruolo, sullo spazio della storia del diritto, sulle prospettive. Gli storici del diritto sono giuristi che studiano e insegnano il diritto nella dimensione storica. Per questo ricercano un dialogo continuativo con gli altri giuristi ma anche con gli studiosi delle scienze sociali e umane. Il volume, inoltre, è utile anche perché offre il quadro più aggiornato delle forze in campo: circa trecento tra professori e ricercatori, in 58 Atenei, il numero e la tipologia dei corsi universitari, le riviste specializzate e i centri di ricerca.

Il testo contiene una trentina di contributi che cercano

di mostrare l'ampiezza degli interessi di ricerca e di insegnamento, cogliendo anche i profili di innovazione. Le nuove tendenze e i nuovi territori che emergono dal volume rispecchiano nuovi bisogni, rivelando una consapevolezza strategica – visione, sostanziale unità di intenti, obiettivi chiari, radicamento – degli storici del diritto francesi che può essere di esempio per altre comunità nazionali.

L.L.

L

Luigi LACCHÈ (a cura di)
Il diritto del Duce. Giustizia e
repressione nell'Italia fascista

Roma, Donzelli Editore, 2015, pp.
XXXVIII-313
ISBN 9788868432423, Euro 30

«Giustizia e repressione, quali rapporti hanno intrattenuto nei percorsi di sviluppo, di consolidamento e crisi del regime fascista? Quale influsso hanno avuto i "discorsi della giustizia" sulle forme giuridiche, politiche, istituzionali del fascismo? Quali sono stati i principali fattori di continuità e di cambiamento che hanno contraddistinto il fascismo sul terreno della dialettica tra giustizia e repressione?». Con queste tre domande (che non esauriscono, in ogni caso, il complesso itinerario di ricerca affrontato nel libro), Luigi Lacchè apre l'*Introduzione* al

volume da lui curato su "giustizia e repressione nell'Italia fascista". Il lavoro, da poco dato alle stampe, si inserisce nel solco di una mai sopita *querelle* storiografica all'interno della quale il ventennio fascista è stato letto (con un approccio sicuramente meno rigido di quello che consentono queste poche righe di presentazione del volume) come una fase storica connotata da tratti di discontinuità rispetto all'esperienza liberale che la precede o, alternativamente, come involuzione autoritaria di caratteristiche culturali, politiche e istituzionali in ogni caso già presenti nell'Italia prefascista. Da questo punto di vista, i numerosi interventi raccolti all'interno del volume sembrano, sul piano della storia della giustizia e del diritto penale, se non proprio colmare una lacuna, almeno arricchire un panorama sino ad oggi non così affollato. Anche se non può essere trascurato il fatto che alcuni storici del diritto (in particolare Mario Sbriccoli) avevano, già da tempo, indicato chiavi di lettura dei rapporti tra giustizia e repressione penale nell'esperienza italiana meno schematiche e superficiali di quelle sino ad allora utilizzate.

Per quanto i contributi raccolti nel libro non condividano la medesima prospettiva d'analisi, un tema che percorrere con una certa costanza le sue pagine è quello della "legalità", dell'aderenza cioè della

giustizia penale ad un ordine normativo non malleabile sulla base di finalità metagiuridiche. Un principio non privo di margini di ambiguità, come mette in luce Claudia Storti nel suo saggio d'apertura, poiché proprio il richiamo al rigido rispetto del dettato normativo, negli anni che precedono il fascismo, permise alle magistrature superiori di sterilizzare ogni apertura "evolutiva", nell'ambito del mondo del lavoro (e dei conflitti che lo agitavano), verso un più equilibrato assetto degli interessi sociali, contribuendo così a delineare una cornice giuridica in cui le aspirazioni totalitarie del regime mussoliniano si inserirono alla perfezione. Ma un principio che permise, come sostiene Floriana Colao nel suo contributo al volume, di celebrare processi politici, prima dell'istituzione del Tribunale speciale per la difesa dello Stato, ancora all'insegna della ricerca dei "fatti concreti", rifiutando così la logica del *crimen lesae maiestatis*, che riconosce rilevanza all'"intenzione" e al "sospetto", e che caratterizzerà la repressione politica negli anni a venire.

Su questa linea di analisi si muovono anche due saggi di taglio comparatistico, quello di Stephen Skinner e quello di Camilla Poesio. Il primo (richiamandosi all'idea di Otto Kirchheimer, per il quale agli inizi del XX secolo è possibile

assistere negli ordinamenti giuridici dei paesi occidentali ad uno spostamento, nella repressione dei reati politici, dalle minacce interne ed esterne allo Stato verso un concetto unificato ma più labile di sicurezza) evidenzia come, nonostante Italia e Gran Bretagna dopo il primo conflitto mondiale si incamminarono, sul piano politico, lungo strade assolutamente divergenti, per ciò che riguarda la repressione dei reati politici si comportarono in maniera non dissimile, soprattutto in tema di allentamento del principio di legalità. La seconda, mettendo a confronto l'uso che si fece in Italia e in Germania di misure di polizia volte ad allontanare ed isolare le persone scomode al regime, giunge alla conclusione che l'uso di questi strumenti (in verità già utilizzati prima dell'avvento delle due dittature) fu il segno tangibile e l'espressione di un crescente potere di polizia, capace di superare i propri limiti per diventare un surrogato del diritto penale, quando questo non poteva essere applicato.

Nello studio degli apparati di giustizia del ventennio fascista un'attenzione particolare non poteva non essere rivolta anche allo studio del Tribunale speciale per la difesa dello Stato. Leonardo Pompeo D'Alessandro, Alessandra Bassani, Ambra Cantoni e Matteo Petracci dedicano i loro saggi proprio all'analisi

di alcuni profili di questa singolarissima magistratura. Forse non del tutto estraneo alla storia degli apparati repressivi dell'Italia prefascista (il legame con la magistratura militare e il carattere della sua temporaneità riportano infatti alla memoria forme di giustizia che dalla lotta al brigantaggio in poi hanno percorso con una certa costanza la storia italiana), il Tribunale speciale non tardò, come scrive Leonardo Pompeo D'Alessandro, ad assumere una fisionomia che, per i principi illiberali che ne regolavano il funzionamento, lo poneva in netta discontinuità con l'esperienza storica precedente (non diversamente dai Tribunali del popolo nella Germania nazista, studiati da Thomas Vormbaum, e da quelli speciali della Repubblica sociale italiana, analizzati in uno studio originale da Toni Rovatti). Forse, se qualche legame con i decenni precedenti può essere colto, esso andrebbe rintracciato – come scrivono Alessandra Bassani e Ambra Cantoni – nell'uso, comunque parziale, fatto dal fascismo di alcune categorie elaborate all'interno della Scuola positiva di diritto penale (di cui il progetto di codice penale di Enrico Ferri del 1921 rappresenta un frutto tardivo, ma non per questo meno emblematico). In particolare nell'intenzione di punire in presenza di reati particolari, come quello di

spionaggio (analizzato dalle due autrici), le qualità soggettive degli autori, piuttosto che vere e proprie condotte lesive di interessi giuridici protetti. Una cultura si potrebbe dire, quella positivista di stampo lombrosiano, che non smise di produrre i suoi effetti anche nel campo della medicina legale, come dimostra Matteo Petracci nello studiare le perizie psichiatriche utilizzate nei processi del Tribunale speciale per la difesa Stato.

Certo, chi alla fine della lettura di questo lavoro cercasse una risposta univoca alle domande poste in apertura del libro, rimarrebbe deluso. La realtà (e non bisogna essere necessariamente degli storici per saperlo) non si lascia ingabbiare in schemi binari. Certo, le modifiche apportate dal fascismo nell'ambito degli apparati di giustizia e della repressione penale furono profonde (come sottolinea Barbara Bushart), con evidenti ripercussioni sul piano degli assetti e degli equilibri istituzionali (come ben evidenzia Monica Stronati la quale coglie nelle trasformazioni che investirono l'istituto della grazia, lo spostamento del baricentro, nella costituzione diarchica dello Stato, dalla figura del sovrano a quella del capo del governo). In fondo alla domanda formulata qualche tempo fa da Guido Melis: "quanto furono fasciste le istituzioni fasciste?" è diffici-

le dare risposta. Così, da una parte Barbara Bushart – che ripropone questo interrogativo – mostra come «le politiche di giustizia del fascismo furono anche il frutto di una delega da parte del regime a vertici e settori della magistratura, che, in cambio di potere fornirono il proprio ausilio tecnico, e la propria rete di rapporti all'interno del corpo giudiziario, ai guardasigilli, che si succedettero nel ventennio e che, per lo più, erano completamente estranei al mondo dei tribunali. Dall'altra, però, Giuseppe Speciale, nell'analizzare un certo numero di sentenze emesse dai tribunali della razza (a seguito dell'odioso r.d. 1728 del 17 novembre 1938), giunge alla conclusione che i giudici che sedevano sui banchi di questa magistratura, in qualche modo, limitarono l'effetto devastante che la legislazione razziale avrebbe potuto produrre all'interno dell'ordinamento giuridico italiano. Essi sostennero infatti, con certa costanza, che l'inserimento del *corpus* razziale nell'ordinamento generale non si accompagnava a mutamenti di quest'ultimo determinati da una loro capacità espansiva, limitandosi a produrre effetti che dovevano essere mantenuti all'interno di confini rigidi e assai circoscritti.

P.M.

Vincenzo LAVENIA (a cura di)
*"Responsibility to Protect":
 nuovi orientamenti su
 intervento umanitario e ordine
 internazionale*

Atti del convegno della XV Giornata
 Gentiliana, San Ginesio, 14-15
 settembre 2012

Macerata, eum, 2015, pp. 288
 ISBN 9788860564252, Euro 23

La XV Giornata dedicata ad Alberico Gentili prosegue il lavoro straordinario del Centro Internazionale di Studi Gentiliani di San Ginesio. Il volume è dedicato alla memoria del prof. Diego Panizza, animatore intellettuale, insieme a Pepe Ragoni, del Centro stesso. Un connubio che, negli anni, ha posto all'attenzione degli studiosi di tutto il mondo la figura di Alberico Gentili. Molto opportunamente l'appendice del testo contiene la bibliografia degli scritti del professore padovano (1938-2014).

Anche questo volume conferma la vitalità degli studi gentiliani e la capacità di questo grande autore di ispirare nuove ricerche e visioni da confrontare con il presente. La prima parte del libro è infatti dedicata ai profili storici (Luca Scuccimarra, Jennifer M. Welsh), teorici (Pier Paolo Portinaro) e internazionalistici della cd. "responsabilità di proteggere" e dell'intervento umanitario (PierreMarie Dupuy, Andrew Hurrell). Sono trascorsi dieci anni dalla solenne approvazione da parte dell'Assemblea Generale del-

le Nazioni Unite e la dottrina della "responsabilità di proteggere" non manca di suscitare scetticismo circa l'effettiva praticabilità o, peggio, l'avversione di quanti vi scorgono forme mascherate di "neo-imperialismo" e di interventismo occidentale. Occorre, pertanto, uno sforzo per cogliere meglio gli elementi fondativi di questa categoria dinanzi al mutamento di paradigma della sovranità statale classica, "chiusa", e perno delle relazioni internazionali. I diversi interventi pubblicati in questo volume offrono un contributo importante, proprio perché stimolati dalla riflessione storica muovendo, in particolare, dal capitolo I, XVI, del *De iure belli* di Alberico Gentili.

Il presente volume, però, contiene anche una seconda parte, curata da Vincenzo Lavenia, dedicata direttamente ad Alberico Gentili. I saggi di Giorgio Caravale, Alessandra Petrina, Chiara Petrolini e dello stesso Lavenia ci guidano in un percorso gentiliano tra Italia e Inghilterra, ricostruendo temi e relazioni che ruotano attorno al problema dell'esilio *religionis causa* e della circolazione delle idee.

