

forum historiae iuris

Erste europäische Internetzeitschrift für Rechtsgeschichte

<http://www.forhistiur.de/>

Herausgegeben von:

Prof. Dr. Rainer Schröder (Berlin)
Prof. Dr. Hans-Peter Haferkamp (Köln)
Prof. Dr. Christoph Paulus (Berlin)
Prof. Dr. Albrecht Cordes (Frankfurt a. M.)
Prof. Dr. Mathias Schmoeckel (Bonn)
Prof. Dr. Andreas Thier (Zürich)
Prof. Dr. Franck Roumy (Paris)
Prof. Dr. Emanuele Conte (Rom)
Prof. Dr. Massimo Meccarelli (Macerata)
Prof. Dr. Michele Luminati (Luzern)
Prof. Dr. Stefano Solimano (Piacenza)
Prof. Dr. Martin Josef Schermaier (Bonn)
Prof. Dr. Hans-Georg Hermann (München)
Prof. Dr. Thomas Duve (Buenos Aires)
Prof. Dr. Manuel Martínez Neira (Madrid)
Prof. Dr. D. Fernando Martínez Pérez (Madrid)
Prof. Dr. Marju Luts-Sootak (Tartu)

Artikel vom 24. August 2009

© 2009 fhi

Erstveröffentlichung

Zitiervorschlag:

<http://www.forhistiur.de/zitat/0908meccarelli.htm>

ISSN 1860-5605

Massimo Meccarelli:

La storia del diritto in America Latina e il punto di vista europeo. Prospettive metodologiche di un dialogo storiografico

1.

La storia del diritto conosce oggi un momento di fioritura nei Paesi latino americani. Al consolidato e sempre vivo ambito di studi dedicati al *derecho indiano*, si sono affiancate ricerche su cronologie e temi diversi, svolte con strumenti metodologici integrati; ciò ha prodotto una estensione notevole del terreno di azione e ha innescato un processo di ripensamento della stessa identità disciplinare. 1

Molteplici sono le ragioni che hanno inciso su questa ripresa; in certa misura esse dipendono dalle singole specificità regionali che qui non è possibile considerare nel dettaglio. Ciò che si intende fare in queste pagine - rinunciando alla pretesa di fornire una pur minima rassegna degli orientamenti storiografici - è proporre una riflessione sul rilievo che può avere, da un punto di vista europeo, tale nuova fase della storia del diritto in America. 2

Si tratta di un fenomeno da guardare con interesse per le opportunità che offre, oltre che per la fascinazione che il Nuovo Mondo da sempre esercita sulla cultura della vecchia Europa, come luogo di superamento dei propri confinamenti. La storia del diritto ha continuo bisogno di associare alla dimensione della ricerca una riflessione sul metodo. Nel vecchio continente il dialogo *intra*-disciplinare è infatti costantemente aperto; ora la dimensione internazionale e intercontinentale, sembra offrire margini per un confronto ancora più fecondo. 3

Nel seguito vorrei considerare come gli sviluppi latino-americani possano interrogare uno storico del diritto europeo, cercando di precisare in che senso l'ordine di grandezza continentale può fungere da chiave di lettura unitaria di tale fenomeno storiografico e soffermandomi su alcuni aspetti e sensibilità in esso rinvenibili; nelle pagine conclusive intenderò riflettere sulle opportunità rappresentate dal dialogo con quella storiografia, per una stipulazione metodologica comune, capace di rinnovare gli orizzonti verso cui dirigere in nostri studi. 4

2.

Le nostre rispettive esperienze giuridiche, in Europa e in America Latina, spesso presentano caratteristiche che ci inducono a condividere scelte tematiche, categorie interpretative e linguaggi; contemporaneamente però vi sono anche grandi diversità che ci impongono di contestualizzare quelle comuni chiavi di lettura e di sperimentare la loro polivalenza. 5

Ciò è rilevante anzitutto sotto l'aspetto della definizione dell'oggetto delle nostre ricerche. Si pensi ad alcuni terreni sui quali la storiografia europea si è intrattenuta in questi ultimi decenni: la codificazione del diritto, i regimi della legalità, il soggettivismo giuridico, il pluralismo giuridico, l'autonomia del diritto, il rapporto diritto-giustizia, i caratteri della cultura giuridica, il ruolo della scienza giuridica nello sviluppo dell'ordinamento giuridico. Questi stessi temi osservati nell'esperienza giuridica latino-americana rivelano valenze ulteriori favorendo un allargamento di orizzonti applicativi, con un benefico effetto sul piano comparativo per una più appropriata ponderazione del senso dell'esperienza che rispettivamente studiamo. 6

