

La Rivoluzione francese e il pensiero giuridico

*L'idea del regno della legge**

di Jean Ray

Sommario: §1. – Premessa §2. – La dottrina di Rousseau e la definizione della legge nelle costituzioni rivoluzionarie §3. – La creazione di un corpo legislativo; come essa influisce sui caratteri della legge §4. – La legge e i giudici. L'istituzione del Tribunale di Cassazione §5. – La legislazione e il governo: leggi e regolamenti §6. – Semplicità e pubblicità delle leggi; la legge e la coscienza §7. – Conclusione: ciò che dello spirito rivoluzionario deve restare nel nostro diritto

§1. – Premessa

Nell'opera più importante concernente il nostro argomento, Maxime Leroy ricorda l'espressione di Michelet: la Rivoluzione è «la salita al trono della legge»¹. Egli ritiene, tuttavia, che il cambiamento fu meno profondo di quello che si credette, perché la legge avrebbe semplicemente preso il posto del re, in una concezione persistente di un ordine imposto con la forza. L'analogia qui rilevata importa meno, secondo noi, della differenza che appare; e se nessuno può negare una continuità che si manifestò in tante forme, noi vorremmo dimostrare tuttavia che all'epoca della Rivoluzione l'idea di legge si è impregnata di un significato e di una forza nuovi, che si sono ripercossi sulle principali istituzioni del nostro tempo.

Non ci soffermeremo sull'importanza che i membri della Costituente hanno attribuito alla legge, concepita come la base del nuovo regime. Ricordiamo solo che tra i 17 articoli della prima Dichiarazione dei diritti ve ne sono sette che contengono una proposizione che si ri-

* Edizione a cura di Francesco Di Donato. Il testo originale di questo saggio di Jean Ray dal titolo *La Révolution Française et la pensée juridique: l'idée du règne de la loi*, fu pubblicato per la prima volta nella *Revue philosophique de la France et de l'étranger*, 64^e année, t. 128, n. 9/12, septembre-octobre et novembre-décembre 1939, 364-393. La prima traduzione italiana fu realizzata da M.- C. CATTANEO MILNER e uscì nel vol. *La Rivoluzione francese e il pensiero giuridico. L'idea del regno della legge*, Roma, Edizioni Lavoro, 1989, 25-69. Quella che qui si presenta è una versione rivista che, sulla base di quel testo, realizza anche una più accurata e aggiornata stesura delle note e delle citazioni.

¹ M. LEROY, *La Loi. Essai sur la théorie de l'autorité dans la démocratie*, Paris, V. Giard et E. Brière, 1908, 79. Si veda anche l'importante tesi, sostenuta alla Sorbona [e pubblicata in edizione definitiva] nel momento stesso in cui terminavamo questo saggio, di J. BELIN, *La Logique d'une idée-force. L'idée d'utilité sociale pendant la Révolution française (1789-1792)*, Paris, Hermann, 1939 [la rispettiva *thèse* era stata pubblicata nel 1930], spec. 83 ss. (capitolo su «la supremazia della legge»).

ferisce a una funzione importante della legge. Nella Costituzione del 1791 il giuramento civico è così concepito: «Giuro di essere fedele alla Nazione, alla Legge e al Re»; mentre il re, da parte sua, giura di essere «fedele alla Nazione e alla Legge»². Citiamo infine da Aulard la frase di Isnard in un discorso del 14 novembre 1791: «Il mio Dio è la legge; io non ne conosco altri»³.

§2. – *La dottrina di Rousseau e la definizione della legge nelle costituzioni rivoluzionarie*

Che cos'è dunque la legge? Il termine era molto usato negli ultimi secoli della monarchia. Era diffuso soprattutto nell'ambito di quella disciplina che noi oggi chiameremmo la filosofia del diritto; lo si ritrova nel titolo stesso delle opere principali di Domat, Montesquieu e Mably, che preparavano il prestigio al quale la parola era destinata, nel giorno in cui ci si sarebbe abituati a scriverla al singolare e con la lettera maiuscola. Ma l'idea di legge non aveva ancora quel significato tecnico preciso che è ora il suo. Nulla esprime meglio questo importante fatto del modo in cui Rondonneau⁴ presenta le eccellenti tavole ordinate da lui nel 1828 per le due grandi opere di Merlin che coprono, come si sa, l'ultimo periodo del diritto antico, il diritto intermedio e i primi anni del diritto nuovo; mentre una terza tavola concerne «le leggi francesi dopo il 1789», la tavola II ha per titolo: «Leggi francesi prima del 1789». La simmetria sembra perfetta; ma questa tavola II si suddivide in due sezioni che si intitolano, la prima «Ordinanze, editti, dichiarazioni, lettere patenti...», e la seconda: «Leggi francesi prima del 1789: consuetudini». Ciò dimostra bene che, se il giurista del XIX secolo poteva trovare nel diritto antico certe categorie di testi assimilabili alle «leggi» del diritto nuovo, nessuna di queste categorie ai suoi tempi aveva la qualifica propria di «legge».

La speculazione era forse più libera. Fu Rousseau a orientarla in maniera decisiva. Riassumendo nell'*Emilio* il *Contratto sociale*⁵ egli dichiara a proposito dei «veri caratteri della legge»: «Il soggetto era com-

² Citiamo i testi costituzionali francesi da: L. DUGUIT, H. MONNIER, R. BONNARD (a cura di), *Les constitutions et les principales lois politiques de la France, depuis 1789*, Paris, LGDJ, 1932²; e le altre leggi francesi dalla raccolta di J. B. DUVERGIER, *Collection complète des lois, décrets... du Conseil d'Etat*, Paris, C. Noblet, 1868-1869.

³ A. AULARD, *Histoire politique de la Révolution française. Origine et développement de la démocratie et de la République (1789-1804)*, Paris, A. Colin, 1901, 395.

⁴ L. RONDONNEAU, *Tables générales de matières contenues dans le « Répertoire de jurisprudence » et dans le « Recueil alphabétique des questions de droit » de M. Merlin*, Paris, J.-P. Roret, 1828.

⁵ Cit. da G. BEAULAVON nella sua edizione del *Contrat social* (= *Du Contrat social, publié, avec une introduction et des notes explicatives*), Paris, F. Rieder, 1914², 176, nota 1.

pletamente nuovo; la definizione della legge era ancora da fare». E, come ha rilevato René Hubert, «non c'è in Francia, verso il 1750, che una sola testa di filosofo nella quale avviene questa rivoluzione intellettuale che prepara e annuncia la rivoluzione politica: è quella di Rousseau»⁶. Andiamo a verificarlo.

Montesquieu esercitò in modo diverso la sua influenza. Ma, senza ombra di dubbio, fu Rousseau a dare ai Costituenti e ai Convenzionali la loro teoria della legge. Nel *Contratto* essa era astratta, sottile, e, a detta di alcuni, «inestricabile»⁷. I politici, come Condorcet⁸, la fecero propria. Essa passò, così decantata, nelle costituzioni rivoluzionarie; e sembrò definitivamente installata nel cuore del nostro diritto, quando il vecchio costituente e convenzionale Merlin de Douai, diventato ormai il più influente dei giuristi dell'epoca imperiale, la riprese alla lettera: la voce «Legge» nel suo *Répertoire de Jurisprudence*⁹, nella sua parte generale, è composta esclusivamente dalla citazione e dal commento di due o tre testi di Rousseau.

La legge, secondo Rousseau, è l'espressione della volontà generale. Questa formula fu traslata tale e quale nell'art. 6 della prima «Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino» e si ritrova del pari, nel 1793, nell'art. 3 della «Dichiarazione girondina» e poi nell'art. 4 della «Dichiarazione montagnarda»; essa permane, infine, nei testi del 5 fruttidoro dell'anno III, precisamente all'art. 6 della «Dichiarazione dei diritti». Bisogna però ricordare che, per Rousseau, la formula ha un duplice significato: significa anzitutto che la legge promana dalla volontà generale; ma significa pure, nel contempo, che la legge può avere un solo oggetto generale¹⁰. I due aspetti sono interconnessi; affinché una volontà abbia un carattere veramente generale, è necessario che il popolo legiferi soltanto sui suoi interessi comuni. È una dottrina ricca di conseguenze pratiche, che Merlin sviluppa con precisione: «Se qualche volta una nazione esercitasse il suo potere o manifestasse la sua volontà su oggetti particolari, lo farebbe non come sovrano, ma come governo; e allora non agirebbe da legislatore, ma da magistrato; inve-

⁶ R. HUBERT, *Les Sciences sociales dans l'Encyclopédie. La Philosophie de l'histoire et le problème des origines sociales*, Paris, F. Alcan, 1923, 364 (ora in rist. anast., Genève, Slatkine, 1970).

⁷ E. FAGUET, cit. da Beaulavon, *op. supra cit.*, nt. 5, 166, n. 1.

⁸ A. AULARD, *op. supra cit.*, ntt. 3, 12, spec. nt. 2, dove è citato questo testo di Condorcet, tratto dalle *Réflexions sur les pouvoirs et instructions à donner par les provinces à leurs députés aux États généraux* (1789, ora consultabile on-line sul sito della BNF, NUMM-41725): «La società è [...] esclusivamente ed eminentemente governante di se stessa. [...] La volontà generale fa la legge».

⁹ P.-A. MERLIN DE DOUAI, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence* [17 vol. in-4°], (voce) *Loi*, vol. 7 della 4ª ediz., Paris, chez Garnery, 1812 (ora consultabile on-line sul sito della BNF, NUMM-5510381).

¹⁰ Si veda soprattutto il lungo brano riprodotto da P.-A. MERLIN, che si trova nel libro II del *Contrat social*, cap. 4 (*Dei limiti del potere sovrano*); cfr., inoltre, *ivi*, i capitoli 6 (*Della legge*) e 7 (*Del legislatore*).

ce di emanare una legge, darebbe un ordine o pronuncerebbe una sentenza». L'atto con il quale il popolo di Atene condannò Socrate non era una legge. Ritroveremo più oltre questo importante problema.

Ma quello che importa ora sottolineare è che la legge, quando ha una tale natura, è legata nella maniera più intima a due aspetti essenziali dell'ideale rivoluzionario, che sono a loro volta connessi l'uno all'altro: la *libertà* e l'*eguaglianza*. Beaulavon, nella sua *Introduzione al Contratto sociale*¹¹, ha sottolineato con insistenza l'accostamento che s'impone qui tra Rousseau e Kant. Dal punto di vista più propriamente giuridico, Merlin aveva già colto nettamente il punto essenziale: la libertà è assicurata dal fatto che la legge proviene dagli stessi soggetti che essa governa. Ma, come per Kant, la massima dell'azione deve poter essere elevata a legge universale, così per Rousseau la legge non può imporre che degli obblighi universali; essa non deve pronunciarsi «né su un uomo, né su un fatto». La libertà è dunque legata all'uguaglianza; ma perché mai? Perché, dice Rousseau, solo un interesse comune può «unire e identificare la regola del giudice e quella della parte»; o ancora, come dice Merlin, ciascuno, sottomettendosi come individuo alle condizioni che egli impone agli altri, non potrebbe essere ingiusto verso di essi senza esserlo verso se stesso.