L.L.

Jacques LE GOFF

Il tempo continuo della storia

Roma-Bari, Laterza, 2014, pp. 166
ISBN 9788858113288, Euro 15

Come si organizza e come si evolve l'umanità nella durata,

nel tempo? Che ruolo svolge per lo storico la periodizzazione? Per quanto non possano ignorarsi cambiamenti, segmenti, età e periodi della storia, è comunque necessario "tagliarla a fette"? E, dunque, come si può rispondere coerentemente alle tendenze della *global history*? L'esigenza primordiale dell'uomo di padroneggiare il tempo terreno si riversa nella storia, e nella sua urgenza di periodizzazioni. Ma le periodizzazioni non sono solo cronologie. L'attenzione deve essere posta al loro significato particolare, sempre pronto a misurarsi con continuità e fratture. Periodizzare la storia è un atto tanto necessario e complesso, quanto provvisorio e fortemente soggettivo: in quanto tale, per poter essere reso d'uso comune, deve essere condiviso.

Dopo aver recuperato nella narrazione periodizzazioni "antiche" come quelle di Daniele nel Vecchio Testamento o di Sant'Agostino nel Libro IX della *Città di Dio*, affezionate entrambe all'idea di un *mundus senescit*, di un tempo cioè che non lascia altra opportunità al mondo che quella della vecchiezza e di un progressivo e inevitabile decadimento, Le Goff riabilita quella "più sorprendente" di Voltaire, legata a grandi eventi o personaggi carismatici: ecco come riemerge il secolo della Grecia Antica, quello di Cesare e di Augusto, quello che seguì, specie in Italia, alla conquista

di Costantinopoli o quello di Luigi XIV. E sempre di eventi straordinari si parla davanti ai viaggi in Cina di Marco Polo o alla scoperta dell'America da parte di Cristoforo Colombo: dopo la "grande solitudine del Medioevo", essi convincono della rivincita dell'umano sul divino e inaugurano il tempo della "mondializzazione". L'uomo rinascimentale può sviluppare la sua personalità senza impedimenti. L'epoca degli "uomini universali" è segnata. Ma se il Medioevo resta un'invenzione petrarchesca per distinguere "gli antichi dai moderni del nostro tempo", di Rinascimento si parlerà solo nel XIX secolo, grazie a Jules Michelet e alle sue "percezioni di resurrezione" del tempo. All'esaltazione del Rinascimento corrisponderà l'affossamento del Medioevo a epoca buia, oscurata ancora di più dalle ombre di un ponte teso dai rinascimentali agli antichi classici. Eppure, dice Le Goff, il Medioevo era stato un periodo molto più "latino" di quello rinascimentale: si leggeva e si scriveva di più, la pergamena e il *codex* prendevano il posto del *volumen* (il libro in rotoli), si delineava una nuova "sensibilità estetica", si introduceva l'arte della miniatura.

Immaginando una "svolta" meno decisa tra Quattro e Cinquecento, il Medioevo diventa per Le Goff un periodo lungo che va quasi a sovrapporsi alla precocità rinascimentale. Si guardi alla sfera economica,

sociale e culturale europea o, ancora di più, a quella politica e alla stessa genesi dello Stato moderno: già nel 1300 si definivano espressioni del diritto amministrativo moderno (*auctoritas, utilitas publica, privilegium*) e lo stato si rappresentava, ora nel sigillo, ora nell'allegoria pittorica (come negli affreschi del Lorenzetti nel Palazzo pubblico di Siena). Un discorso di questo tipo non nega però il valore storiografico delle periodizzazioni. Esistono delle condizioni per individuarne di "appropriate", quando siano votate all'ascolto delle "piccole rinascite" e siano capaci di cogliere una graduale "evoluzione", più che annunciare un improvviso "progresso": per quello, dice Le Goff, bisognerà aspettare il XVIII secolo. L'invenzione della macchina a vapore, la nascita dell'industria moderna, l'introduzione del pensiero razionale e non credente (si pensi all'*Encyclopédie* di Voltaire e Diderot), la Rivoluzione francese, la nascita degli Stati Uniti e il nuovo dialogo col Vecchio continente: la metà del Settecento segnerà per l'Occidente l'ingresso trionfale in un periodo nuovo. Se, dunque, il 1492 non è più l'anno "mirabile e nuovo" dell'aurora rinascimentale e Colombo è ancora un uomo del Medioevo, l'età di mezzo può spingersi fin qui. Si può ipotizzare un umanesimo medievale e smitizzare quello rinascimentale come

"fabbrica del progresso". Un "vero" periodo storico, precisa Le Goff, è in genere lungo, "si evolve perché la Storia non è mai immobile. Nel corso di questa evoluzione, è portato a conoscere delle rinascite, più o meno brillanti, che spesso si appoggiano sul passato per il fascino che esso esercita sull'umanità del tempo. Ma questo passato – conclude – serve solo come un'eredità che permette di spiccare il salto verso un nuovo periodo".

E.A.

M

Clizia MAGONI

Le pour et le contre. Il processo di Luigi XVI di fronte all'opinione pubblica

Prefazione di Pierre Serna

Roma, Edizioni di Storia e Letteratura,
2014, pp. 226
ISBN 9788863726886, Euro 38

Il libro affronta un evento senza precedenti per la Francia e fondativo della Repubblica: il processo terminato con la decapitazione del re Luigi XVI avvenuta il 21 gennaio del 1793. Un fatto storico che ha indubbiamente diviso la storiografia e suscitato un interesse che il tempo non ha smorzato, e che anzi tende a travalicare il dibattito scientifico per entrare nel dibattito comune delle opinioni "pro o contro". Tuttavia, l'A. adotta un inedito punto di vista: quello dell'opinione

pubblica, uno spazio di discussione finora sottostimato, se non ignorato. Lo spazio pubblico del dibattito si svolge anzitutto nella Convenzione le cui sedute sono pubbliche e nelle quali ogni adunanza è aperta dalla lettura delle petizioni e delle lettere dei cittadini. C'è poi il mondo delle immagini: le caricature e le incisioni che vengono vendute ma anche affisse per le strade. Imponente è anche la produzione delle opere a stampa, ovvero i documenti processuali ma anche giornali e pamphlet. Diversi sono i luoghi della sociabilità, non ultimi i comizi promossi dagli stessi partiti.

I due processi al Re, quello della Convenzione e quello del tribunale della pubblica opinione, sono dominati dalla consapevolezza della gravità del momento. Il dibattito non è sulla colpevolezza del Re ma se salvare il Re (che comunque non significa la morte della monarchia) o la Repubblica. Si sposta il focus del giudizio sulla nazione e sulla Repubblica e si inventa una prospettiva, quella della posterità: cosa penseranno le generazioni future? Un punto di vista esterno che doveva permettere un certo distacco dalle vicende contemporanee, ma che alla fine ha inverato la profezia creando un vero e proprio luogo della memoria e dell'autorappresentazione collettiva.

M.S.

Ventotto proposte di lettura

Luca MANNORI
*Lo Stato del Granduca (1530-1859).
Le Istituzioni della Toscana
moderna in un percorso di Testi
commenti*

Pisa, Pacini Editore, 2015
ISBN 9788863159349, Euro 24

Nato da esigenze didattiche, l'autore ci spiega che l'idea alla base del libro nasceva dalla necessità di supportare le lezioni di storia delle istituzioni con documenti da dare in lettura ai discenti (Prefazione). Il volume è una raccolta di fonti che coprono un arco temporale di lungo periodo, dall'affermazione del principato mediceo sino alla sua dissoluzione e incorporazione della Toscana nel Regno d'Italia.

Le fonti sono organizzate in dieci sezioni o capitoli (I. *La costituzione territoriale*; II. *La costituzione politica*; III. *Il governo centrale*; IV. *L'amministrazione del territorio*; V. *La Reggenza*; VI. *Le riforme leopoldine*; VII. *L'eredità di Pietro Leopoldo*; VIII. *La Restaurazione*; IX. *L'esperienza costituzionale*; X. *La dissoluzione dello Stato*) ciascuna preceduta da un'introduzione tematica, volta a chiarire il contesto storico-politico e suggerire in maniera sintetica una possibile interpretazione. Sul criterio usato per la selezione dei testi, l'A. precisa che ci si è attenuti a una «prospettiva squisitamente istituzionale», tralasciando le fonti giuridiche.

Merito del volume è l'aver riportato al centro dello studio

storico le fonti con i loro contesti.

G.M.

Paolo MARCHETTI
*L'inconscio in tribunale. Azioni
incoscienti e diritto penale. Da
Charcot alle neuroscienze*

Milano, Franco Angeli, 2014, pp. 201
ISBN 978-8891707703, Euro 27

«È mai stato ipnotizzato prima d'ora?» Con questa domanda, apparentemente innocua, l'ipnoterapeuta Elizabeth Lamb, protagonista dell'allucinato thriller psicologico di Danny Boyle *In trance* (2012), inizia la prima seduta con il suo paziente Simon, critico d'arte corrotto che cerca di recuperare i propri ricordi iniziando un pericoloso viaggio senza ritorno nei labirinti della mente in cui vittima e carnefice, sogno e realtà, bene e male, si confondono e si intrecciano inevitabilmente. Se il motivo della doppiezza umana rimane sempre sullo sfondo, in tale film emerge soprattutto un inquietante interrogativo: si può penetrare negli oscuri anfratti della psiche umana al punto da costringere qualcuno a commettere un delitto? Lungi dall'essere solo un utile *escamotage* letterario o cinematografico questo tema è entrato prepotentemente nelle aule di giustizia tra Otto e Novecento come si evince dall'ultimo libro di Paolo Marchetti intitolato, non a caso, *L'inconscio in tribunale*.

Qui l'Autore analizza il problema della responsabilità penale di chi commette un reato sotto suggestione (ipnotica, sonnambolica o 'epidemica' della folla in tumulto) sezionandolo attentamente come su un tavolo anatomico con gli strumenti dello storico del diritto, mediante l'analisi di eclatanti casi giudiziari come l'*affaire Gouffé* o il processo per la rivolta di Gravina in Puglia del 1886 fino a celeberrimi casi clinici quale quello di Felida X. Casi certo diversi tra loro ma comunque accomunati dal rapporto tra ipnosi e delitto che sembra assillare medici legali e giuristi a partire dalla provocatoria memoria presentata nel 1884 all'*Académie des sciences morales et politiques* da Jules Liégeois, docente di diritto amministrativo all'Università di Nancy. Tale *lectio* è solo la scintilla da cui prende avvio un vivace dibattito che vede contrapposte la Scuola della Salpêtrière, il cui capostipite è il celebre alienista Jean-Martin Charcot, a quella di Nancy, che si incardina soprattutto sulle posizioni di Hippolyte Bernheim. Se per Charcot e i suoi allievi l'ipnosi può essere esercitata solo su chi è già affetto da patologie (in particolare sulle isteriche) per Bernheim, al contrario, chiunque può essere vittima di suggestione poiché l'agire umano è solo apparentemente libero e consapevole essendo mosso da forze oscure e incontrollabili. Le implicazioni in campo giu-

ridico dei due orientamenti e in particolare nell'ambito giurispensalistico, sono evidenti: se il primo approccio lascia pressoché inalterato il binomio tra salute e malattia mentale, così come ancora presente nell'orientamento biologista di matrice lombrosiana, l'approccio proposto da Bernheim assottiglia fino a farla quasi scomparire la distinzione tra normale e patologico ritenendo l'ipnosi in grado di indurre una vera e propria frammentazione psichica anche in soggetti "normali", con evidenti risvolti sul piano dell'imputabilità e della responsabilità penale. In un'epoca in cui le categorie giuridiche incentrate su un ideale soggetto dotato di ragione si mostrano sempre più inadeguate alle nuove patologie dal contorno nebuloso riscontrate in ambito clinico (la *monomania* prima e la *folia morale* dopo) il dibattito sull'esistenza di forze sottratte al controllo dell'uomo intervengono ad incrinare una volta per tutte il rapporto dicotomico tra capacità e incapacità di intendere e di volere. La psichiatria dinamica, studiando la psiche come elemento non statico e successivamente la psicoanalisi, mettono in evidenza come chiunque può essere vittima di forze contrastanti che possono spingerlo a commettere azioni immorali o illegali creando quello che può essere definito un Io dalle mille facce o una «frantumazione dell'Io». Vanno letti in tal senso gli af-

fascinanti casi di sdoppiamento di personalità o di delitti commessi in stato di sonnambulismo trattati nel volume di Marchetti che si prefigge l'ambizioso scopo di riuscire ad individuare il momento in cui lo studio della psiche umana e l'idea unitaria di uomo presupposta per il diritto si sono irrimediabilmente divaricate. Non mancano anche i risvolti in ambito processual-penalistico visto che, all'origine della psicologia giuridica, si situano anche i tentativi di utilizzare l'ipnosi a fini investigativi o la tecnica associativa ideata in ambito psicoanalitico a fini giudiziari nonché le prime rudimentali "macchine della verità" come quella utilizzata da Angelo Mosso, le cui intuizioni sulla circolazione del sangue nel sistema nervoso centrale sono state recentemente riprese e valorizzate nei paesi anglosassoni.