Sotto l'aspetto metodologico inoltre un dialogo storiografico tra le due sponde dell'Oceano offre indicazioni utili per definire il posizionamento rispetto alle altre discipline che necessariamente si intrecciano con la storia del diritto. 7

La nostra disciplina si distingue dagli altri campi della scienza giuridica per il fatto di cogliere dimensioni integrate del diritto. Questa specifica capacità deriva dal fatto di combinare diversi registri epistemici e disciplinari: quello storico (sociale, istituzionale, politico, economico, ecc.); quello giuridico nelle sue diverse articolazioni per materia; e a loro volta quello filosofico, antropologico, sociologico, ecc. La loro combinazione rispettiva è un presupposto operativo delle nostre indagini, nel senso che, ciò che può apparire uno sconfinamento disciplinare, per noi riveste spesso il valore di una metodologia atta a favorire la scoperta di nuovi risultati. C'è un certo grado sofisticazione negli strumenti con cui intendiamo elaborare il nostro sapere. Interrogarci su di essi è un modo per costruire il campo di azione delle nostre ricerche; tanto più se le discipline contigue a cui ci riferiamo si presentano anch'esse come fronti in movimento. 8

Credo che anche sotto tale aspetto il dialogo con l'America latina sia molto produttivo. La differenza di contesti (quelli storici come quelli attuali) incide sui caratteri del sostrato di saperi integrati su cui poggia la scienza storico-giuridica. Il confronto intra-disciplinare tra vecchio e nuovo continente può pertanto fungere da terreno di riscontro circa la tenuta, il senso e le eventuali potenzialità delle rispettive impostazioni inter-disciplinari. 9

3.

Come si osservava il panorama di studi prodotti in questa nuova fase storiografica è molto ricco e articolato. Si pensi, solo per trarre alcuni esempi, a recenti ricerche sui regimi giuridici privatistici¹ nel tempo delle codificazioni, così come a quelle sui profili penalistici² o sui caratteri e il ruolo della cultura giuridica³ o ancora sulle dimensioni costituzionali degli ordinamenti giuridici contemporanei⁴; ci sono poi

-
- 1 Cfr. V. Tau Anzoátegui, *La codificación en la Argentina: 1810-1870: mentalidad social e ideas jurídicas*, Buenos Aires, Librería histórica, 2008, 2. ed. revisada; A. Guzmán Brito, *La Codificación Civil en Iberoamérica: Siglos XIX y XX*, Santiago del Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2000; R.M. Fonseca, *Modernidade e contrato de trabalho. Do sujeito de direito à sujeição jurídica*, São Paulo, LTr, 2002; Id., A 'Lei de Terras' e o advento da propriedade moderna no Brasil, in *Anuario mexicano de historia del derecho*, XVII, 2005, pp. 97-112; L. Beck Varela, *Das sesmarias à propriedade moderna: Um estudio de historia do direito brasileiro*, Rio de Janeiro, Renovar, 2005; J.R. Narváez Hernández, *La persona en el derecho civil (historia de un concepto jurídico)*, México, Porrúa, 2005; C.A. Ramos Nuñez, *Historia del derecho civil peruano: siglos XIX-XX*, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, 2000-2006; Id., *El código napoleónico y su recepción en América latina*, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, 1997; E. Cordero Quinzacara, E. Aldunate Lizana, *Evolución histórica del concepto de propiedad*, in *Revista de estudios histórico-jurídicos*, 30, 2008, pp. 345-385.
 - 2 Cfr. J. Hernández Díaz, *Orden y desorden social en Michoacán: el derecho penal en la República federal (1824-1835)*, Morelia, UMSNH, 1999; E. Speckman Guerra, *Crimen y castigo. Legislación penal, interpretaciones de la criminalidad y administración de justicia (Ciudad de México, 1872-1910)*, México, El Colegio de México, UNAM, 2002; Id., *Los jueces, el honor y la muerte. Un análisis de la justicia (Ciudad de México, 1871-1931)*, in *Historia mexicana*, 55, 4, 2006, pp. 1411-1466; B. Bravo Lira, *Bicentenario del Código Penal de Austria: su proyección desde el Danubio a Filipinas*, in *Revista de estudios histórico-jurídicos*, 26, 2004, pp. 115-155; A. Dal Rì Júnior, *O estado e seus inimigos. A repressão política na história do direito penal*, Rio de Janeiro, Revan, 2006; I. Marín Tello, *Delitos, pecados y castigos. Justicia penal y orden social en Michoacan, 1750-1810*, Morelia, UMSNH, 2008.
 - 3 Cfr. R. M. Fonseca, *Dal diritto coloniale alla codificazione: appunti sulla cultura giuridica brasiliana tra Sette e Novecento*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 33-34, 2005, pp. 963-983; Id., *Os Juristas e a cultura jurídica brasileira na segunda metade de século XIX*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 35, 2006, pp. 339-371; E. Abásolo, *El derecho de un nuevo orden social cristiano: los católicos argentinos frente a la crisis del régimen jurídico liberal (1928-1957)*, Buenos Aires, EDUCA, 2006; Id., *La cultura jurídica indiana en el Estado de Buenos Aires. Un examen de la cuestión a partir de los diarios de sesiones de la legislatura porteña (1852-1861)*, in *Revista de historia del derecho*, 32, 2004, pp. 13-32; R.M. Fonseca, A. Cerqueira-Leite Seelaender, (Orgs.), *História do direito em perspectiva. Do Antigo Regime à modernidade*, Curitiba, Juruá, 2008; A.L. Cerqueira-Leite Seelaender, *Polizei, Ökonomie und Gesetzgebungslehre. Ein Beitrag zur Analyse der portugiesischen Rechtswissenschaft am Ende des 18. Jahrhunderts*, Frankfurt am Main, Vittorio Klostermann, 2003; A.C. Wolkmer, *Síntese de uma história das idéas jurídicas. Da Antigüidade clássica à modernidade*, Florianópolis, Fundação Boiteux, 2008.
 - 4 Cfr. D. García Belaunde, *Bases para la Historia Constitucional del Perú*, in *Boletín mexicano de derecho comparado*, 98, 2000, pp. 547-594; J.R. Narváez Hernández, *¿Federalismo artificial? La historia de la creación de una entidad federativa en el México decimonónico*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 32, 2003, pp. 731-771; Id., *Vacuidad constitucional: apuntes para una historia de la justicia constitucional mexicana*, in *Revista iberoamericana de derecho procesal constitucional*, 5, 2006, pp. 197-215; G. Bercovici, *Constituição e estado de exceção permanente: atualidade de Weimar*, Rio de Janeiro, Azougue Editorial, 2004; Id., *Tentativa de instituição da democracia de massas no Brasil: instabilidade constitucional e direitos sociais na era Vargas (1930-1964)*, in Fonseca, Seelaender, *História do direito* (nota 3), pp. 375-414; Id., *Soberania e Constituição: para uma crítica do Constitucionalismo*, São Paulo, Quartier latin, 2008; A. Botero Bernal, *Haciendo memoria de la denfensa judicial de la Constitución*, in *Pensamiento jurídico*, 20, 2007, pp. 91-101; E. Rabasa Gamboa et alii, *1857-2007. Legado constitucional*, México, Porrúa, 2008.