È una concezione astratta? Certamente. Non è vera se non in astratto? È possibile. Kant pensava che non potesse esserci mai una sola azione che fosse perfettamente morale; Rousseau a sua volta aveva scritto: «Esaminando bene le cose, si troverebbe che ben poche nazioni hanno delle leggi»¹². Forse, al termine del nostro studio, potremo cogliere un po' meglio il significato di questa dottrina. Ma fin d'ora dobbiamo constatare che l'idea di associare strettamente legge, libertà e uguaglianza e di fondare su questi stessi rapporti il prestigio supremo della legge è stato iscritto nei testi giuridici dalla Rivoluzione. Art. 6 della prima Dichiarazione (1789): «La legge è l'espressione della volontà generale. [...] Essa deve essere la stessa per tutti». Art. 3 della Dichiarazione girondina: «La conservazione della libertà dipende dalla sottomissione alla legge, che è l'espressione della volontà generale». Art. 4 della Dichiarazione montagnarda: «La legge è l'espressione libera e solenne della volontà generale; essa è la stessa per tutti».

In ragione degli stessi legami che la ricollegano alla libertà e all'uguaglianza, la legge è come il simbolo di tutta l'opera rivoluzionaria. L'idea della sua supremazia ispirò un complesso imponente d'istituzioni erette dal diritto positivo, che le diedero vita e durata; noi le passeremo in rassegna, senza poter dare in questa sede nient'altro che un accenno alle questioni di notevole importanza che vi sono connesse.

¹¹ G. BEAULAVON, *op. supra cit.*, nt. 5, 37.

¹² *Contrat social*, libro III, cap. 15.

§3. – La creazione di un corpo legislativo; come essa influisce sui caratteri della legge

Oggi si contrappongono correntemente le leggi alle consuetudini. Pothier, al contrario, parlava senz'alcun imbarazzo di «leggi consuetudinarie»¹³. Senza dubbio il re si comportava talvolta da legislatore, ad esempio quando emanava delle ordinanze. Ma, per un verso, questi atti formali non occupavano che uno spazio limitato nell'insieme del diritto; e, per un altro, non si opponevano in senso stretto, in quanto misure generali, alle decisioni regie di tipo particolare. Esmein rileva che un tempo tutti gli atti provenienti dall'autorità regia erano riuniti sotto lo stesso nome di «mandamenti»¹⁴.

La teoria della separazione dei poteri assume qui un ruolo importante; per noi essa resta associata al nome di Montesquieu, e più precisamente all'interpretazione che Montesquieu ha dato delle istituzioni inglesi¹⁵. Ma né le istituzioni inglesi prepararono, né Montesquieu presentò la Rivoluzione, che doveva portare con sé l'idea di una funzione legislativa nettamente differenziata, con un suo proprio organo. Ciò che Montesquieu aveva in mente era un corpo di leggi fisse e stabilite, le quali, secondo quanto egli scrive nelle *Lettere persiane*, «non si possono toccare se non con mano tremolante»¹⁶. L'Inghilterra era fortemente legata a questa continuità del diritto; essa è il paese del *Common law*¹⁷, cioè di un diritto essenzialmente tradizionale, che gli *statutes*, opera del re approvata dal suo parlamento, possono sì precisare, completare o emendare, ma che tuttavia nel suo insieme non ammette alcuna trasformazione brusca o artificiale.

¹³ Per esempio nella sua *Introduction générale aux coutumes* [= R.-J. POTHIER, *Coutumes des duché, bailliage et prévôté d'Orléans et ressorts d'iceux, avec une introduction générale auxdites coutumes et des introductions particulières à la tête de chaque titre*], Orléans, chez J. Rouzeau-Montaut, 1760, 3 tomes en 2 vol. in-12°, vol. 1, 1 ss.

¹⁴ A. ESMEIN, *Cours élémentaire d'histoire du droit français*, Paris, L. Larose, 1898³, 774, nt. 1 (ora consultabile on-line sul sito della BNF, NUMM-5721905); M. LEROY, *op. supra cit.*, nt. 1, 90, ha espresso, in una specie di compendio storico, un aspetto della trasformazione insensibile che doveva condurre a un'antitesi formale soltanto all'epoca rivoluzionaria: «Gli ordini del re che, nell'epoca della coltivazione rurale primitiva, si dirigevano a individui presi singolarmente, divennero ordini assunti in Consiglio e rivolti a determinate categorie d'individui».

¹⁵ Cfr. J. DEDIEU, *Montesquieu et la tradition politique anglaise en France. Les sources anglaises de l'Esprit des lois*, Paris, J. Gabalda et C., 1909; E. CARCASSONNE, *Montesquieu et le problème de la Constitution française au XVIII^e siècle*, Paris, Puf, 1927 [rist. anast., Genève, Slatkine, 1970, ora consultabile on-line sul sito della BNF, NUMM-5443].

¹⁶ Il conservatorismo di Montesquieu spiega il tono aspro di Condorcet nelle sue *Observations sur le XXIX livre de l'Esprit des lois*: A.-L.-C. DESTUTT DE TRACY, *Commentaire sur l'«Esprit des lois» de Montesquieu; suivi d'observations inédites de Condorcet sur le 29^e livre du même ouvrage*, Paris, Delaunay, 1819, (ora consultabile on-line sul sito della BNF, NUMM-5658432).

¹⁷ Su questo regime vedi soprattutto M. ANCEL, *La 'common law' d'Angleterre*, Paris, Rousseau et C. éditeurs, 1927; osservazioni sulla sua continuità, *ivi*, 207; e, sui suoi rapporti con gli *statutes*, 66.

D'altra parte si è spesso paragonato «lo spirito rivoluzionario in Francia e negli Stati Uniti alla fine del XVIII secolo»¹⁸. Tra il pensiero inglese e il pensiero francese, il pensiero americano occupa una posizione intermedia. Secondo la concezione più diffusa, il colono inglese aveva portato con sé il diritto di essere governato secondo il *Common law*¹⁹. Gli Americani si ribellarono contro la violazione di questo diritto tradizionale determinato dall'arbitrio del re²⁰. Ma nello stesso tempo – come del resto stavano per fare, di lì a poco, anche i rivoluzionari francesi – essi istituirono un potere legislativo ben differenziato, fondandosi sull'idea che la legge debba essere fatta dal popolo²¹, o da organi ai quali il popolo avrà delegato i suoi poteri.

Ma fu in Francia che l'idea di un potere distinto, stabilito per l'elaborazione delle leggi, doveva portare a compimento tutte le sue conseguenze. Questa idea fu messa in opera con decisione fin dalla Costituzione del 1791, e si ritrova poi nei testi di tutte le altre costituzioni rivoluzionarie²²; essa vi figura con alcune varianti, e in una forma non sempre pura, poiché il potere legislativo si presenta più o meno libero da un dovere di cooperazione con il potere esecutivo, che tende però sempre a riemergere; ma, infine, nel 1793, nell'anno III, e anche nell'anno VIII, come nel 1791, vi è sempre un organo legislativo. Però non possiamo essere sicuri che gli uomini che lo istituirono avessero previsto e voluto la trasformazione che questa creazione doveva comportare nella natura stessa della legge. Quest'ultima sarebbe diventata essenzialmente *artificiale e variabile*. Nulla, nelle dottrine dominanti, sembrava orientare le menti in questo senso.

L'idea corrente era quella di una natura umana, dappertutto identica e stabile²³. Se degli errori hanno potuto corrompere la società, basterà

¹⁸ È il titolo di un libro di B. FAY apparso nel 1924 [= B. FAY, *L'Esprit révolutionnaire en France et aux États-Unis à la fin du XVIII^e siècle. Thèse pour le doctorat ès lettres présentée à la Faculté des lettres de Paris*, Paris, E. Champion, 1924].

¹⁹ Notizie in proposito in F.-R. DARESTE, P. DARESTE, J. DELPECHE e J. LAFERRIÈRE, *Les Constitutions modernes: Europe, Afrique, Asie, Océanie, Amérique. Traductions accompagnées de notices historiques et de notes explicatives*, Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1929-1934, vol. 6: *Les États-Unis: les États de l'Union*, 1 ss.

²⁰ Si consideri la dichiarazione d'Indipendenza del 4 luglio 1776, e in special modo la doglianza rivolta al re di Gran Bretagna per avere abolito in una colonia d'America il «libero sistema delle leggi inglesi». Sulla trasposizione del *Common law* agli Stati Uniti, cfr. M. ANCEL, *op. supra cit.*, nt. 17, 177 ss.

²¹ Per esempio Costituzione del Massachusetts del 1779 (F. B. HOUGH, *American Constitutions, comprising the constitution of each state in the union and of the United States, with the declaration of independence and articles of confederation, each accompanied by a historical introduction and notes, together with a classified analysis of the constitutions*, 2 vol. in-8°, Albany, Weed, Parsons and Co., 1872, vol. 1, 616): il paese «sarà una Repubblica, il cui popolo sarà governato da leggi fisse, create da lui stesso».

²² Costituzione del 1791, tit. III, capitoli 1 e 3; Costituzione girondina del 1793, tit. VII; Costituzione montagnarda del 1793, articoli 39 ss.; Costituzione dell'anno III, articoli 44 ss.; Costituzione dell'anno VIII, articoli 25 ss..

²³ P. SAGNAC, *La Législation civile de la Révolution française (1789-1804). Essai d'histoire sociale*, Paris, Hachette, 1898, 21 ss. (rist. anast. Genève, Slatkine 1979, ora consultabile on-line

che i lumi si diffondano, che la ragione scopra la verità, affinché un ordine giuridico permanente sia ristabilito o istituito. I fisiocratici non fanno che esprimere il sistema con un rigore particolare; così Dupont: «Le ordinanze dei sovrani, che sono chiamate leggi positive, devono essere solo degli atti che dichiarano le leggi essenziali dell'ordine sociale»²⁴. Rousseau, Mably, Diderot, gli Enciclopedisti non la pensano diversamente. Certo, vi sono delle sfumature che differenziano gli uni dagli altri: in alcuni persiste l'idea di una formazione soprattutto consuetudinaria del diritto; costoro sono vicini a Montesquieu, forse con questa differenza, che l'autore dell'*Esprit des lois* è più sensibile alle diversità locali; altri sembrano dare maggiore spazio alla costruzione razionale; ma ciò che dimostra la generale unità di tutte le tendenze, è la formula che dà Montesquieu²⁵ e che è ripresa all'inizio della voce *Legge* dell'*Encyclopédie*: «La legge, in generale, è la ragione umana in quanto governa tutti i popoli della terra; e le leggi politiche e civili di ogni nazione devono essere i casi particolari nei quali si applica questa ragione umana».

Tutti gli uomini che hanno esercitato un'influenza all'epoca dell'elaborazione dei testi rivoluzionari erano persuasi che la *legge*, la legge conforme alla *natura*, la legge opera della *ragione*, è cosa solida e durevole. Nessuno ebbe più influenza di Mounier nell'opera di redazione della Dichiarazione dei diritti e della prima Costituzione. Ora, alla vigilia della Rivoluzione egli espose le sue idee politiche²⁶. Secondo lui, è l'autorità della legge il fondamento della libertà e la sua difesa contro l'arbitrio. Ma, per rivestire questo ruolo, essa deve avere una sufficiente stabilità. L'instabilità della legge la farebbe disprezzare dal popolo, e «la tranquillità sarebbe continuamente interrotta nel regno a causa delle innovazioni». Cambacérès, che ebbe alla Convenzione la massima autorità in materia di legislazione civile, non la pensava diversamente: l'edificio, egli dice presentando il primo progetto di codice civile, «dev'essere costruito sulla terra ferma delle leggi della natura»²⁷. Il pensiero che fu costantemente presente nella mente dei codificatori è che essi sentivano di lavorare per l'avvenire.

sul sito della BNF, NUMM-7096) Nell'*Encyclopédie* si veda la voce *Loi* (a firma di Jaucourt), e la voce *Droit de la nature* (a firma Boucher d'Argis); sui filosofi dell'*Encyclopédie*, cfr. R. Hubert, *op. supra cit.*, nt. 6, spec. 278 e 359.