Si tratta dunque di un filone di ricerca ancora inesplorato che scorre parallelo a quello che intravede nelle attuali spiegazioni biologiche del crimine il lascito dell'antropologia criminale di Cesare Lombroso. Il merito del documentato lavoro dello storico del diritto anconetano nonché la sua originalità risiedono proprio nella capacità di inserirsi nel recente dibattito tra neuroscienze e diritto penale, senza tuttavia rimanere imprigionato nelle secche della diatriba sul libero arbitrio, riuscendo ad intravedere, con

un approccio interdisciplinare e comparato (privilegiato, in particolare, il rapporto tra Francia e Italia) e una prosa accattivante, nuovi ed inediti aspetti (si pensi, ad esempio, al mancato incontro tra psicoanalisi e diritto penale) di un dibattito complesso che altrimenti rischiava di avvatarsi inutilmente su se stesso.

E.M.

N

Giuliana NOBILI SCHIERA
Tre scritti

Trento, Fondazione Bruno Kessler, 2015,
pp. 60
ISBN 9788898989126, s.i.p.

Il volumetto contiene, appunto, tre scritti di Giuliana Nobili Schiera: "A proposito della traduzione recente di un'opera di Otto Brunner"; "In occasione del 70° compleanno di Gianfranco Miglio"; "E' esistita una storiografia italo-tedesca?". Nel nostro paese la figura dell'"editor" non ha, a differenza del mondo anglosassone, uno statuto ben codificato. Giuliana Nobili Schiera è stata una delle più importanti figure nell'organizzazione e coordinamento della cultura e della ricerca scientifica nel campo delle scienze storiche. Allieva (con una tesi brunneriana sulla rappresaglia nel tardo medioevo) e collaboratrice di Gianfranco Miglio, ha curato, da studiosa prima ancora che

da collaboratrice, una parte dei volumi pubblicati dall'Istituto per la Scienza dell'Amministrazione Pubblica e della Fondazione Italiana per la storia amministrativa. Senza di lei l'Istituto Storico Italo-Germanico di Trento non sarebbe stato la stessa cosa, ovvero uno dei più importanti produttori di innovazione storiografica in Italia, a cominciare dai suoi *Annali* e dalle sue molteplici collane, per arrivare infine alla cura redazionale degli "Scritti e discorsi politici" di Alcide De Gasperi, con il coordinamento scientifico di Paolo Pombeni.

Cultura di prim'ordine, passione, acribia, efficienza, riservatezza sono alcune delle qualità che l'hanno sostenuta nel suo lavoro. Molto bene ha fatto la Fondazione Bruno Kessler a voler ricordare Giuliana, scomparsa il 5 gennaio 2015, attraverso tre scritti, facendo vedere come le sue doti di studiosa fossero state rivolte verso quell'impegno nobilissimo, ma spesso negletto, di "editing" (nel senso più alto del termine) che tanto ha dato alla comunità scientifica.

L.L.

Daniela NOVARESE
Libertà e diritti nell'Europa dei codici e delle costituzioni (secc. XVIII-XIX)

Milano, Giuffrè, 2012, pp. 292
ISBN: 8814174784, Euro 30

Stabiliti dalla Dichiarazione, secondo il modello francese, i diritti «naturali, inalienabili e

sacri dell'uomo» dal momento della loro fondazione positiva attraverso la legge iniziarono il lungo cammino della loro concreta realizzabilità più o meno piena e allo stesso tempo della loro espandibilità.

A partire già dalla Costituzione francese dell'anno III, il catalogo si imperniò su quella 'proprietà' che divenne vera e propria misura di tutti gli altri diritti, civili e politici, nel XIX secolo, ma che di fatto e di diritto cambiò il tono degli ordinamenti giuridici moderni per via dell'essersi persa l'ancora della naturalità dei diritti, che si fecero perciò nazionali.

Così la Costituzione di Cadice del 1812, ma non di minore interesse la Costituzione palermitana del 1848 che annoverò nel catalogo il diritto di associazione, proprio quello – in fondo – che scardinerà il XIX secolo chiudendolo con la presa d'atto dell'emersione di un 'essere collettivo' giuridicamente vincolante impensabile fino a poco prima.

Tuttavia, disancorare i diritti dal fondamento oggettivo della natura umana aprì la dialettica dei diritti fondamentali che oggi, più che mai, si ritrova di fronte alla condizione aporetica strutturale del loro 'lato oscuro'.

Il volume raccoglie il frutto di diversi incontri di Storia delle istituzioni politiche che a Messina sono stati esperienza didattica e di ricerca, aprendo la riflessione sul processo di codificazione penale nel Co-

stituzionalismo di Cadice (M. Torres Aguillar), sul Potere giudiziario e sulle Magistrature nella Carta palermitana del 1812 (M.A. Cocchiara), sul diritto di voto statutario e leggi elettorali quarantottesche (F. Bonini), sull'esperienza costituzionale siciliana tra Carta del 1812 e Statuto del 1848 (E. Pelleriti), sui codici italiani e la scienza giuridica siciliana (P. De Salvo), sulla Costituzione polacca del periodo napoleonico (B.M. Palka), su Antonio Fulci e il Codice di Commercio del 1882 (V. Calabrò), sulle condizioni di cittadino e di straniero nel costituzionalismo euro-mediterraneo (D. Novarese).

N.C.

P

Antonio PADOA SCHIOPPA
Ri-formare il giurista. Un percorso incompiuto

Torino, Giappichelli, 2014, pp. 321
ISBN 9788834849026, Euro 33

Le trasformazioni dei sistemi giuridici europei, dal Medioevo alla modernità, hanno prodotto anche nuovi orientamenti per la formazione dei giuristi per prepararli ad interagire con i cambiamenti e confermare il ruolo di protagonisti del proprio tempo. Come evoca il titolo del libro non può che trattarsi di un percorso, per definizione, incompiuto, sempre in divenire. Così

come l'idea della formazione permanente che, oggi più di sempre, è indispensabile per il giurista. Tuttavia, altro senso assume l'incompiutezza se si osservano i progetti di riforma entro le coordinate degli obiettivi che si propongono e si possono fare, seppure parziali, bilanci. Per avere una visione d'insieme del percorso delle riforme occorre un'opera di sintesi. L'A. raccoglie e sistema una parte di propri scritti dedicati alla formazione universitaria e post-universitaria: dagli anni Settanta fino al momento presente. Il libro offre una indispensabile riflessione per i docenti che spesso mancano d'una visione complessiva dell'Università e dei rapporti che questa intrattiene con il mondo del lavoro e con le altre istituzioni. Dalla lettura del libro si può rintracciare un obiettivo fondamentale costantemente prospettato dai progetti di riforma: quello di una formazione che faccia acquisire metodo e capacità critica, ovvero gli strumenti indispensabili al giurista per orientarsi in una realtà dinamica. D'altra parte si prende atto della costante e sempre crescente importanza della giurisprudenza nella sua funzione di rendere certo il diritto. In quest'ottica si rende necessario formare il giurista anche nelle abilità di accesso ad una crescente massa di dati non sempre facilmente reperibili. D'altro lato il libro

sollecita una consapevolezza dell'importanza della funzione che l'Università potrebbe svolgere nella costruzione dei futuri ordinamenti.

M.S.

Damiano PALANO (a cura di)
Cesare Lombroso. Scritti per il
«Corriere» 1884-1908

Milano, Fondazione Corriere della Sera,
 2014, pp. 591
 ISBN 9788896820155, Euro 16

È di recente uscita, nella collana *Le "carte" del Corriere*, la raccolta degli articoli pubblicati da Cesare Lombroso, dal 1884 al 1908, nelle pagine del «Corriere della Sera» e del periodico collegato «La Lettura». Il libro, curato da Damiano Palano, si inserisce in una serie di iniziative editoriali (come la ristampa della prima e della quinta edizione della più celebre opera dello psichiatra veronese, *L'uomo delinquente*) che segnalano la crescente attenzione nei confronti di uno dei più noti e discussi personaggi della storia culturale italiana. Dopo decenni di silenzio, rotto sporadicamente da qualche voce isolata, l'interesse per Lombroso, per la sua opera e la sua Scuola, sul piano dell'analisi storica, sembra ormai essersi definitivamente consolidato.

Il volume, in realtà, non contiene solo l'insieme degli scritti lombrosiani pubblicati dal «Corriere», ma vengono offerti insieme ad essi al lettore gli interventi (ospitati nelle

pagine del medesimo quotidiano) di una serie di autori come Augusto Guido Bianchi, Scipio Sighele, Guglielmo Ferrero ed Enrico Morselli che, a vario titolo, possono essere fatti rientrare nell'orbita culturale del fondatore dell'antropologia criminale.

Il curatore dell'opera (la quale si avvale anche di una prefazione di Lorenzo Ornaghi) fa precedere la raccolta antologica da un suo corposo saggio (*Delinquenti nati, mattoidi, folli morali: figure di un nuovo immaginario*) che riassume i passaggi più significativi della vita e del pensiero del vulcanico Cesare Lombroso. Saggio la cui lettura si mostra utilissima a tutti coloro che volessero approfondire le proprie conoscenze, non solo relativamente al percorso intellettuale del celebre professore di Torino, ma anche circa la capacità che le sue idee ebbero di espandersi e contaminare la cultura scientifica, ben oltre i ristretti confini nazionali, a cavallo tra il Diciannovesimo e Ventesimo secolo.

Da questo punto di vista, il pregio principale del libro risiede proprio nel fatto che esso mette in luce quanto le idee lombrosiane fossero ampiamente circolanti e accettate all'epoca, pur se con alcune riserve, all'interno della comunità scientifica, nonché presso un pubblico meno specializzato, ma in ogni caso di discreto livello culturale e sociale, di

cui il «Corriere della Sera», in Italia, si era costituito come naturale portavoce e specchio fedele.