studi che si misurano sul terreno storiografico e metodologico⁵ o sono diretti a individuare un terreno di riferimenti interdisciplinari funzionali allo svolgimento dell'indagine storico-giuridica⁶.

Questi saggi sono in realtà molto diversi tra loro quanto a caratteri, impostazioni, orientamenti, presupposti, oltre che collocazioni spazio-temporali; per molti aspetti essi in realtà non sembrano prestarsi ad essere descritti come una realtà organica. Valgono qui senza dubbio le convincenti osservazioni di Ezequiel Abásolo circa l'insufficienza della *latinoamericanidad* a fungere da criterio interpretativo comprensivo di una complessità di esperienze giuridiche⁷, ma ciò non toglie fondatezza, come del resto Egli stesso avverte, alla possibilità di considerare tale prospettiva 'continentale' come terreno storiografico unitario. 11

Essa a nostro avviso, infatti, si qualifica non tanto per l'idoneità a rappresentare contesti differenti come un unicum, quanto per la capacità di far emergere nuovi orizzonti comuni di sviluppo. 12

Anche l'Europa è un contesto di esperienze giuridiche diverse tra di loro. Ciò però non impedisce di pensare ad una dimensione europea dell'esperienza giuridica, nella quale, senza disconoscere i singoli ed autonomi terreni di differenziazione, è possibile osservare la parabola di certi profili in un contesto più ampio; proprio tale allargamento di orizzonti permette di effettuare analisi più compiute sul proprio 13