²⁴ Citato da P. SAGNAC, *op. e loc. supra cit.* in nt. precedente.

²⁵ *Esprit des lois*, libro I, cap. III, 39 [= ed. a cura e con commento di M. Bernès, Paris, Belin frères, 1897].

²⁶ J.-J. MOUNIER, *Considérations sur les gouvernements et principalement sur celui qui convient à la France*, Paris, chez Baudouin, imprimeur de l'Assemblée nationale, 1789. Cfr. i suoi *Rapports*, del luglio 1789, all'Assemblea Nazionale (= Bibliothèque Nationale de France, da ora in avanti BNF: 8-LE29-50; 8-LE29-82).

²⁷ Citato da P. SAGNAC, *op. supra cit.*, ntt. 23, 35; si veda anche il *Rapport* di J.-J.- RÉGIS DE CAMBACÉRÈS, *Sur le plan général de classification des lois* [= *Convention nationale. Rapport et projet de décret sur le plan général de la classification des lois, présentés au nom du Comité de Salut public, et de la Commission de recensement et de la rédaction complète des lois, par Cambacérès*, Paris, Impr. nationale (s. d., ma 1794)], presentato alla Convenzione nel messidoro anno II (= BNF, 8-LE38-857).

Solo i rivoluzionari, esaltando la sovranità della legge, erano riusciti a istituire degli organi legislativi, in un'epoca nella quale le istituzioni esistenti erano criticate da ogni parte, e in ogni campo si avvertiva il bisogno e maturava la volontà di provvedere a una profonda modifica del vecchio diritto. Il potere legislativo, appena istituito, si mise a funzionare con grande intensità; i limiti che avrebbero potuto opporsi alla sua azione erano, l'uno dopo l'altro, tutti caduti per effetto dell'espansione dello spirito rivoluzionario²⁸. Ci si discostò dunque sempre di più, di fatto, dall'idea di un *Common law*, di un diritto abbastanza stabile capace di garantire protezione contro l'arbitrio. Questo *Common law* [la *coutume*] era certo esistito nella Francia di antico regime, malgrado le diversità locali; ma la nuova passione per l'unità nazionale rendeva le diversità più sensibili e nel contempo meno sopportabili. Occorreva ora elaborare per la nazione un diritto completamente nuovo. Ci si abituò così all'idea che il diritto nasce principalmente dalla volontà del legislatore nel senso più concreto del termine, vale a dire dagli organi legislativi. Probabilmente vi fu un momento, all'indomani dell'elaborazione dei codici, in cui si poté credere di nuovo a una vera stabilità del diritto. Ma questa sensazione non cancellò quella che si era impressa negli spiriti all'epoca della Rivoluzione in modo forse accidentale e senza un disegno premeditato, e purtuttavia profondo. L'idea che il diritto sia essenzialmente l'opera dell'organo legislativo, e che dunque sia una cosa artificiale e mutevole, era ormai incardinata nel nucleo delle nostre istituzioni.

Qualsiasi cosa fosse avvenuta ai caratteri della legge, era necessario, per assicurarne la supremazia, farla rispettare dai giudici e dai governanti. Quale fu, di fronte a questi due problemi fondamentali, l'atteggiamento degli uomini della Rivoluzione?

§4. - La legge e i giudici. L'istituzione del Tribunale di Cassazione

L'organizzazione giudiziaria occupa un posto alquanto rilevante nei *cahiers*, specialmente in quelli del Terzo stato²⁹, che chiesero la soppressione delle giurisdizioni feudali, dei tribunali speciali, del potere

²⁸ P. SAGNAC, *op. supra cit.*, nt. 23, 20.

²⁹ Cfr. E. D. GLASSON, R. L. MOREL, A. TISSIER, *Procédure civile* [= *Traité théorique et pratique d'organisation judiciaire, de compétence et de procédure civile*], Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1925-1936, 3^a ed., vol. 1, *Introduction générale et historique* [= *Notions générales et historiques. Organisation judiciaire des actions. De la compétence*, 1925]; P. SAGNAC, *op. supra cit.*, nt. 23, *Introduction*. M. MARION, *Le Garde des sceaux Lamoignon et la réforme judiciaire de 1788*, Paris, Hachette, 1905. E. SELIGMAN, *La Justice en France pendant la Révolution (1789-1792)*, Paris, Plon, 1901, vol. 1; l'appendice IV (ivi, 489) dà il «sunto dei cahiers sulla riforma giudiziaria, stabilito dalla Cancelleria»; sulla semplificazione delle leggi e della procedura, cfr. gli articoli 15 e 53.

di avocazione e della venalità degli uffici. L'opinione pubblica nutriva una profonda diffidenza verso gli organi giurisdizionali; la stessa tecnica giuridica, fonte di complicazioni e di spese, le era sospetta.

Naturalmente le prime misure adottate furono negative: il 4 agosto 1789 vennero aboliti i tribunali feudali; il 20 ottobre seguente si decise di mantenere solo provvisoriamente i tribunali esistenti; il 3 novembre si dichiarò che i parlamenti non avrebbero più ripreso le loro funzioni. Un decreto del 24 marzo 1790 decise la ricostruzione di tutto l'ordine giudiziario; un altro del 31 marzo completò il precedente, avviando la discussione sui principi, che fu molto approfondita.

L'idea di liberarsi della tecnica giuridica e di sostituirla con *procedimenti d'equità* diede il via a una serie d'innovazioni, molte delle quali sopravviveranno alla Rivoluzione: la legge del 16-24 agosto 1790 (titolo I) ammise largamente l'arbitrato, destinato a evitare le lentezze e i costi esorbitanti della procedura giudiziaria ordinaria; la stessa legge (titolo III) creò i giudici di pace, concepiti come giudici di equità; si discusse a lungo sull'istituzione della giuria in materia penale e s'istituì; quanto infine all'elezione dei giudici, che era stata già inserita con alcune riserve nel fondamentale testo legislativo dell'agosto 1790, doveva essere ammessa più compiutamente dalla legge del 22 settembre 1792, che soppresse ogni condizione di capacità.

Ma queste innovazioni, per quanto seducenti avessero potuto sembrare, tendevano di fatto a resuscitare l'arbitrio, contro il quale si erano così vigorosamente battuti gli uomini del 1789. Ecco perché vi fu una tendenza opposta tendente a garantire *l'osservanza rigorosa della legge*. L'istituzione più caratteristica a questo riguardo è quella del Tribunale di Cassazione; è stato notato che essa era sopravvissuta, in tutti i suoi elementi essenziali, attraverso i differenti regimi, e sarebbe superfluo insistere sul ruolo che ha avuto, nell'edificazione del nostro diritto, la corte regolatrice.

Gli storici del diritto³⁰ hanno spiegato con precisione il legame che unisce la Cassazione moderna a certe procedure dell'antico regime; l'analoga, la continuità sono ben stabilite; ma, senza dubbio a causa della espressa sopravvivenza di certe disposizioni antiche, si è talvolta misconosciuto ciò che vi fu di veramente nuovo nell'istituzione rivoluzionaria del Tribunale di Cassazione.

Prima del 1789 le sentenze emanate in ultima istanza dalle corti sovrane erano in linea di principio inappellabili. Ma il re, dal qua-

³⁰ Tutto ciò che è stato scritto nel nostro tempo sull'argomento deriva dall'opera di É. CHÉNON, *Origine, condition et effets de la cassation*, Paris, L. Larose et Forcel, 1882 (ora consultabile on-line sul sito della BNF, NUMM-5784140), che aveva a sua volta ampiamente utilizzato P.-A. MERLIN DE DOUAI, *op. supra cit.*, nt. 9, (voce) *Cassation* (vol. 3 della 4ª ed., [Bruxelles, 1828-1830]). I principi sono presentati con perfetta chiarezza in A. ESMEIN, *op. supra cit.*, nt. 14, 432 ss.

le derivava ogni autorità giudiziaria, poteva cassarli; era questa una delle manifestazioni del principio della cosiddetta «giustizia ritenuta». Essenzialmente questo non implicava, quindi, la distinzione - inerente alla Cassazione moderna - tra il fatto e il diritto. Ciò è tanto vero che la più antica procedura di questo genere, la «proposizione di errore», presupponeva un errore di fatto. L'istanza era indirizzata al Consiglio privato del re; il cancelliere la faceva esaminare dai *maîtres de requêtes de l'hôtel* [giuristi-funzionari che prestavano servizio nell'*entourage* dei ministri]; se il loro parere era favorevole, la causa era incardinata davanti al Consiglio; e se il Consiglio riconosceva l'errore, erano inviate al Parlamento che aveva pronunciato la sentenza delle «lettere patenti», con l'ingiunzione di effettuare la revisione del caso. Questo tipo di ricorso fu soppresso dall'ordinanza del 1667; ma nel contempo fu istituito un ricorso analogo per violazione di ordinanze e di consuetudini. Il giudizio su questi ricorsi divenne la funzione principale del «Consiglio delle parti». La procedura, come quella della «proposizione di errore», e come quelle adottate dalla Cassazione moderna (in materia civile), era caratterizzata da queste due distinte fasi: 1. vi era preventivamente un giudizio di ammissione o di rigetto del ricorso; 2. in caso di ammissione, si procedeva all'esame definitivo nel merito del ricorso.

Chénon, pur mostrando come nel XVIII secolo il ricorso al Consiglio del re si fosse avviato verso la procedura moderna della Cassazione³¹, ha sottolineato con precisione ciò che lo distingueva da quella. I parlamenti le cui sentenze erano cassate facevano rimostranze su rimostranze; e la sentenza cassata conservava, in molti casi, il suo prestigio. Omer Talon nel XVII secolo, Hiver nel XVIII, non mancarono di notare questa tendenza: agli occhi dei magistrati come agli occhi del pubblico, dice Hiver, «la cassazione, via legale e indispensabile, l'avocazione, procedimento arbitrario e impiegato con troppa disinvoltura, erano l'una e l'altra soltanto degli attentati portati dalla corte alla libera e buona amministrazione della giustizia». Il fatto è che la procedura conservava dei difetti della sua origine: capitava che il Consiglio trattenesse la questione per esaminarla a fondo; la distinzione fra diritto e fatto cessava allora di caratterizzare la procedura; inoltre, poiché il consiglio non era tenuto a motivare le sue decisioni, la cassazione rischiava sempre di apparire arbitraria. Come osserva Esmein, questo ricorso aveva il carattere di una grazia, di un favore *ad personam* fatto dal re; e nella pratica non offriva sufficienti garanzie; i *maîtres de requêtes*

³¹ Egli cita in particolare un decreto del 18 dicembre 1775, nel quale lo stesso «Conseil des parties» dichiara che la cassazione «non può avere come oggetto che il mantenimento della autorità legislativa e delle ordinanze». Il documento principale su questo periodo è una memoria redatta nel 1762, su richiesta di Luigi XV, da due suoi consiglieri, Joly de Fleury e Gilbert de Voisins, a séguito delle lamentele a cui aveva dato luogo la procedura in questione (É. CHÉNON, *op. supra cit.*, nt. 30, 60 ss.).

non sempre avevano grandi capacità e la deliberazione in Consiglio raramente era seria.

