

Dall'Italia alle Indie

Un viaggio del diritto comune*

I. Un diritto in viaggio

Lo sbarco del diritto comune nelle isole caraibiche assieme ai primi *conquistadores* è divenuta un'immagine ricorrente nella storiografica giuridica, quasi una verità condivisa che storici e giuristi da non molti anni hanno cominciato ad utilizzare come filtro per la lettura delle esperienze giuridiche d'oltre Oceano. Si tratta di una rappresentazione rassicurante, non priva di utilità, suggestiva ed evocativa al tempo stesso. Non viaggiarono attraverso l'Atlantico leggi e testi giuridici? Non approdarono con Colombo notai e uomini di legge? E soprattutto non dettero avvio i sovrani di Castiglia, ascoltando il grido di dolore di Montesinos, ad una vera e propria *struggle for justice*, ad una lotta per il diritto e l'affermazione dei valori cristiani?¹ La rappresentazione di un diritto comune europeo come diritto cristiano e romano, recepito «naturalmente» nelle Indie, presenta poi innegabili comodità metodologiche ed interpretative. In primo luogo perché la storiografia giuridica ha trovato in essa una risposta soddisfacente alle proprie ansie classificatorie e ordinatrici. Essa ha permesso infatti di importare (o di esportare) la nozione calassiana di diritto comune e con questa il tessuto di rapporti che univano il *ius commune* al *ius proprium*, di proiettare quelle categorie e quelle aspirazioni al di là dell'Oceano, immaginando anche nelle Indie un'entità sistemica unitaria, organicamente costruita ed incentrata, al pari di quanto sembrava avvenire nella *respublica christiana*, sul rapporto dialettico tra generale e particolare. Mentre in Europa, e soprattutto in Italia, la storiografia giuridica aveva da tempo complicato la rappresentazione del *ius commune* e del *ius proprium* come due sistemi legislativi vigenti che attraverso l'opera dei commentatori si erano fusi felicemente l'uno nell'altro, Francesco Calasso approdava in Centro e Sud America e la sua lezione era impiegata (e piegata) per la ricostruzione dell'esperienza giuridica indiana.² Si trattava di una narrazione che, presupponendo un ripensamento dei rapporti tra diritto comune e diritto regio in Castiglia, aspirava a ricondurre la radicale alterità di quella esperienza, proprio mediante il rapporto tra *ius commune* e *ius proprium*, all'interno di

* Queste pagine sono il frutto della generosa accoglienza sevillana di Carlos Petit che mi ha permesso di approfittare della sua biblioteca e delle sue competenze. A lui va il mio più sincero ringraziamento. L'articolo fa parte di un progetto di ricerca finanziato dalla Humboldt-Stiftung dal titolo *Zwischen Kolonialismus und Völkerrecht. Die Bildung des eingeborenen Rechtssubjekts (19.-20. Jahrhundert)* e in corso di realizzazione presso il Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte di Francoforte sul Meno.

1 Cfr. L. HANKE, *The Spanish Struggle for Justice in the Conquest of America*, Philadelphia 1949; J. MULDOON, *The Struggle for Justice in the Conquest of the New World*, in: *Proceedings of the Eighth International Congress of Medieval Canon Law*, a cura di S. CHODOROW, Città del Vaticano 1992, 707-20.

2 Una recente messa a punto del dibattito italiano sul concetto di diritto comune si può leggere in M. CARVALE, *Alle origini del diritto europeo. Ius commune, droit commun, common law nella dottrina giuridica della prima età moderna*, Bologna 2005, 1-63. Rimane fondamentale il saggio di B. PARADISI, *Il problema del diritto comune nella dottrina di Francesco Calasso*, in: AA.VV., *Il diritto comune e la tradizione giuridica europea*, Perugia 1980, 169-300; più recentemente le osservazioni critiche di P. GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, Roma 1995, 17-35; 227-235; e di P. COSTA, «Ius commune», «ius proprium», «interpretatio docto-

rum»: ipotesi per una discussione, in: *El dret comú i Catalunya. Actes del IV Simposi Internacional, Homenatge al professor Josep M. Gay Escoda*, a cura di A. IGLESIA FERREIRÓS, Barcelona 1999, 29-42. Tra gli allievi di Calasso vedi MANLIO BELLOMO, *L'Europa del diritto comune*, Roma 1998; ID., «Ius commune» e «ius proprium». Riflessioni su tendenze e aspetti della storiografia giuridica euro-

pea sul medioevo, in: *Excerptiones iuris. Studies in Honor of André Gouron*, a cura di L. MAYALI, B. DURAND, Berkeley 2000, 35-47; e E. CORTESE, *Il diritto nella storia medievale*, vol. II, *Il basso medioevo*, Roma 1995; dello stesso Autore v. il profilo biografico e scientifico tracciato alla voce Calasso per il *Dizionario biografico degli italiani*, vol. 16, 1973, 465-469.

una tradizione comune. Le Indie, e prima ancora la Castiglia, »si trovavano dentro l'unità del sistema della cristianità«,³ vi appartenevano e ne condividevano l'esperienza giuridica e la dimensione spirituale. La loro storia, anche quella castigliana quindi, non si era infatti mai svolta al di fuori dei confini culturali del diritto romano canonico ed era segnata anch'essa dai suoi trionfi. Ne derivava una riformulazione dell'ordine di prelazione delle fonti giuridiche e la sottrazione al diritto regio della qualifica di *ius commune*. Esso era solo l'espressione più alta del *ius proprium*, una *lex generalis* rispetto altre fonti di livello inferiore, come *fueros* e consuetudini, cui si contrapponeva il diritto romano canonico in funzione di diritto comune e che insieme a quest'ultimo, con l'incorporazione dei possedimenti d'oltre Oceano alla Corona di Castiglia, era entrato automaticamente in vigore anche nei nuovi territori.⁴

L'estensione del diritto di Castiglia nelle Indie, ha scritto lo storico cileno Barrientos Grandón non deve essere letta quindi come semplice applicazione della legislazione reale castigliana, ma come proiezione del sistema *ius commune* – *ius proprium*. Dal momento della scoperta fino alle codificazioni ogni rapporto giuridico era pensabile infatti solo all'interno del »marco« del diritto comune. Del resto, continua lo storico, non poteva essere diversamente, posto che l'Europa viveva nel sistema del diritto comune e le Indie erano incorporate alla Corona di Castiglia. Automaticamente con l'acquisizione dei territori americani veniva a riprodursi in essi la medesima relazione tra diritto romano, diritto canonico e la molteplicità di leggi particolari che già caratterizzava le esperienze giuridiche europee. La stessa forza naturale e invincibile che secondo i grandi campioni del diritto comune aveva attratto a sé leggi e consuetudini, »vestendoli ed informandoli« con la sua razionalità, e che aveva permesso ai giuristi castigliani del XVI e XVII secolo di teorizzare la legittimità di un ricorso *pro ratione al ius civile*, attraversava ora gli immensi spazi indiani. Avviluppava nelle sue spire i materiali normativi più diversi, dai provvedimenti legislativi della Corona alle consuetudini indigene, e rendeva l'oggetto osservato (ma anche gli stessi osservatori) partecipi di un'unica grande storia scientifica e cristiana.⁵

Questa operazione presentava innegabili vantaggi sul piano metodologico: da un lato, avrebbe permesso di rivalutare il ruolo della giurisprudenza nel processo di creazione e di trasformazione del diritto, e consentito uno sguardo più complesso sul mondo

3 J. BARRIENTOS GRANDÓN, El sistema del »ius commune« en las Indias occidentales, in: Rivista internazionale di diritto comune 10 (1999) 71, articolo poi confluito in: ID., Historia del derecho indiano. Del descubrimiento colombino a la codificación. *Ius commune* – *ius proprium* en las Indias occidentales, Roma 2000.

4 BARRIENTOS GRANDÓN, Historia del derecho indiano (nt. 3) 121–124.

5 BARRIENTOS GRANDÓN, Historia del derecho indiano (nt. 3); ID., Derecho común y derecho indiano en el Reino del Chile, in: Memoria del X Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho indiano, México, D. F. 1995, vol. 1, 133–159; ID., *Mos italicus* y praxis judicial indiana, in: *Ius*

Fugit. Revista interdisciplinar de estudios histórico-jurídicos 5–6 (1996–1997) 357–428 e ID., La cultura jurídica en la Nueva España. Notas sobre la recepción de la tradición jurídica europea en el virreinato, México, D. F. 1993; cfr. anche B. BRAVO LIRA, El derecho indiano y sus raíces europeas: derecho común y propio de Castilla, in: Anuario de historia del derecho español (d'ora in poi AHDE) 58 (1988) 5–53; ID., El derecho común en ultramar. Autores y obras jurídicas de la época del Barroco en Hispanoamérica, in: *Ius commune* 15 (1988) 1–42; e il Prólogo di A. GUZMÁN BRITO a B. BRAVO LIRA, Derecho común y derecho propio en el Nuevo Mundo, Santiago de Chile 1989, XI–XXXVIII; A. PÉREZ MARTÍN, Derecho común, derecho castellano, derecho indiano, in: Rivista internazionale di diritto comune 5 (1994) 43–90.

indiano, complicando l'approccio dogmatico e neo positivista ancora in auge nella storiografia ispanica fino a pochi anni fa; dall'altro, avrebbe anche permesso di mantenere la stessa narrazione nei binari sicuri che i lemmi sistematicità, scientificità, cristianità garantivano. Essi erano stati infatti gli strumenti con cui la storiografia che ora si cercava di superare, aveva conferito dignità ad un nuovo diritto e ad una disciplina tutta ispanica, il *derecho indiano* appunto, con i suoi padri fondatori, Rafael Altamira y Crevea (1866–1951) e Ricardo Levene (1885–1959),⁶ i suoi specialisti, le sue cattedre e i suoi manuali, e di cui ancora era necessario difenderne la lunga storia di civiltà. Per tale scopo, non solo gli ideali di sistematicità conservavano inalterata tutta la loro efficacia, ma il riconoscimento di un primato del diritto comune e l'unità spirituale di una storia condivisa al di qua e al di là dell'Oceano ne avrebbero esaltato la scientificità e la forza centripeta. Non vi era più un semplice sistema di leggi, ma un'articolazione sistematica di sistemi giuridici, di cui uno, il diritto comune, era una anche creatura giurisprudenziale e dunque possedeva più di ogni altro il crisma della scientificità.

Vittima di un interessante *transfert* concettuale che permetteva di importare concetti giuridici dai rigori scientifici della Germania pandettistica della seconda metà dell'Ottocento al *casuismo* delle Indie del sedicesimo secolo, gran parte della storiografia continuava ad essere sedotta dal culto della sistematica, dimenticando che il termine sistema era ancora sconosciuto al linguaggio giuridico dell'epoca che gli preferiva *methodus, ars, ordo, ratio*.⁷ Ma in realtà del sistema non sembrava potersi fare a meno. Indipendentemente infatti dalla sua connotazione, legislativa o anche dottrinale, esso non veniva identificato con un principio logico necessario per l'esposizione e l'organizzazione degli argomenti, o con un prodotto storico, funzionale ad un preciso progetto politico giuridico, quanto con un principio costitutivo del diritto da cui non si sarebbe potuto prescindere pena la perdita di scientificità e di verità del proprio discorso e del proprio oggetto, e con un modello interpretativo in grado di selezionare gli eterogenei materiali normativi che avrebbe dovuto coordinare e capace di costruire la realtà che era chiamato a descrivere.⁸

Se dunque sistematicità, scientificità, cristianità avevano costituito le coordinate interpretative di una storiografia che doveva essere ripensata, e attraverso le quali quella stessa storiografia

6 Tra i lavori più recenti cfr. J. DEL ARENAL FENOCHIO, Rafael Altamira y Crevea. La formación del jurista, México 1993; M. R. PUGLIESE LA VALLE, La vigencia de la concepción histórico-jurídica de Altamira, in: Revista de historia del derecho 20 (1992) 335–375; J. MALAGÓN, S. ZAVALA, Rafael Altamira y Crevea. El historiador y el hombre, México, D. F. 1986; per quanto riguarda invece il maestro argentino, V. TAU ANZOÁTEGUI, Historia, derecho y sociedad. En torno a la concepción histórico-jurídica de Ricardo Levene, in: Investigaciones y Ensayos 35 (1987) 19–87.