5 Ad esempio J.P. Pampillo Baliño, *Historia general del Derecho*, Oxford University Press, México, 2008; J.R. Narváez Hernández, E. Rabasa Gamboa (ed.), *Problemas actuales de la historia del derecho en México*, México, Porrúa, 2007; V. Tau Anzoátegui (ed.), *Nuevos horizontes en el estudio histórico del derecho indiano*, Buenos Aires, Instituto de investigaciones de historia del derecho, 1997; J. Hernández Díaz, *Prólogo*, in Marín Tello, *Delitos, pecados y castigos* (nota 2), pp. 13-18; E. Speckman Guerra, D. Marino, *Presentación: Ley y justicia (del Virreinato a la posrevolución)*, in *Historia mexicana*, 55, 4, 2006, pp. 1101-1104 e nello stesso volume J. del Arenal Fenochio, *De Altamira a Grossi: presencia de historiadores extranjeros del derecho en México*, pp. 1467-1495; Id., *La "escuela" mexicana de historiadores del derecho*, in *Anuario mexicano de historia del derecho*, 18, 2006, pp. 57-76; E. Palma González, *Pasado, presente y futuro de la historia del derecho en Chile*, in *Forum Historiae Iuris*, 30. März, 2009; A. Guzmán Brito, *La Revista de estudios históricos-jurídicos de Chile en el conjunto de las revistas de su género en Iberoamérica*, in *Revista chilena de derecho*, 27, 2000, pp. 639-647; nonché alcuni saggi sull'insegnamento della storia del diritto pubblicati nel periodico cileno *Revista de estudios histórico-jurídicos*: M. J. Peláez, *La historia del derecho y la historia de las instituciones en las nuevas licenciaturas italianas adaptadas a Europa*, (25, 2003, pp. 507-512); P. Zambrana Moral, *Las enseñanzas histórico-jurídicas y romanísticas en las principales facultades de derecho de los Estados Unidos de América* (26, 2004, pp. 561-598); M. E. Gómez Rojo, *Las asignaturas histórico-jurídicas en la reciente reforma ministerial universitaria francesa*, (24, 2002, pp. 317-346).

6 Si vedano in proposito i volumi R.M. Fonseca (org.), *Crítica da modernidade. Diálogos com o direito*, Florianópolis, Fundação Boiteux, 2005; Id. (org.), *Direito e discurso. Discursos do direito*, Florianópolis, Fundação Boiteux, 2006.

7 E. Abásolo, *Las actuales reflexiones latinoamericanas sobre historia jurídica, iluminadas por la experiencia disciplinar argentina de la primera mitad del siglo XX*, in *Forum Historiae Iuris*, www.forhistiur.de, 7. Mai, 2009, § 3-6.

specifico.

Più ampiamente credo che può avere un suo valore euristico il considerare degli osservatori di tipo generale su contesti spazio-temporali che fanno riferimento a coordinate (categoriali e metodologiche) relativamente omogenee. 14

A tale riguardo la scala di osservazione dell'America latina sembra costituire un ordine di grandezza adeguato. Tanto più se per una realtà storiografica come questa ciò significa anche poter valorizzare fondazioni proprie e autonome ed orientare il rapporto con l'ambiente scientifico europeo su un binario diverso da quello più consueto e consolidato del transfert dal secondo verso la prima⁸. 15

Tutto ciò può essere sviluppato solo attraverso l'apertura di un dibattito tra gli stessi attori che operano su questo scenario storiografico e dall'avvio di un confronto che lasci emergere i riferimenti identitari comuni possibili ed effettivi⁹. 16

Senza volerli dunque indicare in queste pagine, qui interessa più empiricamente porre l'attenzione su alcuni singoli profili e sensibilità metodologiche che ci sembra di veder emergere; si tratta di profili e sensibilità che, viste dall'Europa, possono costituire un terreno per la stipulazione di un dialogo su una comune piattaforma metodologica. 17

4.

Gli approcci storiografici a cui sto pensando sono quelli che ci propongono una concezione della storia del diritto in rapporto alla fase attuale dell'esperienza giuridica. Ci si interroga criticamente su problemi che riguardano il nostro mondo giuridico e di conseguenza si guarda alla storia - come sapere «que mira hacia el presente, al contrario de ubicarse en un pasado que sólo toma sentido en sí mismo»¹⁰ - per ricavare alcune spiegazioni dei fenomeni in atto, acquisire un punto di vista critico su di essi e «contribuir a la creación de una actitud individual y colectiva problematizadora»¹¹. Si tratta per questo di una storia del diritto, che in 18

8 Si veda al riguardo L. Nuzzo, *Dall'Italia alle Indie. Un viaggio nel diritto comune*, in *Rechtsgeschichte*, 12, 2008, pp. 102-124.

9 Di ciò si colgono alcuni segni; si pensi, solo per fare degli esempi, al recente *Primer Encuentro Latinoamericano de Historia del Derecho y la Justicia*, svoltosi a Puebla nell'ottobre 2008, così come alle iniziative scientifiche promosse negli ultimi anni dall'*Instituto Brasileiro de História do Direito*.

10 R.M. Fonseca, *La historia en el derecho y la verdad en el proceso*, in Narváez Hernández, Rabasa Gamboa, *Problemas actuales* (nota 5), p. 109; il sapere storico-giuridico diventa in tal modo un «instrumento de analisis y de comprension, que respete la efectiva logica de la mutacion, de las contradicciones de la diacronias propias del pasado».