Ascoltiamo, nello stesso senso, ciò che diceva Montesquieu³². Sappiamo che secondo lui è il Parlamento a essere il «deposito delle leggi»: esso difende quelle leggi contro gli attacchi del potere arbitrario. Così la procedura di cassazione, lungi dall'apparirgli come una garanzia del rispetto del diritto, gli sembra un riprovevole abuso: «Il consiglio del principe non è un deposito conveniente. Esso è per natura il deposito della volontà momentanea del principe che esegue, e non già il deposito delle leggi fondamentali. Inoltre il consiglio del monarca cambia continuamente; non è affatto permanente; i suoi membri non possono essere numerosi; e non riscuote affatto un grado di fiducia sufficientemente elevato da parte del popolo».

Dal 20 ottobre 1789 la Costituente, dando ragione alla principale critica che abbiamo esposto, sottrasse al Consiglio del re il diritto di avocare un processo «con riserva di decidere nel merito la questione». Il 22 dicembre seguente Thouret propose d'istituire una «Corte suprema di revisione». Si fu incerti tra il sistema dei giudici itineranti e un corpo sedentario. Merlin fece propendere per questa seconda soluzione con questi due argomenti: si doveva assicurare l'unità della giurisprudenza e si temevano le pressioni localistiche. Ma l'idea che dovessero essere i giudici a garantire il rispetto della legge si scontrava con una concezione opposta, che Robespierre sostenne con forza nel gran dibattito che si tenne nel maggio 1790³³: perché non poteva essere il legislatore stesso a interpretare il testo oscuro? La traccia di questa obiezione si ritrova nel testo del decreto del 12 agosto 1790: «Il tribunale di Cassazione sarà unico e sedentario *presso il Corpo legislativo*». Ma c'è di più: l'interpretazione legislativa fu sovrapposta, dalle leggi del 16-24 agosto 1790 (titolo II, art. 12) e del 27 novembre 1790 (art. 3), alla cassazione. L'idea era destinata a durare piuttosto a lungo. Ad esempio, nell'art. 256 della Costituzione del 5 fruttidoro anno III si legge: «Quando, dopo una cassazione, il secondo giudizio di merito è attaccato con gli stessi mezzi del primo, la questione deve essere sottoposta all'organo legislativo, che emana una legge alla quale il tribunale deve conformarsi». La medesima concezione si ritrova ancora nella legge del 16 settembre 1807 e nell'art. 58 dell'Atto aggiuntivo alle costituzioni dell'Impero (22 aprile 1815).

Questi testi s'ispiravano tutti alla seguente distinzione³⁴: il ricorso per cassazione doveva avere luogo solo nel caso di una «*palese viola-*

³² Nel libro II, cap. 4 dell'*Ésprit des lois*. Cfr. anche E. CARCASSONNE, *op. supra cit.*, nt. 15, 78.

³³ E. SELIGMAN, *op. supra cit.*, nt. 29, 321.

³⁴ E. D. GLASSON, R. L. MOREL, A. TISSIER, *op. supra cit.*, nt. 29, 473 ss.

zione del testo della legge» (L. 27 nov. 1790, art. 3; Cost. a. III, art. 255; Cost. a. VIII, art. 66; L. 10 aprile 1810, art. 7); nei casi oscuri, che si pensava dovessero essere rari, spettava al legislatore decidere. Ma questa distinzione teorica si rivelò impossibile da rispettare in pratica: la violazione della legge deriva, infatti, quasi sempre dalla sua cattiva interpretazione. È per questo che, in definitiva, la Corte di cassazione in Francia doveva restare l'unico organo incaricato di garantire il rispetto della legge e la sua applicazione in maniera uniforme.

Diversi istituti, essenziali per il nostro diritto e risalenti alla Rivoluzione, furono disposti a raggiera intorno al Tribunale di Cassazione, considerato come il supremo custode della legge.

Vi è innanzitutto un principio essenziale: *il custode della legge non dev'essere egli stesso un legislatore*. Nell'antico regime si era determinata una gran confusione, a causa in particolare della pratica delle «sentenze regolamentari»³⁵. La legge del 16 agosto 1790 (titolo II, art. 10) proibì ai giudici di assumere decisioni di carattere generale. La stessa disposizione si ritrova nella Costituzione del 1791 (titolo III, cap. V, art. 3) e in quella dell'anno III (art. 203). Essa fu infine incorporata nell'art. 5 del Codice civile: «È proibito ai giudici di pronunciare in forma di disposizione generale e regolamentare sulle cause che sono loro sottoposte».

Non facciamoci però illusioni sulla vera portata di questo divieto. Tutti sanno che la legge è stata completata in diversi punti dall'evoluzione giurisprudenziale e che una giurisprudenza costante della Corte di cassazione ha un'autorità praticamente decisiva. Ma le prese di posizione più ardite della giurisprudenza non possono essere presentate come decisioni arbitrarie; esse devono fondarsi sul sistema legale vigente; e se è vero che i giuristi individuano agevolmente nei provvedimenti giudiziari le reali innovazioni, non per questo la legge non resta il fondamento di tutto il diritto.

Per formulare un ricorso per cassazione era necessario citare una disposizione di legge che fosse stata violata o male applicata; e la sentenza di cassazione doveva contenere il testo della legge sul quale era fondata (L. 27 nov. 1790, art. 17). Ma questa prescrizione non è forse così rigida come si potrebbe credere; in particolare vi sono dei testi generali che possono essere utilizzati per fondare un ricorso per violazione di una regola non scritta³⁶. Tuttavia, se il sistema comporta una certa

³⁵ A. ESMEIN, *op. supra cit.*, nt. 14, 528 ss. [Sulle sentenze regolamentari (*arrêts de règlement*), cfr. ora D. RICHEL, *La France moderne: l'esprit des institutions*, Paris, Flammarion, 1973 (nuova ediz. 1991), trad. it. a cura di F. DI DONATO, *Lo spirito delle istituzioni. Esperienze costituzionali nella Francia moderna*, Roma-Bari, Laterza, 1998 (3ª ediz. inalterata 2002), 29-30; e, per un'analisi approfondita e ben documentata, P. PAYEN, *Les arrêts de règlement du Parlement de Paris au XVIII^e siècle. Dimension et doctrine*; IDEM, *La physiologie de l'arrêt de règlement du Parlement de Paris au XVIII^e siècle*, entrambi Paris, Puf, rispettivamente 1997 e 1999 (N.d.C.)].

³⁶ E. D. GLASSON, R. L. MOREL, A. TISSIER, *op. supra cit.*, nt. 29, vol. 1, 476; E. H. PERREAU, *Technique de la jurisprudence en droit privé* [= *Technique de la jurisprudence pour la transforma-*

elasticità, certamente apprezzabile, esso conserva però il suo carattere essenziale: è fondato sul principio del rispetto della legge. Noi, che pur siamo tutti impregnati di questa idea, possiamo notare su quali punti le spinte necessarie dell'evoluzione lo hanno fatto cedere; eppure l'importanza stessa che attribuiamo a questi - relativi - cedimenti esprime la nostra convinzione che l'atteggiamento giusto è la leale applicazione della legge.

Negli ultimi secoli dell'antico regime si era stabilito l'uso, forse sotto l'influsso del diritto canonico³⁷, di pronunciare delle decisioni non motivate. Era così - lo abbiamo già notato³⁸ - anche quando si trattava di pronunce di cassazione da parte del Consiglio del re. La legge del 16-24 agosto 1790 (titolo V, art. 15) stabilì che *i giudizi, sotto pena di nullità, dovranno essere motivati*. E questa prescrizione era destinata a restare incorporata nel nostro ordinamento giuridico: essa passò, pressoché identica, nella Costituzione dell'anno III (art. 208), nel Codice di procedura civile (art. 141), e infine nell'art. 7 della legge del 20 aprile 1810 che è, come si sa, uno dei testi più frequentemente citati a fondamento di un ricorso per cassazione. Vi è qui una efficace tutela contro l'arbitrio; le parti e il pubblico possono rendersi conto dei motivi della decisione; questa esigenza impedisce, infine, al giudice di sfuggire al controllo della Corte suprema.

Anche su questo punto i giuristi espressero delle riserve. È un fatto notorio che, per evitare la cassazione, il giudice cerca di fondare le sue decisioni su motivi «di fatto». La distinzione tra il «fatto» e il «diritto» presenta d'altronde molte complicazioni, sulle quali abbiamo spiegato il nostro punto di vista in un precedente lavoro³⁹. Ricordiamo qui solamente il punto essenziale: se in via di principio la Corte di Cassazione ammette con una certa larghezza il potere sovrano dei giudici di merito, essa non manca però di esercitare il suo controllo su tutto ciò che, nelle decisioni di giustizia, implica un'interpretazione della legge.

Il giudice francese deve inoltre essere rispettoso della legge nel senso che egli non può, come il giudice americano, rifiutare di applicarla in quanto incostituzionale. Questa questione è stata ed è ancora molto discussa⁴⁰. Il controllo di costituzionalità delle leggi si sarebbe bene associato a certe dottrine rivoluzionarie: Mounier aveva già chiaramente espresso l'idea di una priorità delle leggi fondamentali, o

tion du droit privé, Paris, L. Larose et L. Tenin, 1912] (ora consultabile on-line sul sito della BNF, NUMM-6108845).

³⁷ D. GLASSON, *op. supra cit.*, nt. 29, vol. 3, 39 ss.

³⁸ Sulla scorta di É. CHÉNON, *op. supra cit.*, nt. 30, 57.

³⁹ J. RAY, *Essai sur la structure logique du Code civil français*, Paris, F. Alcan, 1926, 111 ss.

⁴⁰ Ciò appare nella bibliografia del repertorio DALLOZ, *Supplément*, vol. 2 (1929) (voce *Lois et décrets*); *Addition* (1938) (stesse parole), cap. VII, all'inizio.

delle leggi costituzionali⁴¹; l'art. 4 di una legge del 16 agosto 1790, che completava la contestuale legge sull'organizzazione giudiziaria, sancisce che «l'Assemblea nazionale si riserva di distinguere [...] le disposizioni che sono *costituzionali* da quelle che sono solo *regolamentari*». Per la maggior parte dei convenzionali i «principi» avrebbero potuto provenire solo da un'autorità senza pari. E tuttavia si comprende bene perché l'idea del controllo di costituzionalità delle leggi non si sia radicata nel diritto rivoluzionario: innanzitutto perché essa è, nella sua essenza, conservatrice; ma anche perché, durante la maggior parte del periodo rivoluzionario, il potere costituente e il potere legislativo erano di fatto esercitati dalla stessa assemblea. Fatto sta che fu proibito ai giudici di «sospendere l'esecuzione di una legge» (Cost. 1791, titolo III, cap. V, art. 3). Così siamo portati a formulare un'osservazione parallela a quella che ci suggeriva il discorso precedente: il carattere praticamente illimitato del potere legislativo nelle istituzioni rivoluzionarie.