7 Diffusamente A. MAZZACANE, Sistematiche giuridiche e orientamenti politici e religiosi nella giurisprudenza tedesca del secolo XVI, in: Studi di storia del diritto medioevale e moderno, a cura di F. LOTTA, Bologna 1999, 213–252; rimangono fondamentali i lavori di C. VASOLI, La dialettica e la retorica dell'Umanesimo. Inven-

zione e metodo nella cultura del XV e XVI secolo, Milano 1968; W. J. ONG, Ramus, Method and the Decay of Dialogue, New York, London 1958; e nell'ambito della storiografia giuridica V. PIANO MORTARI, Dialettica e giurisprudenza. Studi sui trattati di dialettica legale del secolo XVI, in: ID., Diritto, logica e metodo nel secolo XVI, Napoli 1978, 117–264; con particolare riferimento alla storiografia

giuridica indiana è d'obbligo il riferimento a V. TAU ANZOÁTEGUI, Casuismo y sistema. Indagación histórica sobre el espíritu del derecho indiano, Buenos Aires 1992.

8 Cfr. A. MAZZACANE, Jurisprudenz als Wissenschaft, in: F. C. von Savigny, Vorlesungen über juristische Methodologie 1801–1842, hg. u. eingel. v. A. MAZZACANE, Frankfurt am Main 2005, 1–55.

aveva potuto immaginare un *derecho indiano* senza indiani e senza Indie, una storia giuridica della conquista senza conquista e senza conquistati, la loro persistenza rendeva una simile storia ancora possibile. La nuova rappresentazione di un sistema in grado di viaggiare attraverso il tempo e lo spazio, e di produrre unità spirituale e giuridica, affiancava e si avviava a sostituire quella precedente, fondata sul primato di un sistema legislativo a carattere statale. Al pari di essa, però, non poteva impedire l'occultamento della radicale diversità indigena, non riusciva a liberare il diritto indiano dalla sua »finalidad misional«, ed inevitabilmente arrivava ad opacizzare la violenza del progetto di evangelizzazione e di inclusione nella rete testuale giuridico religiosa occidentale cui le popolazioni autoctone furono sottoposte.

Nessun cambio metodologico, nessuna frattura politica o generazionale, se si continuava nell'utilizzo di quelle coordinate, era in grado di incrinare l'insistito silenzio in cui erano immerse le popolazioni indigene, di farle uscire da una rappresentazione stereotipata di minorità, costruita assumendo come dato oggettivo la realtà immaginata dai giuristi spagnoli del XVI secolo. Nel 1986 – nell'anno in cui la Spagna entrava in Europa e in cui questo evento politico rendeva possibili nuove narrazioni storico giuridiche incentrate non più sul mito della diversità ispanica ma sul presupposto, forse altrettanto mitologico di una memoria giuridica condivisa intessuta delle trame scientifiche e dei valori cristiani del diritto comune – Bernardino Bravo Lira riproponeva in chiave indiana queste suggestioni e poteva affermare non solo che la tradizione giuridica europea aveva impresso il suo timbro sul nascente diritto indiano, ma anche che la forte connotazione religiosa aveva permesso di relativizzare le differenze di razza, di cultura, di posizione sociale, di esaltare i valori comuni, la dignità umana e la vocazione divina, e di incitare coloro che erano più dotati a porsi al servizio di quelli che ne avevano maggiori necessità.⁹

Dalla Spagna al Cile, dal Cile all'Argentina, attraverso il Messico, e poi di nuovo in Spagna gli esempi potrebbero moltiplicarsi e con lo scoccare del cinquecentenario della scoperta divenire perfino imbarazzanti. Il testimone passava veloce di mano in mano e storici del diritto di scuole e nazionalità diverse, uniti tutti dall'appartenenza ad una medesima *koiné* culturale, mettevano in scena, con articoli, libri, progetti editoriali, edizioni critiche, antologie, rom-

9 B. BRAVO LIRA, *Tierras y habitantes de América y Filipinas bajo la Monarquía española. Situación jurídica y realidad práctica*, in: *ID., Poder y respeto a las personas en Iberoamérica*, Santiago de Chile 1989, 8.

- 10 È naturalmente Francisco de Victoria, la vittima più illustre, ma risulta nondimeno frainteso nella sua complessità l'intero dibattito giuridico e lo stesso ruolo della legislazione; cfr. le condivisibili osservazioni critiche di I. BIROCCHI, Juan Ginés Sepúlveda internazionalista moderno? Una discussione sulle origini della scienza moderna del diritto internazionale, in: AA.VV., A Ennio Cortese, vol. 1, Roma 2001, 81-116. Gli esempi potrebbero essere moltissimi. Senza alcuna pretesa di completezza cfr. almeno AA.VV., Carta Magna de los Indios. Fuentes constitucionales, Madrid 1988; Relectio de Indis. Carta magna de los Indios, a cura di L. PEREÑA, C. BACIERO, F. MASEDA, Madrid 1989. Interessante anche un volume dell'Anuario mexicano de historia del derecho 6 (1994), il cui titolo a »La tradición indiana y el origen de las declaraciones de derechos humanos«, fornisce di per sé valide indicazioni metodologiche.
- 11 Si interroga in modo critico sulla possibilità di comparare l'esperienza napoletana con quella indiana, V. TAU ANZOÁTEGUI, El Reino de Nápoles. ¿Un modelo de estudio para el Derecho Indiano?, in: AA.VV., Panta rei. Studi dedicati a Manlio Bellomo, vol. IV, Roma 2004, 333-348.
- 12 R. LEVENE, Las Indias no eran colonias, Buenos Aires 1951.
- 13 Prendo in prestito le due espressioni da A. MAZZACANE, Savigny e la storiografia giuridica tra storia e sistema, Napoli 1976, 7.
- 14 C. PETIT, El caso del derecho indiano, in: Quaderni Fiorentini 22 (1993) 665.
- 15 Per RICARDO ZORRAQUÍN BECÚ (1911-2000) - Nuevas consideraciones sobre el derecho indiano, in: Revista de historia del derecho 25 (1997) 505 - fu infatti Ricardo Levene a utilizzare per primo l'espressione diritto indiano come titolo di quattro lavori pubblicati tra il 1916 e il 1924: Introducción al estudio del derecho indiano (1916); Notas para el estudio del derecho indiano (1918); El dere-

cho consuetudinario indiano y la doctrina de los juristas (1920); Introducción a la historia del derecho indiano (1924).

16 Si v. almeno R. LEVENE, Introducción a la historia del derecho Indiano, Buenos Aires 1924; R. ALTAMIRA, Manual de investigación de la historia del derecho indiano, México, D.F. 1948.

17 Sul concetto di diritto indiano secondo García Gallo, V. TAU AN-

boanti carte costituzionali e stupefacenti codici di diritti umani, la missione civilizzatrice dei cristianissimi sovrani di Castiglia.¹⁰

L'America continuava a rassomigliare all'Europa, o meglio la storia giuridica americana poteva essere narrata nello stesso modo in cui si raccontava la storia giuridica degli altri domini di Castiglia o di un qualunque altro paese europeo.¹¹

Le Indie del resto, aveva scritto Ricardo Levene già nel 1918, *no eran colonias*, erano parte della Corona di Castiglia e appartenevano ai suoi sovrani.¹² La loro l'alterità, almeno sul piano giuridico - istituzionale, non era mai esistita o era stata il risultato, forse solo l'invenzione, di altri approcci disciplinari, di altre metodologie meno scientifiche, meno pure rispetto a quelle offerte dalla scienza giuridica che il giurista poteva sdegnosamente respingere e confinare »nel limbo della letteratura«, della sociologia, dell'antropologia o nei »domini impuri« della politica.¹³

Nelle pagine che seguono proveremo a ricostruire, attraverso un viaggio tra l'Italia, la Spagna e il Sud America, le strategie discorsive impiegate dalla storiografia per la rappresentazione dei rapporti tra diritto comune, diritto castigliano e diritto indiano, e ad approfondire, con un percorso a ritroso nel tempo, l'itinerario metodologico che ho appena abbozzato. Un itinerario che pur ruotando sempre attorno al concetto di sistema, ha condotto a due diverse immagini del diritto indiano, prima, complesso di norme di origine castigliana e poi, come ha scritto non senza un pizzico di ironia Carlos Petit, versione esotica del diritto comune, creato anch'esso nel cuore dell'Europa cristiana per disciplinare uomini e cose in terre lontane, e ricomposto in sistema attraverso un medesimo rapporto dialettico tra generale e particolare.¹⁴

Formulare una definizione del diritto indiano non è però affatto semplice e a lungo la storiografia giuridica si è affaticata nel tentativo di dare contenuto a un sintagma genialmente inventato da Ricardo Levene e trasformato in disciplina agli inizi del Novecento, ma sconosciuto ai giuristi *indiani* che si riferivano a un diritto *de las Indias* o *de los Reynos de Indias*.¹⁵ Nella inevitabile pluralità di rappresentazioni, a volte fondate su sottili distinzioni, la tesi che continua a riscuotere i maggiori successi è ancora quella di Alfonso García Gallo (1911-1992), costruita sui primi modelli di Altamira e Levene,¹⁶ secondo cui il diritto indiano era identificabile con il complesso normativo attraverso il quale si governavano le Indie.¹⁷ Oltre ogni differenziazione tra un diritto indiano in

ZOÁTEGUI, El tejido histórico del derecho indiano. Las ideas directivas de Alfonso García Gallo, in: Revista de Historia del derecho 21 (1992) 41-51; I. SANCHEZ BELLA, García Gallo y el derecho indiano, in: AA.VV., Homenaje al Prof. Alfonso García Gallo, Madrid 1996 (quando non diversamente indicato si è utilizzato la versione on line).

senso stretto, identificato nelle disposizioni normative emanate appositamente per i territori d'oltre Oceano, e un diritto indiano in senso più ampio, comprensivo anche delle norme di diritto castigliano trapiantate in America,¹⁸ questo aggettivo indicava tutto il diritto vigente nelle Indie occidentali e orientali. Comprende quindi il diritto romano – canonico, il diritto castigliano, il diritto ›speciale‹ di origine regia, consuetudinario o giurisprudenziale pensato solo per le Indie, ed infine anche l'intero e disperso corpo di consuetudini che reggeva le popolazioni autoctone e quelle di colore. Non solo, »benché le norme applicabili provenissero alcune dal diritto di Castiglia, altre da quello speciale delle Indie, e benché alcune fossero di origine legale e altre consuetudinarie, giurisprudenziali« ognuna di queste disposizioni confluiva in un sistema unico.¹⁹ Un sistema »creato per organizzare il governo spirituale e temporale delle Indie, stabilire la condizione dei suoi abitanti, regolare la navigazione e il commercio e soprattutto convertire gli indigeni alla fede cattolica«.²⁰

Tuttavia, se la fedeltà degli *indianisti* al sistema sembra mantenersi costante e attraverso la trama delle citazioni un filo ininterrotto appare unire i maestri ›di sempre‹, Altamira e Levene, il rinnovatore della disciplina García Gallo, i ›classici‹ Marilúz Urquijo, Tau Anzoátegui e Martiré, il nuovo protagonista, Barrientos Grandón, per citare solo gli autori qui utilizzati, al suo interno le fratture e ›gli aggiustamenti‹ non sono mancati. Innanzitutto il rinnovamento imposto alla storia del diritto da García Gallo si fondava sull'esaltazione della dimensione legislativa e nazionale e sulla necessità di un primato del momento istituzionale al fine di correggere »l'attrazione pericolosa« della storiografia precedente per la dimensione storica, economica o sociologica.²¹ A questa tensione giuridica si deve il ricorso al concetto di sistema unico, allo strumento cioè che, per Zorraquín Becú, determinò un netto cambiamento all'interno del diritto indiano, e attraverso il quale García Gallo potette imporre lo stesso cambiamento.²²

Anche nei lavori di Victor Tau Anzoátegui non mancano le prese di distanza. Certo, nello stile dell'Autore, mai gridate, mai personali, al contrario, sussurrate, dissimulate da una ricerca costante verso soluzioni che permettano di raggiungere un punto d'incontro o mantenere le convergenze. E tuttavia ci sono e a mio avviso non sono di poco conto. In un importante lavoro sulle prospettive del *derecho indiano* egli riconosceva non solo che »persiste

18 J. M. OTS CAPDEQUÍ, *Manual de historia del derecho español en las Indias y del derecho propriamente indiano*, Buenos Aires 1945; ID., *Historia del derecho español en América y del derecho indiano*, Madrid 1969.