11 Palma González, *Pasado, presente y futuro* (nota 5), § 40.

una fase di complessivo ripensamento del ruolo del giurista, si assume il compito di allargare gli orizzonti della scienza giuridica richiamando la sua attenzione verso i contesti storici in cui si svolge l'esperienza giuridica.

Ciò sembra corrispondere ad un modo di osservare (e concepire) il giuridico, che mette a frutto e investe con originalità certi percorsi storiografici europei, come quelli sviluppatasi per impulso degli studi di Paolo Grossi, António Manuel Hespanha, Bartolomé Clavero, Francisco Tomás y Valiente. I loro modelli euristici (sulla storicità del diritto, sui nessi diritto-società, diritto-potere politico, sul pluralismo giuridico, sul ruolo di mediazione della scienza giuridica, ecc.) nel panorama latino-americano, diventano strumenti per riscoprire dimensioni del giuridico trascurate, che sono oggi emergenti e permettono di affrontare i problemi attuali con uno strumentario aggiornato. 19

Si pensi, solo per fare qualche esempio, ai lavori che tendono a ricostruire i caratteri della relazione (di elaborazione e rielaborazione) che il giurista storicamente ha stabilito con le strutture sociali, economiche e politiche¹². 20

Si pensi a quegli approcci che conducono alla scoperta del diritto popolare indigeno come dimensione rilevante per la ricostruzione dell'esperienza giuridica¹³, mettendo a nudo certe dinamiche storiche del processo di «trascendencia jurídica europea» nel Nuovo Mondo e di esclusione legale delle popolazioni indigene¹⁴. 21

12 Fonseca, *Os Juristas* (nota 3), pp. 339-371.

13 Penso a S. Cárdenas Gutiérrez, *Historia de la cultura jurídica y simbología del Derecho*, pp. 47-75 e in particolare pp. 60-64, in Narváez Hernández, Rabasa Gamboa, *Problemas actuales* (nota 5). Nello stesso volume si veda anche J.P. Pampillo Baliño, *La filosofía del derecho y el futuro de la tradición jurídica occidental*, pp. 19-45, e la sua proposta di una *teoría global de derecho (antropológica-sociológica-ontológica-teleológica-simbológica-histórica)* per un *mos americanus* che dovrà apportare alla tradizione giuridica la vitalità dei diritti indigeni.

14 Narváez Hernández, *La persona en el derecho civil* (nota 1), pp. 149 ss; Id. *Exclusión legal del indígena en el proceso de codificación en México*, in *Relaciones: Estudios de historia y sociedad*, 104, 2005, pp. 30-55; Id. *Historia social del derecho y de la justicia*, México, Porrúa, 2007; Id., *La otra justicia. Una experiencia de justicia comunitaria*, in E. Rabasa Gamboa, J. Ramírez Marín, (ed.), *Problemas actuales del derecho social mexicano*, vol. II, México, Porrúa, 2007, pp. 95-119. Per un contributo della storiografia europea su questo terreno cfr. B. Clavero, *Derecho indigena y cultura constitucional en América*, México, Siglo XXI, 1994; Id., *Stato di diritto, diritti collettivi presenza indigena in America*, in P. Costa, D. Zolo (a cura di), *Lo Stato di diritto. Storia, teoria, critica*, Milano, Feltrinelli, 2002; Id., *Minority-Making: Indigenous People and Non-Indigenous Law Between Mexico and the United States (1785-2003)*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 32, 2003, pp. 175-290; Id., *Freedom's Law and Indigenous Rights. From Europe's Oeconomy to the Constitutionalism of the Americas*, Berkeley, Robbins Collection Publications, 2005; il volume dei *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 33-34, 2005, dedicato a al tema *L'Europa e gli 'altri'. Il diritto coloniale fra Otto e Novecento* e in particolare ivi il saggio di L. Nuzzo, *Dal colonialismo al postcolonialismo: temi ed avventure del 'soggetto indigeno'*, (pp. 464-508); Id., *Diritto all'identità e metanarrazioni. Riflessioni in margine ad un progetto ONU*, in *Giornale di storia costituzionale*, 2, 2002, pp. 9-20; A.A. Cassi, *Ius commune tra vecchio e nuovo mondo. Mari, terre, oro nel diritto della Conquista, (1492-1680)*, Milano, Giuffrè, 2004, pp. 245 ss.