§5. – *La legislazione e il governo: leggi e regolamenti*

Allo stesso modo che tra il potere legislativo e il potere giudiziario, vi sono dei rapporti da precisare tra il potere legislativo e il potere esecutivo, dal momento che si afferma la distinzione tra gli organi preposti a queste funzioni. Se la legge è essenzialmente opera del potere legislativo, il potere che la deve far eseguire interverrà almeno per assicurarne la promulgazione e la pubblicità. Sul principio di queste formalità tutte le costituzioni concordano; ciò che qui c'interessa è l'importanza attribuita dai rivoluzionari alle misure di pubblicità. Ritroveremo ancora questo problema. Ma si può concepire un intervento del potere esecutivo nell'elaborazione delle leggi molto più incisivo: in primo luogo gli si può conferire, esclusivamente o no, l'iniziativa in questa materia; gli si può riconoscere un diritto di *veto*; infine, e soprattutto, si può ammettere, in maniera più o meno aperta e più o meno larga, che a esso spetti la facoltà di prendere delle misure destinate a completare le leggi propriamente dette.

Mounier, per quanto fosse monarchico, aveva la concezione più esatta della libertà; ed egli ha dato una penetrante analisi della collaborazione del potere esecutivo e del potere legislativo nella confezione delle leggi⁴². Egli ritiene, è vero, che le leggi devono essere «concordate con il re»; dopo il voto dell'Assemblea, è necessaria la sanzione reale. Questa dottrina sembra conforme al desiderio generale dei *cahiers*; nel rap-

⁴¹ *Rapport du Comité chargé du travail sur la Constitution* (luglio 1789), 8 (BNF 8-LE29-50).

⁴² Nelle *Considérations* già citate, al capitolo *Du corps législatif*.

porto che li riassume a nome del Comitato della costituzione⁴³, il conte Clermont-Tonnerre aveva concluso che la maggioranza dei *cahiers* riconoscevano il potere legislativo «come residente nella rappresentanza nazionale sotto la clausola della sanzione reale», di modo che nel 1789 l'opinione sembra conforme a «quest'antica massima dei capitolari: *lex fit consensu populi et constitutione regis*»⁴⁴. Ma Mounier, d'altra parte, voleva limitare strettamente il potere del re: costui deve solo poter raccomandare all'assemblea legislativa di prendere in considerazione un oggetto; se egli proponesse degli «editti già predisposti, si rischierebbe di abbandonare la prassi secondo la quale i rappresentanti formano essi stessi le leggi»; l'iniziativa non deve dunque appartenere al monarca.

Non ci soffermeremo sulla questione della sanzione reale, che è molto conosciuta; si sa che in seguito ad aspre discussioni si giunse al *veto* puramente sospensivo, previsto nella Costituzione del 1791. Vi è ancora qualcos'altro da aggiungere sul tema dell'*iniziativa*. I timori espressi da Mounier rispondevano a una sensazione allora molto diffusa, e conforme tanto a quella dell'Inghilterra del XVIII secolo quanto a quella dei rivoluzionari americani⁴⁵. La Costituzione del 1791 (titolo III, cap. III, sez. I, art. I) riservò dunque al Corpo legislativo il potere di proporre le leggi; la Costituzione dell'anno III (art. 76) doveva consacrare lo stesso principio, a favore del Consiglio dei Cinquecento. Queste due costituzioni ammettono soltanto che il potere esecutivo inviti il potere legislativo a «prendere in considerazione un oggetto» (Costituzione del 1791; *ibid.* Costituzione anno III, art. 163): sono le stesse espressioni di Mounier che sono passate integralmente nella legge.

In seguito il principio fu rovesciato. La Costituzione dell'anno VIII (artt. 25-26) attribuì al solo governo l'iniziativa delle leggi; fu lo stesso per la Carta del 1814, che sostiene letteralmente il contrario dei testi del 1791 e dell'anno III, poiché, dopo aver dichiarato (art. 16) che «il re propone la legge», essa prevede (art. 19) che «le Camere hanno la facoltà di supplicare il re di proporre una legge su qualsiasi oggetto».

La competenza concorrente dei due poteri in materia d'iniziativa fu consacrata dalle leggi del 1875. Ma si può ben dire che i fatti hanno dato ragione a Mounier: la parte del governo nell'iniziativa e nella preparazione delle leggi è diventata largamente preponderante.

Questa tendenza dev'essere considerata insieme ad altri avvenimenti che mostrano come la supremazia del potere legislativo non

⁴³ *Rapport du Comité de constitution, contenant le résumé des cahiers relatifs à cet objet*, letto all'Assemblea il 27 luglio 1789 (=BNF, 8-LE29-79).

⁴⁴ P.-A. MERLIN, *op. supra cit.*, nt. 4, (voce) *Loi*, riprenderà questa formula «di un capitolare [di Carlo il Calvo] dell'864».

⁴⁵ Su questi diversi punti, cfr. A. ESMEIN, *Éléments de droit constitutionnel* [= *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*], 6ª ed. riveduta da J. Barthélemy, Paris, L. Tenin, 1914, 471 ss.

si sia affermata nel modo in cui l'avevano pensata e voluta la maggior parte dei rivoluzionari francesi. Essa non è stata eliminata, quanto piuttosto trasferita, non derivando più da una preponderanza effettiva in materia legislativa, ma dal potere di controllare e di rovesciare l'esecutivo. Bisogna esaminare il modo in cui gli uomini della Rivoluzione avevano cercato di far fronte agli sconfinamenti del potere esecutivo nella funzione legislativa e osservare come e perché questo sforzo fosse fallito.

La volontà di circoscrivere il potere esecutivo nella semplice *esecuzione* delle leggi si espresse innanzitutto nella Costituzione del 1791 (cap. IV, sez. I, art. 6): «Il potere esecutivo non può emanare nessuna legge, nemmeno provvisoria, ma solamente dei proclami conformi alle leggi, per ordinarne o ricordarne l'esecuzione». Tuttavia in questo stesso testo si vede che l'esecuzione non consiste solo in quelle operazioni che costituiscono l'applicazione delle leggi propriamente detta; tra questa applicazione e le leggi medesime può essere necessario che s'interpongano quelli che l'articolo citato chiama «proclami».

L'epoca della Convenzione, che fu quella della preponderanza dell'Assemblea in tutti i campi, rafforzò ancor più le misure di diffidenza verso gli agenti esecutivi. Nulla è più caratteristico, al riguardo, delle leggi dell'anno II, che organizzarono il governo rivoluzionario⁴⁶. Certamente si trattava solo di un regime provvisorio, istituito per la Francia, secondo i termini stessi della risoluzione Bazire, «fino al riconoscimento della sua indipendenza». Ma i decreti del 19 vendemmiaio e del 14 frimaio non sono meno degni di nota. Tutto era subordinato al Comitato di Salute pubblica, che era una diretta emanazione della Convenzione. L'art. 11 della sezione II del decreto di frimaio enuncia questo principio: «È espressamente vietato a ogni autorità e a ogni pubblico funzionario di fare proclami o di emanare decreti estensivi, limitativi o contrari al senso letterale della legge, con il pretesto di interpretarla o di supplirvi...». Gli altri articoli della sezione prendono le precauzioni più minuziose per la sorveglianza degli agenti esecutivi, mentre la prima sezione dello stesso decreto assicura la trasmissione rapida e la pubblicità delle leggi.

Passata la crisi, mentre si lavorava alla redazione di una nuova costituzione, ci si ritrovò esattamente, per la questione che ci riguarda, allo stesso punto del 1791: l'art. 144 della Costituzione del 5 fruttidoro anno III riproduce quasi alla lettera la disposizione presa dalla Costituente: il Direttorio «può fare dei proclami conformi alle leggi e per la loro esecuzione».

⁴⁶ Aulard, *op. supra cit.*, nt. 3, 314 ss.; L. VILLAT, *La Révolution et l'Empire: I. Les Assemblées révolutionnaires (1789-1799)*, 2 voll., Paris, Puf, 1936, 219 ss.

Fu la Costituzione del 22 frimaio anno VIII che assunse una posizione completamente nuova per quanto riguarda i rapporti tra il potere legislativo e il potere esecutivo; essa attribuì al governo, ai Consoli, un insieme di poteri che ricordavano l'antico regime. Il testo che fissa il principio di fondo è l'art. 44: «Il Governo *propone le leggi e fa i regolamenti necessari per la loro esecuzione*». Inoltre l'art. 52 ripristina il Consiglio di Stato⁴⁷, l'antico Consiglio del re, che è «incaricato, sotto la direzione dei Consoli, di redigere i progetti di legge e i regolamenti di amministrazione pubblica, e di risolvere le difficoltà che si presenteranno in materia amministrativa».

Questa istituzione, destinata a durare e a occupare un posto di gran rilievo, fu organizzata dal decreto del 5 nevosio dell'anno VIII: non solo il Consiglio di Stato doveva preparare le leggi, ma erano proprio dei consiglieri di Stato, designati dal Governo, a essere incaricati di presentare i progetti davanti al Tribunale e al Corpo legislativo; inoltre il Consiglio poteva fissare l'interpretazione degli atti legislativi mediante dei «pareri» che, una volta approvati dal capo dello Stato e inseriti nel Bollettino delle leggi, avevano forza di legge; infine il Consiglio completava le leggi con dei regolamenti. Si è fatto rilevare che, sotto il Consolato e l'Impero, il Consiglio di Stato era veramente «il Consiglio del capo dello Stato», di cui i ministri non erano che dei funzionari⁴⁸.

Questa situazione è completamente opposta a quella che aveva voluto stabilire la Costituente quando diede il nome di Consiglio di Stato al Consiglio dei ministri riuniti sotto la presidenza del re⁴⁹. Leggi e regolamenti divennero ormai l'opera del Consiglio di Stato, che agiva sotto la direzione del Primo Console o dell'imperatore: le due tipologie di atti formarono davvero un tutt'uno; tra essi non vi fu più una precisa delimitazione⁵⁰. Aggiungiamo che, a partire dall'anno VIII, con un decreto del 7 fruttidoro, fu creata la distinzione tra consiglieri di Stato in servizio ordinario e in servizio straordinario: questi ultimi erano alti funzionari, direttori generali o direttori. I servizi furono dunque strettamente connessi all'elaborazione delle leggi e dei regolamenti. Congiuntamente venne affermandosi la preponderanza del potere esecutivo e l'influenza della burocrazia.

Se un tale regime, assolutamente opposto al pensiero fisso dei rivoluzionari, poté instaurarsi, ciò fu dovuto senza dubbio alla volontà, palesatasi nell'anno VIII, di stabilire un governo forte; ma ciò fu dovu-

⁴⁷ L. AUCOC, *Le Conseil d'État avant et depuis 1789. Ses transformations, ses travaux et son personnel. Étude historique et bibliographique*, Paris, Impr. Nationale, 1876.

⁴⁸ H. PUGET, *Le Conseil d'État au temps de Napoléon*, in *Revue de Science Politique*, 1921, 388.

⁴⁹ Legge del 27 aprile- 27 maggio 1791, art. 15.