Nei poco più di trenta articoli, scritti da Lombroso durante i suoi venticinque anni di collaborazione con il quotidiano di Milano, trovano spazio quasi tutti i principali argomenti trattati (con un linguaggio sicuramente più accessibile) dal poliedrico ed instancabile scienziato veronese: dallo studio della pellagra a quello delle razze italiane; dalla passione per i fenomeni medianici e spiritici a quella per l'ipnotismo; dall'interesse per le nuove scoperte della scienza e della tecnica a quello per la genialità nelle sue varie declinazioni. La parte preponderante dei suoi scritti, in ogni caso, rimane legata al tema che renderà Lombroso celebre nel mondo, ossia lo studio dell'uomo delinquente. Nella decina di articoli più o meno legati al tema della criminalità, affiora con forza l'autentica ossessione che caratterizzò la vita di Lombroso: quella della ricerca dei tratti antropologici differenziali che fossero capaci di distinguere l'individuo normale da quello votato al crimine. Un'ossessione che decretò una folgorante e larghissima notorietà del suo pensiero in vita, quanto un rapido e inarrestabile declino dopo la sua morte.

P.M.

R

Francesco RIMOLI (a cura di)
*Immigrazione e integrazione.
Dalla prospettiva globale alle
realità locali*

Napoli, Editoriale scientifica, 2014, pp.
678, 516
ISBN 9788863426211, Euro 35

I due grossi volumi curati da Rimoli, nel tentativo di ripercorrere la complessa questione della immigrazione-integrazione in prospettiva 'glocal', sono organizzati in modo diverso l'uno dall'altro.

Il primo volume ripercorre, attraverso il contributo di diversi autori, il doppio livello dei diritti e delle condizioni effettive dei migranti (di varie epoche, contesti geo-politici, fasi) così da cercare attraverso saggi esemplificativi le specificità di pratiche e relazioni nazionali come pure la stratificazione diversificata della condizione giuridica dello straniero. Essa si frammenta in quella dei colpevoli di reati (E. Pistoia), piuttosto che in quella riconosciuta come 'regolare' invece che il contrario (A. Giunti) e si manifesta nella brutalità della condizione carceraria dei detenuti immigrati (R. Del Coco).

A partire dalla regolarità del soggiorno e dalla conseguente residenzialità poi si indagano esperienze e prospettive rispetto al riconoscimento dei diritti politici (G.

Vosa) piuttosto che le criticità dello *status* di lavoratore del migrante (A. Schillaci).

La molteplicità dei diritti 'a cui avrebbero diritto' gli stranieri migranti nel territorio europeo e, per noi, nel territorio italiano, tradiscono la complessità di un rapporto, quello tra ospite e paese ospitante, che si concretizza in esperienze giuridiche 'localizzate', tutte stimolate al contempo dal tanto decantato universalismo dei diritti quanto definite in concreto dalla limitata possibilità offerta dalla specifica realtà economica e politica di ogni territorio. Una complessità guardata con l'occhio scientifico di una ricerca collettiva e multidisciplinare dell'Università teramana (finanziata dalla Fondazione Tercas) che, tuttavia, come sottolinea l'autore in prefazione, non voleva dimenticare di ricordare il fenomeno migratorio come «tragedia di un'umanità dolente che cerca di trasformare una misera esistenza in un una vita, contro ogni destino, in un estremo sussulto di speranza». E ciò nonostante la nuova inquietudine sia nei nostri tempi nutrita dalle differenze culturali e soprattutto religiose con una profonda differenza rispetto a quella che in età moderna portò alla 'Grande reclusione' di poveri e vagabondi nel torno di un altro passaggio epocale, quello della nascita degli stati moderni e della statualizzazione del diritto.

Così, la pluralità delle prospettive sociologica, storica, giuridica e filosofico-politica si organizzano nel secondo volume in una tripartizione (ognuna con curatori propri) che si appunta sugli ambiti forse più problematici dell'attualità: *Lavoro e diritti degli extracomunitari* (P. Bellocchi, R. Staiano); *Il traffico di persone* (A. Antone, L.C. Di Filippo, M.C. Giannini); *La giurisprudenza della corte di giustizia della Unione europea in tema di straniero* (G. Scaccia).

N.C.

Ettore ROTELLI

Romagnosi 1814 «Istituzioni di diritto amministrativo»

Bologna, il Mulino, 2014, pp. 360
ISBN 9788815254542, Euro 28

Ettore Rotelli, con l'Istituto per la scienza dell'amministrazione pubblica (ISAP), ha ripubblicato in anastatica le *Istituzioni di diritto Amministrativo* di Gian Domenico Romagnosi. L'opera è preceduta da un'ampia introduzione in tre capitoli. Per iniziare, viene ricostruita la vicenda editoriale, il contesto politico-istituzionale in cui si colloca il volume, le fonti che hanno ispirato l'autore e la scarsa fortuna dell'opera.

Non mancano riferimenti ai contenuti trattati nelle Istituzioni (ad esempio la nozione di atto amministrativo, le trattazioni in materia di competenze e contenzioso, ecc.) e un'interpretazione del pensiero del Romagnosi amministra-

tivista in relazione alla scienza giuridica coeva.

Accertata la difficoltà a collocare le Istituzioni di Romagnosi negli schemi storiografici del passaggio dallo Stato giurisdizionale allo Stato amministrativo quale causa principale che ha posto il volume ai margini delle trattazioni storiche, Rotelli termina l'introduzione con un'amara constatazione: «prendere in considerazione l'opera, in gran parte oggi sconosciuta, significherebbe sconvolgere la storia del diritto amministrativo ... immaginata dalla storiografia giuridica in coerenza della sua presunzione di Stato moderno. Sorvolare è la soluzione migliore» (p. 144).

G.M.

Francesco ROTONDO
Itinerari alla periferia di Lombroso. Pietro Gori e la "Criminalogia moderna" in Argentina

Napoli, Editoriale Scientifica, 2014
ISBN 9788863427127, Euro 14

In un clima editoriale propizio agli studi lombrosiani, è uscito il libro di Francesco Rotondo, *Itinerari alla periferia di Lombroso. Pietro Gori e la "Criminalogia moderna" in Argentina*. L'autore del libro, attraverso la sua ricerca, offre al lettore il profilo scientifico e culturale di un personaggio ben conosciuto nell'ambito della storia politica (Pietro Gori è, tra l'altro, l'autore di *Addio Lugano bella*, una delle canzoni più famo-

se dell'anarchismo italiano), ma sicuramente meno noto in quello storico-giuridico. L'attenzione di Rotondo si concentra, in particolare, sull'esilio argentino dell'anarchico italiano. L'avvocato Pietro Gori, infatti, portò nel Nuovo continente, oltre alla propria passione politica, anche i suoi interessi di studioso del diritto, fortemente influenzati dalle posizioni che in Europa si erano diffuse negli ultimi due decenni dell'Ottocento sulla spinta delle rivoluzionarie idee criminologiche del celebre psichiatra veronese Cesare Lombroso. Un legame culturale, questo, ben testimoniato dalla pubblicazione di una rivista, "Criminalogia (sic) moderna" (frutto dell'attivismo culturale di Gori), capace di influenzare, nonostante la sua breve esistenza, gli indirizzi di studio del diritto penale ben oltre i confini della repubblica argentina.

Le pagine di Rotondo, in realtà, non sono però dedicate interamente all'analisi del pensiero di Pietro Gori (più vicino, come sottolinea l'autore, alle posizioni di Enrico Ferri che non al biologismo di stampo lombrosiano) e alla sua influenza all'interno della scienza penale sudamericana. Nei quattro capitoli che compongono il libro, infatti, si dipanano una serie di argomenti relativi alla storia argentina giuridica e istituzionale del XIX secolo (dalla condizione del sistema penitenziario e

Ventotto proposte di lettura

manicomiale al processo di codificazione penale, dal dibattito sulla pena di morte a quello sull'immigrazione europea nella repubblica federale) che ampliano la linea d'orizzonte dello studio di Rotondo. Un capitolo, il terzo, è interamente dedicato alle relazioni culturali e personali intrattenute da Pietro Gori con la "Scuola positiva di diritto penale" italiana (anche se i riferimenti al positivismo penale europeo affiorano a più riprese nelle pagine del libro). Questa operazione permette all'autore del libro di far affiorare non solo l'ampia diffusione che ebbero le nuove teorie giuridiche in Argentina (ma più in generale nell'America latina, e a tal proposito viene ricordata la pronta recezione delle idee positiviste nelle università di El Salvador e Cuba), ma anche quei tratti di originalità presenti nelle elaborazioni teoriche e nelle soluzioni concrete adottate per combattere la criminalità al di là dell'Oceano.

P.M.

T

Alessandro TORRE (a cura di)
Common law. Protagonisti e Idee nella storia di un sistema giuridico (studi in memoria di Francesco de Franchis)

Con presentazione di Angelo Rinella e prefazione di Elfi Wilhelm

Rimini, Maggioli, 2015, pp. 304
ISBN 9788891609731, Euro 25

Nella originale collana del *Devolution Club* diretta da Tania Groppi e Alessandro Torre viene ora pubblicato un vero e proprio "dizionario" di lemmi (protagonisti e idee) connessi alla storia e al presente del common law. Non si poteva ricordare Francesco de Franchis, a cui il volume è dedicato, in modo migliore e più pertinente. Il comparatista De Franchis, infatti, è stato, tra l'altro, l'autore (con la collaborazione della moglie Elfi Wilhelm) dei due volumi (Giuffrè editore) del Dizionario Giuridico Inglese-Italiano e Italiano-Inglese, uno strumento indispensabile e fondamentale per chi voglia solo avvicinarsi al common law.

In ordine cronologico, si affrontano gli snodi fondamentali e i grandi personaggi/autori del common law. Si parte con de Glanville nel XII, passando per la *Magna Carta*, Henry de Bracton, i giuristi della Cancelleria, il Quattrocento di John Fortescue e la grande impronta di Edward Coke. Seguono John Selden e il *Petition of Right*; Blackstone, i *legal historians*, Dicey, per finire con Lord Alfred Denning e i giudici britannici nelle corti europee.

Un volume agile, originale, ottimo anche come strumento didattico, per far conoscere meglio l'esperienza di common law.

L.L.

V

Joaquín VARELA SUANZES-CARPEGNA (a cura di)
Historia e historiografía constitucionales. Entrevistas con Ernst-Wolfgang Böckenförde, Michel Troper, Maurice J.C. Vile, Maurizio Fioravanti

Madrid, Editorial Trotta, 2015, pp. 158
ISBN 9788498795738, Euro 13

Quattro interviste a quattro esponenti di primo piano della storia costituzionale europea. E' questa l'originale struttura del volume curato dal costituzionalista e storico spagnolo Joaquín Varela Suanzes-Carpegna che da anni, nell'Università di Oviedo, anima una delle più interessanti esperienze di organizzazione della ricerca in ambito storico-costituzionale. Le quattro interviste sono state fatte dal curatore tra il 2004 e il 2013 e pubblicate nella rivista elettronica *Historia Constitucional*. Attraverso quattro nazionalità diverse, le interviste rappresentano molto bene i diversi approcci alla storia costituzionale. Ernst-Wolfgang Böckenförde è un costituzionalista già giudice del Tribunale costituzionale tedesco; Michel Troper un teorico del diritto; Maurice J.C. Vile un politologo, Maurizio Fioravanti uno storico del diritto. Da queste diverse angolazioni, emerge un'idea di storia costituzionale al plurale, una storia che privilegia,

secondo l'orientamento di ogni autore, una visione e una chiave di lettura, ma sempre in un intreccio di saperi.