19 A. GARCÍA GALLO, *Metodología de la historia del derecho indiano*, Santiago de Chile 1971, 19. Seguono questa impostazione la maggior parte dei maestri del de-

recho indiano, per una sintesi efficace cfr. sempre V. TAU ANZOÁTEGUI, *Nuevos horizontes en el estudio histórico del derecho indiano*, Buenos Aires 1997, 27-39; ID., *¿Qué fue el derecho indiano?*, Buenos Aires 1982; da ultimo E. MARTIRÉ, *El derecho indiano, un derecho propio particular*, in: *Revista de historia del derecho* 29 (2001) 331-61.

20 Questo passaggio di Zorraquín Becú, riportato da TAU ANZOÁTEGUI, *Nuevos horizontes* (nt. 19) 33, non mi sembra incompatibile con la tesi di García Gallo, sebbene sia opportuno precisare, per il lettore europeo, che il maestro argentino è stato un fiero avversario del professore madrilenno, ritenendo incompleta la sua definizione di diritto indiano. Da essa risulterebbero infatti escluse tutte quelle disposizioni che non avevano una vigenza territoriale nelle Indie, ma che ugualmente meritano di esservi ricomprese. Il diritto indiano aveva vigore anche in Spagna disciplinando per esempio istituzioni spagnole come il Regio Patronato, il Consiglio delle Indie, la *Casa de Contratación* che poi regolavano la vita indiana; cfr. R. ZORRAQUÍN BECÚ, *Las aspiraciones del derecho indiano y los resultados conseguidos*, in: *Memoria del X Congreso* (nt. 5) vol. 2, 1768 ss.; ID., *Hacia una definición del derecho indiano*, in: *Revista de historia del derecho* 22 (1994) 401-417; ID., *Nuevas consideraciones* (nt. 15) 501-524; importanti indicazioni anche in J. M. MARILÚZ URQUIJO, *El derecho prehispánico y el derecho indiano como modelos del derecho castellano*, in: *Actas y estudios del III Congreso del Instituto Internacional de historia del derecho indiano*, Madrid 1973, 101-113.

21 Cfr. l'articolo di A. GARCÍA GALLO, *Historia, derecho e historia del derecho*. Consideraciones en torno a la Escuela de Hinojosa, in: *AHDE* 23 (1953) 5-36.

22 ZORRAQUÍN BECÚ, *Nuevas consideraciones* (nt. 15) 508-509.

nella storiografia, in dosi molto alte, la forza modellatrice della cultura legalista», ma invitava gli storici a ricostruire il rapporto (spezzato?) con il tessuto sociale e a sostituire »la cultura legalista con una cultura giuridica«. ²³ Solo una cultura giuridica avrebbe permesso infatti di »collocare la legge dentro l'ordinamento nel suo vero luogo, secondo la materia e le epoche, e avrebbe reso possibile una »lettura intelligente« – che non è ingenua né maliziosa – dei testi legali, interrogandoli alla luce di una concezione ampia del fenomeno giuridico«. ²⁴ La consapevolezza della complessità avrebbe reso possibile poi una rinnovata attenzione verso gli altri modi di produzione del diritto, la consuetudine, la dottrina, la giurisprudenza dei tribunali. ²⁵ Un auspicio certo soddisfatto dai lavori che Javier Barrientos Grandón ha dedicato alla rivalutazione della scienza giuridica nel processo di formazione del diritto indiano, ma che ha condotto anche lo storico cileno ad osare di più e a riscrivere l'intera storia di quel diritto attraverso il rapporto dialettico tra il *sistema* di *ius commune* – e il *sistema* di *ius proprium*. ²⁶

2. Il sistema del diritto indiano

Fino ad anni recenti dunque il sistema del diritto indiano si è fondato sul primato della legislazione castigliana e su un'immagine della monarchia in cui erano visibili i segni della statualità moderna. In Spagna, infatti, sostenne García Gallo in una conferenza tenuta a Roma alla metà degli anni '50, il diritto comune era entrato in crisi per la prima volta, lasciando emergere la sua incapacità nell'offrire risposte appropriate alle nuove esigenze. L'esperienza americana ne aveva poi svelato impietosamente l'inadeguatezza. ²⁷ I suoi principi, continua lo storico, furono utilizzati per incorporare le Indie alla Corona di Castiglia e per definire i titoli giuridici che ne legittimassero il dominio. Ma quando raggiunsero le coste indiane attraverso il *Requerimiento*, un documento destinato ad essere letto alle popolazioni autoctone per invitarle a riconoscere la superiorità degli spagnoli e del loro Dio e a sottomettersi ad essi, la loro debolezza divenne palese e fu sufficiente la sprezzante risposta di due *caciques* del Cenú per mettere in discussione l'intero sistema. ²⁸

Come narra Fernández de Oviedo, al termine della lettura del documento i due indigeni negarono la validità della donazione di Alessandro VI e, di conseguenza, la legittimità del dominio rivendicato dai sovrani spagnoli, ribadendo al contrario i loro diritti su

23 TAU ANZOÁTEGUI, Nuevos horizontes (nt. 19) 41.

24 Ivi, 43.

25 Si tratta di ambiti che lo storico argentino aveva già esplorato, cfr. V. TAU ANZOÁTEGUI, La costumbre jurídica en la América española (siglos XVI–XVIII), in: *Revista de historia del derecho* 14 (1986) 355–425; ID., La doctrina de los autores como fuente del derecho castellano-indiano, in: *Revista de historia del derecho* 17

(1989) 351–408; ID., Casuismo y sistema (nt. 7).

26 v. n. 3 e 5.

27 A. GARCÍA GALLO, El derecho común ante el Nuevo Mundo (1955), in: ID., *Estudios de historia del derecho indiano*, Madrid 1972, 147–166.

28 Anche il *Requerimiento* presenta un carattere statale. Scrive infatti GARCÍA GALLO – El derecho común (nt. 27) 157 – che »este

Requerimiento, pleno de amenazas a quien lo aceptase, tampoco era distinto del que cualquier Gobierno actual, antes de emplear la fuerza, hace a cualquier grupo de sediciosos para que acaten el poder establecido»; sulle strategie discorsive del *Requerimiento* v. L. NUZZO, Il linguaggio giuridico della Conquista. Strategie di controllo nelle Indie spagnole, Napoli 2004, 13–85.

quelle terre. García Gallo li immaginò e ce li rappresentò »fermi nelle loro convinzioni giuridiche«, e ritenne la loro risposta »cosciente e concludente: la validità del diritto comune era respinta e gli si opponeva il proprio diritto indigeno«. Le conseguenze di quel gesto sarebbero state enormi. »Per la prima volta si negava al diritto comune la sua vigenza universale e lo si rifiutava nella risoluzione dei problemi del Nuovo Mondo«. ²⁹

Nelle foreste umide del Cenú e per un pubblico, come quello italiano, con poca familiarità con le Indie, García Gallo mise in scena la fine ingloriosa di un sapere giuridico universale, carico di trionfi in Europa, ma nello stesso tempo sottolineò che le insufficienze del diritto comune avevano anche determinato una salutare »reazione spagnola«. E le risposte, questa volta adeguate, non si erano fatte attendere. Sul piano dottrinale Francisco de Vitoria aveva sostituito il diritto comune con il »sistema« del *ius gentium* e sul piano legislativo la Corona aveva emanato un'imponente legislazione ispirata dalle tensioni sistematiche e dalle aspirazioni cristiane del vecchio diritto comune, che ne aveva positivizzato la memoria e neutralizzato gli aspetti più odiosi attraverso il riconoscimento dei principi di libertà e di indipendenza delle popolazione autoctone.

Alle leggi della Corona, quindi, veniva affidato un ruolo decisivo nel processo di formazione del diritto indiano. Identificato inizialmente con le disposizioni normative in vigore nel Regno di Castiglia ed estese automaticamente nelle Indie, il concetto di legge si dilatò fino ad assorbire, negli anni immediatamente successivi alla Conquista, sia le *ordenanzas*, le *cédulas*, le *reales provisiones*, le *instrucciones* e le *cartas* emanate con carattere generale per tutti i territori d'oltre Oceano, sia quelle indirizzate ad una provincia o ad un luogo determinato. In entrambi i casi, per García Gallo, i provvedimenti *indiani* costituivano un diritto speciale posto al vertice di una scala gerarchica delle fonti che poteva essere integrato, in un sistema unico, da un diritto castigliano dal carattere sussidiario, definito generale o comune.³⁰ Molti anni più tardi una sua allieva, Beatriz Bernal ha ripreso le tesi del maestro e ha ribadito l'immagine del diritto indiano come un sistema con struttura gerarchica e piramidale alla base del quale vi era il diritto comune nella versione nazionale offerta dalle *Partidas*, in posizione intermedia le consuetudini indigene *extra legem* o *secundum legem*, poi la legislazione castigliana (*Ordenamiento de Alcalá*, *Leyes de*

29 GARCÍA GALLO, El derecho común (nt. 27) 158.

30 A. GARCÍA GALLO, La ley como fuente del derecho en Indias en el siglo XVI (1951), in: Estudios (nt. 27) 169-285; ID., Problemas metodológicos de la historia del derecho indiano (1967), in: Estudios (nt. 27) 63-119; su questo tema è intervenuto più recentemente V. TAU ANZOÁTEGUI, La noción de la ley en América His-

pana durante los siglos XVI a XVIII, in: ID., La ley en Hispanoamérica, Buenos Aires 1992, 27-65.

Toro, *Nueva Recopilación de las leyes de Castilla, Novísima Recopilación*) con l'ordine di prelazione in essa contenuto, ed infine al vertice il *derecho indiano municipal* emanato per lo più dal *Consejo de Indias* e dalla *Casa de Contratación* e, ancora più su, il *derecho indiano criollo* cioè il diritto promulgato dagli organi amministrativi e giudiziari indiani.³¹ Con la promulgazione della *Recopilación de las leyes de Indias* del 1680 queste immagini risultarono alla storiografia ancora più nitide e più certo l'ordine delle fonti. Una sua legge prevedeva infatti che si dovesse applicare in primo luogo la *Recopilación* indiana, o le altre disposizioni normative (*cédulas provisiones, ordenanzas*) »dadas y no revocadas, y las que por nuestra orden se despacharen«, e solo nell'ipotesi in cui esse non contenessero la soluzione al caso di specie, era legittimato il ricorso alla legislazione castigliana e alla gerarchia delle fonti cui quest'ultima rinviava.³²

In un organismo territoriale che, al pari di quanto accadeva nella Francia del XVI secolo, assumeva forme statali e in cui i principali teologi, giuristi e pensatori politici partecipavano attivamente al processo di centralizzazione assolutistica e burocratica, la legge appariva quindi come lo strumento più adatto per realizzare la volontà del sovrano, rinnovandone la centralità e, nello stesso tempo, il segno più chiaro di un nuovo anelito civilizzatore.³³ Da un lato quindi la tensione giuspositivistica e le aspirazioni statualistiche introducevano un paradigma legale funzionale ad una rilettura in chiave unitaria di ogni discorso sul potere e sui soggetti politici anche non istituzionali attivi nelle Indie. Il flusso normativo che dalla Castiglia giungeva oltre Oceano riuniva infatti centro e periferia attraverso il filtro della sovranità e permetteva di disinteressarsi dell'importanza simbolica che l'enorme produzione legislativa rivestiva nel riaffermare la volontà sovrana, come di dimenticare quelli reti di potere, di natura feudale o religiosa, in cui erano immersi gli stessi sovrani e le cui relazioni non si svolgevano necessariamente secondo *iustitia*, ma si strutturavano attraverso le categorie della grazia e del beneficio.³⁴