⁵⁰ H. PUGET, *op. supra cit.*, nt. 48, 387.

to anche – riteniamo – all'impossibilità in cui si era trovata la Rivoluzione di fermarsi a una dottrina stabile sulla distinzione tra leggi propriamente dette e misure di applicazione, possiamo dire i «decreti» nel senso moderno del termine. Questa incertezza è durata, aggravandosi, fino ai nostri tempi; ed è proprio ciò che ha attentato in maniera più grave a quel regno della legge che gli uomini dell'89 speravano di fondare.

Gli autori del nostro tempo ammettono che la legge si può definire sia dal punto di vista materiale, sia dal punto di vista formale. «È legge dal punto di vista materiale» – dice Duguit – «ogni disposizione in via generale, formulata senza tener conto di un singolo fatto e persona [...]. Dal punto di vista formale, è legge ogni decisione, quale che sia il suo carattere intrinseco, che emana dall'organo che ha, secondo la costituzione vigente in un dato paese, il carattere di organo legislativo»⁵¹. Merlin aveva però già enunciato un'altra distinzione quantomai necessaria: è sotto forma di legge che è concessa al tale comune l'autorizzazione a emettere il tale prestito; e, al contrario, innumerevoli sono i decreti, opera del potere esecutivo, che adottano delle disposizioni generali⁵². Tra i due punti di vista vi è una discordanza evidente: l'assenza di una costante relazione che sarebbe legittimo attendersi, tra l'atto detto «legge» e l'organo detto «legislativo».

Gli uomini della Convenzione avevano visto bene il problema, senza però pervenire a una stabile soluzione. La Costituzione girondina del 1793 conteneva, nell'art. 4 della sezione II del titolo VII, questa disposizione: «I caratteri che contraddistinguono le leggi sono la loro generalità e la loro durata indefinita; i caratteri che contraddistinguono i decreti sono la loro applicazione locale o particolare e la necessità di rinnovarli a una certa scadenza». Sulla base di queste definizioni astratte, gli articoli 5 e 6 enumeravano gli atti da classificare sotto l'una o l'altra voce. La Costituzione montagnarda – come ha notato Aulard⁵³ – non differisce sostanzialmente dalla Costituzione girondina; tuttavia essa non riprende più la distinzione teorica fra legge e decreto, ma soltanto, agli articoli 54-55, l'enumerazione delle materie da regolare sia per decreto sia per legge. Si noterà che la dichiarazione di guerra, materia particolare, oggetto di decreto nella Costituzione girondina, diventa materia di legge nella Costituzione montagnarda. Ma qual era

⁵¹ L. DUGUIT, n. sous civ. 24 ottobre 1917, nel S. 1918-'19, I, 193.

⁵² P.-A. MERLIN, *Répertoire*, (voce) *Loi*, 524: «È facile discernere, tra gli atti del corpo legislativo, quelli che hanno realmente il carattere di leggi». Non si possono considerare come tali, continua Merlin, quelli che legiferano soltanto su oggetti di interesse puramente locale o individuale. Perché dunque nell'uso questi tipi di atti sono qualificati come leggi? Perché l'Assemblea costituente ha attribuito al potere legislativo il diritto di legiferare su queste materie, e d'altra parte ha voluto (con il decreto del 7 novembre 1789) che tutti i suoi decreti rivestiti della sanzione regia portassero indistintamente il nome e l'intitolazione di «leggi».

⁵³ A. AULARD, *op. supra cit.*, nt. 3, 292.

l'interesse della distinzione? Leggi e decreti, nei testi del 1793, erano emanati entrambi dal corpo legislativo, al quale s'intendeva dare, secondo la formula girondina (art. 1 della sezione II) «l'esercizio pieno e intero del potere legislativo». Solo i decreti, secondo l'espressione montagnarda, sono «emanati» dal Corpo legislativo, mentre le leggi sono solo «proposte» da esso: l'opposizione del popolo può farli fallire (artt. 53 e 59 della Costituzione montagnarda; cfr. Costituzione girondina, titolo VIII, in particolare artt. 27 e 28).

Le disposizioni che abbiamo ricordato si spiegano in base a un'idea semplice, che è venuta a interferire con la distinzione teorica tra la *legge*, intesa come *misura generale*, e il *decreto*, inteso come atto relativo a *casi particolari*. All'inizio della sua voce sulla «legge»⁵⁴, Merlin si preoccupò di citare un testo di Tacito, che descrive i costumi dei Germani: «I principi deliberavano sulle *piccole cose*, la nazione sulle *grandi*»⁵⁵. Capita spesso che le «grandi» cose siano le decisioni generali o di principio, le «piccole» siano le decisioni particolari. Ma è evidente che non sempre è così: la scelta di un capo, una dichiarazione di guerra sono cose gravi e tuttavia di carattere particolare. Possiamo riassumere così il pensiero fondamentale degli uomini della Convenzione: poiché la sovranità risiede nel popolo, è il popolo – si potrà dire in altre circostanze: l'organo che ne è la più diretta emanazione – che deve prendere le decisioni importanti. Le decisioni generali e di principio rientrano naturalmente in questa categoria; ma questa comprenderà anche certi provvedimenti particolari gravi; al contrario si potrà, abbastanza naturalmente, escludere certi regolamenti, che sono di ordine generale, ma concernono modalità o dettagli di mera applicazione.

Al di fuori di questa ragione di fondo, due circostanze spiegano forse l'incertezza che si manifestò: anzitutto l'oscillazione del vocabolario⁵⁶; e poi il fatto che all'epoca della Convenzione vi era a vantaggio dell'Assemblea un cumulo di poteri paragonabile a quello che esisteva, prima del 1789, a vantaggio del re. Nell'un caso come nell'altro, si può concepire – sia perché le formalità richieste non sono le stesse, sia perché la natura intrinseca differisce – una distinzione tra la legge

⁵⁴ P.-A. MERLIN, *op. supra cit.*, nt. 9, (voce) *Loi*, 515.

⁵⁵ TACITO, *Germania*, XI all'inizio: «De minoribus rebus principes consultant, de maioribus omnes». La traduzione data nel testo è quella di Merlin.

⁵⁶ Nelle costituzioni, vedi ciò che concerne le leggi, i decreti, le decisioni. Inoltre: P.-A. MERLIN, *op. supra cit.*, nt. 9, (voce) *Arrêté*, vol. 1 (ed. 1813), 383; e (voce) *Loi* già citata, § 3: differenze e punti di contatto tra i senato-consulti, le leggi e i decreti imperiali: l'esposizione di Merlin, divenuto alto magistrato e conte dell'Impero, tradisce qualche imbarazzo: egli elude la distinzione fra gli atti dell'esecutivo che comportano una regolamentazione generale e quelli che non riguardano che dei casi individuali (*loc. cit.* alla fine). Cfr. anche, nella *Table III* di Rondonneau, 905, la *Nota* inserita al momento in cui la parola «legge» vi sostituisce la parola «decreto»: si vede bene che si tratta quasi di un errore di denominazione.

e l'ordinanza⁵⁷, tra la legge e il decreto. Ma ci si concederà che il problema acquista tutt'altra gravità quando le due categorie di atti provengono da poteri distinti che, in qualche modo, finiscono fatalmente con l'essere rivali. In questo caso, la confusione che abbiamo segnalato e che è, crediamo, profondamente radicata nella natura delle cose, rischia di facilitare i più pericolosi sconfinamenti di potere.

Della confusione si trova una prova nella divaricazione che persiste tra la linea teorica di gran parte della dottrina⁵⁸ e alcuni fatti incontestabili; l'incertezza delle nozioni si esprime, d'altra parte, nella giurisprudenza stessa, per esempio in questa motivazione di un'importante sentenza della Camera [= sezione] civile della Corte di cassazione⁵⁹: «I regolamenti del 31 maggio 1862 e dell'8 agosto 1878 non costituiscono degli atti amministrativi *speciali e individuali*, la cui interpretazione sfugge alla competenza dei tribunali amministrativi, ma sono disposizioni generali, prese in virtù del potere dell'amministrazione di emanare regolamenti, *che partecipano così del carattere della legge*».

Quanto agli sconfinamenti di potere che la legge favoriva, Maxime Leroy ne ha con forza indicato l'ampiezza⁶⁰. La costituzione dell'anno VIII li preparò e, si può ben dire, li organizzò. La maggior parte delle leggi finirono con l'affidare a un regolamento della pubblica amministrazione le loro condizioni di applicazione⁶¹. I testi costituzionali si sforzarono per quanto poterono di mantenere il principio della separazione dei poteri. Il conflitto che portò alla caduta di Carlo X nacque da uno sconfinamento del potere esecutivo nella sfera del potere legislativo, e l'art. 13 della Carta del 1830 stabilì che il regolamento non deve mai sospendere le leggi né dispensare dalla loro esecuzione. Ma è impossibile tracciare un confine netto e, di fatto, il regolamento si sostituisce spesso alla legge, e a volte arriva perfino a modificarla. Maxime Leroy notava queste cose prima della Grande guerra del 1914-'18; ma questo evento era destinato ad accelerare l'evoluzione della tendenza in atto⁶². L'abitudine presa dopo il 1914 di affidare al Governo una vera

⁵⁷ Ha studiato l'argomento in modo interessante S. BALACHOWSY-PETIT, *La loi et l'ordonnance dans les États qui ne connaissent pas la séparation des pouvoirs législatifs et exécutifs*, Paris, A. Rousseau, 1901 (Russia antica, Francia, Inghilterra prima del 1688).

⁵⁸ Si troverà un buon riassunto delle dottrine nella tesi di dottorato di A. PICHAT, *Les Décrets en matière législative* Paris, Dalloz, 1935. Particolarmente notevoli dal nostro punto di vista sono le teorie di Bonnard, in *Revue de droit public*, 1927, 248, e di M. HAURIU, *Nota* (in «Consiglio di Stato», 22 giugno 1928, S. 1928, 3, 113), secondo le quali il governo, insieme al parlamento, avrebbe competenza per legiferare, in virtù di una consuetudine costituzionale risalente all'art. 44 della Costituzione dell'anno VIII; e il parlamento determinerebbe l'ambito a cui si riferisce questa competenza.

⁵⁹ Camera Civile, 24 ottobre 1917, S. 1918-1919, 1. 193.

⁶⁰ M. LEROY, *op. supra cit.*, nt.1, cap. IV, 105 ss.

⁶¹ G. GRAUX, *Les Lois et les règlements d'administration publique*, in *Revue politique et parlementaire*, 1899, 460-84.

⁶² J. DEVAUX, *Le régime des décrets. Les pouvoirs accordés au gouvernement par la loi du 3 août 1926 et la procédure permettant la réalisation d'économies et de mesures urgentes par décrets*,

e propria funzione legislativa – mediante un'operazione che d'altra parte alcuni autori interpretano in maniera diversa⁶³ – doveva condurre alla pratica dei decreti-legge, che ha la sua origine in circostanze eccezionali, ma che è diventata talmente frequente da costituire una delle caratteristiche della vita politica attuale⁶⁴.

Questa evoluzione ha sconvolto più ancora di quanto si potrebbe credere quel regime del «regno della legge», che era stata una delle grandi idee dell'epoca rivoluzionaria: in effetti essa non solo ha modificato profondamente l'attribuzione delle competenze, ma ha potentemente contribuito a spogliare la legge di quelle caratteristiche principali che gli uomini della Costituente e della Convenzione avevano cercato di attribuirle. È ciò che ci resta da dimostrare.