Ci sono poi degli studi che svolgono la prospettiva di un riesame critico delle mitologie giuridiche della modernità nell'ambito del penale, per ricostruire valenze e caratteri del processo di statalizzazione della giustizia¹⁵, trovare nuove basi di analisi delle dinamiche storiche di sviluppo dell'ordine sociale¹⁶ o indagare le «trasfigurazioni» del paradigma punitivo della lesa maestà in una prospettiva di lungo periodo fino a portare l'indagine sulla fase attuale¹⁷. 22

Questo modo di guardare all'esperienza giuridica connota anche l'approccio interpretativo: gli studi storico giuridici tendono a cercare discontinuità e a produrre disvelamenti¹⁸. Penso a certe efficaci pagine di Ricardo Marcelo Fonseca nelle quali mostra come la storia della cultura giuridica, piuttosto che un itinerario agiografico attraverso cui narrare un armonico processo costruttivo dell'ordine giuridico, può e deve divenire un luogo in cui far riemergere i campi di tensione che hanno determinato quelle alterazioni epistemiche¹⁹, che stanno alla base di certe concezioni dell'uomo e del diritto e certe pratiche di assoggettamento. Si tratta di un approccio ricostruttivo che si ripromette di svolgere una genealogia del mito originario del nostro pensare giuridicamente e dei modi con cui le verità costruite con il diritto sono state strumentali ai poteri²⁰. 23

Tale storiografia, che rifiuta lo statuto di una disciplina neutrale rispetto ai fenomeni sociali²¹, appare con ciò sostenuta da una passione civile o, per dirla più esattamente con le parole di Ramon Narváez Hernández, da una «preocupación histórico social»²² che induce a verificare tramite la ricostruzione storico giuridica lo scarto tra dimensione formale dell'ordine giuridico e destinatari²³. 24

15 Speckman Guerra, *Los jueces, el honor y la muerte* (nota 2).

16 Marín Tello, *Delitos, pecados y castigos* (nota 2), e ivi anche le osservazioni di Hernández Díaz, *Prologo* (nota 5), pp. 13-18.

17 Dal Rì jr., *O estado e seus inimigos* (nota 2).

18 Fonseca, *Historia en el derecho* (nota 10), pp. 109-123, dove la storia del diritto, in quanto indica l'inserimento del diritto nella società, si offre come uno strumento di «critica y desenmascaramiento de la juridicidad vigente».

19 Fonseca, *Historia en el derecho* (nota 10), p. 115. E' un punto ripreso dall'Autore anche nel saggio, *Foucault, o direito e a 'sociedade de normalização'*, in Fonseca, *Critica da modernidade* (nota 6): qui, prendendo le mosse dalla riflessione del filosofo francese sulla società di normalizzazione, Fonseca evidenzia il rapporto tra le categorie di Stato e sovranità e il progetto di dominazione/assoggettamento, ponendo l'esigenza di indagare i nessi tra diritto e procedimenti di normalizzazione.

20 Fonseca, *Os Juristas* (nota 3), p. 341, fa riferimento alla teoria di Foucault sulla 'configurazione discorsiva' della cultura giuridica, e sulla relazione tra i poteri e le verità costruite con il diritto. Cfr. Cárdenas Gutiérrez, *Historia de la cultura jurídica* (nota 13), p. 63.

21 Palma González, *Pasado, presente y futuro*, § 40 e 53.

22 Narváez Hernández, *Historia social del derecho* (nota 14), p. IX.

23 Ibidem; Id., *La persona en el derecho civil* (nota 1); Fonseca, *Modernidade e contrato de trabalho* (nota 1).

5.

Giungiamo dunque ad un profilo decisivo per la nostra ricognizione: attraverso quella concezione del diritto, con quegli approcci interpretativi e con quella sensibilità si pone al centro dei temi studiati la questione della giustizia sociale e della giustizia sostanziale, ma non tanto come oggetto principale, quanto (e qui sta il punto) come problema fondamentale dell'indagine storico-giuridica. Si tratta cioè di pensare il problema giuridico in prospettiva storica, per recuperare il senso e gli andamenti del rapporto tra diritto e giustizia. 25

L'esito è rilevante: si dà vita ad una storia del diritto intesa come storia della giustizia, ma senza snaturarne il carattere di disciplina anzitutto ed essenzialmente giuridica. 26

Tutto ciò è di particolare interesse dal punto di vista europeo, perché anche nel vecchio continente è a mio avviso opportuno un ripensamento della storia del diritto come storia delle dimensioni giuridiche della giustizia. 27

Sviluppata da tale angolazione la storia del diritto verrebbe a proporsi e a qualificarsi per l'apporto che può dare alla comprensione del rapporto tra giustizia e diritto, come dispositivo di generazione del giuridico, nei diversi tempi e contesti. Considerandone le implicazioni teoriche metterebbe in evidenza il rilievo riconosciuto al problema nei sistemi di pensiero e in particolare nella elaborazione dottrinale delle categorie e degli strumenti giuridici; analizzandone le implicazioni effettive andrebbe a porre l'attenzione sul grado di corrispondenza tra edificazioni giuridiche e costituzione materiale della giustizia. 28