D'altro lato poi la dimensione legalistica in cui veniva assorbita la Conquista consentiva alla storiografia di introdurre una frattura tra le aspirazioni della monarchia per la difesa dei diritti dei nativi, la sua attenzione costante per la loro evangelizzazione e la violenza della realtà indiana. Le leggi di Burgos e Valladolid, le *Leyes Nuevas*, le *Ordenanzas del 1573*, solo per citare alcuni degli

- 31 B. BERNAL, El derecho castellano dentro el sistema jurídico indiano, in: Anuario mexicano de historia del derecho 10 (1998) 89-105; F. MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Acerca de la recepción del ius commune en el derecho de Indias: notas sobre las opiniones de los juristas indianos, in: Anuario mexicano de historia del derecho 15 (2003) 447-523; H. PIHLAJAMÄKI, La heterogeneidad del ius commune: observaciones entre el derecho europeo y el derecho indiano, in: Actas y estudios, XIII Congreso del Instituto internacional de historia del derecho indiano, a cura di L. GONZÁLEZ VALE, San Juan 2003, 57-73; per un approfondimento cfr. sempre BARRIENTOS GRANDÓN, Historia del Derecho Indiano (nt. 3) 195-390; sul *derecho indiano criollo* rinvio a I. SÁNCHEZ BELLA, El derecho indiano criollo, in: ID., Nuevos estudios de derecho indiano, Pamplona 1995, 65-100; sulla Casa de Contratación, v. ora C. PETIT, Casa y tribunal. Jurisdicción y conflictos de la contratación en los años fundacionales, in: España y América. Un océano de negocios. Quinto centenario de la Casa de la Contratación, 1503-2003. Catálogo de la exposición, Madrid 2003, 119-129.
- 32 Cfr. Recopilación de las Leyes de los Reynos de Indias, (Madrid 1791), 3 voll.; Madrid 1998, l. 2, t. 1, ley 2.

- 33 Cfr. J. M. GÓNGORA, El Estado en el Derecho Indiano. Época de fundación, 1492-1570, Santiago de Chile 1951; A. MARAVALL, Estado moderno y mentalidad social (1972), Madrid 1986; H. PIETSCHMANN, Staat und staatliche Entwicklung am Beginn der spanischen Kolonisation Amerikas, Münster 1980. In una storiografia giuridica italiana, ancora alla metà degli anni ottanta,

- poco attenta al rapporto tra diritto e politica nel cinquecento spagnolo, v. V. PIANO MORTARI, Il pensiero politico dei giuristi del Rinascimento (1987), in: ID., Itinera juris. Studi di storia giuridica di età moderna, Napoli 1992, 215-363.
- 34 Cfr. NUZZO, Il linguaggio giuridico (nt. 28) e bibliografia ivi citata, 44-51.

esempi più noti, traducevano le preoccupazioni religiose dei sovrani, riflettevano l'impegno assunto da Ferdinando e Isabella con Alessandro VI, e poi ribadito sia da Carlo V sia da Filippo II, e davano avvio ad un circuito virtuoso tra tre poli: le cancellerie imperiali e i giuristi della Corona, le aule e i teologi di Salamanca, i territori e le popolazioni indiane. Aspirazioni cristiane, ragionamenti politici e logiche giuridiche concorrevano nel definire il loro *status*, permettendo ancora negli anni settanta, a Morales Padrón di vedere nelle leggi di Burgos «el primer cuerpo básico del estatuto indigena», e a García Gallo di giustificare la coesistenza, in questo corpo normativo fondamentale, del riconoscimento dell'umanità e della libertà dell'indigeno con il mantenimento del sistema (di sfruttamento) dell'*encomienda*.³⁵

All'interno di questa cornice intellettuale, intransigente nella difesa della diversità ispanica come dell'unità e dell'identità nazionale devono quindi essere cercati i fili che legano le riflessioni del maestro madrileno alla cultura storico giuridica italiana della prima metà del secolo scorso, e sempre al suo interno vanno ricercate le influenze che il sistema calassiano del *ius commune* esercitò su di lui. Nonostante infatti la difesa della diversità ispanica passasse per un ridimensionamento del diritto comune o ne imponesse una completa nazionalizzazione, una sua salda costruzione teorica non poteva prescindere dalla forza sistemica delle riflessioni che Francesco Calasso conduceva negli stessi anni intorno al concetto di diritto comune e al suo rapporto con il *ius proprium*.³⁶ A questo proposito emergono significative coincidenze temporali.

Nello stesso anno in cui appariva nel *Anuario de Historia del Derecho Español* un saggio di García Gallo sul concetto di legge e sul suo ruolo nel sistema delle fonti nelle Indie del XVI, Francesco Calasso pubblicava *Introduzione al diritto comune*, un testo destinato a divenire un classico della letteratura giuridica, in cui sono raccolti alcuni dei lavori fondamentali che egli dedicò al problema del diritto comune nel corso degli anni trenta.³⁷ Allo studioso spagnolo non sfuggì la «novità» editoriale italiana e non mancò di citarla. Per la costruzione di un concetto unitario e scientifico di *derecho indiano* quelle pagine gli erano necessarie, fornivano l'intelaiatura concettuale per tenere insieme il vecchio diritto castigliano esteso nelle Indie e il nuovo diritto emanato appositamente per i territori d'oltre Oceano. In una rappresentazione che non aveva bisogno del diritto comune né come diritto romano, perché già

35 F. MORALES PADRÓN, *Teoría y leyes de la conquista*, Madrid 1979, 308-310; A. GARCÍA GALLO, *La condición jurídica del indio* (1977), in: ID., *Los orígenes españoles de las instituciones americanas*, Madrid 1987, 755-756.

36 «El primer libro que me hizo leer fue el Medioevo del diritto de Calasso» sottolinea Gustavo Villalpalos nel ricordare i primi insegnamenti impartitigli da GAR-

CÍA GALLO, *Memoria de un maestro*, in: *Homenaje* (nt. 17) versione on line.

37 F. CALASSO, *Introduzione al diritto comune*, Milano 1951.

38 «La storia del diritto comune» – scrive F. CALASSO, *Il problema storico del diritto comune* (1936), in: ID., *Introduzione* (nt. 37) 129, – «è storia di questo sistema unitario, e non soltanto del diritto romano comune, e meno ancora della scienza del diritto o della giurisprudenza. Chè infatti, scienza e giurisprudenza furono l'organo potentissimo della evoluzione del sistema: ma essendo questo un sistema legislativo, la posizione dommatica dell'attività del giurista o del giudice vi rimase sempre ed esclusivamente quella di attività interpretativa, sul fondamento logico e giuridico, e quindi con tutte le norme e i limiti che ogni attività interpretativa può avere in un sistema legislativo»; cfr. anche CALASSO, *Il diritto comune come fatto spirituale* (1948, ma 1946), sempre in: ID., *Introduzione* (nt. 37) 137–80. Utilizza il passo sopracitato COSTA, «*Ius commune*» (nt. 2); cfr. sempre anche GROSSI, *L'ordine giuridico medievale* (nt. 2).

39 Sul rapporto tra Calasso e la cultura filosofica di matrice idealista R. AJELLO, *Il collasso di Astrea. Ambiguità della storiografia giuridica italiana medievale e moderna*, Napoli 2002, 118 ss., 400 ss.; da altra prospettiva anche A. IGLESIA FERREIRÓS, *Ius commune: un interrogante y un adiós*, in: *El drét comú i catalunya*, a cura di ID., VIII Simposi – Barcelona, Noguera 1999, 489–508, insiste sul problema dell'unità.

40 GARCÍA GALLO, *La ley como fuente* (nt. 30); ID., *Metodología* (nt. 19) 177: «el ordenamiento jurídico no es tan sólo un conjunto de normas, sino uno auténtico sistema regido por principios y desarrollado de modo armónico». Ed è proprio questo sforzo di sistematizzazione che affascinerà la sua allieva messicana MARÍA DEL REFUGIO GONZÁLEZ. La riconduzione del diritto indiano al diritto castigliano era poco frequente nel Messico nazionalista postrivoluzionario, scrive la storica in Al-

nazionalizzato, né come diritto prodotto dall'interpretazione dei giuristi, perché proprio Calasso aveva provveduto a ricondurla all'interno del «sistema legislativo»,³⁸ e che si era liberata sia della storicità sia della spiritualità nelle quali invece lo storico leccese lo aveva immerso poiché ogni tensione storica e religiosa era stata già selezionata e positivizzata, rimanevano uno di fronte all'altro solo due ordinamenti normativi: il castigliano e l'indiano e con essi il «vecchio» problema dell'unità.³⁹

La soluzione allora era in quelle pagine, nell'idea di sistema che esse teorizzavano e in quella di stato che ancora evocavano. Leggi castigliane e leggi indiane, al pari del *ius commune* e del *ius proprium* costituivano gli elementi che, all'interno di una cornice statutale, una tensione dialettica tra generale e particolare, tra comune e speciale poteva legare intrinsecamente ed organicamente in un sistema unitario.⁴⁰

3. *L'invenzione di una tradizione*

Nella metà del secolo scorso il diritto castigliano riproduceva nella sua versione indiana le caratteristiche che lo contraddistinguevano nella madrepatria e la sua narrazione continuava a svilupparsi attraverso canoni narrativi differenti da quelli che la storiografia giuridica europea era solita utilizzare negli stessi anni. Era una storia orgogliosamente diversa, incentrata sul primato della legislazione, cristiana e nazionale al tempo stesso. Una storia in cui alla letteratura giuridica si affidava un ruolo di secondo piano e in cui del *ius commune* si udiva soltanto l'eco. Il vecchio diritto comune vi partecipava indirettamente attraverso la mediazione dei giuristi chiamati, sotto il controllo del re, all'elaborazione e allo studio scientifico della legislazione, o gli era assegnata una piccola parte tra le componenti del diritto castigliano. Attraverso *La Ley de las Siete Partidas*, la grande compilazione di Alfonso X del 1265, la tradizione romanistica e canonistica era penetrata infatti anche nel Regno di Castiglia e da qui nelle Indie ma, piegata ad una precisa politica del diritto rivolta all'unificazione territoriale e combinata con diritti ed usi locali, era divenuta un diritto comune nazionale. Alle *Partidas* e al diritto in esse contenuto, l'*Ordenamiento de Alcalá* di Alfonso XI del 1348 e successivamente gli altri monumenti legislativi castigliani, le *Leyes de Toro* del 1505, la *Nueva Recopilación* del 1567 ed infine la *Novísima*

fondo García Gallo come storico del diritto indiano, in: AHDE 63–64 (199–1994) 1394, «no solo porque la disciplina abia tenido escasos cultivadores sino también porque la Revolución mexicana representó una fractura con toda la historiografía jurídica europea, ampliamente desarrollada ya para finales del siglo XIX»; alla recezione di García Gallo in Messico è dedicato l'articolo di

J. A. CABALLERO, *La recepción de la escuela institucional de Alfonso García Gallo en México*, in: *Anuario mexicano de historia del derecho* 13 (2001) 151–164; più in generale sui rapporti tra storiografia europea e messicana, J. DEL ARENAL FENOCHIO, *La «escuela» mexicana de historiadores del derecho*, in: *Anuario mexicano de historia del derecho* 18 (2006) 57–76.