§6. – *Semplicità e pubblicità delle leggi; la legge e la coscienza*

La formula fondamentale secondo cui la legge è «l'espressione della volontà generale» comporta molti significati: il più evidente, quello che concerne il modo di elaborazione della legge, non è il principale. Per Rousseau e i rivoluzionari, lo abbiamo visto, la legge è legittima nella misura in cui emana da coloro che essa regge. Oggi noi potremmo dire che la *volontà generale* è la *coscienza sociale*. Sarà spesso difficile dire se la legge, che è un prodotto 'fabbricato', e quindi in un certo senso artificiale, risponda davvero alla coscienza della nazione. Ma quel che è certo è che, per evitare un contrasto persistente tra la legge e le coscienze, il che sarebbe una forma di tirannia, due condizioni devono necessariamente essere soddisfatte; di entrambe gli uomini della Rivoluzione hanno perfettamente sentito l'importanza: anzitutto la legge dev'essere, per la sua semplicità, perfettamente comprensibile; inoltre, essa dev'essere immediatamente e completamente conosciuta da coloro che è chiamata a disciplinare. Solo a queste condizioni la legge potrà, quale che sia il suo modo di elaborazione, incontrare l'adesione dei cittadini e, forse, *diventare storicamente ciò che essa è idealmente*: un ordine generato dalla stessa coscienza sociale.

Che vi siano stati, negli ultimi tempi dell'*ancien régime*, una rivolta contro le complicazioni esoteriche del diritto e nel contempo uno sforzo dei teorici del diritto per una presentazione chiara e razionale dei

Paris, Rousseau et C. éditeurs, 1927; A. PICHAT, *op. supra cit.*, nt. 58.

⁶³ Alcuni, come J. DEVEAUX, cfr. nota precedente, ammettono francamente una delega di poteri; altri, fondandosi sull'idea, qui già menzionata (n. 58), di una competenza del governo in materia legislativa, ammettono una delegazione di «materie», non di «poteri» (vedi Bonnard, Hauriou, Duguit).

⁶⁴ Legge 22 marzo 1924; legge 3 agosto 1926; legge 28 febbraio 1934; legge 8 giugno 1935; legge 30 giugno 1937; legge 13 aprile 1938; legge 5 ottobre 1938.

suoi principi, ciò emerge da tutte le parti. Dice, ad esempio, Mably⁶⁵: «È abbandonando le regole della nostra condotta e dei nostri diritti alle discussioni interessate [...] dei giuristi che *noi siamo in qualche modo giunti a non avere più leggi, essendo subissati sotto la quantità mostruosa di volumi che le rinserrano*». I giuristi più saggi si erano preoccupati di mettere ordine in questo caos: il cartesiano Domat aveva già tentato, nel XVII secolo, di presentare le leggi civili «nel loro ordine naturale» e una parte del codice civile fu letteralmente ripresa da lui; Pothier, nel XVIII secolo, presentò le Pandette *in novum ordinem*; Bourjon pubblicò *Le droit commun de la France et la coutume de Paris réduite en principes*; Poullain du Parc espose la consuetudine e la giurisprudenza di Bretagna «nel loro ordine naturale». Dappertutto si trovano dei precursori della codificazione. Gli stessi filosofi, che hanno più acuto il senso della diversità dei costumi e dei vizi di una uniformità artificiale sentono tuttavia l'impossibilità di ammettere le complicazioni e gli abusi derivanti dalla *routine* dei tecnici; il tribuno Andrieux citò, nel corso dei dibattiti sul codice civile, questa frase di Montesquieu⁶⁶, che potrebbe servire come epigrafe a tutto lo sforzo giuridico della Rivoluzione: «*Lo stile delle leggi dev'essere semplice [...]. Le leggi non devono essere per nulla sottili; esse sono fatte per persone di mediocre intelletto; non sono affatto un'arte di logica, ma la semplice ragione di un padre di famiglia*».

L'idea della semplificazione delle leggi affianca pressoché costantemente l'idea dell'uniformità legislativa da realizzare; e forse la seconda ha nuociuto un po' alla prima agl'inizi della Rivoluzione. P. Sagnac ha rilevato che, se molti *cahiers* chiedono la semplificazione e l'unificazione per ciascuna provincia, la maggior parte delle regioni sembrano restare legate al loro proprio statuto⁶⁷; soltanto i *cahiers* di Parigi e di alcune città di cultura più avanzata hanno in mente una codificazione generale. L'idea era tuttavia matura e, fin dal 16 agosto 1790, la Costituente decretò che «le leggi civili sarebbero state riviste e riformate dai legislatori e che si sarebbe fatto un Codice generale di leggi semplici, chiare e appropriate alla Costituzione».

Nel periodo della Convenzione si sarebbe poi cercato di applicare quell'idea in tutta la sua ampiezza. Il documento forse più probante a questo riguardo è il già citato rapporto di Cambacérès nell'anno II, in vista di una codificazione generale di tutte le leggi⁶⁸; più volte il rela-

⁶⁵ G. MABLY, vol. 9 delle *Oeuvres complètes*, ediz. Londra 1789, 247.

⁶⁶ *Ésprit des lois*, libro XXIX, cap. 16; P.-A. FENET, *Travaux préparatoires du Code civil*, Paris, Videcoq, 1836, 15 voll. in 8°, vol. 6, 65.

⁶⁷ *Op. supra cit.*, nt. 23, cap. I dell'Introduzione.

⁶⁸ *Rapport et projet de décret sur le plan général de la classification des lois, présentés au nom du Comité de Salut public et de la Commission du recensement et de la rédaction complète des lois par Cambacérès, Convention nationale, messidor an II* (=BNF, 8-LE38-857). Si veda il discorso di presentazione del primo progetto di Codice civile, in P.-A. FENET, *op. supra cit.*, nt. 66, vol. 1, 2-3.

tore insisteva sulla necessità di semplificare la legislazione e sul gran ruolo che la Convenzione, dopo secoli di sforzi inutili, era chiamata a svolgere; citiamo il passaggio più caratteristico: «Il popolo vuole finalmente scuotere il giogo dei legisti e fare a meno della loro pericolosa assistenza. Guardiamoci bene, perciò, dal confonderlo con un ginepraio [di norme sparse] in una voluminosa raccolta, nella quale [per orientarsi] avrebbe bisogno di essere condotto da mano estranea, che gli promette di seminare l'oro sotto i suoi passi. Consegnamo agli amministratori e agli amministrati un codice dove essi sappiano riconoscere facilmente: i primi, i loro doveri; gli altri, le regole della loro condotta; che l'agricoltore, che il commerciante, che il militare trovino nei codici particolari le leggi la cui conoscenza è loro necessaria; che tutti i cittadini trovino anche, nei singoli codici, le leggi sulle quali si fondano la proprietà, la sicurezza; le leggi che ordinano, che proibiscono, che puniscono; e la scienza delle leggi non sarà più uno di quei misteri che hanno i loro iniziati e che uno spesso velo nasconde agli occhi del volgo». Cambacérès era, si sa, in origine un tecnico. Merlin, un altro tecnico, non la pensava diversamente; ed esprimeva questo pensiero in un'epoca in cui vi era più libertà di parola che nel messidoro anno II: all'epoca del dibattito davanti all'Assemblea nazionale sulle successioni *ab intestato*, egli insisté sulla necessità di una semplificazione, per evitare gl'interminabili processi che assorbono tante successioni; se gli uomini di legge – concludeva – protestano contro la diminuzione dei processi, i veri giuristi reclamano queste riforme da molto tempo.

Ma come realizzare un così auspicabile progresso? Nel rapporto stesso in cui presentò con tanta forza la dottrina della necessaria semplificazione delle leggi, Cambacérès espose un progetto che comprendeva non meno di 28 codici particolari. D'altra parte, sono ben note le difficoltà che incontrò lo stesso Cambacérès nella preparazione di un codice civile accessibile a tutti⁶⁹; il suo primo progetto, presentato il 22 agosto 1793, fu giudicato troppo complesso, troppo impregnato dell'antico tecnicismo; la Convenzione decise la sua revisione da parte di una commissione di sei «filosofi», che dovevano essere designati dal Comitato di salute pubblica. In realtà il lavoro di semplificazione fu compiuto da una commissione composta dallo stesso Cambacérès, da Merlin e da Couthon; da lì uscì il progetto conosciuto col nome di «secondo progetto Cambacérès», quello del fruttidoro anno II: mentre il primo occupava novantotto pagine, il secondo solo ventinove. Esso apparve insufficiente, e il terzo progetto, quello del messidoro anno IV, ne contenne centoquarantotto.

⁶⁹ J. THIRY, *Jean Jacques Régis de Cambacérès archichancelier de l'Empire*, Paris, Berger-Levrault, 1935, 30 ss. Si veda, all'epoca della redazione definitiva, il famoso Discours préliminaire di Portalis, in P.-A. FENET, *op. supra cit.*, nt. 66, vol. 1, 467 ss.

Si è spesso detto o insinuato che i Codici del Consolato furono una reazione dei tecnici contro l'ideale 'semplista' dei rivoluzionari. Ciò è doppiamente inesatto. Innanzitutto va considerato che ancora all'epoca del Consolato l'idea rivoluzionaria di una legislazione semplificata restava ben viva: essa è anzi l'ispiratrice principale dell'opera di codificazione; Bonaparte sembra proprio avere ereditato l'ambizione dei grandi Convenzionali di liberare il diritto dalle sue complicazioni tecniche, al fine di renderlo intellegibile a tutti⁷⁰.

Ma d'altra parte ci s'illuderebbe se si credesse che le Assemblee rivoluzionarie abbiano completamente realizzato il loro ideale di semplificazione legislativa. Era quasi impossibile che la tecnica antica, con tutte le sue complicazioni, scomparisse di punto in bianco, quando gli uomini che ebbero la maggiore influenza nella redazione delle leggi erano quasi tutti tecnici di qualità. Inoltre, il più attendibile dei testimoni, Merlin de Douai, spiegò come fosse sorta una nuova fonte di complicazioni, cioè «le trenta o quarantamila leggi presentate nelle assemblee nelle quali ogni membro aveva diritto di iniziativa e nelle quali ogni deputato si sarebbe sentito disonorato se non avesse avuto alla fine della sessione cinque o sei leggi di sua creazione da presentare come attestati dei suoi talenti e della sua influenza»⁷¹.

Quale che sia, in tali complicate vicissitudini, il peso delle circostanze, bisogna pur dire che l'idea della semplificazione del diritto cozzava contro resistenze che attenevano alla natura delle cose. È vero che i tecnici, per abitudine o per interesse, mantengono o inventano formalità inutili; è vero pure che l'amministrazione si compiace spesso di complicazioni vane. Ma le istituzioni che il tempo ha creato sono diventate una parte stessa della società. Esse non si possono sacrificare né semplificare troppo senza che la società stessa sprofondi in una massa amorfa. La reale e sempre crescente complessità dei rapporti sociali non può essere disciplinata, come alcuni Convenzionali credevano, con qualche formula semplice. In un certo senso – ma in un senso soltanto, come vedremo – bisogna dunque ammettere che il tentativo era destinato all'insuccesso.