Tali interviste – un genere poco utilizzato ma molto interessante e proficuo – ricostruiscono il percorso accademico di ciascuno, l'opera svolta, lo stato dell'arte della storiografia costituzionale delle quattro nazioni coinvolte. Gli intervistati rispondono anche sul problema del metodo nella storia costituzionale e affrontano i problemi e le opportunità di questa "disciplina" a livello didattico e scientifico.

Il volume contiene anche un denso contributo metodologico del curatore (*La historia constitucional: algunas reflexiones metodológicas*) e un saggio di Ignacio Fernández Sarasola sulla importante e rinnovata storiografia costituzionale spagnola (*Aproximación a la historiografía constitucional española*).

L.L.

Autori / Authors

Elisa Arcioni, Senior Lecturer in Public Law, Faculty of Law, University of Sydney, Room No. 606, Building F10, Eastern Avenue, Camperdown Campus, The University of Sydney, NSW 2006, Sydney, Australia, elisa.arcioni@sydney.edu.au

Sergio Bartole, Professor Emeritus of Constitutional Law, University of Trieste, Department of Law, Piazzale Europa 1, 34127 Trieste, sbartole@units.it

Valdis Bluzma, Professor of International Law and Legal History, Department of Law, University of Turība, Graudu St 68, Riga, LV-1058, Latvia, valdisbl@yahoo.com

Francisco Castelo Branco, Professor, Faculty of Law, University Lusíada North, Rua Dr. Lopo de Carvalho, 4369-006 Porto, Portugal, franciscoch@por.ulusiada.pt

Ernesto De Cristofaro, Ricercatore di Storia del diritto medievale e moderno, Dipartimento di Giurisprudenza, Università di Catania, Via Gallo 24, 95124 Catania, edecristofaro@lex.unict.it

José Domingues, Professor, Faculty of Law, University Lusíada North, Rua Dr. Lopo de Carvalho, 4369-006 Porto, Portugal, jdominguesul@hotmail.com

Marco Fioravanti, Ricercatore di Storia del diritto medievale e moderno, Università degli Studi di Roma "Tor Vergata", Dipartimento di Giurisprudenza, Via B. Alimena 5, 00173 Roma, marco.fioravanti@uniroma2.it

László Komáromi, Associate Professor, Pázmány Péter Catholic University, Faculty of Law and Political Sciences, Szentkirályi Str. 28-30, H-1088 Budapest, Hungary, komaromi.laszlo@jak.ppke.hu

Salvatore Mura, assegnista di ricerca di Storia delle istituzioni politiche. Dipartimento di Scienze politiche, Scienze della comunicazione e Ingegneria dell'informazione dell'Università di Sassari. Viale Mancini, n. 5, 07100 Sassari, salvatore.mura@uniss.it

Noémi Nagy, PhD Candidate, Faculty of Law, University of Pécs, Hungary – Doctoral Research Fellow, Wirth Institute for Austrian and Central European Studies, University of Alberta, Suite 300 G, Arts & Convocation Hall, Edmonton, Alberta, Canada T6G 2E6, nagy.noemia@gmail.com

Cristiano Paixão, Professor of Legal History and Constitutional Law, Law School, University of Brasília, Campus Universitário Darcy Ribeiro, CEP 70919-970, Brasília, Brazil, cristiano.paixaobsb@gmail.com

Giorgio Ridolfi, Dottore di ricerca, Università di Pisa, Dipartimento di Giurisprudenza, Piazza dei Cavalieri 2, 56126 Pisa, giorgio.ridolfi@hotmail.it

Michael Stolleis, Professor Emeritus of Public Law and History of Law, Goethe University, Frankfurt am Main, Max-Planck-Institut für Europäische Rechtsgeschichte, Hansaallee 41, 60323 Frankfurt am Main, Germany, stolleis@rg.mpg.de

Martin Sunnqvist, District Judge, Malmö City Court, Sweden, LL.D., Assistant Professor, Faculty of Law, Lund University, Box 207, SE-221 00, Lund, Sweden, martin.sunnqvist@jur.lu.se

Abstracts

Michael Stolleis, *Traditions and Changes and the Role of Legal History / Tradizioni e cambiamenti e il ruolo della storia del diritto*

Legal history has become evident since the 16th century with the historization of the "ius commune" through the humanists. During the epoch of nationalism in 19th century Europe, legal history serves often as an instrument to find a national identity. The same utilization of (legal) history we find in the new nations after the fall of the great colonial empires and after 1989 in the former Soviet-Union. The process of Europe unification after 1945 generates a revival of the idea of "ius commune" and new tasks for the European legal history. Today new tendencies of expanding to a global comparative legal history are visible, flowing into a general comparative cultural history.

La storia del diritto è divenuta visibile fin dal XVI secolo con la storicizzazione dello "ius commune" ad opera degli umanisti. Durante l'epoca del nazionalismo nell'Europa del XIX secolo, la storia del diritto è spesso utilizzata come strumento per trovare una identità nazionale. Lo stesso uso della storia (del diritto) lo troviamo nelle nuove nazioni dopo il crollo dei grandi imperi coloniali e dopo il 1989 nell'ex-Unione Sovietica. Il processo di unificazione europea dopo il 1945 genera una rinascita dell'idea di "ius commune" e nuovi compiti per la storia europea del diritto. Oggi sono percepibili nuove tendenze di espansione verso una storia globale comparata del diritto, che scorre dentro una storia culturale generale comparata.

Keywords / Parole chiave: Legal history; nationalism; ius commune; globalization; cultural comparison / Storia del diritto; nazionalismo; ius commune; globalizzazione; comparazione culturale.

Sergio Bartole, *Standards of Europe's Constitutional Heritage / Standards dell'eredità costituzionale europea*

Their adhesion to the European Union or to the Council of Europe implies that many Countries of the Central-Eastern Europe have to comply with the European Constitutional Heritage. The paper aims to proposes some guidelines to ascertain if those Countries contributed or not to the formation of the European Constitutional Heritage.

Con l'adesione all'Unione Europea o al Consiglio d'Europa molti Paesi dell'Europa Centro-Orientale sono tenuti a conformarsi al Patrimonio Costituzionale Europeo. Il contributo propone alcune direttive di ricerca per verificare se quegli Stati hanno partecipato o no alla formazione del Patrimonio Costituzionale Europeo.

Keywords / Parole chiave: Central and Eastern Europe; Nation's constitutional traditions; Europe's Constitutional Heritage / Europa Centro-orientale; tradizioni costituzionali nazionali; patrimonio costituzionale europeo.

José Domingues, Francisco Castelo Branco, *Synopsis of legal sources of portuguese Habeas Corpus (14th to 16th centuries) / Sinossi delle fonti giuridiche dell'Habeas Corpus portoghese (XIV-XVI secc.)*

This study aims to give a brief record of the main historical legal sources around the assurance letters (*cartas de seguro*) which, for more than five centuries, realized the constitutional principle of *habeas corpus* in Portugal. Within the chronological limit of the XIV century to the XVI century only the legislative sources of greatest prominence were collected, leaving out above all the concrete cases processed in the judicial forum. This is just the tip of the iceberg of the Portuguese legal principle that surely becomes comparable with any foreign counterpart – *v. g.*, *habeas corpus* of British origin – and it revealed an inexhaustible load, for researchers, of very respectable roots of the jusconstitutionalism of Western Europe, long before the American and the French revolutionary constitutionalism emerged in the late eighteenth century.

Questo saggio si propone di dare un breve resoconto delle principali fonti storico-giuridiche esistenti sulle lettere di garanzia (*cartas de seguro*) che, per più di cinque secoli, diedero realizzazione al principio costituzionale dell'*habeas corpus* in Portogallo. Nell'arco temporale compreso tra il XIV e il XVI secolo, solo le fonti normative di maggiore rilevanza furono raccolte, furono soprattutto trascurati i casi concreti trattati nelle corti giudiziarie. Questa è solo la punta dell'iceberg del principio giuridico portoghese che diventa sicuramente paragonabile con qualsiasi altro principio simile elaborato da altri paesi – per esempio l'*habeas corpus* di origine britannica – e si è rivelato essere, per i ricercatori, una fonte inesauribile delle rispettabilissime radici del Giuscostituzionalismo dell'Europa occidentale, molto tempo prima dell'emersione del costituzionalismo rivoluzionario americano e francese alla fine del XVIII secolo.

Keywords / Parole chiave: *Habeas Corpus*; Assurance Letters; Medieval Law; Portugal / *Habeas Corpus*; Lettere di Garanzia; Diritto Medievale; Portogallo.

Valdis Blūzma, *The Formation of the Elements of Parliamentarism and Constitutionalism at the Territory of Latvia in the Middle Ages and Early Modern Times (13th-18th centuries) / La formazione degli elementi di parlamentarismo e costituzionalismo nei territori lettone nel Medioevo e nella prima Età moderna (XIII-XVIII secolo)*

The objective of the article is characterising the exclusive historical influence of constitutional law and legal thought of Western European States on the formation of Latvian constitutional system. The paper is based on author's long term researches concerning the constitutional history of Latvia.

Author argues that the first elements of constitutionalism in the territory of Latvia are traced back to the period of Livonia, that is to the 13th century. However till nowadays it has not been paid a proper attention to the history of the genesis of constitutionalism in the territory of Latvia.

Author defends the thesis that the studies of legal sources of Middle Ages and Early Modern Times allow scholars to reach the reasonable conclusion that Latvia should be ranked within the circle of the European States with ancient traditions of constitutionalism because the principle of the rule of law, as well as the presumption of innocence as basic human right, was declared for the first time in legal sources in the middle of 16th century. The next step in the development of the last principle within criminal procedure was the abolition of torture in Swedish Livonia in 1686. A significant example of the genesis of parliamentarism in the territory of Latvia was the establishment of the Diet of Estates of Livonian Confederation in the early years of the 15th century, and the elected Landtag of the Duchy of Courland in the 17th century. Special attention in the article is devoted to Formula regiminis (1617) which was in effect in the Duchy of Courland because it was the first constitution in the territory of Latvia, in the modern sense of this word, with effective constitutional supervision mechanism.

L'obiettivo dell'articolo è caratterizzare l'esclusiva influenza storica del diritto costituzionale del pensiero giuridico degli Stati dell'Europa occidentale sulla formazione del sistema costituzionale lettone. Il paper si basa su ricerche di lunga durata dell'autore concernenti la storia costituzionale della Lettonia. L'autore afferma che i primi elementi di costituzionalismo nel territorio della Lettonia risalgono al periodo della Livonia, cioè al XIII secolo. Comunque fino ad oggi, non è stata data la giusta attenzione alla storia della genesi del costituzionalismo nel territorio della Lettonia.

L'autore sostiene la tesi che gli studi delle fonti legali del Medioevo e della prima Età Moderna consentono agli studiosi di giungere alla conclusione ragionevole che la Lettonia dovrebbe essere collocata nel circolo degli Stati europei con antiche tradizioni di costituzionalismo poiché il principio della *rule of law*, così come quello della presunzione di innocenza come diritto umano basilare, fu dichiarato per la prima volta nelle fonti giuridiche nella metà del XVI secolo. Il passo successivo nello sviluppo dell'altro principio nella procedura criminale fu l'abolizione della tortura nella Livonia svedese nel 1686. Esempio significativo della genesi del parlamentarismo nel territorio della Lettonia fu la costituzione della Dieta degli Stati della Confederazione Livone agli inizi del XV secolo, e l'electo parlamento (Landtag) del Ducato di Curlandia nel XVII secolo. Attenzione speciale è dedicata nell'articolo alla Formula regiminis (1617) che era in vigore nel Ducato di Curlandia, poiché fu la prima costituzione nel territorio della Lettonia, nel senso moderno di questa parola, con un meccanismo effettivo di supervisione costituzionale.