Recopilación del 1805, affidarono un ruolo marginale: un diritto comune sussidiario che occupava l'ultimo posto all'interno di una rigida scala gerarchica delle fonti con al vertice la legislazione del re e a cui seguivano, ove non fossero stati in contrasto con quella, i *fueros municipales e locales*.⁴¹

Di questa storia giuridica nazionale, castigliana e indiana, García Gallo fu il principale cantore.⁴² »La necesidad ineludible« – si legge nel suo manuale – »de cerrar el paso a la revolución comunista que se preparaba desde el poder forzó al pueblo español sin distinción de clases, con el apoyo decisivo de la parte no contaminada del Ejército a alzarse contra el gobierno republicano (18 de julio de 1936). La resistencia opuesta por éste y los elementos marxistas dieron lugar a una sangrienta guerra que concluyó con la derrota del comunismo (1 abril 1939). Esta guerra de liberación contra el comunismo internacional contribuyó a exaltar los valores nacionales. A la visión pesimista del pasado de España sustituyó la exaltación de su Historia, el áfan de europeizarla; el de hacerla grande, revalorizando sus posibilidades materiales y espirituales. Se ha destacado la raíz católica de España, se ha visto la cultura española, no como algo caduco y vergonzante que había que sustituir con algo importado de fuera, sino como el sistema ideológico de la *Hispanidad* – es decir de los pueblos de sangre y habla español – a sentir el orgullo español y la vieja doctrina del tradicionalismo hispano, se ha hermanado con las soluciones novísima preconizadas por José Antonio Primo de Rivera (1903–1936) bajo la dirección del Jefe del Estado Generalísimo Francisco Franco«. ⁴³ Un cantore dell'idea di *Hispanidad*, nazionalista e cattolico, dunque, ma García Gallo fu anche uno storico del diritto, nell'asfittico ambiente culturale della Spagna franchista, consapevole di ciò che accadeva oltre i confini, intellettuali e fisici, del proprio paese; un giurista informato del dibattito internazionale teorico e metodologico sul ruolo della storia del diritto e sui rapporti con le scienze sociali ed economiche, membro di istituzioni internazionali europee e sudamericane e attento conoscitore delle posizioni storiografiche italiane.

La storia del diritto nei paesi di lingua spagnola è segnata dalla sua presenza, dalla sua instancabile attività nella penisola iberica come nell'America Latina e da una ricchissima produzione scientifica.⁴⁴ Capace di farsi carico dell'eredità di Edoardo de Hinojosa y Naveros (1852–1919) e di mitizzarne la figura, di sentirsi suo

furono scritte mentre egli era ancora in vita. È questo il caso dell'articolo di M. A. PÉREZ DE LA CANAL apparso nel 1968 nell'Anuario de estudios medievales 5 (1968) 673–679, e di quello di J. LÓPEZ ORTIZ pubblicato in occasione della sua *jubilación* nel 1980 in un numero del Anuario de historia del derecho español (VII–XXVIII) interamente dedicatogli. Dopo la morte avvenuta nel 1992, apparvero sempre nel AHDE 63–64 (1993–1994) i contributi di JOSÉ MARTÍNEZ GIJÓN (1381–1392) e di MARÍA DEL REFUGIO GONZÁLEZ (1393–1399) e poi nel 1996 l'*Homenaje* in cinque tomi dell'Università Complutense di Madrid. Nei numerosi scritti biografici e autobiografici contenuti nell'*Homenaje*, manca qualunque accenno al contesto storico e politico in cui è immersa la vita e l'opera di García Gallo. Un'eccezione è rappresentata dal ricordo di J. LALINDE, Alfonso García Gallo ante el reto del universalismo represivo cultural, in: *Homenaje* (nt. 17). Nel 2003 l'Anuario si premurava di segnalare ai suoi lettori le celebrazioni religiose per i dieci anni dalla morte del maestro, attitrandosi le critiche di CLAVERO – Tomás y Valiente. Jurista en tiempo de tribulación y transición, a cura di S. DE DIOS, J. INFANTE, E. TORIJANO, Salamanca 2004, 24 – che rimproverava al Consiglio direttivo della rivista un uso privato della stessa.

41 A. GARCÍA GALLO, El pluralismo jurídico en la América española (1980), in: *Los orígenes* (nt. 35) 303; A. GARCÍA Y GARCÍA, La penetración del derecho clásico medieval en España, in: AHDE 36 (1966) 575–592. Tra la seconda metà degli anni settanta alla metà del decennio successivo la storiografia spagnola cominciò a complicare questa immagine: cfr. per tutti la sintesi di B. CLAVERO,

Temas de Historia del Derecho: Derecho Común, Sevilla 1977; C. PETIT, Derecho Común y Derecho Castellano. Notas de literatura jurídica para su estudio (Siglos XV–XVII), in: *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* 50 (1982) 157–195.

42 La centralità di Don Alfonso nella storia giuridica spagnola è attestata dalle numerose *semblanzas* a lui dedicate. Alcune delle quali

43 A. GARCÍA GALLO, Manual de historia del derecho español, Madrid 1959, 129.

44 Sul ruolo svolto dal maestro castigliano presso l'*Instituto Internacional de Historia del Derecho indiano* fondato a Buenos Aires nel 1966 e diretto insieme con Ricardo Zorraquín Becú e Alamiro de Avila Martel (1918–1990), v. E. MARTIRÉ, Alfonso García Gallo y el Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano, in: *Homenaje* (nt. 17) versione on line.

- 45 A. GARCÍA GALLO, Hinojosa y su obra, in: E. DE HINOJOSA Y NAVEROS, *Obras*, vol. 1, Madrid 1948, 13-124; ID., *Historia, derecho e historia del derecho* (nt. 21) 5-36.
- 46 Fratture che non mancarono di essere manifestate in modo anche piuttosto evidente con la pubblicazione nel AHDE del 1941 di un lavoro su Nacionalidad y territorialidad del derecho en la época visigoda (168-264) in cui attacca le tesi di Hinojosa sulla componente germanica del diritto spagnolo espresse in *El elemento germánico en el derecho español* (1910), di cui si veda ora l'edizione, preceduta da uno studio introduttivo, a cura di F. TOMÁS Y VALIENTE (Madrid 2000).
- 47 GARCÍA GALLO, *Historia, derecho e historia del derecho* (nt. 21) 10. In HINOJOSA (nt. 45), lo stesso Autore aveva individuato in Ramos Loscertales (1890-1956), Sánchez Albornoz (1893-1984) e Galo Sánchez (1892-1969), con cui aveva studiato a Barcelona e Madrid, gli allievi che più di ogni altro avevano dato impulso agli studi storico giuridici. Non si dimentichi però che Hinojosa non era uno storico del diritto né insegnò mai discipline giuridiche, ma storia medievale e che, ad eccezione di Galo Sánchez, anche gli altri suoi allievi diretti non furono dei giuristi. Hinojosa infatti dal 1884 al 1899 insegnò alla Scuola per archivisti e solo l'anno successivo, a 48 anni, fu nominato *Catedrático de Historia antigua y media de España*, presso la Facoltà di lettere e filosofia di Madrid (I. PEIRÓ MARTÍN, G. PASAMAR ALZURIA, *La Escuela Superior de Diplomática. Los archiveros en la historiografía española contemporánea*, Madrid 1996, 133). Limitandoci poi ai famosi tre allievi diretti, si può notare che il magistero di Hinojosa dovette esercitarsi su Sánchez Albornoz e Galo Sánchez in un periodo di tempo limitato, compreso tra il 1910, anno in cui Hinojosa fu nominato

discepolo e nello stesso tempo di criticare metodologicamente il lavoro del maestro e della sua stessa scuola, García Gallo si assunse l'onere di progettare una nuova storia del diritto, pensandola in primo luogo come una disciplina scientifico - giuridica, e di fare dello storico del diritto un giurista e uno scienziato.

Le prime immagini di questa rinnovata storia del diritto spagnolo come scienza giuridica furono messe a fuoco tra il 1948 e il 1952 in due pubblicazioni dedicate a Hinojosa, una introduttiva della riedizione completa delle opere del maestro, e, l'altra frutto di una conferenza tenuta all'*Instituto nacional de estudios jurídicos*, poi pubblicata l'anno successivo nell'*Anuario de Historia del Derecho Español*.⁴⁵

L'operazione metodologica che García Gallo si proponeva non era affatto semplice: si trattava di introdurre l'opera di Hinojosa, di commemorarne il centenario della nascita e nello stesso tempo di tracciare le linee guida della propria storia del diritto. Si trattava di imporre una svolta attraverso il profondo rinnovamento dell'armamentario concettuale utilizzato dalla storiografia giuridica spagnola, compreso quello di Hinojosa e della sua «scuola», ma di occultare i cambiamenti di prospettiva ai quali lavorava all'interno di un discorso e di una rappresentazione che privilegiasse, sia sul piano politico, sia sul piano giuridico, le continuità piuttosto che le fratture.⁴⁶

Era l'invenzione di una tradizione scientifica unitaria, il racconto fantastico di un gruppo omogeneo che non ruotava attorno al maestro né che dal maestro era stato orientato, di cui solo tre erano stati suoi allievi diretti (e famosi: Galo Sánchez, Claudio Sánchez Albornoz, José María Ramos Loscertales), ma di cui tutti seguivano le tracce lasciate dai suoi scritti. »Tutti sono discepoli di Hinojosa, - scriveva García Gallo - e nessuno può richiedere per sé o per il proprio indirizzo l'esclusiva del suo magistero; né considerarsi l'unico e legittimo erede dei suoi insegnamenti. Pretenderlo sarebbe svilire l'immensa trascendenza che ha avuto l'opera di Hinojosa e tradire la sua ampiezza di vedute che gli permise di allontanarsi da ogni bandiera e da ogni chiesa, qualunque ne fossero le idee.«⁴⁷ In questo modo chiunque poteva essere considerato suo allievo, ma »includere tutti - ha scritto molto efficacemente Jesús Vallejo - suppone la possibilità che chiunque sia escluso; indicare tanto marcatamente Hinojosa suppone impedire che qualunque altro lavoro si converta in referenza. Tra biografo e

direttore della sezione storica del Centro di Studi Storici, e in cui ebbero inizio i suoi seminari storici sulle fonti medievali frequentati dai due giovani studiosi, e il 1914 anno in cui un ictus ridusse fortemente la sua attività didattica e scientifica. Non prima del 1914 dovette esserci l'incontro con Ramos Loscertales, da quell'anno dottorando a Madrid, L. GARCÍA VALDEAVELLANO, *En la muerte de*

don José María Ramos Loscertales (1890-1956), in: AHDE 26 (1956) 895-901; cfr. anche A. GARCÍA GALLO, Galo Sánchez, in: AHDE 31 (1961) 1-8; ID., D. Claudio Sánchez Albornoz, fundador del Anuario (1893-1894), in: AHDE 54 (1984) 97-161; F. J. DEVOTO, C. Sánchez Albornoz y el Anuario de Historia del Derecho Español, in: Cuadernos de historia de España 77 (2001) 225-232.

biografato vi è solo la personalità nebulosa e collettiva della «Scuola».»⁴⁸ Una «scuola apolitica» per García Gallo, oggi una *escuela nebulosa*, che da un rinnovatore conduceva ad un altro rinnovatore, impermeabile alla violenza di una guerra civile e poi indifferente a un regime durato trentasei anni, capace di rinnovarsi nel rispetto delle genealogie, ma anche di condannare all'oblio coloro che con le proprie tesi o convinzioni politiche avrebbero potuto complicare questa rappresentazione.⁴⁹ La realtà però restituiva immagini più dure e affidava in primo luogo alla guerra e al regime il compito di provvedere all'omogeneità della «scuola» di Hinojosa e di García Gallo. Rafael Altamira, Sánchez Albornoz furono esiliati e morirono il primo a Città del Messico nel 1951 e il secondo, rientrato definitivamente in Spagna solo nel 1983, ad Ávila l'anno successivo. Ots Capdequí (1893–1975) fece ritorno nella madrepatria nel 1953 e riprese l'insegnamento nel 1962, ma esclusivamente nei corsi di dottorato.⁵⁰ Lo stesso *Anuario de Historia del Derecho Español*, fondato nel 1924 da Sánchez Albornoz, Ramos Loscertales, Galo Sánchez, Ramón Carande (1887–1986), Ots Capdequí (1893–1975), e diretto formalmente da Díez Canseco (1860–1930), che negli anni prima della guerra si era caratterizzato per le aperture metodologiche e una notevole sensibilità verso le discipline non giuridiche, con il nuovo consiglio redazionale, nel 1941, e, dal 1945, sotto la direzione di García Gallo, si chiuse alle nuove tendenze storiografiche e si mostrò strumentale al progetto di storia giuridica che il professore di Soria iniziava a perseguire.⁵¹

La ricerca della continuità, l'insistenza sul tessuto unitario che riuniva maestro ed allievi fino all'«invenzione» delle genealogie, riflettevano dunque altre continuità, altre «persistenze» per utilizzare un termine caro a García Gallo. Innanzitutto considerare la storia del diritto come una scienza giuridica, e non più come una scienza storica, implicava l'utilizzo di una metodologia giuridica. Ciò avrebbe permesso, da un lato, di liberare il diritto dalla «intima unione con la politica, l'economia, la società» e il contesto culturale e dalle forme erudite alle quali invece l'avrebbe condannato uno studio storicistico, e, dall'altro, di individuare nel giurista il principale interlocutore dello storico del diritto. Del resto anche lo storico del diritto era un giurista e come tale doveva avvertire l'obbligo di sottrarre il suo oggetto, il diritto appunto, alle suggestioni che giungevano da altre discipline, di liberarlo da conta-

48 J. VALLEJO, *La Escuela de Hinojosa y las Cuestiones de Altamira*, in: *Libro Homenaje. In memoriam Carlos Díaz Rementeria*, a cura di G. E. PINARD, A. MERCHAN, Huelva 1998, 772; v. anche R. LEVENE, *La concepción de E. de Hinojosa sobre la historia de las ideas políticas y jurídicas en el derecho español y su proyección en el derecho indiano*, in: *AHDE* 23 (1953) 259–287.