Noi crediamo inoltre – malgrado questo giudizio sia contrario all'opinione comune – che la Rivoluzione, pur con tutti i suoi sforzi, non sia riuscita a stabilire una vera *pubblicità* delle leggi.

⁷⁰ E. LAS CASES, *Mémorial de Sainte-Hélène*, 4 voll., Paris, Garnier frères, 1894-1895, 1174: «Avevo sognato inizialmente che fosse possibile ridurre le leggi a semplici dimostrazioni geometriche, in modo tale che chiunque avesse saputo leggere e fosse stato in grado di connettere due idee, sarebbe stato capace di pronunciarle... Ma con i giuristi pratici non è facile ottenere della semplicità...». Cfr. anche *ivi*, 208.

⁷¹ In un *Mémoire sur la nécessité d'un code universel pour toute la France*, letto all'Istituto sei mesi dopo il 18 Brumaio, citato da F.-A.-A. MIGNET, nei suoi *Portraits et notices historiques et littéraires*, 2 voll., Paris, Didier, 1877²; cfr. L. GRUFFY, *La vie et l'oeuvre juridique de Merlin de Douai (1754-1838)*, Paris, Libr. Chauny et Quinsac, 1934, 81, n. 2.

Le formalità di pubblicazione delle leggi possono apparire come qualcosa di abbastanza elementare; esse sono molto comuni, e tuttavia sono meno universali di quello che si possa credere. In Giappone, ad esempio, si dice che il governo dei Tokugawa «nascondeva le sue leggi»; e uno dei codici più famosi inizia infatti con questa regola: «Queste disposizioni... non devono essere lette da nessuno, salvo che dai magistrati»⁷². Come ha ben spiegato Sir George Sansom, la regola si applica solo a quella parte delle leggi che costituisce tutto sommato una sorta di istruzione ai magistrati; i comandi e le proibizioni devono evidentemente essere conosciuti da tutti. In ogni caso, nei diritti evoluti, la pubblicazione delle leggi è un fatto acquisito e costituisce una prassi normale. Solo la Rivoluzione vi ha attribuito un'eccezionale importanza, a causa della relazione che essa stabiliva tra la legge e la volontà generale.

La pubblicità delle leggi è disciplinata in tutte le costituzioni dell'epoca: quella del 1791 entra già in molti dettagli⁷³; ma il documento di maggior importanza è certamente quel decreto del 14 frimaio anno II che abbiamo già citato: esso istituì il *Bollettino delle leggi*, creò per stamparlo una speciale tipografia, affidò la sorveglianza della stampa e delle spedizioni a una Commissione di quattro membri, responsabile davanti al Comitato di salute pubblica; regolò minuziosamente tutto ciò che concerneva la rapidità della stampa, della comunicazione alle autorità e al pubblico; organizzò la promulgazione, in ogni luogo, «al suono di tromba e di tamburo», nonché la lettura delle leggi ogni decade [*décadi*]⁷⁴, in tutti i comuni della Repubblica, in un luogo pubblico, da parte del sindaco, di un ufficiale municipale o di un presidente di sezione. Malgrado queste ultime formalità fossero state soppresse il 12 vendemmiaio anno IV, le regole fondamentali relative alla pubblicazione delle leggi restarono vigenti e passarono nella Costituzione dell'anno III (artt. 128-131), in quella dell'anno VIII (artt. 37 e 41); esse furono, infine, iscritte, con l'intento di renderle durevoli, nell'art. 1 del Codice civile.

⁷² G. B. SANSOM, *Le Japon. Histoire de la civilisation japonaise*, Paris, Payot, 1938, 548-9.

⁷³ Tit. III, cap. III, sez. I, artt. 1-6: Il potere esecutivo «è tenuto a inviare le leggi ai corpi amministrativi e ai tribunali, a far certificare questo invio, e a giustificarlo presso il Corpo legislativo»; la formula di promulgazione ingiunge ai corpi amministrativi e ai tribunali di far «consegnare nei loro registri, di far leggere, pubblicare e affiggere nei loro rispettivi dipartimenti e giurisdizioni» le leggi che loro sono rivolte.

⁷⁴ [Il «*décadi*» era il decimo giorno, festivo, di ogni mese del calendario repubblicano, introdotto il 24 novembre 1793, su rapporto di Fabre d'Englantine, e abolito dal 1° gennaio 1806 (con senato-consulato del 9 settembre 1805); ogni mese era diviso in tre sezioni da dieci giorni ciascuna, e i tre *décadi* erano i tre normali giorni festivi di ogni mese. Le settimane furono abolite. È noto che il calendario repubblicano fu una delle manifestazioni della «scristianizzazione», e che proprio per tale motivo incontrò l'ostilità di Robespierre (*N.d.T. e del C.*].

Tuttavia crediamo di poter dire che, a questo riguardo, i rivoluzionari non raggiunsero il loro scopo. Fin da allora, infatti, il sistema legale veniva acquistando una complessità enorme; fin da allora le leggi e i regolamenti che le completavano si ammassavano fino a formare di nuovo quell'insieme di «volumi mostruosi» che Mably aveva stigmatizzato; la pubblicità, nel senso vero e umano del termine, diventava irrealizzabile. Si può immaginare un sindaco che legge alla folla, ogni *decadi*, le centinaia e centinaia di pagine di decreti-legge del nostro tempo? La formula che «nessuno può ignorare la legge», di cui la Rivoluzione aveva voluto fare una realtà vivente, non è più che un'amara derisione. E sarebbe profondamente sbagliato nascondersi la gravità di questo fatto. La legge, tornata ad essere cosa di tecnici e di burocrati, si trova spogliata di quella maestà davanti alla quale i Francesi della Rivoluzione avevano pensato che tutto dovesse piegarsi.

Abbiamo detto che, in un certo senso, la complessità della legge, e di conseguenza il suo carattere più o meno misterioso per i cittadini, è inevitabile. Ma è assolutamente necessario che questa complessità e questo segreto siano in qualche modo superati.

In breve, la legge costituzionale, o anche la legge ordinaria, enunciino i principi generali del diritto, restando inteso che l'amministrazione con i suoi regolamenti e la giurisprudenza con le sue sentenze potranno precisarne o anche farne evolvere, entro limiti ragionevoli, l'applicazione. L'art. 1382 del Codice civile enunciava, in una formula breve, il principio della responsabilità civile in materia di delitti e di quasi-delitti; ne derivò tutta una giurisprudenza, ampia e importante nel corso del XIX e del XX secolo. Andava benissimo che il principio fosse chiaramente enunciato: le coscienze potevano esserne penetrate e trovarvi la giustificazione delle applicazioni particolari che le circostanze ispiravano.

Va aggiunto che i principi generali non dovrebbero essere toccati se non con grande prudenza: il rispetto [per le norme fondamentali] implica una certa stabilità. O, almeno, se si decide di riformare delle norme di quel genere, bisogna sentire la gravità di questo atto. I Francesi della fine del XVIII secolo nutrivano al più alto livello questo sentimento; noi non siamo così sicuri che esso sia stato altrettanto presente alla coscienza degli uomini che, per esempio, dopo qualche decennio, annientarono il principio del rispetto per gli impegni presi [modificando i fondamenti costituzionali].

§7. – *Conclusione: ciò che dello spirito rivoluzionario deve restare nel nostro diritto*

Noi riteniamo che solo se si trattano in modo differente i principi e le norme di dettaglio si possono conciliare le due tendenze essenziali che animarono il diritto rivoluzionario: il diritto dev'essere in strettissima relazione con la «volontà generale», cioè con la coscienza della nazione; ma nello stesso tempo dev'essere esplicito e ben formulato. Ora, l'idea di un diritto fissato nei codici o nelle leggi si è quasi sempre opposta alla concezione di un diritto più o meno implicitamente contenuto nelle coscienze, negli usi, nelle tradizioni: questo era, ad esempio, il pensiero di Savigny, nella sua celebre controversia con Thibaut; questo è anche il pensiero di molti giuristi anglosassoni; e questo è, infine, il pensiero che riappare oggi nella Germania nazionalsocialista⁷⁵. Ma il rischio è evidente: se si sostituisce la legge con la coscienza, più o meno diffusa, ci si priva di garanzie contro l'arbitrio e il disordine. Anche il diritto non sfugge mai a questo fascino della sicurezza delle formule: vi sono dei diritti consuetudinari, ma essi evolvono verso la redazione delle consuetudini e degli usi; vi sono dei diritti formati lentamente dalla giurisprudenza, ma anche le sentenze vengono raccolte e i loro contenuti sostanziali sono elaborati in dottrine dai giuristi.

La Rivoluzione francese ha dunque mostrato, ne siamo certi, il senso più giusto delle necessità permanenti del diritto, quando ha preteso di fissarne i principi in leggi comprensibili per tutti, solennemente pubblicate e sovrane. Questa lezione deve permanere.

Abstract

The French Revolution, according to a concise expression of Jules Michelet, is "the ascending to the throne by the law." But what does the Revolution mean by "law"? A few years before the symbolic date of the fall of the Bastille, Rousseau said that "the definition of the law is yet to be done." During the *ancien régime*, the law was a difficult and precarious balance which spanned across the accumulation of legal materials. Now it became the expression of the General Will. Rousseau, therefore, gave the Constituents the theory of

⁷⁵ Sulle trasformazioni recenti del diritto penale tedesco, e sull'idea di un diritto nato dalla coscienza popolare e corrispondente alla «sana concezione del popolo tedesco», cfr., per esempio, H. DONNEDIEU DE VABRES, *La Politique criminelle des États autoritaires* [= *La Crise moderne du droit pénal. La Politique criminelle des États autoritaires. Conférences faites à l'Université syrienne de Damas au mois de novembre 1937*], Paris, Librairie du Recueil Sirey, 1938, 113 ss. [La legge nazionalsocialista del 1935 aveva modificato il § 2 del Codice penale tedesco, aggiungendo il principio della punibilità di un'azione che meritava la pena «in base al sano sentimento popolare» («nach dem gesunden Volksempfinden»), anche se non era prevista come reato dalla legge. (N.d.C.)].

law that they transfused in revolutionaries legislative and constitutional texts. This new concept of "law" is inextricably linked to two essential aspects of the revolutionary ideal, connected to each other: freedom and equality. Freedom is ensured by the fact that the law comes from the same subjects that it governs and is inseparable from equality because one can not be unfair to the other without being to oneself. Because of the same bonds that link it to freedom and equality, the law is like the symbol of all the revolutionary work. The idea of sovereignty of the law inspired an impressive complex of institutions (including the Supreme Court of Cassation) intended to form the backbone of the new law up to the present. However, the translation of the principle in practice was more problematic than expected. Soon emerged the difficulty of law enforcement without the mediation of regulatory tools for implementation, which, however, coming from an alternative power to the legislature, the government, often diverge from (if not contradict) the law. Then a further phase began in which the principle of sovereignty of the law became more and more attenuated until fading out again in the fetters of legal technique. We thus understand that the idea of the Revolution/Enlightenment simplification of law clashes with resistances that often relate to the nature of things. A certain complexity of the law, and therefore its character more or less mysterious to the citizens, is inevitable. Yet it is absolutely necessary that there be a tension toward overcoming this complexity and this opacity. This is the lesson of the Revolution, which should remain.