Il campo di azione si estende a tutte le dimensioni del giuridico e non solo quelle più direttamente connesse all'attività giudiziale, poiché qui si considera la giustizia come fattore di sistema e non soltanto come oggetto di una funzione dell'ordinamento giuridico. 29

Certo si tratta di un campo di indagine che, se è autonomo da altri pure orientati sul problema giustizia, non è autoreferenziale. Tale impostazione storiografica pone anzi la necessità di una complicazione metodologica, poiché induce lo storico del diritto a impiegare strumenti analitici che gli permettano di vedere ciò che c'è oltre l'apparente mono-dimensionalità del diritto. Ciò implica un impegno per la costruzione di un dialogo interdisciplinare sia con altre scienze del diritto, che con altre scienze sociali e umanistiche. 30

Il dialogo da instaurare con le scienze giuridiche (visto che un carattere di questa storiografia è la sua idoneità a fungere da strumento di comprensione dei fenomeni in atto) può avere connotazioni molteplici; ciò dipende dalle problematiche dell'esperienza giuridica attuale, oltre che dalle cronologie e dai temi che si intendono indagare. Non va poi dimenticato che questo è un dialogo che può avere 31

anche finalizzazioni differenti: si può qualificare come piattaforma capace di provocare (e alimentare) la coscienza critica del giurista, ma anche come spazio dialogico per individuare i terreni su cui orientare le indagini storico giuridiche più funzionali all'approfondimento del dibattito su problemi della contemporaneità.

Anche nel rapporto con le scienze sociali e umanistiche le variabili di tale approccio storiografico possono essere molteplici. Ad esempio mentre in Europa le sperimentazioni più significative di collaborazione interdisciplinare si sono concentrate soprattutto sul rapporto con le scienze storiche²⁴, negli approcci americani, seppure anche tale versante non venga del tutto trascurato, sembra costituire un punto decisivo l'apertura verso i registri filosofici, giuridici, teoretici e antropologici. 32

In questo senso un approccio metodologico alla storia del diritto intesa come storia delle dimensioni giuridiche della giustizia non tende a qualificarsi tanto per il profilo epistemologico in senso specifico, quanto per l'opzione epistemologica che lo determina, consistente nel fondare il sapere giuridico su una molteplicità di registri, affinché si possa evidenziare il punto di tenuta tra diritto e questione giustizia. Il criterio guida per la selezione degli irrinunciabili interlocutori diventa la funzionalità del reagente interdisciplinare a evidenziare dinamiche di interazione tra problema giuridico e questione giustizia. 33

Per tali ragioni si tratta di un metodo in divenire; la costellazione epistemica nella quale vuole inserirsi (o alla quale vuol dare evidenza) una storia del diritto così concepita, non solo può assumere connotati diversi in base agli ambiti geografici di riferimento, ma è anche destinata ad evolversi nel tempo. E' una stipulazione che, per restare fedele al proprio specifico deve essere continuamente aggiornata, ripensata ma soprattutto verificata. Più che un metodo teorico è dunque un metodo pratico che individua nella pratica metodologica un momento della sua costruzione. 34

6.

Le opportunità di declinare le nostre ricerche storico giuridiche come storia delle dimensioni giuridiche della giustizia sono dunque evidenti. Una siffatta prospettiva sembra poter favorire il compito di indicare i vincoli storici dei nostri paradigmi e favorire utili recuperi concettuali; ciò appare quanto più opportuno, in una fase in cui i fenomeni giuridici, mentre pongono una domanda di senso, evidenziano limiti 35

24 Si pensi ai campi della storia del diritto penale e alla storia della criminalità; per un bilancio storiografico si vedano M. Sbriccoli, *Histoire sociale et dimension juridique: l'historiographie italienne récente du crime et de la justice criminelle*, in *Crime, Histoire et Sociétés / Crime, History and Societies*, 2007, 11, 2, pp. 139-148; A. Zorzi, *Introduzione*, J. Chiffolaeau, C. Gauvard, A. Zorzi, (dir.), *Pratiques sociales et politiques judiciaires dans les villes de l'Occident à la fin du Moyen Âge*, Roma, Ecole française e Roma, 2007, pp. 3-15; M. Meccarelli, *La dimension doctrinale du procès dans l'histoire de la justice criminelle: La leçon historiographique de Mario Sbriccoli*, in *Crime, Histoire & Sociétés / Crime, History & Societies*, 13, 1, 2009, pp. 73-89.

nelle categorie consolidate preposte alla loro comprensione.