49 Si pensi a Joaquín Costa (1846–1910), «un personaje que exige su rehabilitación», scrivevano M. y J. L. PESET, Vincent Vives y la historiografía del derecho en España, in: *Vorstudien zur Rechtshistorik*, a cura di J. M. SCHOLZ, Frankfurt am Main 1977, 182–183 e al quale, come accenna VALLEJO, *La Escuela de Hinojosa* (nt. 48) 775, n. 31, lo stesso Hinojosa riconosceva una centralità fondamentale

nella storiografia spagnola. Un altro esempio eccellente è Rafael Ureña y Smenjaud (1852–1930) la cui riscoperta è avvenuta solo in anni recenti grazie alla sensibilità di CARLOS PETIT, *La prensa en la Universidad: Rafael de Ureña y la Revista de ciencias jurídicas y sociales (1918–1936)*, in: *Quaderni Fiorentini* 24 (1995) 199–302; ID., *El catedrático y la biblioteca. Visigotismo y profesión universitaria de Rafael de Ureña*, in: R. DE UREÑA Y SMENJAUD, *Legislación gótico-hispana*, a cura di C. PETIT, Pamplona 2003, IX–CXLVI; sui rapporti con Hinojosa, in part. 51 ss.

50 Su Ots, allievo di Altamira, ma ascritto alla scuola di Hinojosa, v. M. PESET, *Estudio preliminar*, in: J. M. OTS CAPDEQUÍ, *Obra dispersa*, a cura di M. PESET, Valencia 1992, IX–II; ID., *Juristas valencianos en el exilio*, in: *El exilio valenciano en América. Obra y memoria*, a cura di A. GIRONA, M. F. MANCEBO, Valencia 1995, 157–179, con riferimenti oltre che ad Ots e Altamira anche a Echavarría (1903–1977); F. TOMÁS Y VALIENTE, *Ots Capdequí (Valencia 1893 – Benimondo 1975)*, in: *AHDE* 63–64 (1993–1994) 1411–1414.

51 Il nuovo consiglio di redazione era diretto da Galo Sánchez (vice-direttore Torres López, segretario López Ortiz) e vedeva la partecipazione tra i redattori del giovane García Gallo. Nel 1944 García Gallo fu nominato *Secretario del Instituto nacional de Estudios Jurídicos*, cioè dell'ente del *Consejo Superior de Investigaciones Científicas* (che aveva sostituito, dal 1941, la *Junta de Ampliación de Estudios e Investigaciones Científicas*) che fino al 1986 fu l'editore della rivista. Lo stesso GARCÍA GALLO ne racconta la storia, *Breve historia del Anuario*, in: *AHDE* 51 bis (1982) 7–53. Nel 1985 García Gallo si dimise dalla direzione e quello che era il Consiglio di redazione divenne un Consiglio di direzione; ulteriori indicazioni in: M. y J. L. PESET, Vincent Vives (nt. 49) 190–194; e J. VALLEJO, *Un cuarto de siglo, una historia, un anuario*, in: *Crónica jurídica hispalense* 1 (2003) 388–418.

minazioni culturali che, provenienti in quegli anni soprattutto dalla scuola francese delle *Annales*, ne avrebbero alterato l'identità. Identità: ecco il punto.

Egli ricostruendo il discorso giuridico, il percorso dal quale si erano formati gli ordinamenti e le istituzioni, non parlava del diritto di un tempo lontano, ma di un diritto attuale che disciplinava quotidianamente ogni aspetto della vita sociale. Allo storico quindi affidava il compito delicato di ricordare e di selezionare ciò che poteva concorrere alla formazione della memoria e dell'identità del giurista e ciò che ancora una volta era da condannare all'oblio.

Se allora gli ordinamenti, o più esattamente le istituzioni, divenivano l'oggetto di uno studio rigoroso, condotto con una sensibilità giuspositivistica e, sostanzialmente di tipo dogmatico, il discorso dello storico del diritto non era più rivolto ad indagare e sottolineare le fratture, ma le »persistenze«. Lo studio delle istituzioni permetteva infatti, a differenza della storia dei sistemi o dei dogmi giuridici inesorabilmente condannati ad essere entrambi vittime delle trasformazioni temporali, di svolgere il filo che univa il passato al presente. Solo le istituzioni presentano un nucleo fondamentale che resiste al tempo e alla sua violenza. Solo realtà istituzionali come lo stato, l'individuo, la famiglia, la società concludeva García Gallo »sono sempre le stesse in tutti i popoli e in tutti i tempi«. ⁵²

Anche nell'ambito del diritto indiano i problemi con cui lo storico del diritto era chiamato a confrontarsi non erano differenti e la ridefinizione dell'identità disciplinare continuava ad essere il suo obiettivo principale. Tuttavia mentre in Spagna egli individuava un fondatore, contribuiva a mitizzarne il profilo e si rappresentava, attraverso un preciso progetto metodologico incarnato anche in una rivista, come suo erede, nell'America centro-meridionale l'assenza di una scuola formata nel rispetto di un rigoroso metodo giuridico, lo portava a proporsi come il vero fondatore del diritto indiano. ⁵³

Negli stessi anni in cui aveva pronunciato e dato alle stampe la conferenza su *Historia, derecho e historia del derecho*, García Gallo pubblicava due articoli di storia della storiografia in cui sottoponeva ad una attenta critica, che anni dopo definì »costruttiva«, le metodologie impiegate dagli storici del diritto nello studiare il *derecho indiano*. ⁵⁴ Pur riconoscendo la centralità e l'importanza nella disciplina di Rafael Altamira e soprattutto di

52 GARCÍA GALLO, *Historia, derecho e historia del derecho* (nt. 21) 31.

53 Anche TAU ANZOÁTEGUI, *El tejido* (nt. 17) 28, sottolinea che la critica di García Gallo alla storiografia precedente conduceva al riconoscimento di una »situación de orfanedad« negli studi di diritto indiano in cui appariva che neppure Altamira e Levene avevano svolto un »papel directivo«. Egli ritiene che »cabría preguntarse si

este juicio no está impulsado por un excesivo rigor metodológico o acaso teñido de cierto recelo personal«.

54 Gli articoli sono: *Panorama actual de los estudios de historia del derecho indiano* (1952), e *El desarrollo de la historiografía jurídica indiana* (1953), ripubblicati in GARCÍA GALLO, *Estudios* (nt. 27), rispettivamente 37-62 e 11-35. Negli anni successivi ritornò spes-

so a trattare problemi a carattere metodologico, ribadendo le tesi già espresse o precisando le sue posizioni. Particolarmente utile *Problemas metodológicos* (nt. 30) 63-119; cfr. anche *Metodología* (nt. 19); *Bases para una programación de la enseñanza de la historia del derecho y en especial de la del derecho indiano* (1972), in: *ID.*, *Los orígenes* (nt. 35) 1069-1102.

Ricardo Levene, anche egli come Hinojosa in Spagna »maestro de todos«, le aperture alla storia, alla sociologia, alla politica che caratterizzavano l'approccio dei due studiosi avevano pregiudicato inesorabilmente anche l'oggetto dei loro stessi studi. Mancava in essi il senso giuridico, il riconoscimento della centralità del momento giuridico, la volontà di studiarlo »con spirito e tecnica di giuristi«. ⁵⁵ »Se il diritto è un ordinamento, un sistema, senza cadere in eccessi dogmatici è necessario ricostruirlo, senza dubbio alcuno, sulla base delle sue tessere, ma cercando di caratterizzarlo, di evidenziare la sua natura, i suoi principi, la sua logica e di analizzare le sue disposizioni. Come procede il giurista con il diritto vigente«. ⁵⁶

»La vocazione storica o sociologica della maggior parte degli studiosi della storia del diritto indiano – aveva già scritto quindici anni prima – li porta ad attendere ai fenomeni sociali dimenticandosi di quelli propriamente giuridici e a non valutarli per quelle che sono le loro caratteristiche, ma al contrario con criteri estranei al diritto. La costruzione dogmatica, che costituisce il compito principale dei giuristi scientifici – si occupino del diritto romano, medievale o attuale – si è appena tentata. [...] Lo studio dogmatico è perfettamente compatibile con quello storico del diritto indiano, un compito che incombe ai giuristi e non agli storici che rimane non realizzato [...] La Storia del Diritto deve essere per il giurista un modo per conoscere il diritto, e non la storia o la sociologia. Per questo deve essere studiata con metodo e tecnica giuridica«. ⁵⁷

Lo storico del diritto indiano era dunque tenuto ad impegnarsi per riscoprire la sua identità e quella della sua disciplina, e a contribuire alla formazione di una coscienza nazionale attraverso la ricostruzione della storia del proprio »diritto positivo nazionale«. Poiché anche il diritto aveva una sua identità era necessario leggerlo nella sua evoluzione, dimenticando le preoccupazioni storiche e sociologiche, e comprimendo l'attenzione predominante per gli aspetti politici, sociali, economici. ⁵⁸ Di conseguenza anche la storia del diritto indiano, troppo a lungo affidata solo agli storici e lontana dalle attenzioni dei giuristi, doveva essere considerata una disciplina scientifica, in quanto il diritto che ne era oggetto, più che semplice tecnica, era vera scienza. Esso era un sapere neutrale e avalutativo in grado di tradurre in leggi e concetti giuridici valori generali, la cui legittimità si fondava sulla distanza che lo separava dal mondo violento della politica e degli scontri socioeconomici e

55 GARCÍA GALLO, Problemas metodológicos (nt. 30) 112. Ma già in HINOJOSA (nt. 25) CX egli aveva ricordato che »le preoccupazioni sociologiche« di Altamira »relegavano il diritto in secondo piano« e che »non era un ricercatore del tipo di Hinojosa«. A questo proposito scrive VALLEJO, La escuela de Hinojosa (nt. 48) 778, »Un investigador del tipo de Hinojosa de García Gallo es lo que

Altamira claramente no era. No es que relegase Altamira lo jurídico a un segundo plano, sino que defendía una posición metodológica que entendía que hacer la historia del derecho implicaba bastante más que hacer la historia, estrictamente del derecho; y no se trataba entonces de hacer sociología, sino de seguir haciendo historia del derecho sin perder de vista sus

manifestaciones y condicionantes más diversos«.