Keywords / Parole chiave: Constitutionalism; parliamentarism; Western constitutional traditions; representative body; political estates; Livonian Confederation; constitution; constitutional supervision system; separation of powers / Costituzionalismo, parlamentarismo; tradizioni costituzionali occidentali; organo di rappresentanza; ceti politici; Confederazione Livone; costituzione; sistema di supervisione costituzionale; separazione dei poteri.

Marco Fioravanti, *From the People to the Constitution. Inventing Democracy during the French Revolution / Dal popolo alla costituzione. L'invenzione della democrazia durante la Rivoluzione francese*

The constitutional debate during the French Revolution is based on the relationship between 'traditions' and 'changes', especially in its initial phase. The idea of an ancient-regime constitution (defended, for instance, by the *monarchiens*) was criticised by the "left wing" of the revolutionary

men who proposed a new idea of constitution that criticised and stigmatised the *ancien régime* (definition “invented” during the French Revolution to underline the break between old and new). The revolutionary idea of constitution – as a limit to the power but also as a way to legitimise the power – found its ‘constituent moment’ in article 16th of the *Declaration of rights of man and citizen*, a *manifesto* of really modern constitutionalism. The idea of the separation of powers and guaranties of rights was (and is) a powerful instrument for the new regime to legitimise itself recurring to the English (invented?) tradition. However the problem was not only the interpretation of constitution, but its relationship with sovereignty and, in particular, with the new form of government. Starting from 1789, the new political and juridical subject was the nation that identified king and people of France, then, after the turn of 1793, the “empty throne” was occupied by the people. Anyway the fight during the whole revolutionary period was, in brief, based on the definition of the constitution and the people, interpreted in a continuous dialectic discourse between ‘past’ and ‘present’, ‘tradition’ and ‘change’.

Il dibattito costituzionale durante la Rivoluzione francese, soprattutto nella sua fase iniziale, si è basato sul rapporto tra “tradizione” e “cambiamento”. L’idea di una costituzione d’*ancien régime* (difesa, per esempio, dai *monarchiens*) fu criticata dall’ala “sinistra” dei rivoluzionari, i quali proposero una nuova idea di costituzione che criticava e stigmatizzava l’*ancien régime* (definizione “inventata” durante la Rivoluzione francese proprio per sottolineare la rottura tra vecchio e nuovo). L’idea rivoluzionaria di costituzione – come limite al potere ma anche come legittimazione del potere – trovava il suo “momento costituente” nell’articolo 16 della *Dichiarazione dei diritti dell’uomo e del cittadino*, il manifesto del costituzionalismo moderno. L’idea di separazione dei poteri e di garanzia dei diritti era (ed è) uno strumento potente di legittimazione per il nuovo regime, il quale faceva ricorso alla tradizione inglese (inventata?). Tuttavia il problema non fu solo l’interpretazione della costituzione, ma la sua relazione con la sovranità e, in particolare, con la nuova forma di governo. Partendo dal 1789, il nuovo soggetto politico e giuridico fu la nazione che identificava il re e il popolo di Francia, mentre successivamente, a partire dalla svolta del 1793, il “trono vuoto” fu occupato dal popolo. Ma la lotta per tutto il periodo rivoluzionario, in breve, fu basata sulla definizione della costituzione e del popolo, interpretati in un continuo discorso dialettico tra “passato” e “presente”, “tradizione” e “cambiamento”.

Keywords / Parole chiave: Constitution; People; Rights; Jacobinism; Invented Tradition / Costituzione; Popolo; Diritti; Giacobinismo; Invenzione della tradizione.

László Komáromi, *Establishment, Evolution and Interaction of Modern Direct Democratic Traditions / Costituzione, evoluzione e interazione delle moderne tradizioni di democrazia diretta*

The paper deals with the three most important modern direct democratic traditions: the American, French and Swiss forms of direct democracy.

The American tradition can be traced back to Protestant political ideas of the puritan settlers, the example of guilds and the town meetings of the colonies of New England. The practice of the town meetings was revived during the American Revolution and led to the emergence of the constitutional referendum. Both the example of the town meetings and the idea of the constitutional referendum had an impact on revolutionary France, where the Montagnard Constitution of 1793 also introduced different direct democratic instruments which were based on “bottom-up” initiatives of the citizens.

However, French development was later shaped by the practice of the Napoleons: they ordered plebiscites "from above" according to their own political interests. Modern Swiss direct democracy on the other hand has certain antecedents in the institution of medieval "Landsgemeinde" assemblies. Notwithstanding, its 19th century development was also influenced by the ideas of the French Enlightenment. At the turn of the 19th and 20th century, the Swiss instruments had an impact on the constitutions of US American member states.

As regards the establishment of direct democratic traditions, preceding own practical experience with popular participation seems to be the most important factor. Later development was mostly dependent on its own historical antecedents and current political circumstances. Foreign ideas, solutions and patterns could only exercise their influence within the confines of internal political conditions.

L'articolo si occupa delle tre più importanti moderne tradizioni di democrazia diretta: quella americana, francese e svizzera.

La tradizione americana può farsi risalire alle idee politiche protestanti dei coloni puritani, all'esempio delle corporazioni di arti e mestieri e alle riunioni cittadine delle colonie della Nuova Inghilterra. La pratica delle riunioni cittadine tornò in auge durante la Rivoluzione americana e portò all'emersione del referendum costituzionale. Sia l'esempio delle riunioni cittadine che l'idea del referendum costituzionale ebbero un impatto sulla Francia rivoluzionaria, nella quale la Costituzione montagnarda del 1793 introdusse anche diversi strumenti di democrazia diretta che erano basati su iniziative dei cittadini, "provenienti dal basso". Comunque lo sviluppo francese venne in seguito modellato dalla pratica dei Napoleone: essi ordinarono plebisciti "dall'alto" secondo i loro propri interessi politici. La moderna democrazia diretta della Svizzera, dall'altro lato, ha alcuni antecedenti nell'istituzione delle medievali assemblee "Landsgemeinde". Ciononostante il suo sviluppo nel XIX secolo venne anche influenzato dalle idee dell'Illuminismo francese. Al volgere del XIX e XX secolo, gli strumenti della Svizzera ebbero un impatto sulle costituzioni degli Stati membri degli USA.

Per quanto concerne la costituzione delle tradizioni di democrazia diretta, la propria esperienza pratica precedente con la partecipazione popolare sembra essere il fattore più importante. Lo sviluppo successivo fu principalmente dipendente dai propri antecedenti storici e dalle circostanze politiche correnti. Idee straniere, soluzioni e modelli poterono esercitare la loro influenza solamente all'interno dei limiti di condizioni politiche interne.

Keywords / Parole chiave: direct democracy; referendum; popular initiative; foreign impact; tradition / democrazia diretta; referendum; iniziativa popolare; impatto straniero; tradizione.

Ernesto De Cristofaro, *Is defense of stock the same as defense of race? An itinerary from the Penal Code to racial laws / La difesa della stirpe e la difesa della razza sono la stessa cosa? Un itinerario dal codice penale alle leggi razziali*

The racial question occupies a marginal role in the politics of the fascist State, at least until the mid-thirties. Before the term "race" enters the current language in the legislation, in stentorian proclamations of propaganda, another word of similar meaning, is often used: the word "descent". It designates the historical and cultural homogeneity of a national community, in spite of ethno-somatic variables that compose it, and that in Italy in particular, could not be considered irrelevant, given the marked physiognomic differences between an inhabitant of the North and one of the South.

When the Italian law, the Criminal Code that in 1930 dedicated articles 545-555 to the issue, refers to the protection of the "stock", it is not intended to allude to the custody of a purity that could be contaminated by contact with members of other racial families, but to the reproductive health of the entire Italian people regardless of the specific genealogy of its components. However, this difference will be challenged with the making of racial laws. The need to assign this choice to an autonomous Italian ideological path is supported by referring to a notion of "stock" that should, within the intentions of those who elaborated such an operation, cover the same semantic area of the term "race" used more recently. The opportunistic nature of this overlapping stands out even more when one considers that just in Italy, in the late nineteenth and early twentieth century a large and fierce group of scholars of criminal anthropology and criminal law led by Cesare Lombroso and Enrico Ferri had animated a speculative original vein on the causes of crime and its prevention: the so-called Positive school. Within this school, particular importance was attributed to the study of individual hereditary vices in considering anti-social behavior and crime was read deterministically as the effect of an unhealthy organic constitution. This theoretic trend, after bitter doctrinal debates, will leave traces also in the Criminal Code. However it will not generate, in the dominant criminological culture, any condescension toward a racially orientated dogmatic revision, moreover some scholars – though not them all – close to the totalitarian radicalisation of the Italian criminal law at the end of the thirties were, at the same time, polemic opponents of the criminological positivism.

La questione razziale svolge un ruolo marginale nella politica dello Stato fascista, almeno fino alla metà degli anni '30. Prima che il termine "razza" faccia il suo ingresso nel linguaggio corrente della legislazione, in stentoree proclamazioni di propaganda, un'altra parola di significato simile è spesso usata: la parola "discendenza". Essa indica l'omogeneità storica e culturale di una comunità nazionale, nonostante le variabili etno-somatiche che la compongono, e ciò particolarmente in Italia non può essere considerato irrilevante, date le marcate differenze fisiognomiche tra un abitante del Nord e uno del Sud. Quando il diritto italiano, il codice penale che nel 1930 dedicò al tema gli articoli 545-555, fa riferimento alla protezione della "stirpe", non intende alludere alla protezione di una purezza che potrebbe essere contaminata dal contatto con membri di altre famiglie razziali, ma piuttosto alla salute riproduttiva dell'intero popolo italiano a prescindere dalla genealogia specifica dei suoi componenti. Comunque questa differenza sarà messa alla prova con la stesura delle leggi razziali. La necessità di assegnare questa scelta a un percorso ideologico autonomo in Italia è supportata dal riferimento a una nozione di "stirpe" che dovrebbe, secondo le intenzioni di coloro che elaborarono tale operazione, coprire la stessa area semantica del termine "razza" usato più recentemente. La natura opportunistica di questa sovrapposizione risalta ancora di più se si considera che, proprio in Italia, tra la fine dell'Ottocento e l'inizio del Novecento una nutrita e agguerrita schiera di studiosi di antropologia criminale e diritto penale capeggiati da Cesare Lombroso e Enrico Ferri avevano animato un filone speculativo originale sulla cause del crimine e la sua prevenzione: la c.d. Scuola positiva. All'interno di questa si attribuiva particolare rilievo alle tare individuali nello studio dei comportamenti antisociali e il crimine veniva letto deterministicamente come l'effetto di una insana costituzione organica. Questo indirizzo, dopo confronti dottrinali aspri, lascerà tracce anche nel Codice penale. Ma non genererà nella cultura penalistica dominante alcuna condescendenza verso una revisione dogmatica orientata in senso razziale e, anzi, alcuni studiosi – sebbene non tutti – vicini alla radicalizzazione totalitaria del diritto penale italiano sul finire degli anni trenta furono al contempo polemicamente oppositori del positivism criminologico.

Keywords / Parole chiave: Fascism; eugenics; demography; discrimination; Jews / Fascismo; eugenetica; demografia; discriminazione; ebrei.

Abstracts

Cristiano Paixão, *Past and future of authoritarian regimes: constitution, transition to democracy and amnesty in Brazil and Chile / Passato e futuro dei regimi autoritari: costituzione, transizione verso la democrazia e amnistia in Brasile e Cile*

This article analyses the constitutional history of Brazil and Chile during their military regimes and their transition to democratic rule. The main points of the discussion are: first, the role of constitutionalism in the foundation, development and twilight of the dictatorships, with a special emphasis in the relationship between constitution and revolution, and, second, the interplay between Transitional Justice procedures and Amnesty Acts passed by both countries. The analysis highlights the role of the Judiciary in the construction, in present time, of correspondences between past and future.