Il discorso storico sulla giustizia veicolato tramite la storia del diritto, venendo a consistere in indagini sui i rapporti tra dimensioni formali e materiali dell'ordinamento giuridico e instaurando un vivificante legame con le altre discipline giuridiche, andrebbe a segnalarsi per la capacità di sottrarre la riflessione sul diritto dal pericolo (attuale) di un'asfittica autoreferenzialità. 36

Vi sono anche alcune esperienze consolidate a cui poter fare riferimento in questo itinerario; penso agli studi di Mario Sbriccoli sulla storia del penale²⁵, che sono riusciti con successo a svolgersi lungo tali difficili crinali e a mostrare l'adeguatezza oltre che l'efficacia euristica di tali approcci. Tuttavia si tratta di una prospettiva che in Europa non ha avuto ancora un pieno riconoscimento come dimensione propria della scienza storico-giuridica. 37

Credo allora che le sperimentazioni latino-americane possano in una certa misura servire da ulteriore conferma dell'attualità di tale modo di concepire la storia del diritto. 38

Per tutto ciò però c'è anche bisogno che la nuova storiografia latino-americana metta a frutto il proprio slancio innovativo, trovando giuste maturazioni sperimentandosi con nuovi studi che permettano di conseguire ulteriori conferme e sviluppi sul campo; qui sta la sfida per la storiografia latino-americana, perché il suo vero potenziale, più che nella concettualizzazione metodologica in quanto tale, mi pare riposi nell'esercizio metodologico e nel progresso delle conoscenze che attraverso esso mostra di saper favorire. 39

Ed è questo, per tornare al punto di vista europeo, il più autentico terreno di interesse della comunicazione intra-disciplinare tra le due sponde dell'oceano. Il nostro non deve essere solo un confronto sul metodo, ma anche un dialogo su ciò che sappiamo leggere nell'esperienza giuridica; occorre discutere non solo sul modo con cui facciamo gli storici del diritto, con quali strumenti e obiettivi, ma anche scambiarsi le consapevolezze che maturiamo nel nostro quotidiano tentativo di comprendere la dimensione storica del diritto. 40

25 Cfr. M. Sbriccoli, *Storia del diritto penale e della giustizia. Scritti editi e inediti (1972-2008)*, Milano, Giuffrè, in corso di pubblicazione. Una bibliografia completa dello studioso maceratese prematuramente scomparso è rinvenibile nel volume degli atti del Convegno a lui dedicato *Penale Giustizia Potere. Metodi, Ricerche, Storiografie. Per ricordare Mario Sbriccoli*, a cura di L. Lacchè, C. Latini, P. Marchetti, M. Meccarelli, Macerata, EUM, 2007. Per dei riferimenti metodologici alla sua opera, oltre al citato volume (e in particolare ivi i saggi di P. Costa, P. Cappellini, A. Zorzi, E. Dezza, F. Colao, L. Marafioti, Ph. Robert, R. Levy, M. Aymard), si vedano P. Grossi, *Ricordo di Mario Sbriccoli*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 33-34, 2004-2005, pp. 1391-1398; L. Lacchè, *Ricordo di Mario Sbriccoli (1941-2005)*, in *Rivista di storia del diritto italiano*, LXXVIII, 2005, pp. 402-421; Meccarelli, *La dimension doctrinale du procès* (nota 23) pp. 73-89.

Per noi europei è anche un'opportunità per uscire da una visione parziale e precomprensiva della nostra stessa esperienza giuridica, poiché come è stato giustamente osservato²⁶ considerare la storia del diritto non europea è un passaggio necessario per scrivere una storia del diritto europea. 41

Mi pare dunque che sia una grande fortuna poter contare oggi su una emergente, giovane e provveduta storiografia latino-americana capace di costruire i suoi autonomi percorsi. I disvelamenti che essa è capace di produrre nel Nuovo Mondo riguardano e interrogano anche noi giuristi della vecchia Europa. 42

26 B. Clavero, *Freedom's Law* (nota 14), p. 46. Si vedano inoltre Id., *Europa hoy entre la Historia y el Derecho o bien entre Postcolonial y Preconstitucional*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 33-34, 2005, pp. 509-607; nello stesso volume P. Costa, *Pagina introduttiva*, pp. 8-9; Th. Duve, *Sonderrecht in der Frühen Neuzeit. Studien zum ius singulare und den privilegia miserabilium personarum, senum und indorum in Alter und Neuer Welt*, Frankfurt am Main, Klostermann, 2008, pp. 275 ss; Id., *In schlechter Verfassung. Bartolomé Clavero, Freedom's Law and Indigenous Rights. From Europe's Oeconomy to the Constitutionalism of the Americas*, in *Rechtsgeschichte*, 13, 2008, pp. 190-192; Nuzzo, *Dall'Italia alle Indie* (nota 8), pp. 102 ss.