56 GARCÍA GALLO, Problemas metodológicos (nt. 30) 112.

57 GARCÍA GALLO, Panorama actual (nt. 54) 55 ss.

58 GARCÍA GALLO, Problemas metodológicos (nt. 30) 107-119. Il passo citato è tratto da ID., Bases para una programación (nt. 54) 1078. Posizioni ribadite nel 1974 recensendo l'Apologia della storia giuridica (1973) di Bruno Paradisi e criticando le aperture metodologiche in essa contenute, Cuestiones de historiografía jurídica, in: AHDE 44 (1974) 741-752; una lettura comparata delle posizioni metodologiche di García Gallo e Paradisi in: A. D'ORS, Sobre historiografía jurídica, in: AHDE 47 (1977) 799-811.

sulla capacità di costruirsi e rappresentarsi come un sistema unico, chiuso e autoreferenziale, in grado di trovare in sé la ragione immanente della propria verità. Anche il compito del giurista che si accingeva a studiare il diritto indiano era quindi di «scoprire il processo dinamico dell'evoluzione giuridica, conoscere l'essenza, caratteri e norme del sistema giuridico – e non gli aspetti sociali relazionati con il sistema stesso – e contemplare i suoi distinti aspetti o livelli che si trovano nelle Indie». ⁵⁹

Tuttavia se l'obiettivo era quello di costruire un diritto nazionale o di individuare le matrici di un'identità giuridica che accomunasse la Spagna alle sue antiche province indiane attraverso il riconoscimento della centralità del diritto positivo statale e il ricorso ad una idea di sistema come strumento di unità e coordinamento tra fonti giuridiche diverse, i rischi di tale operazione metodologica non erano pochi e la storiografia europea più sensibile aveva provveduto a denunciarli negli stessi anni in cui il maestro madrilenone dava alle stampe, a Santiago del Cile, la sua *Metodología*. ⁶⁰

Le trasformazioni sociali ed economiche che attraversavano le società di molti paesi europei imponevano un rinnovamento delle discipline storico giuridiche e un riesame delle loro metodologie. Gli storici del diritto cominciarono a mettere in discussione il tradizionale approccio dogmatico istituzionale e l'idea di verità che esso implicava. Tendevano a sovrapporre dimensione sociale e dimensione giuridica. ⁶¹ Riducevano quella distanza tra *hecho* e *derecho* che ancora García Gallo rivendicava come specificità del discorso giuridico, riconoscendo un'esistenza al mondo dei fatti solo nel momento in cui era sussunto nel testo giuridico. Spezzavano l'identità necessaria tra testualità giuridica e ordinamento dell'esperienza e la stessa giuridicità del testo non appariva loro come «una forma a priori dell'esperienza», un dato oggettivo e naturale, ma il frutto dell'attività di uno storico che ha accettato la frantumazione del proprio oggetto in una molteplicità di discorsi e pratiche testuali diverse e che ha scelto di «assumere come oggetto di indagine una particolare catena testuale, un insieme di testi produttivi di sapere intorno al diritto». ⁶² Paventavano infine i pericoli impliciti in una ricostruzione storica in cui il presupposto e il punto d'arrivo della ricerca si identificasse con un principio di ordine e di unità e non con una ricerca della differenza e della molteplicità, e denunciavano con forza i rischi metodologici di

59 GARCÍA GALLO, *Metodología* (nt. 19) 132–133.

60 Per un'analisi dei limiti della storiografia giuridica italiana all'inizio degli anni settanta, impermeabile alle suggestioni provenienti dal marxismo e incapace di intercettare le tensioni e le inquietudini che provenivano da una società attraversata da forti scontri sociali v. A. MAZZACANE, *Problemi e correnti di storia del diritto*, in: *Studi Storici* 3 (1976) 5–24; nello stesso torno d'anni, senza alcuna pretesa di completezza, cfr. anche P. COSTA, *Semantica e storia del pensiero giuridico*, in: *Quaderni Fiorentini* 1 (1972) 45–87; A. SCHIAVONE, *Storiografia giuridica e apologia del diritto moderno*, in: *Democrazia e Diritto* 2 (1973) 65–86; L. BERLINGUER, *Considerazioni su storiografia e diritto*, in: *Studi Storici* 1 (1974) 3–56; J. M. SCHOLZ, *Historische Rechtshistorie. Reflexionen anhand französischer Historik*, in: *Vorstudien zur Rechtshistorik* (nt. 49) 1–175; A. HESPANHA, *A história do direito na história social*, Lisboa 1978; B. CLAVERO, *Historia, ciencia, política del dere-*

cho, in: *Quaderni Fiorentini* 8 (1979) 5–58.

61 Cfr. i contributi raccolti in: *Storia sociale e dimensione giuridica. Strumenti d'indagine e ipotesi di lavoro*, a cura di P. GROSSI, Milano 1986.

62 P. COSTA, *Saperi, discipline disciplinamento: verso una «nuova» storia della cultura giuridica?*, in: *Annali della facoltà di giurisprudenza dell'Università di Macerata*

2 (1989) 1002; cfr. anche le raffinate pagine di C. PETIT, *Oralidad y escritura, o la agonía del método en el taller del jurista historiador*, in: *Historia, Instituciones, Documentos* 19 (1992) 355–358; e le proposte metodologiche in chiave luhmanniana di A. SERRANO GONZÁLEZ, *La Rata en el labirinto o la Historia como observatorio jurídico*, in: *AHDE* 62 (1992) 675–713.

una storia »giuridica« del diritto; di una storiografia rivolta alla costruzione di un diritto statale retrospettivo o di »una storiografia giuridica ridotta alla elaborazione dogmatica condotta sui materiali del passato, pertanto incapace di definire la propria specificità rispetto alle altre discipline giuridiche e incapace perfino di riflettere efficacemente sugli schemi interpretativi da essa impiegati«. ⁶³

4. Verso gli anni '80

In una Spagna che cominciava a cambiare anche García Gallo sembrava aprire lievemente all'Europa e al suo diritto comune, e riconoscere *Il ruolo della scienza giuridica nella formazione del diritto ispanoamericano dal secolo XVI al secolo XVIII*, per citare una sua relazione al Congresso della Società Italiana di Storia del diritto tenutosi a Firenze nel 1973. ⁶⁴

Le aperture però sono più formali che sostanziali e la fedeltà all'impianto statualistico immutato. La comunicazione fiorentina, il cui titolo tradisce forse la volontà di rendere un omaggio alla patria del *ius commune*, contiene infatti un unico fugace riferimento al diritto comune, al quale è assegnato il ruolo di ispiratore del diritto castigliano, ed è interamente costruita intorno alla legislazione, promulgata da un soggetto politico – il re – ed eseguita da altri soggetti politici. Alla legge García Gallo continuava ad affidare il compito di disciplinare in ogni aspetto la vita nelle Indie, di imprimere i segni della cristianità e della giuridicità sui territori indiani e sui suoi abitanti, e sempre alla legge egli si rivolgeva per individuare la soluzione, nel rispetto della giustizia e della legalità, degli infiniti problemi che la realtà americana produceva, in primo luogo proprio quello della difesa e della acculturazione delle popolazioni indigene. La scienza quindi poteva giocare la sua partita solo prima della legge, preparandola, all'interno del *Consejo de Indias* attraverso un »rigoroso plantamiento doctrinal«, e dopo la legge, facendola oggetto di studio in altrettanto rigorosi trattati. ⁶⁵

Paradossalmente però mentre fondava sulla legge il suo sistema, esaltandone l'anelito religioso e insistendo sull'aspirazione evangelizzatrice presente nelle leggi castigliane per ricordare al mondo la saldezza morale dei sovrani cattolici e le differenze che l'espansione spagnola oltre Oceano presentava rispetto ad altre

63 MAZZACANE, Savigny e la storiografia giuridica (nt. 13) 41 e la bibliografia ivi citata.

64 Si tratta del III Congresso internazionale della Società italiana di storia del diritto, organizzato da BRUNO PARADISI, *La formazione storica del diritto moderno in Europa*, i cui atti furono pubblicati per i tipi di Olschki nel 1976 (3 voll.). Sempre nel 1976 apparve un altro lavoro di sintesi di GAR-

CÍA GALLO, *La penetración de los derechos europeos y el pluralismo jurídico en la América Española*, 1492-1824, in: *Index 6* (1976) 3-11. GARCÍA GALLO aveva partecipato anche ai lavori del II Congresso della Società italiana di storia del diritto e un suo contributo, *Los problemas de edición de las fuentes del derecho local español*, è presente negli *Atti*, *La*

critica del testo, vol. 1, Firenze 1971, 245-256.

65 GARCÍA GALLO, *La ciencia jurídica en la formación del derecho hispanoamericano en los siglos XVI al XVIII (1973)*, in: *Estudios* (nt. 27) 158-200.

imprese di conquista, il maestro spagnolo non poteva evitare di arenarsi nelle secche di uno sterile giuspositivismo e nelle griglie interpretative di un modello statualistico che lo privava di un angolo di osservazione privilegiato del mondo di antico regime. Il ricorso esclusivo a categorie normative e ad un immaginario statocentrico era incompatibile con la ricchezza delle pratiche giuridiche premoderne, con la molteplicità degli ordini normativi, morali, teologici religiosi, che condividevano il medesimo spazio del diritto e ai quali lo stesso diritto era inevitabilmente subordinato.⁶⁶ Non solo quindi questo modello ›moderno‹ di stato, nello stesso tempo punto di avvio della ricerca e suo ultimo obiettivo, gli impediva di cogliere i diversi livelli delle operazioni giuridiche della conquista, e gli permetteva di disinteressarsi della realtà effettuale e della sua violenza, ma gli ostacoli epistemologici che introduceva – centralità, legalismo, concentrazione del potere – erano tali da impedire di comprendere che quel tessuto morale e religioso poteva essere la chiave per cogliere il significato giuridico dei circuiti che univano il pontefice, i sovrani di Castiglia, i *conquistadores*, i nativi, per leggere i testi (anche quelli legislativi) che quei circuiti producevano e per ricostruire le strategie di controllo che li percorrevano.⁶⁷

Pochi anni dopo nel 1977 in un articolo dedicato alla condizione giuridica delle popolazioni indigene, cui ho accennato nelle pagine precedenti, García Gallo senti l'esigenza di ribadire l'opportunità di porre la legislazione al centro dell'esperienza giuridica spagnola, preoccupandosi di rispondere alle critiche metodologiche che cominciavano ad essergli avanzate da una nuova storiografia più attenta »a la situación de hecho« che al »derecho« e alle sue rappresentazioni formalistiche. »Per mezzo del diritto, attraverso le sue norme ben intenzionate, i governatori spagnoli, nel momento in cui il mondo intero era privo della minima esperienza nella gestione di popoli di scarsa cultura e nella convivenza con quelli ed erano nulle le conoscenze antropologiche, provarono a risolvere problemi che non poche volte, per la loro complessità e grandezza, non riuscirono ad arginare«. Di fronte a questo sforzo titanico non è giusto, quindi, continua García Gallo »sottolineare solo ciò che le leggi indiane non poterono evitare, o i mali che per un effetto imprevedibile, nonostante i loro buoni propositi, poterono causare. Ciò che è giusto è anche sottolineare e avvalorare, quello che esse conseguirono, benché non fosse tutto quello che

66 B. CLAVERO, *Antidora. Antropología católica de la economía moderna*, Milano 1991; A. M. HESPANHA, *La economía de la gracia*, in: ID., *La gracia del derecho*, trad. spagn. Madrid 1993, 152; GROSSI, *L'ordine giuridico medievale* (nt. 2). Con riferimento all'esperienza giuridica indiana, T. HERZOG, *Sobre la cultura jurídica en la América colonial [siglos XVI–XVIII]*, in: AHDE 65 (1995)

903–912; NUZZO, *Il linguaggio giuridico della Conquista* (nt. 28).
67 PETIT, *Oralidad y escritura* (nt. 62) 347; cfr. anche A. M. HESPANHA, *A historiografía jurídico-institucional e »a morte do Estado«*, in: *Anuario de filosofía del derecho* 3 (1986) 191–227.

avevano preteso. Il fatto che si tutelasse la popolazione indigena, che sia giunta fino ai nostri giorni, che non fosse stata annichilita o schiavizzata come in tante altre parti del mondo, che si elevasse il suo livello culturale – nel modo limitato in cui uno Stato lontano e una minoranza di spagnoli poterono realizzare in un mondo immenso come quello americano – si deve all’osservanza dei precetti del diritto indiano». ⁶⁸