Questo articolo analizza la storia costituzionale del Brasile e del Cile durante i regimi militari e la loro transizione verso sistemi democratici. I principali punti della discussione sono: innanzitutto, il ruolo del costituzionalismo nella fondazione, sviluppo e tramonto delle dittature, ponendo speciale enfasi sulla relazione tra costituzione e rivoluzione, e in secondo luogo, l'influenza reciproca tra le procedure della Giustizia di transizione e le leggi di amnistia promulgate in entrambi i paesi. L'analisi evidenzia il ruolo del potere giudiziario nella costruzione, oggi, di corrispondenze tra passato e futuro.

Keywords / Parole chiave: Constitutionalism; Military regimes; Brazil; Chile; Political Transition; Amnesty / Costituzionalismo; Regimi militari; Brasile; Cile; Transizione politica; Amnistia.

Elisa Arcioni, *Historical facts and constitutional adjudication: the case of the Australian constitutional preamble / Fatti storici e giudizio costituzionale: il caso del preambolo della Costituzione australiana*

Judges in the High Court of Australia often refer to constitutional history in the course of their judgments. Since 1988 they accept the validity of referring to the drafting debates in understanding the public meaning of the constitutional text. The judges' use of those historical materials invites discussion in terms of originalism. This article addresses a different aspect of history and constitutional adjudication – the acceptance of particular text as a reference to historical fact and the consequences of such acceptance. The Commonwealth of Australian Constitution Act begins with a preamble which itself commences with a recital of the agreement of "the people" of five colonies to unite in a federal Commonwealth under the Crown of the United Kingdom. Covering clause 3 of the Act adds that "the people" will include those of Western Australia if they also agree to unite. The references to the agreement of "the people" in the preamble and covering clause 3 have been understood by the Court as references to the historical fact of the referenda in all six Australian colonies to accept the draft Constitution Bill. This article addresses the way in which the Court has used that history to indicate the identity of the Australian constitutional people. Specifically, the constitutive power of "the people" and the new identity of "the people" under the Constitution. While the historical fact of a popular agreement can be seen in the judgments of the Court, the Court has also accepted part of the preamble – the reference to the Crown of the UK – is now redundant. The relevant monarch is now the Queen of Australia, with consequences for understanding membership of the constitutional people and the independence of the Australian nation, by reference to historical events which have occurred since the enactment of the Constitution.

I giudici dell'Alta Corte d'Australia spesso fanno riferimento alla storia costituzionale nel testo delle loro sentenze. Fin dal 1988, essi considerano valido il riferimento ai resoconti scritti dei dibattiti per comprendere il significato pubblico del dettato costituzionale. L'uso da parte dei giudici di questi materiali storici invita alla discussione in termini di originalismo. Questo articolo affronta un aspetto diverso della storia e del giudizio costituzionale – l'accettazione di un testo particolare come punto di riferimento a un fatto storico e le conseguenze di tale accettazione. Il Commonwealth of Australian Constitution Act inizia con un preambolo che a sua volta comincia con una dichiarazione dell'intesa dei "popoli" delle cinque colonie di unirsi in un Commonwealth federale sotto la Corona del Regno Unito. L'estensivo articolo 3 della Costituzione aggiunge che "il popolo" includerà coloro che vivono nel Western Australia se essi sono d'accordo ad unirsi. I riferimenti all'intesa dei "popoli" nel preambolo e nell'estensivo articolo 3 sono stati interpretati dalla Corte come riferimenti al fatto storico dei referendum tenutisi in tutte le sei colonie australiane per accettare la bozza del progetto di Costituzione. Questo articolo affronta il modo in cui la Corte ha usato quella storia per indicare l'identità del popolo costituzionale australiano. Specificatamente, il potere costitutivo del "popolo" e la nuova identità del "popolo" sotto la Costituzione. Mentre il fatto storico dell'accordo popolare può essere visto nelle sentenze della Corte, la Corte ha anche accettato che parte del preambolo – il riferimento alla Corona del Regno Unito – è ora ridondante. Il monarca rilevante è ora la Regina d'Australia, con conseguenze relative al comprendere l'appartenenza del popolo costituzionale e l'indipendenza della nazione australiana, facendo riferimento a fatti storici che sono occorsi fin dall'emanazione della Costituzione.

Keywords / Parole chiave: Australian Constitution; preamble; the constitutive people; constitutional history; constitutional identity / Costituzione australiana; preambolo; il popolo costitutivo; storia costituzionale; identità costituzionale.

Noémi Nagy, *Western European perspectives towards language minorities and linguistic rights – then and now / Prospettive dell'Europa occidentale verso le minoranze linguistiche e i diritti linguistici – allora e ora*

This paper gives an overview of the history of linguistic legislation in three Western European countries, namely Spain, the United Kingdom and France. Based on these case studies, a *Western European model of linguistic legislation* is set up including the similar patterns and tendencies of the examined countries in terms of their attitudes towards language minorities and linguistic rights. This model reflects the fact that French, Spanish and English monarchs had used linguistic unification ("linguistic colonization") as a means of empire-building well before the concept of one nation-one language became widespread during the 19th century. Although the restrictive approach towards linguistic diversity has slowly been replaced by a pluralistic, more permissive, in some cases even supportive attitude, a lot remains to be done to improve the legal situation of regional or minority languages.

Questo paper rivolge uno sguardo d'insieme alla storia della legislazione linguistica in tre paesi dell'Europa occidentale, precisamente Spagna, Regno Unito e Francia. Basato su questi studi casistici, un *modello europeo occidentale di legislazione linguistica* è stabilito comprendente modelli e tendenze similari dei paesi esaminati per quanto concerne le loro attitudini verso le minoranze linguistiche e i diritti linguistici. Questo modello riflette il fatto che monarchi francesi, spagnoli e inglesi hanno usato l'unificazione linguistica ("colonizzazione linguistica") come uno strumento per costruire

l'impero ben prima che il concetto di una nazione-una lingua divenisse diffuso durante il XIX secolo. Sebbene l'approccio restrittivo verso la diversità linguistica è stato lentamente rimpiazzato da un'attitudine pluralistica, più permissiva e in alcuni casi persino di sostegno, molto resta da fare per migliorare la situazione legale delle lingue regionali o delle minoranze.

Keywords / Parole chiave: language rights; language policy; language minorities; Spain; France; United Kingdom / diritti linguistici; politica linguistica; minoranze linguistiche; Spagna; Francia; Regno Unito.

Martin Sunnqvist, *Seven Categories of Constitutional Critical Judging: An Interpretation of Nordic Case-Law / Sette categorie di giudizio costituzionale critico: una interpretazione del diritto casistico nordico*

In Danish literature from the early 1970s, it was suggested that the freedom of speech should have a preferred position in relation to other constitutional rights. In a case from the Norwegian Supreme Court in 1976, judicial review of the constitutionality of legislation was divided in three categories. Constitutional rules about the freedom and security of the individual should be supervised most strictly by the courts, the economic rights of the individual should be in an intermediate position, and the relationship between the other branches of government should be supervised least strictly. When the Swedish constitution was to be amended in 2010, it was suggested in the *travaux préparatoires* that central parts of the constitutionally guaranteed rights and freedoms should be supervised more strictly by the courts than other constitutional norms.

Nevertheless, there is no commonly accepted view on whether different constitutional rights should be divided into different categories at all, and, if so, how the different categories of constitutional norms should be organised. I suggest that cases from the Norwegian, Danish and Swedish Supreme Courts from the nineteenth and twentieth centuries can form a basis for arranging the issues into seven categories. Thus, arguments can be found in cases which – with several decades – precede the time when this issue started to be discussed explicitly. Interestingly, in recent years, case-law related to Article 6 of the ECHR has moved well-established fundamental procedural principles to the level of constitutional law. This fact means that there are three categories which should, in my view, for both new and historical reasons, be ranked hierarchically above the ones hitherto discussed.

The seven categories that I have identified are:

- the responsibility of the judge for the functioning of the judicial procedure,
- the responsibility of the judge for access to judicial procedure,
- the responsibility of the judge for legality,
- the protection of the judge for fundamental rights and freedoms, and the balancing of these rights and freedoms,
- the protection of the judge for economic rights, and the balancing of these rights,
- the protection of the judge for other types of rights,
- the supervision of the judge of the relations between the other two branches of government.

Nella letteratura danese dei primi anni 70, si suggeriva che la libertà di parola dovesse avere una posizione preferenziale in relazione ad altri diritti costituzionali. In un caso deciso dalla Corte Suprema norvegese nel 1976, la revisione giudiziaria della costituzionalità della legislazione venne suddivisa in tre categorie. Le regole costituzionali relative alla libertà e sicurezza dell'individuo dovrebbero essere supervisionate più strettamente dalle corti, i diritti economici dell'individuo do-

vrebbero essere in una posizione intermedia e la relazione tra gli altri rami del governo dovrebbe essere supervisionata meno strettamente. Quando la costituzione svedese doveva essere emendata nel 2010, si suggerì nei lavori preparatori che le parti centrali dei diritti e libertà costituzionalmente garantite avrebbero dovuto essere supervisionate più strettamente dalle corti rispetto a ogni altra norma costituzionale.

Nondimeno, non c'è affatto una visione comunemente accettata sull'opportunità che i diversi diritti costituzionali siano suddivisi in diverse categorie, e, nel caso ciò avvenga, su come le diverse categorie di norme costituzionali dovrebbero essere organizzate. Io suggerisco che i casi decisi dalle Supreme Corti Norvegese, Danese e Svedese nel XIX e XX secolo possono formare una base per sistemare le questioni in sette categorie. Pertanto, ragionamenti e dibattiti possono essere reperiti in casi che precedono – di molti decenni – il tempo in cui questa questione iniziò ad essere discussa esplicitamente. In modo interessante, negli anni recenti, il diritto casistico relativo all'articolo 6 dell'ECHR ha spostato al livello del diritto costituzionale principi procedurali fondamentali radicati. Questo fatto significa che ci sono tre categorie che dovrebbero, a mio parere, sia per ragioni recenti che storiche, essere collocate gerarchicamente al di sopra di quelle finora discusse.

Le sette categorie che ho individuato sono:

la responsabilità del giudice per il funzionamento della procedura giudiziaria,

la responsabilità del giudice per l'accesso alla procedura giudiziaria,

la responsabilità del giudice per il principio di legalità,

la protezione del giudice per quanto concerne i diritti e le libertà fondamentali, e il bilanciamento di questi diritti e libertà,

la protezione del giudice per quanto concerne i diritti economici, e il bilanciamento di questi diritti,

la protezione del giudice per quanto concerne altri tipi di diritti,

la supervisione del giudice delle relazioni tra gli altri due rami del governo.

Keywords / Parole chiave: Scandinavia; Courts; Judicial Review; Rights and Freedoms; Preferred Position / Scandinavia; Corti; Revisione giudiziaria; Diritti e libertà; Posizione preferenziale.

Salvatore Mura, *Per un profilo di Antonio Ferracciu, un costituzionalista da rivalutare / A profile of Antonio Ferracciu, a constitutionalist that should be reconsidered*

Questo articolo si sofferma sulla figura e l'opera di Antonio Ferracciu, un costituzionalista particolarmente apprezzato dalla comunità dei giuristi del suo tempo (gli anni che vanno dalla crisi di fine secolo al 1930, anno della sua morte). Antiformalista, convinto che lo studioso del diritto costituzionale dovesse attingere dalla storia, aprirsi alla studio della politica e della società, preferì esplorare campi nuovi o scavare su quelli allora poco dissodati dalla dottrina italiana, come il diritto di riunione e di associazione, l'inchiesta parlamentare, la consuetudine costituzionale, il Gran consiglio del fascismo. Oreste Ranelletti gli riconosceva di essere uno studioso «ponderato», «coscienzioso», di lavorare con «buon metodo». Un giudizio molto simile a quello di Santi Romano. Il contributo che Ferracciu offrì al pensiero giuridico italiano merita di essere rivalutato, considerando anche la qualità della sua riflessione propositiva sugli aspetti metodologici del diritto costituzionale.