Parole certo oggi inaccettabili storiograficamente e politicamente. Ma anche parole che, scritte nella Spagna del 1977, testimoniano la malinconia di chi temeva, attraverso i segnali che una nuova storiografia giuridica cominciava a lanciare, la disintegrazione del proprio mondo politico culturale, e l’orgogliosa rivendicazione della diversità e della grandezza spagnola. In una Spagna condizionata da opzioni culturali e religiose di carattere conservatore e sottoposta al revancismo della dittatura franchista, anche la storiografia giuridica era stata chiamata a partecipare all’edificazione del mito dell’*hispanidad*, costruendo una storia giuridica nazionale resistente agli influssi e alle contaminazioni europee. ⁶⁹ Da questa prospettiva quindi non appare un caso che i più importanti storici del diritto spagnoli dagli anni trenta fino alla fine degli anni settanta si siano concentrati soprattutto sul momento legislativo, esaltandone la centralità e l’efficacia e che, sia le aperture ad un rinnovamento metodologico, sia la nuova centralità riconosciuta al diritto comune e al ruolo della dottrina nella produzione del diritto, al pari di quanto accadeva nelle altre narrazioni storiografiche europee, siano state possibili, per lo più, solo con il mutare delle condizioni politiche. ⁷⁰

Nel 1977 infatti dalle pagine di una pubblicazione del Max Planck di Francoforte, i fratelli Peset, e, due anni dopo, da quelle dei Quaderni Fiorentini, Bartolomé Clavero, sottoposero ad una dura critica l’impostazione »istituzionale« di García Gallo e rivisitarono l’immagine della scuola di Hinojosa che egli aveva imposto. L’accento tornava a battere sulla dimensione storica del fenomeno giuridico, sulle sue connessioni con la realtà sociale e la struttura economica e si individuava proprio nell’esaltazione nazionalistica della diversità ispanica e nella dilatazione del momento legislativo le cause principali dei ritardi storiografici e dell’indifferenza verso un fenomeno europeo come quello del diritto comune e verso la storia costituzionale spagnola del secolo XIX. ⁷¹ E se García Gallo ancora nel 1979 insisteva nel rimanere fedele ad

Historia, ciencia, política del derecho (nt. 60) 5–58. Già nella prima metà dei settanta si possono avvertire i primi segnali di un rinnovamento metodologico, v. il lavoro dello stesso B. CLAVERO, La historia del derecho ante la historia social, in: Historia, Instituciones, Documentos 1 (1974) 239–261. La stessa rivista savigliana Historia, Instituciones, Documentos che faceva capo a Martínez Gijón costituì uno dei luoghi testuali dove la trattazione di problemi metodologici e di nuove tematiche potette essere affrontata con una libertà forse non ancora possibile a Madrid nell’Anuario.

68 GARCÍA GALLO, La condición jurídica (nt. 35) 756.

69 GARCÍA GALLO, Manual (nt. 43) 129–130, v. n. 45.

70 Cfr. l’analisi di J. M. SCHOLZ, Zum Forschungsstand der neueren Rechtsgeschichte Spaniens und Portugals, in: Zeitschrift für neuere Rechtsgeschichte 3/4 (1980) 164–187.

71 J. L. y M. PESET, Vincent Vives (nt. 49) 235–243; M. PESET,

Prólogo, in: A. PÉREZ MARTÍN, J. M. SCHOLZ, Legislación y jurisprudencia en la España de antiguo régimen, Valencia 1978, VIII–XII; cfr. più recentemente lo scritto di Mariano Peset che precede (IX–CIII) l’edizione da lui curata di uno dei testi più significativi di HINOJOSA, El régimen señorial y la cuestión agraria en Cataluña durante la edad media (1905), Pamplona 2003; B. CLAVERO,

una storia di tipo istituzionalistico ed attribuiva la poca attenzione dedicata al diritto comune in Spagna alla centralità della componente germanica del diritto altomedievale spagnolo,⁷² poco tempo dopo uno dei suoi più brillanti allievi Francisco Tomás y Valiente (1932–1996), compì un altro passo importante nel processo di revisione della metodologia del maestro che egli stesso aveva iniziato cinque anni prima con un saggio il cui titolo parafrasava quello della famosa conferenza romana di García Gallo. In esso Tomás y Valiente affermò che non solo non era possibile fare storia del diritto così come il maestro castigliano aveva pensato nel 1952, ma anche che tutta »la direzione verso cui García Gallo aveva orientato teoricamente la Storia del Diritto in Spagna, vista soprattutto dalla triplice prospettiva del Manuale, dei suoi propri fondamenti e della globale caratterizzazione dell'Anuario, non sembrava convincente«.⁷³

La storia circolare che ho provato a raccontare si avvia verso la sua conclusione e dunque verso il suo inizio. Ma mancano ancora due passaggi fondamentali.

Il primo nel 1986 in Murcia. Nell'anno in cui la Spagna entrava in Europa, Helmut Coing presentò al *I Simposio Internacional del Instituto de Derecho Común* una relazione significativamente intitolata *España y Europa, un pasado jurídico común* in cui riconosceva la fine della diversità ispanica e la partecipazione anche della cultura giuridica spagnola alla storia europea. Il direttore del più prestigioso istituto europeo, il Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte di Francoforte, permetteva alla Spagna di accedere alla memoria condivisa dell'antico diritto comune, e attestava il ruolo svolto dai teologi spagnoli del XVI secolo nel percorso verso l'edificazione del sistema giuridico e la trasformazione del diritto in scienza giuridica.⁷⁴ Certo, la storia raccontata dal direttore del Max Planck, come ha scritto ferocemente Douglas Osler, non era altro che »the old *translatio studii* with a few superficial patches to cover its nakedness, a few sops to the peddlers of unstable legal currency«.⁷⁵ Un'ennesima riproposizione in chiave germanocentrica del mito della storia del diritto europeo, che nasce in Italia, si sviluppa in Francia, si perfeziona in Olanda e si conclude con il trionfo della pandettistica in Germania. Ma Coing, per i suoi ospiti spagnoli, vi introdusse una significativa variante: certificò l'esistenza del diritto comune nel patrimonio giuridico spagnolo, legittimando il lavoro svolto negli ultimi anni

72 A. GARCÍA GALLO, El derecho local y el común en Cataluña, Valencia, Mallorca, in: AA.VV., Diritto comune e diritti locali nella Storia d'Europa, Milano 1980, 229–249; lievi aperture in due articoli successivi, Notas sobre la dinámica del derecho, in: AA.VV., Liber Amicorum. Profesor Don Ignacio de la Concha, Oviedo 1986, 247–251; Historia del derecho y cultura, in: AA.VV., Estudios jurídicos en homenaje al maestro Guillermo Floris Margadant, México, D.F. 1988, 155–161.

73 F. TOMÁS Y VALIENTE, Historia del derecho e historia (1976), in: ID., Obras completas, vol. VI, Madrid 1997, 3285–3298. Il testo di Tomás y Valiente da cui si è estrapolato il passo citato è Nuevas orientaciones de la historia del derecho en España (1981), in: ID.,

Obras completas, cit., 3640. Non mancavano però autorevoli aggiustamenti e difese del *método institucional*; cfr. per tutti i saggi di J. A. ESCUDERO pubblicati tra il 1965 e il 1971, poi raccolti in Historia del derecho: historiografía y problemas, Madrid 1973; una sintesi ora in: ID., Curso de historia del derecho. Fuentes e instituciones político-administrativas, Madrid 1985, 3–43.

74 H. COING, La contribución de las naciones europeas al derecho común, in: A. PÉREZ MARTÍN, España y Europa, un pasado jurídico común. Actas I Simposio Internacional del Instituto de Derecho Común, Murcia 1986, 45–61.

75 D. J. OSLER, The Myth of European Legal History, in: Rechtshistorisches Journal 16 (1997) 403 ss.; ID. The Fantasy Men, in: Rechtsgeschichte 10 (2007) 169–192.

dagli storici del diritto iberici, e ammise all'interno del racconto i campioni della seconda scolastica. Il diritto spagnolo era finalmente parte della storia giuridica dell'Europa continentale.

Il secondo passaggio è datato 1989 e si svolse in Toscana, dove un convegno organizzato dal Centro di studi per la storia del pensiero giuridico moderno, sotto la direzione di Paolo Grossi, *Hispania entre derechos propios y derechos nacionales*, permise alla storiografia spagnola di «autopresentarsi sulla scena giuridica europea», e di sottoporsi ad una sorta di psicoterapia di gruppo di fronte ai colleghi italiani.⁷⁶ Nella relazione introduttiva infatti Tomás y Valiente non solo portò a compimento il processo di rivisitazione metodologica delle posizioni concettuali di García Gallo iniziato nel 1976, ma incrinò definitivamente la rappresentazione della scuola di Hinojosa che il maestro madrilenò aveva diffuso, disvelando le manipolazioni ideologiche cui era stata sottoposta e arrivando sostanzialmente a mettere in discussione l'esistenza stessa di una scuola di Hinojosa e successivamente di García Gallo.⁷⁷ Nel secondo volume compare invece un'altra importante relazione che ci permette di integrare il piano metodologico con quello contenutistico e ci riconduce nelle Indie, nel luogo, cioè, dal quale siamo partiti. Non era sfuggita agli organizzatori dell'incontro l'importanza di complicare le immagini di *Hispania* indagando le sue proiezioni giuridiche nei territori d'oltre Oceano. Si era affidato così alla sapienza di Victor Tau Anzoátegui il compito di illustrare l'allora esoticissimo *derecho indiano* ed i suoi rapporti con il diritto castigliano e il diritto comune. E Tau, attraverso il filtro della relazione murciana di Coing del 1986, prima citazione, e l'utilizzo della sua autorità per ribadire il rinnovato interesse verso la diffusione del diritto comune nel mondo ispanico, sostenne che fosse impossibile comprendere e descrivere il diritto comune in Spagna «senza tenere in debito conto la sua espansione nello spazio atlantico».⁷⁸ Dopo il diritto e i giuristi castigliani anche il *derecho indiano* e i suoi protagonisti chiedevano di far parte della storia giuridica europea. Vi era un «unico sistema giuridico di radice europea continentale», «un'unica unità di studio» in cui si integravano diritto comune, diritto castigliano, diritto indiano. García Gallo ed i suoi innumerevoli lavori continuavano a fornire a Tau Anzoátegui le coordinate metodologiche e l'immagine insostituibile di un sistema con funzione centripeta, ma l'oggetto di quelle coordinate e di quel sistema appariva dalla

76 *Hispania. Entre derechos propios y derechos nacionales* (2 voll.), a cura di B. CLAVERO, P. GROSSI, F. TOMÁS Y VALIENTE, Milano 1990. L'espressione tra virgolette è di P. CAPPELLINI, *Le Spagne del diritto*, in: *Rivista di storia del diritto italiano* 62 (1989) 505-517; cfr. anche la recensione di A. SERRANO GONZÁLEZ, *Hispania, después de entonces*, in: *AHDE* 60 (1990), 633-654.

77 F. TOMÁS Y VALIENTE, *Escuelas e historiografía en la historia del derecho español (1960-1985)*, in: *Hispania* (nt. 76) 11-46; poi ID., *Eduardo de Hinojosa y la historia del derecho en España*, in: *AHDE* 63-64 (1993-1994) 1065-1088; cfr. l'intervento anche di un altro allievo di García Gallo, J. SÁNCHEZ ARCILLA BERNAL, *Jacobus id quod ego. Los caminos de la cien-*

cia jurídica, Madrid 2003, 7-19; 48-68.

78 V. TAU ANZOÁTEGUI, *El derecho indiano en su relación con los derechos castellano y común*, in: *Hispania* (nt. 76) vol. 2, 572-591.

relazione del maestro argentino ben più complesso di quanto non lo fosse nei lavori dello storico del diritto madrileno.

Il diritto comune, via Madrid, era ormai sbarcato nelle Indie. Il Congresso toscano ne prendeva atto, attestava pubblicamente l'ingresso del *derecho indiano* nella grande storia del diritto europeo e rendeva possibili nuove narrazioni.

Luigi Nuzzo