This article focuses on Antonio Ferracciu, a scholar of constitutional law particularly appreciated by the legal community of his time (from the late Nineteenth century to 1930, the year of his death). He was convinced that the scholar of constitutional law should draw from the history, studying the politics and the society. He explored new fields and dug up those still not developed by Italian doc-

trine, such as right of assembly and association, parliamentary inquiry, constitutional customary, Grand Council of Fascism. According Oreste Ranelletti, Ferracciu was a scholar thoughtful, conscientious, with good method. A similar opinion to that of Santi Romano. The contribution that Ferracciu offered to the Italian juridical thought deserves to be re-evaluated, considering the quality of his reflection on methodological aspects of constitutional law.

Parole chiave / Keywords: Antonio Ferracciu; antiformalismo giuridico; inchiesta parlamentare; consuetudine costituzionale / Antonio Ferracciu; antiformalism law; parliamentary inquiry; customary constitutional.

Giorgio Ridolfi, *Un socialismo panteista. Appunti sugli inizi filosofici di Jean Jaurès / A Pantheistic Socialism. Notes on Jean Jaurès' Philosophical Beginnings*

Volendo considerare la questione dell'utilizzazione politica della figura di Jean Jaurès, a un secolo dal suo assassinio, si può notare come in Francia la sua memoria sia stata a lungo oggetto di disputa tra marxisti ortodossi e socialisti riformisti, entrambi interessati a riconoscerlo come propria fonte d'ispirazione. Ciò che, in tale disputa, è risultato sacrificato è stata la non trascurabile dimensione filosofica del pensiero jaurèsiano, la cui principale cifra distintiva è rappresentata da un umanitarismo panteista, con evidenti accenni religiosi, che solo in parte è risultato influenzato dal sempre maggiore avvicinamento di Jaurès al marxismo. Il saggio si divide in due parti. Nella prima si analizzano le due tesi scritte da Jaurès per il conseguimento del dottorato in Filosofia, insieme ad uno scritto frammentario pubblicato postumo, opere in cui vengono alla luce i profondi legami sussistenti tra le sue posizioni teoriche e la sua attività politica nei ranghi socialisti; e si cerca di mettere in rilievo la centralità che egli accordava a una sensibilità religiosa non dogmatica ed estranea a ogni chiesa istituzionalizzata. La seconda parte si occupa dei rapporti tra il pensiero di Jaurès e la dottrina di Marx, anche nell'ottica del contemporaneo dibattito scatenato dalle tesi revisioniste di Bernstein. Viene messo in luce il fatto che, per quanto Jaurès aspirasse ad essere un marxista ortodosso e alcune sue dottrine politiche lo rendessero difficilmente inquadrabile nell'ambito di un mero riformismo, il suo umanitarismo lo poneva necessariamente al di fuori di una visione rigidamente classista della società e della lotta politica, che non considerasse la redenzione finale dell'intera umanità come proprio scopo. In questo senso ci si interroga, nel corso dell'intero saggio, sulla possibilità di avvicinare la dottrina jaurèsiana ad alcuni fondamenti della filosofia morale e politica di Immanuel Kant.

Wanting to consider, one hundred years after his murder, the issue of the political utilization of Jean Jaurès' person, it is possible to note that his memory in France has been long the subject of a dispute between orthodox Marxists and reformist socialists. Both were interested in recognising him as their own source of inspiration. A not negligible philosophical dimension in Jaurès' thought is what turns out to be sacrificed in this dispute; whereas its main characteristic is represented by a pantheistic humanitarianism with undeniable religious meanings, that only partly has been influenced by Jaurès' increasing approach to Marxism. The essay is divided in two parts. The first one examines the two dissertations written by Jaurès in order to get his doctorate in Philosophy, along with a posthumous fragmentary essay of his, in which the deep connection between his theoretical opinions and his political activity in the socialist ranks arise. Thus, the centrality he granted to a non-dogmatic religious sensitivity, unrelated to any institutionalized church, remains clear. The second part deals with the connection between Jaurès' thought and Marx' doctrine, also in the light of the contemporary debate triggered by Bernstein's revisionist theories. Jaurès strove for being an orthodox Marxist

and some doctrines of his made it difficult to place him in the field of a mere reformism; nevertheless, his humanitarianism put him necessarily outside of a rigidly class-conscious view of society and political struggle that does not consider the final redemption of the whole mankind as its own goal. In this regard, the entire essay is marked by the question if it is possible to put in contact Jaurès' doctrine with some foundations of Immanuel Kant's ethical and political philosophy.

Parole chiave / Keywords: panteismo; religione; socialismo; marxismo; umanitarismo; Immanuel Kant; lotta di classe / pantheism; religion; Socialism; Marxism; humanitarianism; Immanuel Kant; class struggle.

Nei prossimi numeri / In the next issues

n. 31 – I semestre / 1st semester 2016

Trasparenza e privacy. Conflitti e bilanciamenti tra teoria e storia /
*Transparency and privacy. Conflicts and balances between history and
theory*

a cura di /edited by SIMONE CALZOLAIO

Contributi di /articles by: LICIA CALIFANO, SIMONE CALZOLAIO, FRANCESCO DE
LEONARDIS, GIOVANNI DI COSIMO, MARCO FIORAVANTI, VALENTINA FIORILLO, LUIGI
LACCHÈ, MASSIMO RUBECHI, PAOLA RUDAN, GIULIO SALERNO, LUCA SCUCCIMARRA,
CLAUDIA STORTI, MATTEO TIMIANI.

n. 32 – II semestre / 2nd semester 2016

Ripensare il costituzionalismo nell'epoca globale / *Rethinking
constitutionalism in the global era*

a cura di /edited by LUIGI LACCHÈ, LUCA SCUCCIMARRA

Contributi di /articles by: GIUSEPPE ALLEGRI, GAETANO AZZARITI, GIUSEPPE
BRONZINI, BUI NGOC, RONALD CAR, RICCARDO CAVALLO, ALBERTO FEBBRAJO, LUIGI
LACCHÈ, CESARE PINELLI, TOMMASO NICOLA POLI, MAURIZIO RICCIARDI, PIERANGELO
SCHIERA, LUCA SCUCCIMARRA, GUNTHER TEUBNER.

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

Michele Basso, *Max Weber. Economia e politica fra tradizione e modernità*, 2013

Luca Cobbe, *Il governo dell'opinione. Politica e costituzione in David Hume*, 2014

Andrea Marchili, *Genealogia della comunità. Amor di sé e legame sociale in Rousseau*, 2014

Paolo Colombo, *Emmanuel Sieyès: le idee, le istituzioni*, con in appendice l'opera di Antoine Boulay de la Meurthe, *Théorie constitutionnelle de Sieyès. Constitution de l'an VIII*, 1836, 2015

Forthcoming / In preparazione:

Costituzione e governo. Scritti e interventi politici di P.-L. Roederer, con testi di L. Lacchè, R. Martucci, L. Scuccimarra

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, snc - 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 Caspare 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 da 'punto e virgola'; l'abbreviazione che introduce il titolo della traduzione 'tr. it.' (o 'tr. fr.', 'tr. es.' etc.); 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 miscelaneo: 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 Caspare 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. etc.); 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 (opportunosamente 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 seguire dalla dicitura per esteso e dall'eventuale traduzione tra parentesi. Non occorre l'esplicitazione delle sigle di uso comune (come USA, NATO, ONU, UE, etc.).

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 composti 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:// etc.; 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.

SERVIZI DI REVISIONE DI PAPERS SCRITTI IN LINGUA INGLESE OFFERTI DALLA ENAGO

La Enago offre servizi di revisione linguistica e stilistica di papers di ricerca scritti in inglese al fine della loro pubblicazione in periodici. La Enago ha revisori esperti nei settori disciplinari (qualificati con PhD e Master) aventi una media di 19 anni di esperienza nella revisione.

Oltre che la revisione linguistica dell'inglese, la Enago offre supporto agli autori per tutti le fasi del processo di pubblicazione, inclusi: la revisione di papers respinti dalle redazioni per ragioni di editing; la selezione dei periodici nei quali pubblicare; l'inserimento di immagini; la riduzione del numero dei caratteri; la redazione di lettere di corredo. Enago è una società certificata ISO 9001:2008 ed è molto attenta alla qualità del lavoro consegnato agli autori.

Siti web e servizi offerti localmente da Enago sono elencati sotto. Ciascun sito web ha opzioni di pagamento localizzate e possibilità di fatturare su richiesta.

Per ricercatori di tutto il mondo: Enago Global, <<http://www.enago.com>>.

Per ricercatori giapponesi: Enago Japan, <<http://www.enago.jp>>.

Per ricercatori cinesi: Enago China, <<http://www.enago.cn>>.

Per ricercatori taiwanesi: Enago Taiwan, <<http://www.enago.tw>>.

Per ricercatori coreani: Enago Korea, <<http://www.enago.co.kr>>.

Per ricercatori tedeschi: Enago Germany, <<http://www.enago.de>>.

Per ricercatori turchi: Enago Turkey, <<http://www.enago.com.tr>>.

Per ricercatori portoghesi: Enago Brazil, <<http://www.enago.com.br>>.

Allo scopo di supportare e facilitare il successo del processo di pubblicazione di saggi scientifici e accademici di ricerca, i ricercatori possono anche usufruire degli eccellenti servizi di traduzione offerti dal nostro marchio – Ulatus, <<http://www.ulatus.com>>.

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.njemindia.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 sovrapposibilità 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.

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, 1985², 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^o, 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 (opportunistically 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.

ENAGO ENGLISH EDITING SERVICES

Enago offers English language polishing services for scientific research papers for journal publication. Enago has subject expert editors (PhDs and Masters) with an average 19 years of editing experience.

Other than English editing, they offer all levels of publication support to authors, including revised rejected editing, journal selection, artwork editing, word count reduction and cover letter editing. An ISO 9001:2008 certified company, Enago is very careful about the quality delivered to authors.

Exclusive regional websites and services of Enago are listed below. Each of the websites has localized payment options and invoices available on demand.

For Global researchers: Enago Global, <<http://www.enago.com>>.

For Japanese researchers: Enago Japan, <<http://www.enago.jp>>.

For Chinese researchers: Enago China, <<http://www.enago.cn>>.

For Taiwanese researchers: Enago Taiwan, <<http://www.enago.tw>>.

For Korean researchers: Enago Korea, <<http://www.enago.co.kr>>.

For German researchers: Enago Germany, <<http://www.enago.de>>.

For Turkish researchers: Enago Turkey, <<http://www.enago.com.tr>>.

For Portuguese researchers: Enago Brazil, <<http://www.enago.com.br>>.

To aid and facilitate the process of successful publications of scientific and academic research papers, you can also benefit from our distinguished translation services offered by our co-brand – Ulatus, <<http://www.ulatus.com>>.

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.

Paolo Colombo

Emmanuel Sieyès: le idee, le istituzioni

Con in appendice l'opera di Antoine Boulay de la Meurthe,
Théorie constitutionnelle de Sieyès. Constitution de l'an VIII, 1836



eum x biblioteca Giornale di Storia costituzionale

